

El objeto del Procedimiento y el concepto del Derecho Administrativo

José Ignacio Hernández G.*

El Procedimiento Administrativo ha tomado especial relevancia en el Derecho Administrativo. En ese sentido, el autor señala que ya no es un elemento formal sino que toma particular importancia en la esfera de los privados. En el presente artículo, el autor ofrece los avances de dicha institución.

INTRODUCCIÓN

La institución del Procedimiento Administrativo podría decirse que es de reciente data en el Derecho Administrativo. En realidad, surge como suerte de apéndice del Acto Administrativo, referido en concreto a su aspecto formal. La legalidad del Acto Administrativo se afirmó, en la doctrina francesa, incluso en referencia a los pasos necesarios para que tal acto fuese dictado. Posteriormente la doctrina italiana le dará, al Procedimiento Administrativo, un tratamiento más autónomo. No es ya un mero elemento formal del Acto Administrativo. Además, el procedimiento es la forma de la actividad administrativa, y en concreto, la forma de la potestad administrativa, destacándose la figura del *proveimiento administrativo*, es decir, el acto que resuelve el previo procedimiento administrativo.

La irrupción del Estado Social y Democrático de Derecho produjo varios cambios en el Procedimiento Administrativo. Así, éste deja de ser sólo el cauce formal para dictar el proveimiento administrativo, a fin de configurarse como el cauce a través del cual la Administración valorará todos los intereses en juego a fin de adoptar la mejor decisión, incluso, en el ámbito de la actividad prestacional o material.

Por ello, el Estado Social ha promovido, también, la ampliación del ámbito del Procedimiento Administrativo, que luce alejado del concepto de acto administrativo. Así, el procedimiento se aplica no sólo a todo tipo de actividad administrativa, sino que, también, pasará a ser aplicado a los particulares, cuando colaboren con la administración en el cumplimiento de tareas y cometidos que le son propios. Esta ampliación del procedimiento administrativo a los particulares –obrando como sujetos activos– se fundamenta en dos criterios, todos de cuño francés: por un lado, el ejercicio de prerrogativas o, más en concreto, de potestades administrativas por los particulares; por el otro lado, el ejercicio del servicio público.

Nótese que, en su condición de sujetos activos, la extensión del Procedimiento Administrativo a los particulares no pretende garantizar sus derechos, sino por el contrario, limitar su actividad, precisamente, en garantía de los derechos de otros sujetos, considerados en posición de debilidad jurídica. Por lo tanto, el Procedimiento Administrativo adquiere aquí carácter de limitación a la libertad general del ciudadano, quien tendrá que sujetar su conducta a las formalidades prescritas en la Ley.

En el Perú, y como rasgo distintivo respecto a las normas de procedimiento de la América Española, encontramos dentro del ámbito de aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), el siguiente numeral 8 del artículo 1°:

“Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.”

Tras la norma subyace, en realidad, un problema de mayor envergadura, cual es la definición de Derecho Administrativo. Los criterios establecidos en Francia a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, en torno a la prerrogativa de Derecho Público y el servicio público, lucen hoy insuficientes. El Derecho Administrativo no es concebido ya como el conjunto de normas exorbitantes del Derecho común que rige al Estado actuando en ejercicio de su poder de imperio, pues rige también el Derecho Administrativo al Estado cuando actúa instrumentalmente en ejecución del Derecho privado, así como a los particulares. Que la Ley de Procedimientos Administrativos aplique a “personas jurídicas bajo régimen privado”, supone la ruptura o quiebre de la equivalencia *procedimiento administrativo/potestad administrativa/Derecho Administrativo*. Se precisa, por ello, buscar nuevas fórmulas de aproximación al concepto de Derecho Administrativo.

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

«La idea del Procedimiento Administrativo entronca con la noción de *legalidad administrativa* y, por ende, con el rasgo distintivo de la actividad administrativa, cual es su carácter sub-legal».

En el presente estudio nos aproximamos a las nuevas fórmulas para elaborar el concepto de Derecho Administrativo, a partir de la ampliación del Procedimiento Administrativo a las “personas jurídicas bajo el régimen privado”, de acuerdo con el citado artículo 1.8 de la Ley N° 27444. Para ello, y dentro de las referencias al Derecho comparado que haremos, tomaremos en cuenta la situación que ofrece el Derecho Venezolano, en el cual, pese a no encontrar un artículo como la norma citada, se ha llegado a una conclusión bastante similar.

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO LA FORMA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. El concepto formal de Procedimiento Administrativo desde la convergencia del Derecho francés e italiano. El peso del Acto Administrativo y la reciente evolución del Derecho administrativo.

El Procedimiento Administrativo es, en esencia, un concepto *formal*. Así, el Diccionario de la Real Academia Española define el procedimiento como el *método de ejecutar algunas cosas*. Se trata, como observara Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, de un concepto nuclear dentro del Derecho, no privativo, por ende, del Derecho Público. Procedimiento como fases

de actos que, con identidad propia, se encuentran conectados causalmente en la “unidad de efecto jurídico”¹. El concepto, aplicado al Derecho Administrativo, hace así referencia a la *forma de la actividad administrativa*, según la feliz expresión de BENVENUTI². Sobre esta tesis, Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, en Venezuela, formuló relevantes conclusiones:

“en el campo de la actividad administrativa, el procedimiento se presenta como la forma de la función administrativa, detectándose el hecho de que en la medida en que el Estado de Derecho deja de ser una simple apariencia, las funciones públicas se procesalizan cada vez más, por cuanto el procedimiento es una garantía de la legalidad de la actuación”³

La idea del Procedimiento Administrativo entronca con la noción de *legalidad administrativa* y, por ende, con el rasgo distintivo de la actividad administrativa, cual es su carácter sub-legal⁴. La actividad de la Administración ha de subordinarse a la Ley, no sólo en lo que atañe al ejercicio *sustantivo* de las potestades públicas que le han sido conferidas, sino también, en lo que respecta al *cauce formal*, a través del cual esas potestades son ejercidas. La doctrina venezolana (ARAUJO JUÁREZ) ha acoitado que la forma adquiere en este contexto una dualidad. Por un lado, en tanto exteriorización de la voluntad de la Administración; por el otro, como el *iter* por medio del cual la Administración expresa su voluntad. Sólo a la segunda de las acepciones citadas debe reconducirse el concepto de procedimiento administrativo⁵.

Aquí se aprecia la impronta del Derecho francés. En efecto, es el principio de legalidad formal, que llevó a la doctrina francesa a postular el vicio de forma (DE LAUBADERÈ⁶, VEDEL⁷), surge como reacción frente a las iniciales actuaciones unilaterales de la Administración producidas al margen de cualquier procedimiento⁸. Con lo cual, el advenimiento del

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

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

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

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

5 *Derecho administrativo formal*, Vadell Hermanos, Valencia, 2001, p. 34 y ss.

6 DE LAUBADERÈ, André, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Tomo I, cuarta edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, p. 203.

7 VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, Aguilar, Buenos Aires, 1980, p. 494, quien destaca el poco uso de la expresión “procedimiento” en referencia a la Administración.

8 SANTOFIMIO se refiere a esta época como el “reino de una informalidad garantística como reacción al oscurantismo institucional” (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo I. *Introducción*, tercera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. p. 175). MOLES CAUBET explica cómo el desarrollo del procedimiento surge en el marco de la protección de la legalidad, de la mano de los estudios de J.M. Gérando (MOLES CAUBET, Antonio, “Vicisitudes del procedimiento administrativo venezolano”, en *Estudios de Derecho público*, Instituto de Derecho público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997.p. 349 y ss.)

procedimiento previo ha sido catalogado como “la herramienta más idónea para reasegurar la ausencia de arbitrariedad en el obrar de la administración” (SANTOFIMIO)⁹.

También la doctrina italiana, como veíamos, impulsó el concepto de Procedimiento Administrativo como apéndice del Acto Administrativo. RANELLETTI lo estudió como el conjunto de actos preordenados para la formación del acto administrativo, distinto como tal a la figura del acto complejo o colectivo¹⁰. GIANNINI abonó en este sentido, pero se esforzó más por distinguir al procedimiento del acto complejo¹¹. De allí el concepto tradicional de procedimiento administrativo: conjunto de trámites formales que, de acuerdo con la Ley, permiten a la Administración dictar el Acto Administrativo, a consecuencia del ejercicio de potestades administrativas¹².

Esta visión debe ser superada, en especial, en el marco de la Administración prestacional derivada de la cláusula del Estado Social de Derecho: no todo procedimiento debe centrarse en el acto administrativo. Expone S. MARTÍN-RETORTILLO que el procedimiento es cauce de participación ciudadana, en especial, participación social, para la “gestión participada” de la Administración¹³. CIERCO SEIRA ha calificado la visión tradicional de incompleta, pues el procedimiento no agota su funcionalidad con la sola preparación del acto administrativo: de nuevo, se destaca la idea de la conjugación de intereses¹⁴. Ello se conecta con el principio de buena administración, en tanto el procedimiento administrativo es el cauce que permite a la Administración adoptar decisiones de calidad, mediante la valoración de todos los intereses en juego¹⁵.

De esa manera, en el marco de lo que Jaime RODRÍGUEZ-ARANA ha denominado el *nuevo Derecho administrativo*¹⁶, el procedimiento administrativo ha cambiado de perspectiva: de cauce formal para la promulgación de actos administrativos, se concibe como herramienta puesta al servicio del principio de buena administración. En Alemania, Eberhard SHMIDT-ASSMANN señala que el procedimiento (como secuencias organiza-

das de obtención y tratamiento de la información bajo la responsabilidad de un ente administrativo) cumple un *esquema ordenador* que permite a la Administración *resolver situaciones en las que se entrecruzan múltiples intereses*, sea que se trate de *procedimientos decisionales* (unilaterales o convencionales), así como para la producción de prestaciones materiales). En este contexto, explica la existencia de dos tendencias contrapuestas: el procedimiento como protección de derechos fundamentales y la necesidad de procurar la aceleración de los procedimientos¹⁷.

2. La actividad administrativa objeto del Procedimiento Administrativo como actividad sujeta a Derecho Público. La recepción de esta tesis en las principales Leyes de Procedimiento Administrativo de la América española

Sea desde su visión clásica de cauce formal del acto administrativo, como desde su concepción actual de cauce de conjugación del principio de buena Administración, el Procedimiento Administrativo sigue definiéndose en atención al concepto de *potestad administrativa*. Así, el Procedimiento Administrativo es el cauce a través del cual la Administración ejerce su potestad administrativa, como actividad sujeta a Derecho Administrativo. Para dictar un acto administrativo y para llevar a cabo su función prestacional, el Procedimiento Administrativo se aplica en atención a la actividad de Derecho administrativa desplegada por un órgano o ente de la Administración Pública.

Esta es la conclusión aceptada como regla en las Leyes de Procedimientos Administrativos de la América española, tal y como se desprende del estudio comparativo de Allan R. BREWER-CARÍAS¹⁸. De esa manera, el ámbito natural de aplicación de las Leyes de Procedimiento Administrativo es la *actividad administrativa de Derecho Público*, en oposición a la actividad administrativa de Derecho Privado. Más en concreto, el concepto de actividad administrativa se confundiría, a estos fines, con el término más estricto de *potestades administrativas*. Juan Carlos CASSAGNE, por ello, afirma que el

9 SANTOFIMIO, *Tratado de Derecho administrativo. Tomo I. Introducción*, cit., p. 177.

10 RANELLETTI, Oreste, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, séptima edición, Giuffrè, Milan, 1945, p. 95.

11 GIANNINI, M.S., *Diritto Amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, p. 829.

12 En especial, vid. MERKL, Adolfo, *Teoría general del Derecho administrativo*, Comares, Granada, 2004, p. 272. En Venezuela, vid. Brewer-Carías, Allan, *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, p. 239 y ss. y LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho administrativo*, décima segunda edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2001, p. 593.

13 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, p. 332 y ss.

14 CIERCO SEIRA, César, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, cit., p. 33 y ss.

15 PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 108.

16 RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Aproximación al Derecho administrativo constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 155.

17 SHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 358.

18 BREWER-CARÍAS, Allan, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Legis, Bogotá, 2003, p. xlv. Luego de resaltar la impronta de la Legislación española, resalta Brewer-Carías que las Leyes de Procedimiento Administrativo en América Latina “son, básicamente, Leyes relativas al régimen jurídico del acto administrativo”.

procedimiento es la “forma o cauce formal de la función administrativa”¹⁹.

II. LA AMPLIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS PARTICULARES Y A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS. REDEFINIENDO AL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La ampliación del Procedimiento Administrativo a la actividad administrativa de los particulares

El ámbito natural de aplicación de las Leyes de Procedimiento Administrativo resulta cónsono con un concepto estático de Derecho Administrativo, en el cual éste aplica sólo a los órganos y entes del Poder Ejecutivo que ejercen potestades administrativas, concepto defendido en su momento por VEDEL, en crítica abierta a las tesis de DUGUIT en torno al servicio público²⁰. Sin embargo, desde el Derecho francés, este concepto devino en relativo, dado que los particulares comenzaron a ejercer también potestades administrativas y, por tanto, comenzaron a actuar como *Administraciones Públicas*, al ejercer el servicio público²¹. Nótese que en Francia, el criterio clave es el ejercicio del servicio público, a consecuencia de lo cual se reconoce también la existencia de prerrogativas del poder público.

En el Derecho venezolano se ha aceptado también que los particulares pueden llevar a cabo *actividad administrativa* mediante el ejercicio de potestades, caso en el cual, le resultarán aplicables también las normas de Procedimiento Administrativo. En ejercicio de estas potestades, los particulares dictan los actos de autoridad, similares a los actos administrativos. La jurisprudencia venezolana se ha referido a organizaciones “dotadas de autonomía y de autarquía, es decir, del poder de emanar actos válidos para el ordenamiento jurídico del Estado”

(sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 15 de marzo de 1984, caso *Asociación de Autores y Compositores de Venezuela*). Trátase de organizaciones privadas a las cuales la Ley les ha otorgado potestades públicas (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de agosto de 1993, caso *Unión Deportiva de Lara Fútbol Club*). De allí que el criterio determinante para definir a un acto de autoridad, es el ejercicio de potestades públicas conferidas por la Ley²².

La actividad administrativa de los particulares, en tanto supone el ejercicio de potestades administrativas, se rige por las Leyes de Procedimiento Administrativo²³. Más en concreto, la institución del Procedimiento Administrativo es trasladable a los actos dictados por los particulares bajo estas condiciones, en especial, en aras de asegurar el derecho a la defensa de los ciudadanos cuya esfera jurídico-subjetiva puede ser lesionada por tales actos de autoridad. Ello es coherente con la noción de procedimiento como forma de la actividad administrativa, en tanto en estos casos, los particulares, conforme a habilitaciones legales expresas, obran en ejercicio de auténticas actividades administrativas.

Predomina en el Derecho venezolano la tesis que reduce a los “actos administrativos” de los particulares, a aquellos dictados en ejercicio de potestades administrativas. Sin embargo, y como sucede en Francia, cierta tendencia se inclina por caracterizar a estos actos a partir del ejercicio del servicio público²⁴. En nuestra opinión, lo importante es calificar a la actividad administrativa de los particulares en atención al ejercicio de potestades administrativas, no así del servicio público. Incluso bajo la tesis ya comentada de DUGUIT, el servicio público es concebido como fin de la actividad administrativa, cuyo medio sigue siendo la potestad administrati-

19 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Tomo II, Palestra, Lima, 2010, p. 632

20 Sobre la tesis de DUGUIT, vid. *Las transformaciones del Derecho público*, Francisco Beltrán, Madrid, 1926, p. 94 y ss. Vedel cuestionó esa tesis, entre otras razones, por su falta de apoyo constitucional: Vedel, George, “Les bases constitutionnelles du Droit Administratif”, en *Etudes et Documents*, Conseil D’État, Paris, 1954, p. 22 y ss.

21 La decisión del Consejo de Estado de 31 de julio de 1942, caso *Monpeurt*, reconoce que organizaciones privadas –entiéndase, organizaciones de particulares– que participan en la ejecución de un servicio público, pueden dictar actos administrativos (LONG, Marceau, et al, *Los grandes fallos de la Jurisprudencia Administrativa francesa*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000, p. 238 y ss.). Con razón apunta WEIL que “no es, pues, sorprendente que la distinción entre personas públicas y personas privadas se haya hecho casi inalcanzable” (WEIL, Prosper, *Derecho administrativo*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1994, p. 81). En general, una “persona privada” encargada de la ejecución del servicio público puede ejercer prerrogativas de poder público (DUPOIS, Georges, et al, *Droit administratif*, décima edición, Sirey, Paris, 2007, p. 458).

22 Véase *Revista de Derecho Público* N° 55-56, Caracas, 1993, p. 398 y ss. Sobre la tesis de los actos de autoridad vid. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “Ampliación del ámbito contencioso administrativo”, *Revista de Derecho Público* N° 22, Caracas, 1985, p. 33 y ss.

23 De hecho, se ha admitido que los particulares pueden dictar, en estos casos, actos administrativos. Cfr.: CHAVERO GAZDIK, Rafael, *Los actos de autoridad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 64 y ss. En general, vid. BREWER-CARIÁS, Allan, “Sobre la importancia para el Derecho Administrativo de la noción de acto administrativo y de sus efectos”, en *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*. *Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, FUNEDA, segunda edición, 2005, p. 27.

24 PÉREZ GÓMEZ, Augusto, *Los actos administrativos de origen privado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 247 y ss.

25 Véase el completo tratamiento del servicio público en Francia en ZEGARRA, Diego, *El servicio público. Fundamentos*, Palestra, Lima, 2005, p. 69 y ss.

va²⁵. Por lo tanto, no basta que un particular explote un servicio público para que, automáticamente, le resulte aplicable la técnica del Procedimiento Administrativo, pues en suma, ese servicio público puede traducirse en el ejercicio de actividades económicas basadas en el derecho de libertad de empresa²⁶. Luego volveremos sobre ello.

2. La ampliación del Procedimiento Administrativo a la actividad administrativa de las empresas públicas

Las empresas públicas llevan a cabo actividades económicas en condiciones de igualdad con los particulares, por lo cual, ellas se sujetan al Derecho Mercantil en su relación con terceros. Las empresas públicas, por lo tanto, ofrecen bienes y servicios en el mercado, sin que les resulte aplicable la figura del procedimiento administrativo. En su concepción clásica, el procedimiento administrativo solo rige a las Administraciones con forma de Derecho Público, pues son ellas las que pueden ejercer potestades administrativas.

Pero aquí ha operado también un cambio, por cuanto las empresas públicas, por Ley, pueden ejercer potestades administrativas y, en tal caso, también les resultarán aplicables las normas sobre procedimientos administrativos, como se ha aceptado en Venezuela, por ejemplo, en lo que respecta al procedimiento de selección de contratistas²⁷. En realidad, las empresas públicas operan en una dualidad de regímenes jurídicos: sus relaciones con el Estado se rigen por el Derecho Administrativo; sus relaciones con particulares, por el contrario, y como regla general, se rigen por el Derecho Privado. Adviértase que, con independencia del régimen jurídico que resulte aplicable, esas sociedades mercantiles siempre se considerarán Administraciones Públicas y respecto de ellas, siempre será aplicable el Derecho Administrativo. En todo caso, las normas de procedimiento administrativo sólo aplican cuando ejerzan, por Ley, potestades administrativas.

Incluso, y bajo la noción clásica del Procedimiento Administrativo, habría que concluir que, en estos casos, las empresas públicas pueden dictar actos administrativos. En Venezuela, Gustavo LINARES

BENZO ha señalado que, como regla general, no pueden las empresas del Estado dictar actos administrativos. Pudiera así la Ley transferir a la empresa del Estado el ejercicio de determinadas potestades públicas, caso en el cual la empresa quedaría habilitada para dictar *actos administrativos*, siempre y cuando, además, se trate de potestades de sustancia económica y mercantil²⁸. Así también, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia de 9 de diciembre de 2004, ha concluido que las empresas públicas pueden dictar actos administrativos, al ejercer potestades administrativas. Parece privar, aquí, un criterio subjetivo, desde que las empresas del Estado siguen siendo Administraciones Públicas y por ende, los actos dictados por ellas en ejercicio de potestades administrativas serían, subjetivamente, actos administrativos. Pero, en todo caso, queda claro que el concepto de Procedimiento Administrativo es aplicable también a los entes administrativos con forma de Derecho Privado.

Tras esa idea subyace el concepto de potestad o función administrativa, y por ello, la relevancia del criterio funcional en la definición del acto administrativo. Orgánicamente, las empresas del Estado forman parte de la organización administrativa, pero se sujetan en sus relaciones con terceros al Derecho Privado: ellas no ejercen potestades administrativas, no pueden crear, extinguir o modificar, unilateralmente, relaciones jurídico-subjetivas. Sin embargo, la Ley puede excepcionalmente atribuir a estas empresas el ejercicio de potestades administrativas, por ejemplo, en materia de procedimientos de selección de contratistas, con lo cual ellas podrían dictar actos administrativos, así calificados funcional y orgánicamente. Actos que, en fin, serán resultado del previo procedimiento administrativo²⁹.

3. ¿Puede ampliarse el Procedimiento Administrativo a la actividad de servicio público? De nuevo, sobre la indeterminación conceptual del servicio público

Veámos antes que el Procedimiento Administrativo puede definirse como la forma de la potestad administrativa. Con lo cual, todo órgano o ente, en ejercicio de potestades administrativas, e in-

26 Como ha sucedido en el marco del llamado "nuevo servicio público". Aquí estamos en presencia de actividades económicas que, otrora sujetas a la *publicatio* del servicio público, pasan a prestarse en ejecución del derecho de libertad económica. Es decir, son actividades de titularidad privada, pese a lo cual, se califican como servicio público. Véase lo que exponemos en "La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a modelos estatistas", en *IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Modernizando el Estado para un país mejor*, Palestra, Lima, 2010, p. 299 y ss.

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

28 Cfr.: LINARES BENZO, Gustavo, "Las empresas del Estado y el artículo 7° del Código de Comercio", *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904, Tomo I*, Caracas, 2004, p. 179 y ss.

29 El criterio clásico de acto administrativo, parte de la necesaria existencia de órgano estatal, entendido como un órgano de Derecho Público. Cfr.: CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo, Tomo II*, cit., p. 125. Hay aquí una inflexión pues el concepto de acto y de procedimiento se extiende a la empresa pública.

«(...) el Procedimiento Administrativo puede definirse como la forma de la potestad administrativa. Con lo cual, todo órgano o ente, en ejercicio de potestades administrativas, e incluso, los propios particulares, deberán acudir al previo procedimiento administrativo si ejercen, en los términos de la Ley, potestades administrativas».

cluso, los propios particulares, deberán acudir al previo Procedimiento Administrativo si ejercen, en los términos de la Ley, potestades administrativas. Recientemente, sin embargo, el concepto de procedimiento se ha ampliado, también, a la gestión del servicio público.

Comencemos con un breve recordatorio. El concepto de servicio público es abordado en el Derecho administrativo por DUGUIT³⁰, no para definir al Derecho Administrativo, sino para resaltar lo que, en su criterio, era el cambio de fundamentación del Derecho Público, por el consecuente abandono de la idea de soberanía. Partiendo de estas reflexiones, JEZÉ y BERTHÉLEMY³¹, entre otros, definirán al Derecho administrativo a partir del servicio público. Así, el Derecho administrativo no es más que el régimen de los servicios públicos. Sin embargo, la imprecisión conceptual del servicio público y su vis expansiva, han afectado la utilidad práctica de esta construcción teórica. Más que criterio definitorio, el servicio público parece describir una realidad socioeconómica frente a la cual la Administración asume una función de intervención, que puede

ser de ordenación y limitación, pero también de prestación.

En el Derecho venezolano, sin embargo, en fecha reciente, el servicio público se ha empleado como criterio definitorio del Derecho Administrativo y, más en especial, del procedimiento administrativo. La base de este cambio lo encontramos en el artículo 259° de la Constitución de 1999, de acuerdo con el cual corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de las reclamaciones presentadas por los usuarios de servicios públicos. Tal sistema, denominado *contencioso de los servicios públicos*, tiene dos aristas que desde ya convendría diferenciar. Por un lado, la arista procesal, conformada por la articulación de pretensiones procesales administrativas cuyo objeto es la actividad –o inactividad– considerada servicio público. La segunda, la arista material, relacionada con el régimen aplicable a la actividad catalogada servicio público.

Interesa detenernos en la segunda arista, aun cuando, para ello, sea preciso analizar los principios generales del llamado contencioso administrativo de los servicios públicos. En efecto, el servicio público es empleado, de esa manera, como criterio delimitador de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. De esa manera, se ha asumido como concepto de servicio público (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de julio de 2001, caso *Luz Eléctrica de Venezuela y otros*), las actividades que reúnan los siguientes extremos: (i) debe tener un contenido prestacional; (ii) debe tratarse de una actividad “asumida” por el Estado; (iii) debe ser atendida –directa o indirectamente– por la Administración y (iv) debe contar con un estatuto general que asegure las notas de continuidad, generalidad, igualdad de prestación y regularidad, entre otras³².

La reciente Ley Orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa ha retomado estos criterios, al reconocer que la justicia administrativa conoce de las pretensiones de condena formuladas contra la indebida prestación de servicios públicos (artículo 8). No obstante, la amplitud del concepto es tal que toda actividad económica sujeta a control del Estado se considera servicio público, incluso,

30 La tesis de DUGUIT sobre el servicio público se enmarca dentro de la nueva concepción de la *libertad*, basada en la contraposición entre el *derecho objetivo* y el *derecho subjetivo*. Existe, para Duguit, una *doctrina individual*, de acuerdo con la cual el hombre, por esa condición, es titular de derechos subjetivos de libertad; frente a ella contraponen una *doctrina socialista* o *social*, basada en la interdependencia social del hombre. De esa manera, el *derecho objetivo* se funda en la solidaridad social, de la cual es derivación el *derecho subjetivo*. Bajo esta visión la libertad no sería un derecho inmanente al hombre, pues su reconocimiento se lleva a cabo para apalancar la solidaridad social (*Manuel de Droit Constitutionnel*, Fontemoing & Cie, Editeurs, Paris, 1911, p. 1 y ss.).

31 En realidad, la utilización del servicio público como criterio definitorio del Derecho administrativo se debe a JEZÉ, Gaston, *Principios generales del Derecho administrativo*, Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 32 y ss. Véase también a BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de Droit Administratif*, décima tercera edición, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie, Paris, 1933, p. 9 y ss.

32 Hemos criticado tal sistema, al basarse en un término –servicio público– que es inútil como concepto jurídico. Vid. HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 235 y ss.

cuando ella es desarrollada en ejercicio del derecho fundamental de libertad económica. Por lo anterior, la jurisdicción contencioso-administrativa se declara competente para conocer de tales reclamos con independencia que la parte demandada sea una Administración Pública y con independencia que medie el ejercicio de la potestad pública. En ocasiones, esos reclamos se han intentado contra sociedades mercantiles privadas (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de marzo de 2003, caso C.A. Luz Eléctrica de Venezuela, y de 18 de septiembre de 2003, caso CANTV). Pero también dicha competencia ha sido asumida en relación con empresas del Estado que actúan en un régimen de Derecho Privado (como es el caso de HIDROCAPITAL, según lo resuelto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 30 de noviembre de 2001).

Ahora bien, el sometimiento de las pretensiones relacionadas con actividades económicas catalogadas como servicios públicos a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa supone, en definitiva, la ampliación –sustantiva y formal– del Derecho Administrativo, ello, con independencia del carácter privado de las actividades catalogadas como servicios públicos³³. De esa manera, se ha llegado a sostener que la actividad de servicio público llevada a cabo por empresas –públicas y privadas– reviste las formas propias de la actividad administrativa e, incluso, pueden derivar en auténticos actos administrativos, aun cuando, subjetivamente, no estamos en presencia de ninguna Administración. Así, en la sentencia de principio ya citada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 6 de julio de 2001, caso Luz Eléctrica de Venezuela y otros, se había incoado un “recurso contencioso administrativo de nulidad” contra los “actos administrativos” dictados por el grupo al cual pertenece la –entonces– empresa privada C.A. Luz Eléctrica de Venezuela, C.A., a través de los cuales se detectaron “anomalías” en el consumo de electricidad y se procedió a suspender el suministro eléctrico a ciertos usuarios.

La sentencia no se detiene en la naturaleza jurídica de los actos recurridos, limitándose a señalar que las pretensiones esgrimidas versan sobre un “servicio público en estricto sentido”, conforme a la regulación derivada de la –entonces vigente– Ley del Servicio Eléctrico. De tal manera, el concepto de acto administrativo es ampliado hasta el punto

de abarcar actos dictados por empresas privadas que no están ejerciendo potestades públicas sino, por el contrario, actividades económicas de interés general. Junto a esa calificación, la jurisprudencia ha entendido trasladable, también, la figura del procedimiento administrativo en la prestación de esas actividades de servicio público:

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

Advirtiéndose que, eso no significaba el traslado de rigorismos procedimentales que hicieran engorroso para la concesionaria o prestadora del servicio, el que pudiera constreñir a los usuarios contumaces en honrar sus mínimas obligaciones cotidianas (Vgr. suspender el servicio por falta de pago, por el transcurso de un período determinado); pues allí, la carga de la prueba se limitaba a demostrar la cancelación o no de la tarifa imputada por el consumo generado durante un período breve. Es pues, en esencia un régimen de permanente, cotidiano, consustancial y hasta ordinaria coacción (“si no cancela a tiempo, se le suspenderá el servicio”, tal y como ocurre con líneas telefónicas de cualquier índole)” (destacado nuestro. Sentencia de 3 de abril de 2002, caso C.A. Luz Eléctrica de Venezuela y otros II)

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

La Sala Constitucional, en el marco del sector eléctrico, reitera esa conclusión, en especial, respecto de empresas del Estado que gestionan el servicio eléctrico. Conoció la Sala de la acción por intereses

33 Se impone, en este punto, una forzosa aclaratoria. Caben, básicamente, dos conceptos del servicio público: bajo una noción subjetiva, la declaratoria de una actividad como servicio público supone su reserva al Estado; desde una perspectiva objetiva, la declaratoria de una actividad como servicio público sólo entraña una llamada de atención para que los Poderes Públicos aseguren su adecuada gestión. Bajo este último criterio, que es el que hemos defendido, reserva y servicio público no son términos coincidentes. Que una actividad declarada servicio público no se encuentre reservada al Estado supone, básicamente, que en ella rige la libertad de empresa y que, por ende, su ejercicio es posible bajo cauces propios del Derecho Privado. Nada obsta, por supuesto, para que el Estado regule el ejercicio de esa actividad, pero ello en modo alguno afectará su naturaleza privada, es decir, su carácter de actividad económica informada por el principio de libertad de empresa y sometida preponderantemente al Derecho Privado.

difusos y colectivos intentada contra ciertas empresas eléctricas, acción incoada, principalmente, ante el cobro de energía consumida pero no facturada. Lo relevante, de cara al presente estudio, es que la Sala Constitucional extendió la institución del procedimiento administrativo –conforme a su desarrollo en el artículo 49 de la Constitución– a la actuación llevada a cabo por estas empresas eléctricas, al exigir un previú trámite para la adopción de medidas gravosas sobre los usuarios:

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

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

Incluso, la legislación especial ha corroborado esta tendencia jurisprudencial, al extender principios propios del Procedimiento Administrativo a actividades económicas de interés general desarrolladas por empresas del Estado. Lo ha hecho, especialmente, a partir del desarrollo de un complejo sistema de *reclamos* de usuarios. Es el caso, entre otros, de la *Ley Orgánica del Servicio Eléctrico*, que reconoció, en su artículo 40.2, un sistema de *reclamos* de los usuarios en diversas instancias. De esa manera, los *reclamos* serán formulados directamente ante la empresa eléctrica; en segunda instancia, los usuarios podrán dirigirse a la “autoridad municipal competente” y, finalmente, en última instancia, los usuarios podrán presentar su reclamo ante la Comisión Nacional de Energía Eléctrica. Notar cómo la primera instancia de estos *reclamos* se desarrolla ante empresas con forma de Derecho Privado mientras que las instancias ulteriores se desenvuelven ante Administraciones Públicas con

forma de Derecho Público, y regidas, como tal, por el Derecho Administrativo. En la práctica, y conforme a la citada sentencia de la Sala Constitucional de 31 de mayo de 2004, caso *Eleorient*, todos estos trámites –incluyendo los gestionados ante las empresas eléctricas– tienen naturaleza administrativa, con la consecuente aplicación de la institución del procedimiento administrativo.

En estos casos, las empresas a quienes se les extiende la institución del procedimiento administrativo no ejercen potestades públicas. No actúan como *potentior persone* sino como comerciantes que dictan actos de comercio. A pesar de ello los actos dictados por las empresas que gestionan servicios públicos han sido catalogados como actos de autoridad, o sea, actos similares a los actos administrativos³⁴.

Esta ampliación del Procedimiento Administrativo parte, en nuestro criterio, de una deficiencia: pretende anclar el concepto de Derecho Administrativo en el servicio público. Es decir, que bajo este criterio, toda actividad económica declarada o considerada servicio público, en atención a su conexión con el interés general, se sujetará al Derecho administrativo, tanto formal como sustantivamente. Para nosotros, el concepto de servicio público debería reducirse a las actividades prestacionales que, al quedar reservadas al Estado en virtud de la *publicatio*, son gestionadas por éste, de manera directa o indirecta, con lo cual, ellas son el resultado de una actividad administrativa. Empero, junto a estas actividades, hay también otros servicios de innegable interés general, sujetos incluso a la ordenación y disciplina del Estado, pero que sin embargo, no han sido reservados al Estado, sino que por el contrario, son gestionadas por la libre iniciativa privada³⁵. Por lo tanto, es un equívoco conceptual definir el procedimiento administrativo a partir de la calificación de servicio público acuñada a actividades de titularidad privada.

4. Una propuesta de interpretación del artículo 1.8 de la Ley N° 27444

Como hemos podido apreciar, el Procedimiento Administrativo no puede ser ya definido únicamente en función al acto administrativo previo dictado por órganos o entes estatales de Derecho Público en ejercicio de potestades administrativas. La rígida separación entre el Derecho Público y el Derecho

34 Puede verse sobre ello la sentencia de la Sala Constitucional de 4 de diciembre de 2003, caso *Almacenadota Caraballeda*. Para la Sala, las empresas de gestión de servicios públicos pueden ejercer potestades administrativas que típicamente son ejercidas por la Administración, supuesto en el cual “...estamos ante la realización de una función netamente administrativa para la satisfacción de intereses generales o colectivos, en cuyo ejercicio las personas de derecho privado dictan actos de los que la doctrina y la jurisprudencia patria han denominado actos de autoridad...”. De nuevo, la Sala advierte que las empresas –públicas o privadas– concesionarias de un servicio público, deberán sustanciar un *previo procedimiento administrativo* para la adopción de actos de gravamen sobre sus contratistas.

35 Tal es la diferencia entre el servicio público propio y las actividades de interés general. En tales actividades, el título que habilita su ejercicio por los particulares es la libertad económica. Cfr.: CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Tomo II, cit., p. 410.

Privado ha menguado, a fin de reconocer que, por un lado, la Administración puede acudir a formas jurídico-privadas y ejercer potestades administrativas, y los particulares, por Ley, pueden también ejercer estas potestades.

Dentro de este contexto se sitúa, precisamente, la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo artículo 1.8 extiende su ámbito de aplicación a “las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia”. Nótese cómo, en el contexto de una Ley ordenadora del Procedimiento Administrativo, se alude a las “personas jurídicas bajo el régimen privado”, expresión que se presta a muy diversas expresiones.

La afirmación resulta retardadora. El Procedimiento Administrativo, históricamente, surge como extensión a la típica manifestación de la prerrogativa del Derecho Administrativo, régimen exorbitante del Derecho Común: el acto administrativo. Por ello la necesidad de distinguir cuándo la Administración actúa en ejercicio de tales prerrogativas –más técnicamente: potestades basadas en Derecho Administrativo– y cuando obra sujeta a Derecho Privado³⁶. Es por ello, por ejemplo, que se ha afirmado –HUAPAYA TAPIA– que la justicia administrativa, en el Perú, aparece anclada en la pretensión procesal administrativa, es decir, basada en la actuación de las Administraciones Públicas sujetas a Derecho Administrativo³⁷. Siguiendo a ZEGARRA, podría además acotarse que en el Perú el servicio público no ha jugado el rol de criterio unificador del Derecho administrativo, sino que, por el contrario, es posible apreciar una “variedad realmente notable de sentido y de direcciones”³⁸. Con lo cual, el servicio público parece aludir más a una técnica de intervención del Estado en la economía, como se desprende del artículo 58 de la Constitución peruana, de 1993.

Antonio ABRUÑA ha analizado este interesante problema³⁹. Reconoce ABRUÑA que la expresión resulta “un tanto ambigua”, pues puede referirse a personas públicas que actúan bajo formas privadas, como a personas con formas privadas creadas por particulares o por organizaciones públicas, como sería el caso de una empresa del Estado, regida por la Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado. En tal sentido, concluye acertadamente que el numeral 8 únicamente podría hacer alusión a la segunda categoría, dado que la primera abarca

a sujetos cuya específica sujeción a la Ley queda establecida en otros numerales del mencionado artículo 1. A partir de allí, el autor formula las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, la Ley del Procedimiento Administrativo General no puede aplicar, en bloque, a las empresas del Estado, salvo cuando, por vía de excepción, exista “una atribución expresa conferida por la Ley”.
- En segundo lugar, en cuanto a la aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General a personas jurídico-privadas de titularidad privada, concluye que (i) los concesionarios de servicios públicos no ejercen poderes administrativos, y (ii) las personas jurídico-privadas podrían excepcionalmente ejercer poderes administrativos mediante expresa cobertura legal y bajo las formalidades propias del ejercicio del poder público.

Con lo cual, propone ABRUÑA que la norma en cuestión sea limitada a los casos en los cuales las personas jurídicas privadas ejercen función administrativa.

Compartimos plenamente esta conclusión. La extensión del procedimiento administrativo a la gestión de actividades económicas declaradas o consideradas servicios públicos es, para nosotros, errada, por la propia indeterminación conceptual del servicio público, que en sus orígenes en Francia, no fue concebido como un criterio definitorio del Derecho administrativo. La clave para la aplicación del procedimiento administrativo, o más en concreto, para la aplicación de Leyes de procedimientos administrativos, debe ser el ejercicio de potestades administrativas. Bajo esta posición, por ello, caben distintos supuestos:

- *Potestades administrativas ejercidas por órganos del Estado con forma de Derecho Público.* Puede tratarse de órganos que actúan a través de la personalidad jurídica del Estado o de entes que tienen personalidad jurídica propia, pero con forma de Derecho Público.
- *Potestades administrativas ejercidas por entes descentralizados de la Administración que actúan a través de formas jurídico-privadas, como es el caso de las empresas del Estado que desarrollan su actividad a través de la figura de sociedades mercantiles.* La regla es que, en su relación con

36 Suele distinguirse entre la Administración actuando en régimen de prerrogativa y la Administración que obra “como un particular”. No compartimos esta expresión pues siempre la Administración debe obrar al servicio objetivo del interés general. Más bien se trata de diferenciar cuándo actúa sujeta a régimen preponderante de Derecho Público o Privado.

37 HUAPAYA TAPIA, Ramón, *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*, Jurista editores, Lima, 2006, p. 499 y ss.

38 ZEGARRA, Diego, *El servicio público. Fundamentos*, cit., p. 347

39 ABRUÑA, Antonio, “¿Pueden ser Administraciones Públicas personas jurídicas bajo régimen privado?”, en *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho administrativo*, Palestra, Lima, 2007, p. 131 y ss.

«La extensión del Procedimiento Administrativo a la gestión de actividades económicas declaradas o consideradas servicios públicos es, para nosotros, errada, por la propia indeterminación conceptual del servicio público, que en sus orígenes en Francia, no fue concebido como un criterio definitorio del Derecho administrativo. La clave para la aplicación del Procedimiento Administrativo, o más en concreto, para la aplicación de Leyes de Procedimientos Administrativos, debe ser el ejercicio de potestades administrativas».

terceros, la empresa del Estado se sujeta al Derecho Privado, como consecuencia del principio de igualdad entre la gestión económica pública y la privada. Empero, excepcionalmente, la Ley puede atribuir a estas empresas el ejercicio de potestades administrativas y sólo en tal caso, será aplicable la Ley de Procedimientos Administrativos.

- *Potestades administrativas ejercidas por particulares, en virtud de la Ley, es decir, lo que en Venezuela se conoce como actos de autoridad.* Un particular puede, en efecto, ejercer potestades administrativas si la Ley así lo contempla y, en tal caso, también aplicará la Ley de procedimiento administrativo. El Procedimiento Administrativo no debe aplicar a las empresas privadas que

desarrollen actividades de servicio público, ya que no siempre, en tales casos, ejercerán potestades administrativas⁴⁰. Y ello es así pues, como hemos referido antes, el servicio público puede referirse a dos realidades muy distintas: actividades reservadas al Estado –*publicatio*– que son gestionadas por éste, directa o indirectamente, o actividades que pueden ser desplegadas por los particulares en virtud de su derecho de libertad económica. De allí que no podría extenderse el procedimiento administrativo a las actividades gestionadas bajo autorización –como sostiene el citado numeral 8 del artículo 1º de la Ley del Procedimiento Administrativo General– ya que si el título que condiciona el ejercicio de esa actividad es la autorización, es por cuanto el derecho que se ejerce es la libertad económica.

Cabe acotar que una tesis distinta a la que aquí se sostiene es formulada, en España, por Miriam CUETO PÉREZ⁴¹. De acuerdo con la autora, el Procedimiento Administrativo es técnica que salvaguarda el derecho de los usuarios frente al poder económico que ejercen empresas gestoras de servicios públicos, al margen que se trate o no de actividades reservadas al Estado. No compartimos esta visión, dado que además de confundir la justificación del procedimiento administrativo como figura aneja a la potestad administrativa, parece obviar que la protección de los usuarios puede alcanzarse, bien a través de la regulación de protección de los usuarios, bien a través del Derecho de la competencia y la interdicción del abuso de la posición de dominio.

5. A modo de recapitulación: repensando el Derecho Administrativo

Lo antes expuesto resume la situación actual de la problemática que queremos tratar. El procedimiento administrativo es extendido a la gestión económica llevada a cabo por empresas bajo un régimen preponderante de Derecho Privado, solamente por cuanto esas actividades son consideradas o declaradas servicio público, e incluso, si ellas responden al ejercicio del derecho de libertad económica. Esta ampliación del objeto del procedimiento administrativo toca las bases mismas del Derecho Administrativo. Pareciera que éste deja de ser Derecho estatutario de las Administraciones Públicas, para pasar a ser Derecho Común de sujetos que ni son órganos y entes administrativos, ni ejercen la función administrativa. De hecho, entendemos que esta ampliación es, en realidad, ampliación del concepto de *actividad administrativa*, con lo cual, paradójicamente, el

40 Ya hemos cuestionado ello en HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “El objeto del procedimiento administrativo y la vis expansiva del Derecho administrativo venezolano”, en *El Derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho público*, Caracas, 2006, p. 703 y ss.

41 CUETO PÉREZ, Miriam, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 189 y ss.

concepto de Procedimiento Administrativo permanecería incólume. Este es, sigue siendo, la forma de la actividad administrativa. Lo que es actividad administrativa ha variado, sin embargo, muy mucho, pues ésta pasa a englobar, también, a las actividades económicas que son consideradas o declaradas servicios públicos.

Debe entonces concluirse que la institución del Procedimiento Administrativo no puede reconducirse a la actividad administrativa de Derecho Privado. Tampoco, por supuesto, a la actividad de particulares derivada del ejercicio de la libertad económica. Claro está, no se niega que en el ámbito de esas actividades privadas cabe plantear la existencia de procedimientos, pero no de carácter administrativo. La expresión de *BENVENUTI* sobre el procedimiento como forma de la actividad o función administrativa, o como forma de la transformación del *poder* en acto, cobra aquí especial importancia: sin función administrativa, es decir, sin potestades administrativas, no puede haber Procedimiento Administrativo.

La propia justificación del Procedimiento Administrativo avala esta aseveración. De esa manera, el Procedimiento Administrativo como *garantía de los particulares* se fundamenta –CIERCO SEIRA– en la necesidad de estatuir “un conjunto de garantías que actúen de freno y contrapeso a los poderes exorbitantes de la Administración pública en tanto *potentior persone*”⁴². Si la Administración no opera en ejercicio de potestades públicas, el Procedimiento –en tanto garantía de los administrados– no se encuentra justificada. Pero hay que hacer, sin embargo, una forzosa matización.

Lo anterior no supone que cuando la Administración actúa bajo formas y/o instrumentos de Derecho Privado, el Derecho Administrativo no resulte aplicable. No es eso, en absoluto, lo que quiere señalarse. En realidad, la Administración, con independencia del régimen jurídico bajo el cual actúe, siempre va a estar regulada por el Derecho Administrativo. La Administración Pública, que está al servicio de los ciudadanos, debe actuar siempre con subordinación plena a la Ley y al Derecho.

Los entes administrativos con forma de Derecho Privado son Administraciones Públicas y a ellos resulta aplicable el régimen antes descrito. Es por lo anterior que el Derecho Privado aplicado a esos entes debe ahorrarse, en atención a ese régimen jurídico fundamental, de lo que surge el denominado *Derecho Administrativo Privado*, que no es más que el conjunto de normas de Derecho Privado que resultan aplicables a las Administraciones Públicas en la realización de su función vicarial. Pero ello, se insiste, no supone que los entes con forma de Derecho Privado deban expresar su voluntad a través de procedimientos administrativos, dado que éstos, en tanto cauce formal, sólo resultan aplicables cuando media el ejercicio de potestades públicas. No obstante, los principios generales de las Administraciones Públicas establecidos legalmente, sí serán referibles a los entes con forma de Derecho Privado incluso cuando no ejerzan potestades públicas, con independencia que tales principios estén establecidos en Leyes procedimentales. Se insiste, tales entes despliegan su actividad como Administraciones Públicas⁴³.

En definitiva, los entes con forma de Derecho Privado, en tanto Administraciones Públicas, siempre deben cumplir su función vicarial (servicio objetivo al interés general son subordinación plena a la Ley y al Derecho). Si ejercen potestades administrativas su voluntad tendrá que encauzarse, además, dentro del procedimiento administrativo aplicable. Incluso, los postulados derivados del principio de interdicción de la arbitrariedad (razonabilidad y racionalidad, principalmente) deben ser cumplidos por tales entes con forma de Derecho Privado quienes, además, deberán procurar siempre la adecuada tutela del interés general valorando, objetivamente, todos los intereses en juego. Hay normas vinculantes que son válidas para todo modo de administrar, por lo que “el Derecho Privado no está capacitado para dispensar al Ejecutivo del respeto a las exigencias propias del orden de distribución de competencia y de los requisitos básicos de legitimación. También la acción de la Administración con forma de Derecho Privado es acción del Estado y tiene que responder como tal públicamente” (SHMIDT-ASSMANN)⁴⁴. CA

42 *La participación de los interesados en el Derecho Administrativo*, cit., p. 56 y ss. En ejercicio de potestades públicas la Administración puede imponer a los particulares su voluntad, incluso, de manera coactiva, lo que justifica la salvaguarda del derecho a la defensa mediante el trámite de audiencia previa (en general, vid. BREWER-CARIAS, Allan, *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, cit., p. 548 y ss).

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

44 *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit., p. 300 y ss.