

La carga de la prueba en el contencioso-administrativo objetivo

José Amando MEJÍA BETANCOURT*

SUMARIO: Introducción: la función de control del juez contencioso-administrativo 1. El contencioso-administrativo objetivo y la decisión ejecutoria administrativa 1.1. El control jurisdiccional de la Administración 1.2. La distinción de los contenciosos objetivo y subjetivo 1.3. El carácter inquisitivo del contencioso-administrativo 2. La distribución de la prueba en el orden judicial 2.1. La carga de la prueba en el proceso civil: el principio dispositivo 2.2. La carga de la prueba en el contencioso-administrativo: el principio inquisitivo 3. Los hechos en el contencioso-administrativo: el expediente administrativo 3.1. Función del instrumento 3.2. La incorporación al proceso 3.3. La prueba y el principio inquisitivo 4. Nuevas consideraciones sobre la producción de la prueba en el juicio contencioso-administrativo 4.1. La parte y la prueba 4.2. La distinción entre los contenciosos y el régimen de las pruebas 4.3. Reglas particulares de la prueba en el contencioso-administrativo Conclusiones

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. **Universidad de París II**, Doctor; postgrados: DSUP en Finanzas Públicas. DSUP en Derecho Administrativo. DSUP en Derecho Comercial. **Universidad Metropolitana**, Profesor. **Universidad Central de Venezuela**, Profesor. **Universidad Católica del Táchira**, Profesor. Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada de París y de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario.

Introducción: la función de control del juez contencioso-administrativo

La función jurisdiccional contencioso-administrativa está orientada no solo a satisfacer pretensiones, sino también a controlar la actividad de la Administración. Al concebir al contencioso-administrativo como una jurisdicción de revisión de la actividad administrativa, se facilita la comprensión de las características propias del recurso contencioso-administrativo objetivo, que se presenta normalmente como un recurso de ilegalidad, o de «exceso de poder», en la terminología francesa, contra un acto administrativo que tiene la naturaleza jurídica de una «decisión ejecutoria» o *décision exécutoire* –tal y como se entiende en el Derecho Público francés–, dentro de un proceso contencioso-administrativo objetivo.

Queremos llamar la atención sobre la visión que tienen quienes inventaron el contencioso-administrativo, de la actividad de control del juez contencioso-administrativo sobre la actividad de la Administración, para lo cual tomamos como base del razonamiento, la idea francesa de que el acto administrativo es una decisión del Poder Público y que por ello tiene fuerza jurídica en sí misma, es decir, la decisión ejecutoria –*décision exécutoire*–, tiene fuerza jurídica propia.

No asumimos como punto de partida, la idea de la presunción de legalidad del acto administrativo para explicar su naturaleza jurídica –lo cual es usual en la doctrina venezolana–, su régimen contencioso y, por ejemplo, los problemas de la distribución de la carga de la prueba en el contencioso-administrativo, sino que comenzamos por reconocer al acto administrativo su naturaleza «ejecutoria» en el sentido de que tiene fuerza jurídica propia. A partir de allí, se entiende que el proceso contencioso-administrativo de la legalidad o «de exceso de poder», en la terminología francesa, constituye un proceso objetivo donde lo que se plantea al juez es la nulidad del acto por ilegalidad. En este punto aparecen problemas como el de la distribución de la carga de la prueba, visto dentro de un contexto distinto, en el cual el proceso contencioso-administrativo consiste no solo en verificar la legalidad del acto administrativo impugnado y contrastarlo con la ley vigente, sino que, también, el juez realiza precisamente a la vez un control de la actividad de la Administración.

Hay que considerar, además, que existe una relación procesal desigual entre el administrado y la Administración que el juez debe corregir. De donde aparece y deriva el carácter inquisitivo del proceso contencioso-administrativo, ya que el juez en este proceso tiene poderes amplios de actuación de oficio y para impulsar el procedimiento. De manera que el proceso contencioso-administrativo objetivo no responde solamente a un principio dispositivo como en los procesos civiles, sino que el papel del juez en el proceso es diferente, lo que influye por ejemplo en la distribución de la carga de la prueba de una manera distinta a como ocurre en el proceso civil.

Para vislumbrar la naturaleza del contencioso-administrativo y particularmente del contencioso objetivo o por exceso de poder¹, es necesario, pues, entender la noción francesa de decisión ejecutoria y, particularmente, la de decisión administrativa ejecutoria².

La decisión ejecutoria, en términos generales, es aquella que es consecuencia del ejercicio del poder público. «La decisión ejecutoria es una fuente autónoma y directa de obligaciones que traduce una desigualdad en las relaciones jurídicas: la voluntad del autor del acto se impone a aquellos mismos a los

¹ Siguiendo en este trabajo la distinción francesa entre contencioso objetivo o de exceso de poder donde se verifica la legalidad del acto administrativo impugnado y el contencioso-administrativo subjetivo o de plena jurisdicción donde se plantea una cuestión patrimonial.

² Tradicionalmente «en el mundo del Derecho hispanoamericano, la ejecutividad de los actos administrativos significa que estos tienen ‘carácter ejecutivo’, es decir, que son por sí mismos ejecutables y que pueden ser ejecutados de inmediato, sin que para ello el derecho tenga que ser declarado por autoridad judicial alguna. La ‘ejecutoriedad’, en cambio, es la propiedad de los actos administrativos conforme a la cual la Administración misma, por sus propios medios, puede ejecutarlos forzosamente». Ver: BREWER-CARIAS, Allan R.: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2003, p. 516. El concepto de «decisión ejecutoria» al que nos referimos en este trabajo, responde al concepto francés de *décision exécutoire*, y consiste en que la decisión tiene fuerza jurídica en sí misma y, por lo tanto, forma parte del ordenamiento jurídico.

que atañe y afecta, pues ella es la expresión del poder público»³. La decisión ejecutoria administrativa es una de las manifestaciones de la noción de decisión ejecutoria, pues en Derecho Público hay diferentes especies de decisiones ejecutorias. El poder público es uno, pero ha sido estructurado según el principio de separación de poderes, es decir, ha sido conferido y repartido entre órganos con funciones diferentes. Estos diversos órganos son una expresión del poder del Estado y sus decisiones son en ellas mismas imperativas o ejecutorias. Su fuerza jurídica es comparable: ellas son fuente autónoma y directa de derechos y obligaciones. La ley es el ejemplo típico de la decisión ejecutoria. Las decisiones jurisdiccionales son decisiones ejecutorias. «La decisión ejecutoria administrativa es una variedad de esta categoría particular de actos jurídicos que constituyen las decisiones ejecutorias»⁴, debido a que existe un poder de decisión unilateral reconocido a la Administración Pública y a ciertas autoridades públicas.

En el Derecho Administrativo francés clásico se entiende al acto administrativo unilateral como el acto jurídico por el cual la ley es precisada y aplicada, y el reglamento como el acto unilateral que por su naturaleza prolonga la ley. De manera que por actos individuales se aplica la norma a un individuo determinado:

La decisión administrativa ejecutoria aparece como el acto por el cual los poderes públicos ejercen el poder público para aplicar la ley o para suplirla, en caso de carencia de ésta. De ahí resulta que este acto es una prerrogativa exorbitante reservada a las personas públicas administrativas. En efecto, el parlamento que es aquel de los poderes públicos que expresa la voluntad general, no es competente por el hecho del principio de la separación de funciones de ejecutarla. Esta misión está reservada al Poder Ejecutivo, actuando en esta hipótesis en tanto que Administración. La decisión ejecutoria se sitúa por lo tanto a un nivel determinado del ordenamiento jurídico. Ella tiene una naturaleza y una fuerza jurídica específica que están vinculadas a su lugar de la jerarquía, de donde su sumisión al principio

³ LAVIALLE, Christian: *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en Droit Administratif français*. LGDJ. Paris, 1974, p. 7.

⁴ *Ibid.*, p. 10.

general de la legalidad y el corolario necesario de la recepción del recurso por exceso de poder formado en su contra. El análisis de los caracteres y del régimen jurídico del acto, al mismo tiempo que caracteriza el acto, pone en evidencia, el privilegio de que está investido el titular del derecho de dictar esta medida. Este último en relación a los particulares tiene una posición derogatoria que la hace una persona pública⁵.

Partiendo de la idea de concebir la función del juez contencioso-administrativo como un instrumento de control de la actividad de la Administración, abordamos el presente trabajo en cuatro partes; en la primera: nos referimos a la división clásica del contencioso-administrativo y en particular al concepto de contencioso-administrativo objetivo; en la segunda parte: comparamos los principios que gobiernan la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil y en el contencioso-administrativo; en la tercera parte: damos a conocer cómo se reflejan los hechos en que consiste la actividad de la Administración en un instrumento como el expediente administrativo; y, en la cuarta parte: tocamos otros aspectos que se plantean en el debate sobre el tema.

1. El contencioso-administrativo objetivo y la decisión ejecutoria administrativa

HAURIUO escribe en su compendio de *Derecho Administrativo*: «es lógico que la decisión ejecutoria sea el objeto de un contencioso, es decir de un litigio llevado delante de un juez. Decir eso no es suficiente, no solamente ella será el objeto de un contencioso, sino que ella crea un contencioso contra ella misma. Aún decir eso no es suficiente, no solamente ella crea un contencioso contra ella misma, sino que ella juega el papel de las conclusiones tomadas de manera anticipada por la Administración en vista del contencioso y, en consecuencia, ella contiene, de parte de la Administración, una aceptación anticipada de la instancia»⁶.

El acto administrativo unilateral se impone él mismo pues es la expresión jurídica de una competencia imperativa que es presumida como legal para

⁵ *Ibíd.*, p. 16.

⁶ Citado en LAVIALLE: *ob. cit.*, p. 43.

la buena marcha del sistema, si no, ninguna operación sería posible. El Derecho Administrativo no solamente apunta o tiende a facilitar la acción administrativa, él tiene al mismo tiempo por objeto de arreglar y manejar ésta, de manera que ella no rompa ni atropelle los derechos de los administrados. El tema de la acción y del control se entrecruza perpetuamente para formar la trama de este Derecho. WEIL lo subraya muy bien en su remarcable obra de síntesis del Derecho Administrativo francés⁷. «Éste, escribe, no busca solamente asegurar a la acción administrativa las posibilidades que le permitan de realizar sus fines de interés general. Él tiende también a proteger al individuo contra un poder siempre temible para los derechos y libertades individuales». El régimen jurídico de la decisión ejecutoria es la mejor ilustración. Unilateralmente ella crea normas y situaciones jurídicas a las cuales los interesados deben someterse, pero al mismo tiempo ella materializa un poder que debe atarse a una competencia legal. Si la competencia es el derecho de dictar un acto, el poder es el hecho de dictarlo realmente. El recurso por exceso de poder permite establecer un puente, una relación entre uno y el otro. Desde entonces la decisión ejecutoria abre por su existencia la posibilidad de realizar esta verificación. Ella expresa la acción por su aspecto creador de derecho, pero también el control por la aproximación que ella implica entre los poderes manifestados y la competencia atribuida. La decisión ejecutoria en efecto una vez tomada viene a inscribirse en la pirámide jurídica legal. Ella completa el ordenamiento jurídico nacional y contribuye en adelante a definir el concepto de legalidad que es el referente en relación al cual se juzga la validez de los actos jurídicos públicos⁸.

En la medida que la decisión ejecutoria administrativa constituye un elemento de la legalidad, entonces un recurso objetivo se abre contra el acto, dicen los franceses; es decir, es posible intentar un recurso contencioso contra el acto dictado. Este recurso es objetivo, pues se cuestiona su regularidad legal. Tradicionalmente la doctrina francesa dice que es un proceso hecho al acto

⁷ Se refiere el autor a la obra de WEIL, Prosper: *Le Droit Administratif*. PUF. Paris, 1975.

⁸ LAVIALLE: ob. cit., p. 43.

no a su autor. Una acción contra el autor del acto completa el primer recurso, pero ya no se trataría de un recurso de anulación, sino de un recurso en reparación de una falta cometida o de un riesgo asumido. Así, el contencioso-administrativo es entendido como una «contención o controversia con la Administración, la cual puede suscitarse, tanto respecto a un acto administrativo tildado de ilegal o ilegítimo, como respecto a un derecho subjetivo lesionado o a la reparación de un daño»⁹.

En el Derecho Administrativo venezolano la situación conceptual es exactamente la misma; el acto administrativo se configura como una decisión administrativa unilateral ejecutoria, es decir, una decisión del Poder Público con una fuerza jurídica específica y que tiene su lugar en la jerarquía normativa. Lo que hace que cuando se impugna el acto administrativo ante el órgano jurisdiccional, se revisa su legalidad objetiva, es decir, si fue dictado por las autoridades competentes y si se han respetado todos los elementos de la legalidad interna y externa del acto. Se trata entonces de una pretensión que tiene como objeto verificar la legalidad del acto, contrastarlo con la normativa vigente y con el Derecho. Por ello, se debe entender la naturaleza objetiva de este recurso por ilegalidad que la doctrina francesa llama de «exceso de poder», porque la cuestión sometida a la consideración del juez es un asunto de legalidad objetiva del acto.

Buena parte del contencioso-administrativo en su parte más significativa es objetivo, ya que la pretensión del recurrente es impugnar la legalidad del acto administrativo, a diferencia del contencioso subjetivo donde lo que se plantea es una cuestión patrimonial del recurrente.

1.1. El control jurisdiccional de la Administración

El concepto de jurisdicción entendida como una función del Estado, «se define como la función específica estatal por la cual el Poder Público satisface

⁹ MOLES CAUBET, Antonio: «El sistema contencioso-administrativo venezolano en el Derecho Comparado». En: *Contencioso-administrativo en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981, p. 12.

pretensiones»¹⁰. La función de jurisdicción se diferencia de la función administrativa, pues mientras la Administración es la función estatal de cumplimiento de los fines de interés general, la jurisdiccional es la función estatal de satisfacer pretensiones, en el sentido de que es la función jurídica por la cual se declara el derecho, con el sentido etimológico, bien conocido, de *ius dicere* o *iuris dictio*.

La jurisdicción, normalmente, como en nuestro sistema político, constituye uno de los poderes del Estado conocido como el Poder Judicial¹¹, que ejerce la función pública de la jurisdicción, su especificidad consiste en la potestad de juzgar y de ejecutar lo juzgado. Ahora bien, debemos ubicar dentro de ella a la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 259 de la Constitución), que se caracteriza por su función primordial de controlar la actividad de la Administración.

La jurisdicción contencioso-administrativa¹² tiene, pues, la función primordial de revisar los actos de la Administración, así como, también, repetimos, la de controlar la actividad de la Administración. Este último aspecto, en el que insiste permanentemente la doctrina francesa, es lo que permite explicar la naturaleza jurídica profunda del contencioso-administrativo y muchos aspectos de su régimen jurídico, como, por ejemplo, el de la carga de la prueba.

En el contencioso-administrativo el juez interviene de manera decisiva para equilibrar procesalmente a las partes, y, además, porque el juez siente que tiene una función de control sobre la actividad de la Administración¹³. Si entendemos

¹⁰ GUASP, Jaime: *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Civitas. Madrid, 1998, p. 91.

¹¹ *Vid.* artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Mientras que en Francia la jurisdicción es entendida como una autoridad y no como un «poder» por carecer de legitimidad democrática. Ver: TURPIN, Dominique: *Le régime parlementaire*. Dalloz. Paris, p. 2.

¹² La jurisdicción administrativa general es la competente para conocer los litigios más diversos, en tanto que la jurisdicción administrativa especial tiene una competencia limitada a ciertas categorías determinadas de litigios. Las jurisdicciones especiales son creadas en razón de un interés por la especialización y la eficacia con el objeto de dictar una justicia más adaptada a la particularidad y tecnicidad de ciertos contenciosos.

¹³ Esta actitud del juez francés del contencioso-administrativo no es consecuencia del hecho histórico que la jurisdicción contencioso-administrativa no forma parte del Poder

que el acto administrativo unilateral es una decisión ejecutoria, en el sentido de que es un acto con fuerza jurídica propia, y que el proceso de ilegalidad es un proceso objetivo donde el juez tiene funciones inquisitivas, entonces vemos cómo las reglas procesales, como la de la carga de la prueba por ejemplo, tienen que ser diferentes en el contencioso-administrativo a las establecidas en el proceso civil.

La concepción del papel del juez en el proceso contencioso y las características propias del litigio administrativo, avalan nuestra idea, por tanto, de que no se puede hacer una traslación o una trasposición completa de las reglas procesales del proceso civil al contencioso-administrativo. Por eso, la doctrina llega a afirmar: «el demandante administrado está ubicado en una situación de inferioridad *vis a vis* de la Administración que a veces ella sola tiene las informaciones para fundamentar la demanda. Y cada vez que el acto atacado –sanción, sujeción...– proviene de una iniciativa de la Administración uno debería casi considerar que es ella quien tiene una pretensión, mientras que el demandante no hace otra cosa que defenderse»¹⁴.

1.2. La distinción de los contenciosos objetivo y subjetivo

Es oportuno referirnos aquí a la distinción entre los procesos contencioso-administrativos. Partiendo de la idea que la jurisdicción contencioso-administrativa incluye una doble función: una de control de la legalidad administrativa y una «función judicial que tiene los siguientes cometidos: declarar derechos; mantener la integridad de los derechos atribuidos y restablecerlos cuando fueren perturbados, resarcando subsidiariamente los daños y perjuicios producidos, como también, resarcir los demás daños y perjuicios de cualquier otra manera irrogados»¹⁵.

Judicial en Francia como erróneamente se considera, sino de una visión actualizada de su rol como juez.

¹⁴ PACTEAU, Bernard: *Contentieux administratif*. PUF. Paris, 1985, p. 206.

¹⁵ MOLES CAUBET: ob. cit., p. 15.

Este es un tema que ha ocupado permanentemente a la doctrina francesa que comenzó por distinguir entre el contencioso de exceso de poder o de anulación y el contencioso de plena jurisdicción¹⁶. Esta distinción ha sido cuestionada, criticada y hasta negada, pues algunos no ven la utilidad para el contencioso-administrativo de separar entre el exceso de poder y la plena jurisdicción. La doctrina española considera superada la distinción, pues «como pone de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA, el principio de la tutela judicial efectiva supone el abandono del modelo tradicional del contencioso-administrativo, el modelo francés de *excès de pouvoir* como proceso al acto; el contencioso no debe ser en adelante protección de la legalidad objetiva sino protección de los derechos fundamentales del recurrente y de la Administración, es, pues, un proceso de partes»¹⁷. Otros critican la efectividad de la distinción entre ambos contenciosos, pues niegan que existan diferencias importantes según la naturaleza de los recursos ejercidos. Y otros critican el valor mismo de los criterios utilizados para hacer la distinción. Pero ha sido, y se mantiene como una preocupación permanente e importante en la doctrina francesa, la distinción entre los contenciosos administrativos.

Tradicionalmente, en Francia, el primer criterio de distinción que se desarrolló fue el que hacía la diferenciación sobre la base de los «poderes del juez contencioso-administrativo». Propuesto por los administrativistas L. AUCOC y E. LAFFERRIÈRE, se refería a «la sola anulación en el recurso por exceso de poder, y la prerrogativa de sustitución y condenación en el recurso de plena jurisdicción»¹⁸.

¹⁶ La doctrina venezolana también ha mantenido permanentemente esta discusión. Ver: HERNÁNDEZ, José Ignacio: «El cambio de paradigma: las pretensiones procesales administrativas». En: *El contencioso-administrativo y los procesos constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, p. 117; BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Instituciones políticas y constitucionales*. Tomo II. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1985, p. 657.

¹⁷ DEL SAZ, Silvia: «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional». En: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*. Civitas. Madrid, 1992, p. 135.

¹⁸ DE LA MARDIÈRE, Christophe: *Recours pour excès de pouvoir et contentieux administratif de l'impôt*. L.G.D.J. Paris, 2002.

El segundo criterio propuesto por los administrativistas L. DUGUIT y G. JÈZE, se fundamenta en la «naturaleza de la cuestión planteada al juez». Si se trata de una cuestión de derecho objetivo, el contencioso-administrativo es objetivo y corresponde el recurso por exceso de poder o de anulación. Si la cuestión es de derecho subjetivo, el contencioso es subjetivo y corresponde el recurso de plena jurisdicción.

Es necesario precisar, además, que el contencioso-administrativo comprende más que estas dos ramas, pero esta distinción es la más importante y de la que se ha ocupado, principalmente, la doctrina y la jurisprudencia francesa¹⁹.

En relación con el criterio de los poderes del juez, AUCOC señala que, tratándose del recurso de exceso de poder, la jurisdicción «tiende a hacer caer un acto irregular, sin que ella pueda, después de anular el acto, sustituirlo por una decisión diferente. Ella se pronuncia entonces en las mismas condiciones que la Corte de Casación»²⁰, y deja, en consecuencia, entender, que se trata de un contencioso de puro derecho donde solo el derecho objetivo puede ser invocado.

Si se trata de un recurso de plena jurisdicción, señala LAFERRIÈRE, «los poderes de plena jurisdicción, abarcan el ejercicio de un arbitraje completo, de hecho y de derecho, sobre el litigio». Esta «rama del contencioso-administrativo, comprende numerosas categorías de asuntos en los cuales la jurisdicción administrativa ejerce poderes muy amplios. Ella es juez de hecho y de Derecho, ella se pronuncia entre la Administración y sus contradictores como los tribunales ordinarios entre dos partes litigantes; ella reforma las decisiones tomadas por la Administración, no solamente cuando ellas son ilegales, sino también cuando ellas son erradas; ella las sustituye por decisiones nuevas; ella constata las obligaciones y pronuncia condenaciones pecuniarias»²¹.

Por otra parte, el criterio de la cuestión propuesta al juez, «se le debe a DUGUIT y a JÈZE. Estos autores no rechazan la distinción entre el exceso de poder y el pleno

¹⁹ *Ibíd.*, p. 23.

²⁰ *Ibíd.*, p. 24.

²¹ *Ibíd.*, p. 25.

contencioso, pero sí refutan el criterio heredado de LAFERRIÈRE y proponen el de ellos. Se trata de conservar el criterio de la cuestión de derecho propuesta al juez del recurso. Esta cuestión es ya sea objetiva, ella se relaciona con la regla de Derecho tomada de manera general –ley, reglamento, etc.–, ya sea subjetiva y se trata entonces de un derecho detentado por una persona en tanto que éste le es propio. De lo que resulta un contencioso objetivo, que considera la validez de la regla de Derecho en causa, y un contencioso subjetivo, que se destina a reconocer la existencia de un derecho subjetivo y la agresión que se le ha hecho»²². Sin embargo, JÈZE reconoce los inconvenientes de la doctrina cuando un mismo litigio se relaciona a la vez con el contencioso de la legalidad y con el contencioso de la situación jurídica.

De tal manera, que el contencioso objetivo responde a la necesidad de «control de la norma general e impersonal, en ella misma o en relación a su ejecución. Es un contencioso de interés público, de orden público, de utilidad pública. Por oposición, el contencioso subjetivo es ordinario en el sentido en que es próximo del procedimiento civil; es un contencioso individual, particular, contingente. Así se explica la diferencia de procedimiento que separa los contenciosos objetivo y subjetivo». Parece pues «posible decir que el contencioso objetivo es aquel donde el recurrente sostiene la irregularidad de un acto afectando una situación jurídica definida de manera general e impersonal, un estatus legal, y que el contencioso subjetivo es aquel donde el demandante hace valer una situación constitutiva de un derecho subjetivo. Tal es la enseñanza que se puede desprender del pensamiento de los dos maestros»²³.

Ahora, hay que advertir que se ha producido una crisis del recurso de exceso de poder francés, debido a la circunstancia de que el juez de exceso de poder solo puede decidir sobre la legalidad del acto atacado sin poder pronunciarse en relación con la situación jurídica de las partes. Y se critica «que el juez de exceso de poder solo se puede pronunciar sobre la legalidad del acto atacado, sin pronunciarse en relación a la situación jurídica en causa. La decisión que se dicte tendría entonces el error de no vaciar totalmente el litigio, ya sea

²² *Ibíd.*, p. 30.

²³ *Ibíd.*, pp. 38 y 39.

permitiendo que un nuevo acto sea dictado, o dejando a las partes en expectativa, al no indicar claramente las consecuencias de la anulación»²⁴. Por lo que la idea de subjetivar el recurso de anulación forma parte del debate que nace con la Ley francesa de 8 de febrero de 1995, que da a la jurisdicción administrativa poderes de mandato, *d injonction*, que permite al juez además de indicar las consecuencias de una anulación, tomar medidas de ejecución y medidas positivas en beneficio del administrado. Y de la Ley francesa de 30 de junio de 2000, que crea el procedimiento cautelar *référé-injonction*, que permite al juez adoptar medidas cautelares previas a la decisión de fondo.

El criterio desarrollado por DUGUIT y JÈZE de distinguir el contencioso-administrativo a partir del «criterio de la cuestión propuesta al juez», parece que ha ganado el favor de la doctrina francesa, y de ahí, que la distinción entre un contencioso objetivo y un contencioso subjetivo resulte bien asentada. Por lo tanto, se entiende que el «contencioso objetivo», consiste en reprimir la violación de una norma jurídica y se relaciona con la regla jurídica, que puede abarcar el constatar el estatuto jurídico y el contencioso de la legalidad. Se plantea una cuestión de derecho objetivo y es un contencioso de orden público donde las soluciones sobrepasan el interés del recurrente. Se trata del control de la norma jurídica y constituye el contencioso de la legalidad.

Por otra parte, se entiende al «contencioso subjetivo» el que reprime la violación de un derecho subjetivo. El que reconoce el derecho subjetivo existente y la obligación subjetiva creada. El que trabaja sobre el problema de una situación jurídica subjetiva y de una situación patrimonial. Cuyo fin es constatar si un acto o un hecho atentan contra esta situación subjetiva, por ello se le conoce como el contencioso de la situación jurídica.

Esta distinción de los contenciosos objetivo y subjetivo es asumida claramente por el Derecho Administrativo venezolano. Vemos cómo en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no se ha instituido, explícitamente, un proceso administrativo ordinario para hipótesis generales como es en

²⁴ *Ibíd.*, p. 41.

el Derecho español. Sino que, por razones jurídico-materiales y jurídico-procesales, se han creado un conjunto de procesos ordinarios para hipótesis especiales, diferenciados y catalogados, que tienen modulaciones adjetivas específicas. «Configurados según la actuación administrativa impugnada, frente a la cual procede solo determinada pretensión»²⁵.

Los tres procedimientos ordinarios creados en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por razones jurídico-materiales son los siguientes:

El primero, consiste en un verdadero procedimiento ordinario de los procesos con contenido patrimonial. Que la Ley llama, curiosamente: «Procedimiento en primera instancia» correspondiente a las «demandas con contenido patrimonial», configurado para tramitar las pretensiones de carácter patrimonial, «en las que sean partes los sujetos enunciados en el artículo 7 de esta Ley» (artículo 56). Se trata de un proceso ordinario que tiene su fuente de inspiración conceptual y su caracterización en la teoría francesa de los procesos subjetivos de contenido patrimonial y del proceso de plena jurisdicción. Que, según el sistema tradicional venezolano, constituye el proceso contencioso de «unidad de jurisdicción» para juzgar a la Administración; y es llamado por la doctrina: «el contencioso de las demandas contra los entes públicos».

El segundo, consiste en un «procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas» (artículo 76), configurado, también, como un verdadero proceso ordinario, para tramitar pretensiones de nulidad, de interpretación, y pretensiones que surjan entre entidades administrativas con ocasión de controversias entre ellas. Se trata de un proceso ordinario que tiene su fuente de inspiración conceptual y su caracterización en el proceso objetivo y de exceso de poder francés. Que, según el sistema tradicional venezolano, constituye el llamado: proceso contencioso-administrativo contra los actos administrativos. Y que, el mismo procedimiento se utiliza para procesos diferentes.

²⁵ UROSA MAGGI, Daniela: *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*. FUNEDA. Caracas, 2003, pp. 331-334.

El tercero, consiste en un «procedimiento ordinario breve» (artículo 65), configurado para tramitar pretensiones por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos; pretensiones frente a las vías de hecho; y pretensiones ante abstenciones, omisiones o carencias de la Administración.

Además, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa creó cuatro procedimientos especiales por razones jurídico-procesales, según se trate de facilitación, impugnación o ejecución del proceso, que son los siguientes: i. el procedimiento de las medidas cautelares; ii. el procedimiento en segunda instancia; iii. el recurso especial de juridicidad, para revisar sentencias definitivas dictadas en segunda instancia²⁶; y, iv. el proceso de ejecución de la sentencia.

1.3. *El carácter inquisitivo del contencioso-administrativo*

Una de las características más destacadas del procedimiento contencioso-administrativo es su carácter inquisitivo, que se opone a los procedimientos de tipo acusatorio o dispositivo dirigidos por las partes en los cuales el juez se limita a arbitrar la pretensión de las partes. El procedimiento contencioso-administrativo es, por el contrario, dirigido por el juez que juega un rol esencial en el proceso. «Decir que el procedimiento es inquisitorio es expresar que está bajo el control no de las partes sino del juez»²⁷.

En particular, «el rol jugado por el juez en el procedimiento administrativo se manifiesta particularmente en lo que concierne a la administración de la prueba. En principio, la regla *actori incumbit probatio* se aplica ante la jurisdicción administrativa y el demandante debe aportar al menos un comienzo de prueba. Sin embargo, esta regla juega con mucho menos rigor que en el procedimiento civil»²⁸. De manera que el papel del juez en el contencioso-

²⁶ Declarado inconstitucional: TSJ/SC, sent. N° 281, de 30-04-14.

²⁷ CHAPUS, René: *Droit du contentieux administratif*. 5ª, Montchrestien. Paris, 1995, p. 638.

²⁸ AUBY, Jean-Marie y DRAGO, Roland: *Traité de contentieux administratif*. Tome I. LGDJ. Paris, 1975, p. 747.

administrativo le permite participar en el establecimiento de la prueba y completar los elementos producidos por las partes. Lo que constituye un mecanismo de reequilibrio de las obligaciones probatorias de las partes y para garantizar la realización plena del fundamental principio del contradictorio²⁹. El juez tiene un lugar central en el contencioso-administrativo, que «hoy en día se revela en todo caso benéfico para el demandante gracias al papel activo en la producción de las pruebas –en particular el poder del juez de exigir a la Administración todas las piezas útiles a la instrucción–»³⁰. Cuando un administrado se enfrenta al Poder Público es por la organización del principio de la inquisición que mejor se puede remediar esta desigualdad natural de las partes y respetar el principio constitucional de la igualdad y del derecho a la defensa. Toda esta reflexión es la expresión del principio de la instrucción, donde «será pues el tribunal el que adopte los actos que hagan avanzar el proceso a las etapas siguientes»³¹.

El carácter inquisitorio del contencioso-administrativo lo encontramos en numerosas disposiciones particulares del procedimiento administrativo que siempre se ha distinguido del procedimiento civil; y que responde al principio de la obligación de instruir antes de juzgar. «El principio es que los asuntos relativos a una jurisdicción administrativa no pueden ser juzgados sin antes haber sido el objeto de una instrucción adecuada, que los ponga en estado de ser resueltos por esa jurisdicción en el mejor conocimiento de causa posible»³². Además, se observa que «el juez civil se ha vuelto intervencionista», lo que «revela el carácter en lo sucesivo largamente inquisitorio del procedimiento civil. La concepción de la misión del juez civil se aproxima a la del juez administrativo; y si los dos regímenes procesales continúan distinguiéndose, ya no es más por su espíritu, sino por la modalidades técnicas según las cuales esta concepción, que le es común, es puesta en obra»³³.

²⁹ ARAUJO JUÁREZ, José: *Principios generales del Derecho Procesal Administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 1996, p. 387.

³⁰ PACTEAU: ob. cit., p. 201.

³¹ ARAUJO JUÁREZ: ob. cit., p. 374.

³² CHAPUS: ob. cit., p. 634.

³³ *Ibíd.*, p. 639.

2. La distribución de la prueba en el orden judicial

Las consideraciones generales sobre la distribución de la carga de la prueba en el contencioso-administrativo se deben reflexionar desde otro lugar y con otra perspectiva de la que habitualmente se hacen³⁴. Para lo cual partimos de la idea de que el acto administrativo es un acto de poder público y que tiene por ello fuerza jurídica en sí mismo, es decir, que constituye una decisión de poder público, que los franceses llaman decisión ejecutoria –*décision exécutoire*.

Nosotros no asumimos la idea de la presunción de legalidad del acto administrativo para explicar los problemas de la distribución de la carga de la prueba en el contencioso-administrativo³⁵, sino, como venimos diciendo, del hecho de reconocer al acto administrativo su naturaleza «ejecutoria» en el sentido de que tiene fuerza jurídica propia. A partir de allí, se razona que el proceso contencioso-administrativo de la legalidad o «de exceso de poder», en la terminología francesa, constituye un proceso objetivo donde lo que se plantea al juez es la nulidad del acto por ilegalidad.

³⁴ Ver la obra galardonada con el premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales año 2012-2013: ABACHE CARVAJAL, Serviliano: *La atipicidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*. Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA. Caracas, 2012. Normalmente se asume, como fundamento jurídico de la legitimidad del acto administrativo la presunción general de validez de todos los actos estatales.

³⁵ Por ejemplo, la doctrina señala que el concepto de la presunción de legitimidad del acto administrativo es determinante para entender el problema de la distribución de la carga de la prueba, en estos términos: «en el caso del proceso contencioso tributario se ha establecido casi como un dogma incommovible, que la carga de la prueba recae sobre quien impugna el acto dictado por la Administración Tributaria, cualquiera sea su contenido, y se ha dicho también que esta distribución apriorística de la carga probatoria no deviene solo del principio según el cual ‘quien alega prueba’, sino de una peculiaridad propia de los actos que son impugnados en este tipo de procesos, los cuales se estiman apegados a Derecho mientras no se demuestre lo contrario, lo que ordinariamente se conoce como la presunción innominada de legalidad de los actos administrativos de contenido tributario», Ver: FRAGA PITTALUGA, Luis: «Consideraciones generales sobre la prueba en el proceso contencioso tributario». En: *Contencioso tributario hoy*. Tomo I. FUNEDA-AVDT. Caracas, 2004, p. 132.

En este punto aparece el problema de la distribución de la carga de la prueba, pero dentro de un contexto distinto de reflexión, ya que el proceso contencioso consiste en verificar la legalidad del acto administrativo impugnado y controlar la actividad administrativa al dictarlo, siendo que ahí se sitúa precisamente el problema de la carga de la prueba, cuando debemos identificar y determinar qué le toca probar al administrado con ocasión de la impugnación del acto administrativo por ilegalidad.

Por otra parte, es evidente la necesidad de considerar que hay también una relación procesal desigual entre el administrado y la Administración que el juez debe corregir; de donde aparece el carácter inquisitivo del proceso contencioso, ya que el juez, en este tipo de procesos, tiene poderes amplios de actuación de oficio y para impulsar el procedimiento. Luego, el proceso contencioso-administrativo no responde solamente a un principio dispositivo como en los procesos civiles, sino que el papel del juez es diferente, lo que influye en la distribución de la carga de la prueba de una manera distinta a como ocurre en el proceso civil. Aquí el juez interviene de manera decisiva para equilibrar procesalmente a las partes, y, además, porque el juez percibe que tiene una función de control sobre la actividad de la Administración.

De manera que estos aspectos marcan una diferencia importante con el papel de la prueba en el proceso civil y, por lo tanto, no se puede hacer una traslación o una trasposición de las reglas de la prueba, y particularmente de la carga de la prueba del proceso civil al contencioso-administrativo. Si entendemos y asumimos que el acto administrativo unilateral es una decisión ejecutoria, en el sentido de que es un acto con fuerza jurídica propia, y que el proceso de ilegalidad es un proceso objetivo donde el juez tiene funciones inquisitivas, entonces vemos cómo las reglas de la carga de la prueba tienen que ser diferentes en el contencioso-administrativo a las establecidas en el proceso civil. Una vez, pues, situados en este contexto, el problema de la carga de la prueba en el contencioso-administrativo se clarifica con otras luces y con otras reflexiones.

2.1. La carga de la prueba en el proceso civil: el principio dispositivo

El estudio de la carga de la prueba tiene particular importancia a partir de la distinción entre procesos dispositivos y procesos inquisitivos. Cuando «la doctrina distinguió, en términos científicos, el principio dispositivo del principio inquisitorio, aumentó la importancia del estudio de la distribución de la carga de la prueba, ya que el proceso civil, al transformarse en instrumento oficial de la administración de justicia, debía ser utilizado para la tutela de los derechos, por cuenta y riesgo de las partes. Estas someten a la apreciación del Poder Judicial un caso concreto y la función del magistrado es la de declarar el derecho en los límites en que fue definida la *lid*. El juez no se anticipa a los interesados, ni se mueve *ex propria auctoritate* para indagar, en público o en privado, quien sufre violación o amenaza en su esfera jurídica; espera que le provoquen la actividad jurisdiccional, correspondiendo a los litigantes el *onus* de afirmar y probar su pretensión en juicio. La función del magistrado es, pues, la de declarar el derecho en cada caso concreto, sin suplir las deficiencias de las partes, que obran representadas por abogados aptos para postular en juicio»³⁶.

El reparto de la carga de la prueba se relaciona con el principio dispositivo en el proceso civil por lo que respecta a la verificación de los hechos. De manera que la doctrina jurídica señala que conforme a esta línea de pensamiento, «en un proceso que admite la investigación de oficio de la veracidad de los hechos, no tendría significación alguna el reparto de la carga de la prueba. Ahora bien, sucede justamente que a la par de la tendencia contraria al principio dispositivo en la verificación de los hechos, se manifiesta una tendencia contraria a la distribución de la carga de la prueba en la doctrina y hasta en las obras legislativas más recientes»³⁷. De manera que, «prevaleciendo el proceso dispositivo, a las partes corresponde, por regla general, la tarea de preparar el material de conocimiento, de alegar y probar al juez lo que pretenden, de lo cual resulta

³⁶ BUZAID, Alfredo: *La carga de la prueba*. C&G Editores. Trad. Luis LORETO. Caracas, 1989, p. 5.

³⁷ *Ibíd.*, p. 40.

que la distribución de la carga se hace de manera que deje a cada una de las partes hacer valer los hechos que ella quiere que sean considerados por el juez, o, en otros términos, que tienen interés que sean considerados por él como verdaderos. CHIOVENDA concluye sosteniendo que el actor debe probar los hechos constitutivos, esto es, los hechos que normalmente producen determinados efectos jurídicos; y el reo debe probar los hechos impeditivos»³⁸.

Para justificar el reparto de la carga de la prueba, «CARNELUTTI parte del *distingo* entre interés en la afirmación e interés en la prueba. El interés en la afirmación es unilateral, en el sentido de que cada una de las partes tiene interés en afirmar solamente los hechos que constituyen la base de su pretensión o de su excepción. El interés en la prueba es bilateral, en el sentido de que, una vez afirmado un hecho, cada una de las partes tiene interés en suministrar su respectiva prueba. De este doble interés en *antítesis*, la experiencia del proceso ofrece ejemplo en el concurso de la prueba y de la *contraprueba*»³⁹. En este sentido, el criterio que se adopta para el reparto de la carga de la prueba es el del interés en la propia afirmación, de manera que la carga de la prueba es de quien tiene interés en afirmar. «Por tanto, quien lleva a juicio la pretensión, tiene la carga de probar los hechos constitutivos, y quien ofrece la excepción, tiene la carga de probar los hechos extintivos o las condiciones impeditivas o modificativas»⁴⁰. «Así como a la carga de lo que se pide corresponde la carga de la afirmación, así también a la carga de la afirmación corresponde la carga de la prueba. Entre la carga de la afirmación y la carga de la prueba existe una *coordinación rigurosa*»⁴¹.

Se dice, pues, que es de la esencia del proceso civil, que sobre las partes recaiga la carga de probar los hechos afirmados por ellas, de donde se puede hacer una distinción que consiste en separar, por una parte, la determinación de la fuente de prueba que ha de incorporarse al proceso, lo que corresponde a las

³⁸ *Ibíd.*, p. 42.

³⁹ *Ibíd.*, p. 43.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 44.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 45.

partes. Y por la otra, la determinación de los medios de prueba que van a utilizarse para incorporar las fuentes en el proceso, lo que no corresponde a las partes en exclusiva y esa facultad la puede tener el juez. En particular, la distinción entre fuente y medio, que es significativa en la comprensión técnica del papel del juez en el contencioso-administrativo, consiste en entender que, por ejemplo, si una parte sabe que una persona presencié los hechos que a ella le interesan probar, ha de tomar la decisión de utilizar esa persona como testigo y esa decisión corresponde en exclusiva a la parte. Esa persona que presencié los hechos es la fuente. Y traerla a juicio mediante la prueba de testigos es el medio. Ahora, si «en las afirmaciones fácticas de las partes, una de ellas ha hecho mención a esa persona, en teoría no obsta principio procesal alguno a que el juez pueda decidir la práctica del medio de prueba testifical, pues su conocimiento del testigo no proviene de su ‘ciencia privada’, sino de lo afirmado por la parte»⁴².

La carga de la prueba está relacionada con la pregunta quién debe probar, y para quien se prueba: se trata del principio de aportación de parte. En el proceso civil «el instituto de la carga de la prueba está vinculado, por tanto, directa y fundamentalmente a la actividad de las partes que invocan la aplicación del derecho»⁴³. Pero está vinculado también, a la necesidad de que el juez debe administrar justicia y dictar sentencia por la circunstancia que no puede simplemente decir: *non liquet*.

«Corresponde a la esencia del proceso civil el que sobre las partes recaiga la carga de aportar los hechos al proceso, esto es, la realización de las afirmaciones de los supuestos fácticos de las normas cuyas consecuencias se piden solo puede ser obra de las partes. Si el juez pudiera hacer esas afirmaciones se estaría alterando toda la concepción de lo que es el proceso civil»⁴⁴. Por lo que,

⁴² MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*. Civitas. Madrid, 1996, p. 60; por ejemplo: «la proposición de pruebas puede ser un sistema para que el juzgador tenga conocimiento procesal de la existencia de una fuente de prueba, con lo que podrá utilizarla en las diligencias de mejor proveer para acordar el medio de prueba que introduzca la fuente en el proceso», (p. 62).

⁴³ BUZAID: ob. cit., p. 7.

⁴⁴ MONTERO AROCA: ob. cit., p. 59.

«estando la parte empeñada en el triunfo de su causa, a ella corresponde la tarea de producir las pruebas destinadas a formar la convicción del juez en la pretensión jurisdiccional»⁴⁵, conforme al principio de la aportación de partes.

Y, sobre todo, las reglas de la carga de la prueba, según ROSENBERG, «concurren para formar un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión deducida en juicio, a pesar de las incertidumbres acerca de las circunstancias de hecho. En indicar al juez el contenido de la decisión que debe proferir, para el caso de que no se pueda comprobar la verdad de una afirmación de hecho»⁴⁶. Es ahí donde «reside la esencia y el valor de las reglas sobre la carga de la prueba»⁴⁷, como lo señala el Código del Proceso Civil portugués, de que en la duda sobre la verdad de un hecho y sobre el reparto de la carga de la prueba, se resuelve en contra de la parte a quien el hecho aprovecha. O como lo dice el Código Canónico: «*Onus probandi incumbit ei qui asserit. Actore non probante, reus absolvitur*».

De manera que, «si al juez se le impone el deber de resolver es necesario que, al mismo tiempo, el Derecho le diga cómo ha de solucionar la situación de incertidumbre en que le coloca la falta de prueba sobre un hecho. Aparece así la doctrina de la carga de la prueba, que adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde el punto de vista del juez y al final del proceso. Las reglas en que se resuelve la distribución de la carga de la prueba no tratan, de modo directo, de determinar *a priori* qué hechos deben ser probados por cada parte, sino que pretenden decir al juez qué debe hacer cuando una afirmación de hecho no ha sido probada, esto es, fijan las consecuencias de la falta de prueba de los hechos. Como decía ROSENBERG, la teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de la falta de prueba»⁴⁸.

En este sentido, «la carga de la prueba, esto es, de modo directo, la determinación de cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias de que no se haya

⁴⁵ BUZAID: ob. cit., p. 8.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 9.

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ MONTERO AROCA: ob. cit., p. 65.

probado un hecho y de modo indirecto, la fijación de qué parte debe probar un hecho, solo puede cuestionarse cuando ese hecho no ha sido probado. Si el hecho ha resultado probado no ha lugar ni siquiera a plantear la cuestión de la carga de la prueba»⁴⁹.

El instituto que estamos estudiando consiste, pues, en cómo distribuir entre las partes la carga de probar los hechos afirmados o negados en juicio. «Esta importante distinción entre las alegaciones que las partes puedan hacer en juicio, genera el reparto de la carga de la prueba y constituye la base en que, en el Derecho moderno, se asienta la clasificación entre hechos constitutivos, modificativos y extintivos. Es que en Derecho Romano el hecho afirmado por el actor debía ser probado por este. Si el reo ofrece una excepción de pago, *non numeratae o non adimpleti contractus*, correspondía al reo hacer la prueba de su afirmación, porque tales hechos jurídicos tendían a modificar o extinguir la obligación. Lo dice bien ULPIANO al examinar la figura de la *exceptio*, en la cual el reo hace las veces de actor y debe, por tanto, probar su alegación»⁵⁰. Por lo que, «tenemos que partir del principio de que el actor debe probar los hechos constitutivos que afirma y que el demandado ha de probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes que opone pero, a partir de ahí, tienen que entrar en juego toda una serie de supuestos de acomodación del principio a los casos concretos, supuestos que pueden enunciarse como criterios de normalidad, flexibilidad y facilidad»⁵¹.

También, por otra parte, hay que distinguir entre carga y obligación en relación con la prueba. Fue CARNELUTTI quien estableció la distinción para entender que la obligación es el lado pasivo, al que corresponde del lado activo un derecho subjetivo. Mientras que «hablamos de carga cuando el ejercicio de una facultad es puesto como condición para obtener cierta ventaja. Por eso carga es una facultad cuyo ejercicio es necesario para la consecución de un interés. De ahí el parentesco entre los dos conceptos. Obligación y carga tienen en común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad,

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 61.

⁵⁰ BUZÁID: *ob. cit.*, p. 14.

⁵¹ MONTERO AROCA: *ob. cit.*, p. 71.

pero difieren entre sí en cuanto al elemento substancial, porque el vínculo es impuesto cuando hay obligación para la tutela de un interés propio. Por tanto, a la idea de carga es correlativa la idea de riesgo, no a la idea de subordinación o de sujeción»⁵²; y a qué carga es el vínculo facultativo para obtener una cierta ventaja y la carga es además la necesidad de realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal. Como decía CARNELUTTI, la figura de la carga significa que la abstención del acto hace perder los efectos útiles del acto mismo. De manera que, «todo el proceso civil descansa sobre la concepción de que los actos procesales no se conciben para las partes como obligatorios, sino como potestativos, en el sentido de que a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y a su no realización consecuencias perjudiciales. En el proceso, pues, no existen deberes u obligaciones –que serían imperativos del interés ajeno, cuyo incumplimiento podría ser sancionado o cuyo cumplimiento podría ser exigido coactivamente–, sino cargas, que se conciben como imperativos del interés propio, en cuanto su levantamiento beneficia a la parte que realiza el acto»⁵³.

La carga de la prueba es parte de la teoría de la aplicación del Derecho, en el sentido de que es una regla que le permite al juez la actuación de la voluntad concreta de la ley, en vista de unos hechos que se consideran existentes y cuando «lo que entra en consideración es la verdad de los hechos de la causa por decidirse. Solo cuando haya incertidumbre sobre la cuestión de hecho, es cuando el juez necesita de una indicación que debe orientar el contenido de la sentencia. No surge, pues, el problema de la carga de la prueba cuando son pacíficas las afirmaciones de las partes en relación con las cuestiones de hecho, o cuando el juez se convence de la verdad o no de las afirmaciones discutidas, ya porque esa convicción nace de las prueba producida, ya porque resulta del conjunto de los debates. Puede decirse, por tanto, que ha de soportar la carga de la prueba, aquel a quien toca demostrar los presupuestos del precepto jurídico aplicable»⁵⁴.

⁵² BUZAID: ob. cit., p. 29.

⁵³ MONTERO AROCA: ob. cit., p. 63.

⁵⁴ BUZAID: ob. cit., p. 30.

Como parte del enfoque de la carga de la prueba como un problema de aplicación del Derecho, se distingue entre carga subjetiva y carga objetiva de la prueba. La carga subjetiva es el enfoque tradicional, como teoría de las consecuencias de la prueba frustrada, en el sentido de la necesidad de probar para vencer, sin que sea una obligación ni un deber sino una facultad que se debe ejercer para evitar las consecuencias y el riesgo de la demostración fallida. Si el magistrado, en el pleito, no logra formarse plena convicción, los inconvenientes de esta incertidumbre los soporta la parte que tiene la carga de la prueba. Por otra parte, la carga objetiva significa que «el establecimiento de las bases para formar la convicción judicial no es tarea exclusiva de las partes a quien incumbe la carga de la prueba, lo que interesa es solamente lo demostrado, no quien lo demostró. Este aspecto de las carga de la prueba que prescinde de cualquier actividad de las partes para la afirmación de los hechos controvertidos y para lo cual solo es relevante la existencia de la duda, se designa con la expresión carga objetiva de la prueba, o –menos acertadamente– carga material de la prueba. Tratándose de las partes, se habla de carga de dirección de la prueba o carga subjetiva, y –menos acertadamente– carga formal»⁵⁵. Conforme al principio de la carga objetiva de la prueba, para decidir el juez tomará en consideración todos los hechos y circunstancias constantes de los autos, sin indagar si las pruebas proceden de una u otra parte; en otras palabras, sin verificar si la prueba fue suministrada por la parte a quien tocaba la carga de su producción, o por la parte contraria. Lo esencial es saber si los hechos relevantes fueron debidamente probados. Por tanto, en el momento de proferir la sentencia, no hay interés en averiguar de cuál de las partes proviene originariamente la prueba, sino su resultado, esto es, si, dentro del proceso, el material probatorio permite al juez decidir en conciencia.

Estos son dos aspectos de la carga de la prueba: una, dirigida a los litigantes para establecer cuál de ellos debe soportar las consecuencias de la prueba frustrada, como una sanción a la inercia o a la actividad infructuosa de la parte, es el aspecto subjetivo. La otra, dirigida al juez a quien se le da una regla para juzgar, como un principio de Derecho Público vinculado a la función jurisdiccional, que no permite al juez que se abstenga de decidir.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 35.

2.2. *La carga de la prueba en el contencioso-administrativo: el principio inquisitivo*

El concepto de la carga de la prueba constituye un principio del proceso dispositivo y una característica propia del proceso civil, en el entendido que «deducir un derecho en vía judicial es una de las maneras posibles de disponer del mismo»⁵⁶. De manera que «si las partes tienen la plena disponibilidad de sus relaciones materiales y de sus derechos subjetivos y si son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional»⁵⁷, el principio dispositivo «debe informar todos los procesos civiles en los que se trata de la existencia de relaciones materiales privadas de las que nazcan derechos subjetivos y obligaciones. No pueden existir verdaderos derechos subjetivos privados si luego el proceso no se conforma según el principio dispositivo»⁵⁸. Corresponde con la naturaleza del proceso dispositivo que las partes tengan la carga de aportar los hechos al proceso, por lo que las afirmaciones de hechos que se refieren al supuesto fáctico de la norma jurídica son realizadas por las partes. Igualmente es una visión tradicional y general que sobre las partes recaiga la carga de la prueba de los hechos, aunque este enfoque está cambiando con las diligencias para mejor proveer que prevé la ley.

Este esquema lógico de la distribución de la carga de la prueba no puede ser aplicado en todos los procesos, tanto en los civiles como en los contenciosos. Si bien la ley administrativa remite a los principios del procedimiento civil, no puede ignorar su propia naturaleza contencioso-administrativa. El principio de la carga de la prueba nació del proceso dispositivo y para el proceso dispositivo, y se ha desarrollado dentro de los cauces del proceso civil, donde el principio de aportación de parte, constituye el eje lógico del contradictorio y son ellas quienes proponen los medios de prueba que han de practicarse. Situación que, sin embargo, aún en el proceso civil, se viene matizando con las diligencias para mejor proveer donde el juez tiene la facultad de acordar medios de prueba; lo que se considera como una excepción al principio

⁵⁶ MONTERO AROCA: ob. cit., p. 304.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ídem.

dispositivo o una penetración de la noción inquisitiva en el proceso civil, por lo que la doctrina privada está tratando de entender que el concepto de la prueba no puede quedar limitado a la actividad de las partes.

En todo caso, es evidente que estamos frente a un instituto de origen privado que se quiere aplicar plenamente como referente en el contencioso-administrativo y eso no es posible. El contencioso-administrativo no es un proceso civil, si bien se sustenta en el principio del contradictorio, su alcance no es el mismo ni puede serlo como ocurre en el proceso civil; la evidente desigualdad de las partes en el contencioso-administrativo no permite su aplicación equitativa como en el proceso civil, por lo que el principio de aportación de parte no puede tener la misma efectividad, sobre todo, en el contencioso objetivo o por exceso de poder⁵⁹.

En este caso, se entiende que, además de tratarse de un contencioso objetivo, aparece claramente que la Administración como parte, y el juez tienen un rol diferente al que juegan en el proceso civil. De un lado, el principio probatorio de aportación de parte característico del proceso civil de naturaleza dispositiva tiene una funcionalidad diferente, dado que la Administración ya dictó el acto y se pronunció al mismo tiempo sobre la legalidad de su actuación, tocándole al juez verificar la regularidad de la actuación de la Administración, lo que hace cambiar el papel de la Administración en el proceso, pues la lógica del juez es verificar que la Administración respetó la legalidad y no como en el proceso civil que a la parte la toca la carga de probar sus afirmaciones de hecho. El contradictorio se da, pues, de manera diferente, no solo, como se ha dicho tanto, de que se trata de un proceso hecho al acto donde la Administración

⁵⁹ Las nuevas generaciones de autores administrativistas venezolanos, que siguen de cerca a la doctrina española, desarrollan con brío un criterio del contencioso-administrativo como un proceso esencialmente subjetivo y dispositivo, afirmando por ejemplo que: «Reconozco y celebro la evolución del contencioso-administrativo en su paso de recursos objetivos contra –especialmente– actos administrativos, a un verdadero sistema de acciones en resguardo de derechos subjetivos», en: SILVA BOCANEY, José Gregorio: «Anotaciones sobre las pruebas en el proceso administrativo». En: *El contencioso-administrativo y los procesos constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, p. 384.

lo que hace es reafirmar su legalidad, sino que, planteada la impugnación, al juez le toca verificar la regularidad del acto por tratarse de una decisión ejecutoria que tiene fuerza jurídica propia; luego la Administración como parte, en esta primera instancia, no asume una resistencia en el contradictorio con la demandante, ni únicamente una defensa del acto que tiene plena vigencia, en el sentido de cómo ocurre el proceso civil donde el demandado dirige como resistencia una petición al juez como reacción a la pretensión formulada por el actor. Más bien, la Administración en el proceso, frente a la pretensión del recurrente, se voltea hacia el juez para justificar la legalidad de su actuación más que de defenderla frente al recurrente. Consciente como está que ante la pretensión de ilegalidad formulada por el impugnante, el juez procede a verificar la actuación de la Administración y a controlar su legalidad. De manera que los términos del debate no se plantean en los mismos términos que en el proceso civil, sino que la defensa de la legalidad de su actuación la hace la Administración ante el juez más que ante el recurrente, y solo, luego del control de legalidad hecha por el juez, es que los resultados de ese control se manifiestan en la sentencia.

En realidad, el recurso contencioso-administrativo por exceso de poder, va encaminado a solicitarle al juez que controle la actuación de la Administración por la vía de que verifique la ilegalidad del acto impugnado; a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil donde la parte demandante plantea una pretensión al juez que debe ser contradicha por la parte demandada. En el contencioso-administrativo la parte impugnante se dirige al juez para que declare la ilegalidad del acto y la Administración como parte demandada no tiene como actitud, como ocurre en el proceso civil, de negar la causa de pedir de la pretensión y a formular la petición de no condena, sino que ella asume una posición de defensa de su actividad y del acto administrativo impugnado primariamente frente al juez y en consecuencia de manera colateral frente al recurrente.

La Administración enfrenta un control de su actividad manifestada en el acto administrativo sometido a revisión judicial, impulsado por la parte recurrente, que solicita tal control judicial por medio de la acción. Como se aprecia el papel del juez contencioso, y es lo que dice la doctrina francesa, es el de

realizar un control de la legalidad de la actuación de la Administración. La acción administrativa va encaminada a provocar ese control jurisdiccional, que puede traer como consecuencia la eventual anulación del acto y de esa manera dar satisfacción a la pretensión del recurrente, pero no se configura con el mismo perfil a como ocurre en el proceso civil, donde «el actor ha de alegar hechos constitutivos, es decir, hechos que sean el supuesto fáctico de una norma jurídica de la que se desprenda la existencia de un derecho subjetivo»⁶⁰. En el contencioso-administrativo las cosas van con una diferente lógica asociada al concepto de decisión ejecutoria, lo que lleva al juez a verificar el cumplimiento de la legalidad en la emisión de la decisión ejecutoria, que constituye la barrera fundamental y conceptual para asimilar el contencioso-administrativo al proceso civil. Si el acto administrativo unilateral no tuviera esta naturaleza de decisión ejecutoria, que la tiene en nuestro Derecho⁶¹, los términos del proceso administrativo tendrían una configuración más próxima al proceso civil.

Es por aquí que me parece ver una diferencia conceptual importante en la doctrina nacional y en la jurisprudencia en relación con la noción de acto administrativo unilateral. La visión que aquí tenemos es la de caracterizar el acto administrativo unilateral como una decisión ejecutoria. Otra, es la de la jurisprudencia, que le atribuye al acto administrativo el atributo de la presunción de legalidad y legitimidad a los actos administrativos⁶². Y finalmente, los que ven, sin más, que el acto administrativo unilateral goza de una presunción de legalidad y legitimidad y reclaman por ello la consagración especial de tal atributo en la ley⁶³. Este enfoque doctrinario está basado, como lo ha dicho la jurisprudencia, en que «la teoría del acto administrativo funciona con base en

⁶⁰ MONTERO AROCA: ob. cit., p. 304.

⁶¹ Vid. artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública: «La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad».

⁶² Vid. RUAN SANTOS, Gabriel: «La presunción de legitimidad de los actos administrativos». En: *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución*. FUNEDA. Caracas, 2013, p. 85.

⁶³ Vid. BLANCO URIBE, Alberto: «La ejecutoriedad de los actos administrativos». En: *Revista de Derecho Público*. N° 27. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1986, p. 159.

la presunción de legalidad de dicho acto»⁶⁴, lo que da pie a esa corriente doctrinaria y jurisprudencial a buscar acomodar el proceso administrativo al proceso civil, como, por ejemplo, al estudiar la institución procesal de la carga de la prueba, y considerar el proceso administrativo un proceso subjetivo como todos los procesos civiles y resaltar el carácter dispositivo del mismo donde el juez juega el mismo rol que los procesos civiles.

Nosotros tenemos una visión diferente, según vemos en lo que aquí estamos escribiendo, para atenernos a criterios distintos en descifrar la naturaleza del contencioso-administrativo, no solo porque lo diga la doctrina y la jurisprudencia francesa, que ya es bastante como argumento de autoridad, sino, sobre todo, por la realidad de la naturaleza objetiva del proceso administrativo en el recurso de ilegalidad y por el rol del juez en el contencioso-administrativo venezolano.

De manera que, en nuestro criterio, siendo el acto administrativo unilateral una decisión ejecutoria⁶⁵, que es sometida a control objetivo⁶⁶ por el particular⁶⁷ mediante el recurso contencioso de la legalidad, establecido en las leyes procesales⁶⁸, por ante el juez contencioso de exceso de poder⁶⁹, quien no solo revisa la decisión, sino que además controla la actividad de la Administración⁷⁰; no queda otra opción que seguir tratando el contencioso-administrativo en la forma como aquí lo hacemos y siguiendo a la doctrina francesa considerada por muchos como la visión clásica. Desde donde exponemos el problema de la carga

⁶⁴ ABACHE CARVAJAL: ob. cit., p. 138.

⁶⁵ Una decisión del Poder Público en el ejercicio de sus competencias, según entendemos y conforme a los artículos 7, 25, 131, 136, 137 y 141 de la Constitución.

⁶⁶ La naturaleza objetiva del recurso de ilegalidad se desprende claramente de lo establecido en el artículo 25 de la Constitución: «Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo...».

⁶⁷ Conforme con el artículo 26 de la Constitución que consagra el derecho a la acción jurisdiccional.

⁶⁸ Según los artículos 253 y 257 de la Constitución.

⁶⁹ De nulidad por ilegalidad, conforme a los artículos 25 y 259 de la Constitución.

⁷⁰ Así lo establece el artículo 259 de la Constitución al otorgar amplios poderes al juez contencioso-administrativo.

de la prueba en el contencioso-administrativo venezolano, pues despejando estos criterios generales, como dicen los franceses que es difícil conocer las partes sin conocer el todo, entonces aparece, con mucha claridad el problema de la carga de la prueba en nuestro contencioso-administrativo.

3. Los hechos en el contencioso-administrativo: el expediente administrativo

En Derecho Administrativo venezolano, los hechos relevantes al efecto del contencioso-administrativo se encuentran en el expediente administrativo, que es el instrumento que recoge todas las actuaciones y hechos relativos a la tramitación a que dé lugar el asunto administrativo.

En vista del derecho de los interesados de interponer recursos administrativos y contencioso-administrativos contra todo acto administrativo, la ley ha consagrado un régimen jurídico en relación con el expediente administrativo. Así, la Administración debe formar expediente de cada asunto en estos términos: «De cada asunto se formará expediente y se mantendrá la unidad de éste y de la decisión respectiva, aunque deban intervenir en el procedimiento oficinas de distintos ministerios o institutos autónomos» (artículo 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), es decir, iniciado un procedimiento administrativo «se procederá a abrir expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto» (artículo 51 *eiusdem*), la Administración «cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir» (artículo 53 *eiusdem*) y «los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes» (artículo 58 *eiusdem*). «En el procedimiento sumario –como en cualquier otro procedimiento– la Administración deberá comprobar de oficio la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto» (artículo 69 *eiusdem*).

Por tanto, dada la importancia que tiene la legalidad en el actuar administrativo y que la Administración en cada asunto particular debe formar expediente, «el

Estado creará, organizará, preservará y ejercerá el control de sus archivos y propiciará su modernización y equipamiento para que cumplan la función probatoria, supletoria, verificadora, técnica y testimonial» (artículo 146 de la Ley Orgánica de la Administración Pública). Con el objeto de «conservar y disponer de la documentación de manera organizada, útil, confiable y oportuna, de forma tal que sea recuperable para uso del Estado, en servicio de las personas y como fuente de la historia» (artículo 144 *eiusdem*). De manera que, «en cada órgano o ente de la Administración Pública habrá un órgano de archivo con la finalidad de valorar, seleccionar, desincorporar y transferir a los archivos intermedios o al Archivo General de la Nación, según sea el caso, los documentos, expedientes, gacetas y demás publicaciones que deban ser archivadas conforme al reglamento respectivo» (artículo 145 *eiusdem*). Además, «son de interés público los documentos y archivos del Estado» (artículo 157 *eiusdem*), por lo que la Administración tiene la obligación de preservar y disponer de ellos (artículo 144 *eiusdem*), y «el archivo de los escritos y comunicaciones deberá efectuarse de manera tal que se mantengan todos los documentos relacionados con determinado asunto en un mismo expediente, pudiéndose auxiliarse de medios electrónicos» (artículo 162 *eiusdem*). Finalmente, «la autoridad judicial podrá acordar copia, exhibición o inspección de determinado documento, expediente, libro o registro administrativo y se ejecutará la providencia, a menos que la autoridad competente hubiera resuelto con anterioridad otorgarle al documento, libro, expediente o registro la clasificación como secreto o confidencial...» (artículo 168 *eiusdem*).

En el expediente administrativo consta la verdad de los hechos y se encuentran todos los elementos de juicio que fundamentan las decisiones de la Administración, en particular de las decisiones administrativas unilaterales ejecutorias. Luego el juez contencioso-administrativo, al controlar la legalidad de la actividad de la Administración debe acudir al expediente administrativo que es una fuente de prueba y aportarla al proceso proponiendo un medio de prueba para incorporar e introducir la fuente al proceso. El expediente es una fuente de prueba incuestionable previsto por mandato específico del legislador, que ha establecido todo un régimen legal para la existencia, configuración y archivo.

3.1. *Función del instrumento*

El expediente administrativo contiene el reflejo de la actuación administrativa, por lo cual tiene la función primordial de dejar constancia fáctica de la actividad administrativa y que esta, además, se realizó en estricto acatamiento de los procedimientos y formalidades administrativas previstas en la normativa legal y reglamentaria. El expediente administrativo como instrumento legal y por su contenido cumple con la función de archivar, acumular, registrar y ordenar en una unidad instrumental, todas las actuaciones que se realizan dentro de un procedimiento administrativo por la Administración y los particulares de conformidad con la ley. Por otra parte, el expediente administrativo, constituye una garantía jurídica del derecho a la defensa del administrado dentro del procedimiento administrativo y del respeto al principio de la legalidad de la actuación de la Administración.

La labor de investigación y de indagación de la verdad del juez contencioso-administrativo se ve facilitada por la existencia del expediente administrativo como figura jurídica, pues la actuación administrativa está documentada y en su conjunto conforma el expediente administrativo. Por lo que el expediente administrativo es «el instrumento que recoge –o ha de recoger– de manera cronológica todas las actuaciones del procedimiento administrativo, teniendo un valor fundamental en el proceso administrativo»⁷¹. Luego, traer el expediente al proceso, por vía de un medio de prueba, es labor del juez y de ahí su naturaleza inquisitiva.

En otros Derechos donde el expediente administrativo no conforma esa unidad documental referida a cada asunto, la labor de instrucción del juez es más compleja, por el conjunto de diligencias que debe realizar para investigar y controlar la actuación de la Administración⁷². Pero en el fondo el poder inquisitorio del juez es el mismo, lo que pasa es que la existencia del expediente

⁷¹ SILVA BOCANEY: ob. cit., p. 397; TSJ/SPA, sent. N° 1257, de 12-07-07.

⁷² Como en el Derecho francés. De ahí el principio de primero instruir antes de decidir. Ver: CHAPUS: ob. cit., p. 634.

administrativo facilita la labor de investigación del juez, dado que la Administración debe llevar expediente de todo asunto y los elementos que están en el expediente administrativo constituyen los fundamentos de hecho y de derecho de la actuación de la Administración a ser controlada por el juez. Claro está, que la Administración tendrá interés de poner el expediente administrativo en conocimiento del juez, pero ella no podrá alegar algo más allá de lo que está en el expediente administrativo o fuera de él.

Esa es la lógica que se desprende del proceso objetivo de control de la legalidad y lo que constituye el núcleo central del proceso de nulidad por ilegalidad. El juez contencioso, a través de la verificación de legalidad, realiza un control más amplio de la actividad administrativa y el expediente administrativo constituye la fuente de prueba más preciada, necesaria y útil a su labor.

3.2. *La incorporación al proceso*

Al ser el expediente administrativo, la documentación del procedimiento administrativo y de la actividad administrativa impugnada, su incorporación al proceso contencioso constituye un trámite fundamental. La doctrina señala que «un estudio de la prueba en el proceso administrativo necesariamente ha de abordar el problema de la incorporación al litigio del expediente administrativo, como conjunto de actos documentados de las distintas Administraciones Públicas que preceden y fundamentan la actuación administrativa»; y, «confieren a la aportación legal de la documentación del procedimiento administrativo su dimensión de medio jurídico para el ejercicio por los tribunales administrativos de la función revisora que tradicionalmente realizan»⁷³.

En el sistema español del contencioso-administrativo, el procedimiento se inicia con un escrito reducido a citar el acto por razón del cual se formula y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso; en este escrito ha de señalarse con precisión cuál es la resolución recurrida. Uno de los efectos de dicho escrito es

⁷³ MORENILLA ALLARD, Pablo: *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*. Editorial EDIUS. Zaragoza, 1997, p. 76.

que al día siguiente hábil a la interposición, acuerde el tribunal su anuncio en el diario oficial, y, simultáneamente el de reclamar el expediente administrativo a la Administración que hubiere dictado el acto o la disposición impugnada. Posteriormente, el escrito contentivo de las pretensiones o escrito de demanda como se llama en el sistema español, deberá presentarse en el plazo de 20 días improrrogables a contar desde el día siguiente al de la entrega del expediente administrativo. La remisión del expediente constituye un requisito esencial del proceso y una garantía del derecho a la defensa para el demandante⁷⁴.

En el sistema francés del contencioso-administrativo⁷⁵, en la instancia o proceso que se origina por la interposición de un recurso contencioso, el principio más importante es que los asuntos no pueden ser juzgados sin ser objeto de una instrucción. En el desarrollo de la instrucción, como consecuencia del principio del carácter contradictorio del proceso contencioso francés, se debe garantizar el principio de comunicación de memorias y piezas, y el derecho a conocer y a tener conocimiento de las piezas de la contraparte, teniendo el «juez que vigilar que cada parte tenga conocimiento de las memorias y piezas de la otra, de manera de estar en medida de estudiarlas y responderlas». Dentro de este contexto, «las partes tienen el derecho de aportar, por todos los medios, la prueba de los hechos que invocan. ‘Por todos los medios’: porque no existe un sistema legal de pruebas. Pero es necesario comprender que se trate de medios confiables». Por su parte, el juez francés del contencioso-administrativo, tiene en cuenta que en «la práctica, es necesario contar con el carácter inquisitorial de la instrucción y la preocupación del juez de no recargar al recurrente de la prueba de sus alegaciones, en los casos, frecuentes, donde él no tiene los medios de hacer esta prueba, porque estos medios están en manos de la Administración. Es así que se verá con frecuencia que las alegaciones del recurrente se tienen por establecidas cuando la Administración, a pesar de refutarlas, no prueba su inexactitud»⁷⁶.

⁷⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Civitas. Madrid, 1992, p. 465.

⁷⁵ *Vid.* CHAPUS: ob. cit., *passim*.

⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 634 y ss.

En el Derecho francés, la obligación de remitir el expediente administrativo no está establecida en los textos, sino que es consecuencia de los poderes inquisitoriales del juez contencioso, que puede solicitar a la Administración la remisión de los documentos y piezas –expediente administrativo–, así como en relación con los particulares, hacerles solicitudes de instrucción de diverso tipo. El derecho del juez francés de dirigirse a la Administración se denomina de las *injonctions d'instruction*. En virtud de esta fórmula jurisprudencial, que se ha hecho un clásico, le pertenece al juez: «exigir a la Administración competente la producción de todos los documentos susceptibles de establecer su convicción y de permitir la verificación de las alegaciones del recurrente»⁷⁷. Por esta vía jurisprudencial, el juez contencioso francés tiene el derecho de exigir a la Administración: «de comunicarle todos los expedientes, piezas, documentos, informes, a partir de los cuales han sido tomadas las decisiones atacadas de manera de permitir de apreciar la legalidad de esas decisiones». «Por lo que si la Administración rechaza de satisfacer a lo que le es solicitado en el plazo señalado, su actitud será sancionada: las alegaciones del recurrente serán tenidas por fundadas»⁷⁸.

En el sistema venezolano del contencioso-administrativo, el juez tiene la obligación procesal de solicitar y ordenar la remisión del expediente administrativo⁷⁹, y la parte recurrente también dispone del derecho de acceder al expediente administrativo y traerlo al juicio como un derecho propio dentro del proceso contencioso-administrativo, de conformidad a su derecho constitucional a la defensa y el debido proceso, reconocido por el principio de libertad de pruebas, establecido en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil,

⁷⁷ Vid. Jurisprudencia del Consejo de Estado: «Couespel du Mesnil» 1936 y «Barel» 1954.

⁷⁸ CHAPUS: ob. cit., p. 635 y ss.

⁷⁹ Vid. artículo 79 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: «Con la notificación se ordenará la remisión del expediente administrativo o de los antecedentes correspondientes, dentro de los diez días hábiles siguientes. El funcionario o funcionaria que omita o retarde dicha remisión podrá ser sancionado por el tribunal, con multa entre cincuenta Unidades Tributarias (50 U.T.) y cien Unidades Tributarias (100 U.T.)».

el derecho de acceso al expediente administrativo previsto en la Ley⁸⁰, y por la existencia de una vía procesal para hacerlo, como lo es el medio de pruebas de «informes y copia», conforme al artículo 433 del Código de Procedimiento Civil que le permite a la parte traer al proceso el expediente administrativo.

Hemos visto cómo el sistema español del contencioso-administrativo prevé que el expediente se incorpore a los autos antes de la introducción en el proceso de la demanda contentiva de las pretensiones y alegaciones de la parte; y que en el sistema contencioso francés, el juez puede solicitar el expediente administrativo, según lo reconoce la jurisprudencia, y de conformidad al desarrollo del principio del contradictorio que comprende la obligación de comunicación de las memorias y piezas entre las partes. En el sistema venezolano no existe una regla específica que obligue a la incorporación del expediente administrativo al proceso antes de la demanda como en el caso español, sino que más bien se acerca a la fórmula jurisprudencial francesa, pero dejando la potestad-obligación de solicitar el expediente administrativo en el juez. Sin embargo, juega en el Derecho venezolano el principio de libertad de pruebas de que disponen las partes, por lo cual puede el recurrente incorporar el expediente administrativo al proceso por esa vía procesal.

Actualmente, según la interpretación doctrinaria y jurisprudencial del problema, la incorporación del expediente administrativo al proceso contencioso-administrativo se encuentra en una especie de limbo jurídico, pues siendo un instrumento probatorio de tanta importancia no está al alcance del recurrente como medio de pruebas, ni de la posibilidad para la parte recurrente de gestionar su incorporación al proceso como un derecho propio. El sistema venezolano prevé que el juez solicite a la Administración su incorporación al proceso prácticamente al inicio del proceso de manera temprana, reconociendo de esa manera la importancia y necesidad de la incorporación del expediente administrativo al proceso contencioso, pero deja de esta manera varias situaciones en suspenso que pueden atentar contra el derecho a la defensa y el debido proceso. Como el hecho de entender que se trata de una potestad jurisdiccional

⁸⁰ *Vid.* artículo 168 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

del juez de hacerlo, que pudiera el juez no ejercerla y de esa manera no se incorporaría el expediente administrativo al proceso; de que una vez solicitado el expediente administrativo, la Administración no cumpla el mandato del juez, o lo haga con retardo o muy tardíamente –lo que es muy usual–; de que no estén claras las consecuencias de la no remisión del expediente administrativo; y de que, llegado el lapso probatorio, la parte recurrente no ha tenido aún acceso al expediente, ni a los elementos probatorios que pueda contener el mismo que puedan favorecer a sus pretensiones.

El sistema contencioso-administrativo venezolano así interpretado deja por fuera la posibilidad para la parte recurrente de asumir como un derecho propio la incorporación oportuna del expediente administrativo al proceso, lo cual ignora el principio de libertad de pruebas consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil. Por ello, resulta adecuado a los principios constitucionales del derecho a la defensa y el debido proceso así como al principio de libertad de pruebas y al derecho de acceso al expediente administrativo, que se le reconozca a la parte recurrente, llegado el momento de la promoción de pruebas, el derecho de promover como medio probatorio el expediente administrativo y de incorporarlo por esta vía al proceso, lo cual constituye un factor de seguridad jurídica y de estabilidad del proceso. Todo lo cual hace todavía más evidente, la importancia del rol inquisitivo del juez en el proceso contencioso-administrativo venezolano⁸¹.

3.3. La prueba y el principio inquisitivo

La prueba en Derecho Administrativo está concebida como un régimen de libertad controlada por el juez, por ello el estudio de la prueba en el contencioso-administrativo es inseparable del carácter inquisitorio de este proceso.

La concepción más reciente de la función del juez contencioso-administrativo consiste en entender que la acción del juez sobre la prueba es una manifestación

⁸¹ Vid. artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: «En cualquier estado de la causa el juez o jueza podrá solicitar información o hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes. Este auto será inapelable. Las partes podrán hacer observaciones sobre las actuaciones practicadas».

del control jurisdiccional sobre la actividad administrativa. «A la función clásica y mecanicista de la prueba, que es de convencer al juez en vista de decidir un conflicto de derecho o de hecho, tiende a añadirse ahora una función nueva, más dinámica, en la cual la prueba se torna y se vuelve igualmente por el juez en un medio de dosificar el control que él desea ejercer sobre la actividad administrativa. Estas dos funciones son complementarias»⁸².

Claro, hay que partir de su función tradicional para visualizar el nuevo rol del juez en materia de pruebas, que es visto ahora como el desarrollo de una garantía jurisdiccional de los administrados. Las cosas están cambiando: «La lógica de la instancia judicial incita al comentarista a enfocar el problema de la prueba a partir de la situación de las partes. Este es el punto de vista habitual, inherentes por otra parte a los principios tradicionales de la dirección del proceso civil por las partes, enteramente conforme a la función de la clásica de la prueba en un sistema donde el objeto, la carga y la administración de esta prueba están determinadas con una precisión suficiente por el legislador. En el contencioso-administrativo, es al contrario desde el punto de vista del juez que el estudio de la prueba debe ser intentado»⁸³. Para, desde esta perspectiva, dejar atrás la función clásica de la prueba y apreciar el rol del juez contencioso-administrativo. Claro, las dos ópticas son inseparables y la actividad de las partes en materia de prueba es muy importante, pero hay que entender la particular función del juez –que los franceses llaman: *l'office du juge*– en materia de pruebas en el contencioso-administrativo.

El papel clásico del juez en materia de pruebas es de controlar la producción de las pruebas por las partes. Los procedimientos de control son similares para el juez civil y el administrativo, pero la manera como el juez contencioso dirige la instrucción del proceso y controla el ofrecimiento de pruebas, tiene particularidades debido a sus poderes inquisitivos en relación con los magistrados de la jurisdicción civil.

⁸² COLSON, Jean-Philippe: *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*. LGDJ. Paris, 1970, p. 9.

⁸³ *Ibíd.*, p. 10.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la intervención del juez administrativo es diferente si se trata de un proceso de nulidad u objetivo –de «exceso de poder» según la doctrina francesa–, o de un proceso de contenido patrimonial o subjetivo –de «plena jurisdicción» según el Derecho Administrativo francés–, ya que, en el contencioso de la legalidad o de nulidad, la situación de las partes es completamente desigual, no solo porque el administrado debe asumir la posición de demandante, sino que la Administración tiene en su posesión el expediente administrativo, donde se encuentran la mayor parte de los medios materiales de prueba necesarios para la demostración de la ilegalidad. Por ello, se han desarrollado los poderes inquisitivos del juez contencioso para remediar este desequilibrio entre la Administración y el administrado, de manera que la actitud del juez responde a una cierta lógica de la prueba, en el sentido tradicional, de que dejar las demostraciones a las partes no es suficiente⁸⁴.

En el contencioso patrimonial, subjetivo o de pleno contencioso la desigualdad de las partes es menor y, por tanto, la intervención del juez es menos necesaria, debido a que su función está mucho más marcada por la concepción civilista del problema de la prueba, en la cual es más regular la función clásica de la prueba.

Debemos reflexionar que el control de la legalidad de la actuación de la Administración por el juez contencioso-administrativo, como dice la doctrina francesa, constituye un elemento clave del problema que estudiamos, y que la Administración tiene el privilegio en relación con su actividad administrativa de la ejecutoriedad de sus actos, conforme al cual no debe someter su pretensión al juez. Pero la obligación de conformar el expediente administrativo constituye un límite a esa prerrogativa del «privilegio previo»⁸⁵, en el sentido de que el expediente administrativo «recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto» (artículo 51 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). Por lo que la figura del expediente administrativo permite en nuestro

⁸⁴ Lógica que encuentra un soporte constitucional en el principio de la tutela judicial efectiva.

⁸⁵ En el sistema francés, el «privilegio previo» es la prerrogativa que tiene la Administración de dictar actos ejecutorios sin necesidad de someterlos al juez. Que por su sola existencia produce todos sus efectos. Ver: LAVIALLE: ob. cit., p. 34.

Derecho Administrativo superar el obstáculo de las prerrogativas de la Administración en relación con su actividad, al obligarla a que sus actuaciones conformen un expediente. De esa manera, por una parte, se facilita el control jurisdiccional de la actividad administrativa y, por la otra, se pone un límite a las prerrogativas de la actividad de la Administración.

Ahora, otro problema es cómo llevar ese expediente al juicio y con qué justificación. Llevar el expediente administrativo al proceso es una carga procesal y una obligación jurídica de la Administración. Una carga procesal en el sentido de que, como lo hemos explicado, la Administración debe asumir las consecuencias procesales de su no producción en juicio; y una obligación jurídica en el sentido de la responsabilidad en el ejercicio de la función pública, que conforme a la Constitución puede derivarse de la no producción del expediente administrativo en juicio (artículos 139 y 141).

Por ello, plantear el problema desde la perspectiva de la desigualdad de las partes, que es lo que más preocupa a la doctrina venezolana, permite dar una explicación del rol del juez en los diferentes contenciosos y entender, particularmente, por qué el juez administrativo puede verse con la necesidad de participar él mismo en la búsqueda de la verdad cuando el esfuerzo probatorio de las partes le parece insuficiente.

4. Nuevas consideraciones sobre la producción de la prueba en el juicio contencioso-administrativo

No podemos concluir este trabajo sin referirnos a las nuevas consideraciones que hace la doctrina sobre la producción de la prueba en el juicio contencioso-administrativo.

Si nos planteamos que la Administración produzca las pruebas y las justificaciones: ¿acaso no se están violando los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil⁸⁶ y 1354 del Código Civil⁸⁷? ¿Acaso se está poniendo como

⁸⁶ «Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberto

carga del defensor una obligación que contraría la regla: *actori incumbit probatio*? El defensor probablemente, también, puede hacer valer la regla: *nemo tenetur edere contra se*, según la cual nadie está obligado de hacer prueba contra sí mismo. Es decir, que la regla de la carga de la prueba según el Derecho positivo también protege a la Administración y refuerza sus privilegios en relación con su actuación en el plano jurisdiccional, pero, como hemos visto, la obligación de conformar el expediente administrativo constituye una obligación procedimental que en su funcionalidad procesal adquiere gran importancia, porque lo que queda es el problema de llevar el expediente administrativo al proceso. Aquí la cuestión que se trata de aclarar es la participación del defensor en la búsqueda de la prueba, es decir, de la existencia del deber de colaboración del defensor en la manifestación de la verdad.

«Si se quiere tener una vista de conjunto sobre la carga de la prueba, es conveniente remarcar que este problema no se plantea exactamente en los mismos términos en Derecho Administrativo y en Derecho Civil. Uno de los efectos más determinantes de la intervención inquisitorial del juez administrativo consiste en modificar las reglas tradicionales de la carga de la prueba. No se puede *a priori* transportar pura y simplemente los principios aplicables delante las jurisdicciones civiles para intentar de explicar cómo está repartida la carga de las pruebas ante las jurisdicciones administrativas. La influencia del poder inquisitorial del juez administrativo sobre la carga de la prueba es tal que una distinción fundamental debe ser hecha para el examen de este problema»⁸⁸. Se puede hacer, por tanto, un examen crítico de la transposición de las reglas civilistas de la carga de la prueba en el contencioso-administrativo.

En la teoría clásica existen los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1354 del Código Civil y un principio: La neutralidad del juez civil. A partir

de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba».

⁸⁷ «Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación».

⁸⁸ COLSON: ob. cit., p. 143.

de aquí la doctrina desarrolla un criterio que ha sido adoptado, en el sentido de que la persona que afirma debe probar el fundamento de su pretensión. El juez se somete al principio de la neutralidad, arbitra el debate y se abstiene de intervenir en la producción y la repartición de la prueba. Aunque a la hora actual este principio clásico está cambiando, y el sentido que se le atribuye al dispositivo legal del reparto de la carga de la prueba debe equilibrarse con los nuevos poderes que tiene el juez civil y que los utiliza en el proceso.

La teoría de la carga de la prueba conforme a los principios clásicos tiene un carácter que se considera por la doctrina demasiado «mecanicista» e incompatible con la realidad judicial. «Las reglas de la carga de la prueba no deben aislarse de las reglas de fondo del derecho. La repartición de la carga de la prueba depende, en muchos casos, de las naturaleza de los hechos a probar, es decir del objeto de la prueba»⁸⁹. Esta concepción nos indica «que el problema de la carga de la prueba permanece muy ligado al de la producción de los medios de prueba. Así puede nacer un arreglo de los roles del juez y de las partes. Para ciertos autores la producción de los medios de prueba correspondería el de una carga de prueba llamada subjetiva, reposando esencialmente sobre las partes; el juez repartiría enseguida la carga de la prueba objetiva tomando en cuenta los resultados de la primera»⁹⁰. Consiste en diferenciar la carga jurídica de la carga efectiva de la prueba. «La interpretación moderna de las reglas sobre la carga de la prueba debe tener en cuenta las reglas de fondo del litigio y de la naturaleza de las alegaciones de las partes. La carga de la prueba no debería estar demasiado atada a la persona del demandante en la instancia. Es necesario disociar las cualidades del demandante “en la instancia” y del demandante “en la prueba”, la cual pasaría alternativamente del uno al otro»⁹¹.

4.1. La parte y la prueba

Una consideración tienen que ver con la parte y la prueba. En el proceso, al lado de la parte demandante se encuentra la contraparte que se defiende

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 145.

⁹⁰ *Ídem.*

⁹¹ *Ibíd.*, p. 146.

y que contradice las pretensiones del demandante. En los procesos contencioso-administrativos, la Administración es parte del mismo, particularmente en el proceso de nulidad por ilegalidad.

Hubo un momento en que se consideró el proceso por ilegalidad como un proceso hecho al acto y que la noción de parte se excluía en este tipo de procesos. El problema se planteó porque la noción de parte está relacionada con el hecho de producir una pretensión en juicio y el hecho de que la Administración dispone del privilegio de la ejecutoriedad de sus actos o de la acción de oficio, conforme al cual no debe someter su pretensión al juez sino que sus actos son ejecutorios, no aparece como parte en el sentido estrecho que tiene en el Derecho civil. Pero superada esta posición doctrinal, la Administración en Derecho venezolano es una parte entera en el contencioso-administrativo particularmente en relación con la prueba. Ahora, queda la realidad, que, en los procesos objetivos, hay una especificidad del recurso por exceso de poder en relación con la prueba, que dado ese privilegio de la decisión ejecutoria a lo que conduce es a concentrar lo fundamental del material probatorio en el expediente administrativo. Y que, frente a la actividad de control del juez sobre la actividad administrativa, en materia de prueba la Administración es considerada una parte⁹².

En un sistema probatorio, como es sabido, se plantea quién debe probar y qué debe probar, con cuáles medios probatorios y el resultado de la producción de estos elementos en la convicción del juez. O como dice la doctrina: «que la carga de la prueba se refiere a quién debe probar, qué debe probar y cuánto debe probar. Así, la carga de la prueba debe entenderse como la regla dirigida a las partes procesales que deben aportar las pruebas de ciertos hechos jurídicos, a la extensión de su actividad probatoria, y al juez a la hora de sentenciar»⁹³. Ahora, en un sistema acusatorio como es el que caracteriza el proceso civil el papel de las partes es fundamental, pero en un sistema inquisitorio como el contencioso-administrativo, si bien el rol del juez no es incompatible con el sistema clásico procesal civil, el papel del juez se acompaña de una gran libertad en

⁹² *Ibíd.*, p. 16.

⁹³ ABACHE CARVAJAL: *ob. cit.*, p. 122.

la instancia y en la investigación de los fundamentos fácticos y de derecho, en la administración de la prueba y en la formación de la convicción del juez. Como en el proceso civil en el contencioso-administrativo la prueba es libre, en el sentido que tal libertad concierne al medio y al objeto de la prueba (artículo 395 del Código de Procedimiento Civil)⁹⁴ y a la valoración de la prueba (artículo 507 *eiusdem*), «lo que quiere decir que la íntima convicción –del juez– tiende a ser más importante que la administración de pruebas *stricto sensu*»⁹⁵; pero además, la intervención del juez tiene un efecto adicional que, si bien no excluye el esfuerzo probatorio de las partes, la participación del juez en la investigación y búsqueda de las pruebas en la instrucción marca una diferencia con el proceso civil.

La noción de parte tiene una relación inseparable con el concepto de pretensión y en el litigio existe un vínculo lógico entre la noción de parte, de pretensión y de prueba. Uno ve, además, que la noción de derecho subjetivo está vinculada a la de parte, pues es la condición para el ejercicio de la acción. Es para obtener el reconocimiento de un derecho que una persona ejerce la acción judicial y reúne todos los elementos probatorios que le permiten sostener los fundamentos de hecho de su pretensión. Por lo que normalmente debe probar la parte que plantea su pretensión o la parte que se opone a ella. En ausencia de una pretensión es difícil de hablar de parte y también es difícil de hablar de prueba.

Durante un periodo ya superado, el recurso de exceso de poder se caracterizó por la exclusión de la noción de parte, debido precisamente a que su carácter objetivo excluía todo aspecto subjetivo, por ello se decía frecuentemente que «el recurso por exceso de poder no es un proceso entre partes», sino «un proceso al acto»⁹⁶. Pero hay que tener en cuenta que el efecto *erga omnes* de la decisión es porque el recurso de exceso de poder desborda los intereses propios del demandante.

A la pretensión subjetiva del demandante no se corresponde una pretensión particular opositora, que sería aquella de la Administración, sino un

⁹⁴ Vid. HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*. Tomo III. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Caracas, 1996, p. 225.

⁹⁵ COLSON: ob. cit., p. 18.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 20.

estado de derecho objetivo al cual hay que confrontar el acto atacado. Al decidir someter al juez su pretensión de lo que considera una ilegalidad, el recurrente entabla un proceso jurídico que, si le puede eventualmente dar una satisfacción, tiene por objetivo primordial asegurar el respeto o el restablecimiento de la legalidad (...) En consecuencia ciertos autores han estado tentados de explicar el particularismo de las pruebas en el contencioso del recurso de exceso de poder por la naturaleza «objetiva» de este recurso excluyendo toda referencia a la noción de parte. Tal es parece la actitud de los autores que han establecido una aproximación entre la naturaleza del recurso por exceso de poder y el régimen de pruebas. WEIL utiliza este argumento: «A fuerza de afirmar que el recurso por exceso de poder tiene esencialmente por objeto el respeto de la legalidad por la Administración, el Consejo de Estado ha sido conducido a comportarse como si esto fuera enteramente exacto (...) Si él exige siempre al recurrente que suministre y proporcione en apoyo de sus pretensiones algo más que las simples alegaciones –lo que en ciertos casos es cada vez menos exacto–, él al menos ha puesto una parte del peso de la prueba a la carga de la Administración. Todo esto sería sin duda imposible si el juez de exceso de poder hubiera concebido su rol como el de un árbitro entre los derechos o de los intereses opuestos. Todo esto ha sido posible desde que él se ha sentido investido, aunque sea por una ficción jurídica, de la misión de apreciar, no el valor de las pretensiones, sino la regularidad de las decisiones». AUBY y DRAGO tiene una opinión muy vecina de la de WEIL. Para los autores del *Tratado del contencioso-administrativo*: «La jurisprudencia no ha jamás renunciado a ver –tratándose del recurso por exceso de poder– un sistema general de control de la Administración; las reglas de prueba (...) muestran que este recurso es considerado en ciertos aspectos como el modo de provocar un control conforme al interés general, cualquiera que sea, por lo demás, su función de protección de las situaciones particulares»⁹⁷.

De manera que el régimen de pruebas del contencioso-administrativo y, especialmente, del recurso por exceso de poder se caracteriza por tener una naturaleza inquisitiva donde confluye la decisión ejecutoria, la naturaleza objetiva del

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 21.

recurso de exceso de poder, la desigualdad de las partes y la necesidad de la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso-administrativo. El régimen de pruebas en el contencioso-administrativo no es, por lo tanto, la consecuencia de la ausencia de la noción de parte en el proceso, sino que este régimen se explica, sobre todo, por la desigualdad de las partes y la preocupación del juez de poner un remedio. Este control del juez se hace a partir de la noción de partes y en consideración de su situación recíproca en el proceso.

Lo cual, por otra parte, indica, para la doctrina francesa, que se trata de una nueva manifestación de la correlación de la acción del juez de la legalidad con elementos subjetivos, que lo conduce a realizar apreciaciones subjetivas y a interpretar la voluntad de los administrados y a una personalización creciente del recurso por exceso de poder⁹⁸. Lo que ha permitido el desarrollo de una visión subjetivista del recurso de exceso de poder, en el sentido, de que en «Derecho Administrativo los particulares tienen derechos subjetivos contra la Administración, donde ellos tienen el derecho –subjetivo– de exigir que ella respete el Derecho –objetivo–. BONNARD hablaba, en este sentido, de «derecho subjetivo de los administrados al respeto de la legalidad». Según esta concepción, «el recurso por exceso de poder que permite hacer valer un derecho subjetivo, forma parte del contencioso subjetivo que recubre, además, prácticamente el conjunto del contencioso-administrativo»⁹⁹, y que «el recurso por exceso de poder se ha tornado en un tipo de acción igual a las acciones de Derecho Privado»¹⁰⁰, pues permite hacer valer un derecho.

En los procesos entre personas privadas, donde las partes están enlazadas en pie de igualdad y que acuden al juez para satisfacer sus pretensiones correspondientes a los derechos que estiman lesionados, existe una relación lógica entre la noción de parte y la de prueba. Si queremos saber quiénes tienen la carga de la prueba en estos procesos, serán aquellas que han acudido al juez en razón de una pretensión. Esta es la situación en el proceso civil, pero la relación lógica entre la noción de parte y de prueba no es universal:

⁹⁸ *Vid. Ibíd.*, p. 23.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 25.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 26.

Este análisis parece difícilmente transportable en el contencioso-administrativo. En efecto, en un litigio administrativo, y singularmente a la ocasión de un recurso por exceso de poder, la Administración no tiene necesidad de hacer valer una pretensión que ella demanda al juez de reconocerla para que la persona que pretenda oponerse sea obligada a conformarse. El privilegio de la acción de oficio la dispensa de acudir al juez para plantear una pretensión; ella se contenta de imponerla ex officio por la vía de una decisión directamente ejecutoria. No teniendo que hacer valer la pretensión ante un juez, la Administración no podría, en efecto, ser calificada de parte en el sentido que los civilistas dan a este término, es decir de una persona que hace valer un derecho en justicia. La Administración no tiene una pretensión a plantear ante el juicio, al menos en primera instancia. La situación no es la misma en apelación donde, en caso de anulación por los primeros jueces de una decisión administrativa, su privilegio desaparece con esta decisión y la Administración debe para mantener su pretensión, acudir al Consejo de Estado y esforzarse de demostrar su bien fundado¹⁰¹.

De manera que el problema que nos interesa se plantea de esta manera: «¿no teniendo necesidad de hacer valer una verdadera pretensión, la Administración está ella, por esta situación, excluida del derecho y eventualmente de la obligación de producir las pruebas en un recurso de exceso de poder?»¹⁰². Lo que indica que la relación entre parte y prueba en el contencioso-administrativo debe verse desde una óptica distinta, ya que en estos procesos la producción de prueba no supone obligatoriamente una pretensión correspondiente a un verdadero derecho.

4.2. La distinción entre los contenciosos y el régimen de las pruebas

Otra consideración tiene que ver con la distinción entre los contenciosos y el régimen de prueba. Observemos que la distinción entre contenciosos en función de los poderes del juez, aquí anulación y allá condenación o reparación pecuniaria, se refiere a la solución final de la instancia, pero esta diferencia entre

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 27.

¹⁰² *Ídem.*

los poderes del juez no se manifiesta en la dirección del proceso ni en la instrucción con el fin de buscar la prueba. «Nada indica que los diferentes criterios actuales de repartición de las dos grandes ramas del contencioso-administrativo, corresponden a diferencias de poderes del juez en materia de pruebas»¹⁰³. La doctrina francesa clama por una nueva clasificación «que tenga en cuenta las características de la iniciativa real de cada litigio, lo que tendría un gran alcance sobre las condiciones de Administración y carga de la prueba». La participación del juez en la búsqueda de las pruebas, tiene como fundamento de esa intervención la desigualdad de las partes y en el contencioso-administrativo se han desarrollado diversas modalidades de intervención de los jueces según los contenciosos.

El particularismo que afecta el régimen de pruebas en el contencioso de exceso de poder es consecuencia de la desigualdad que afecta las posiciones respectivas de la Administración y de los particulares en la instancia, lo que significa la desigualdad de las partes en relación con las pruebas. Esta desigualdad de los litigantes es fundamental y es la justificación última de la función del juez contencioso en materia de pruebas.

Por lo que aprovechando estas consideraciones, hay un aspecto que nos parece oportuno destacar aquí, cual es que el Derecho Administrativo venezolano, en nuestra opinión, responde a una clasificación nueva del contencioso que tanto interesa a la doctrina francesa. Sin entrar en mucho detalle, vemos cómo la doctrina jurídica nacional ha discutido mucho sobre el alcance de la configuración constitucional del contencioso-administrativo que establece con gran amplitud los poderes del juez contencioso-administrativo. En la discusión doctrinal, unos han visto la disolución de la distinción tradicional entre los procesos contenciosos de exceso de poder y de plena jurisdicción y el establecimiento de un único proceso contencioso-administrativo, siguiendo la corriente mayoritaria de la doctrina española. Otros han mantenido la visión de la distinción entre el contencioso objetivo y el contencioso subjetivo, conforme a la tradición del Derecho Administrativo francés. Y, finalmente, hay

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 29.

quienes, entre los cuales me encuentro, que sin dudar de la existencia de una distinción entre los recursos de exceso de poder y de plena jurisdicción en nuestro sistema contencioso-administrativo, vemos en el dispositivo constitucional venezolano una nueva manera de clasificar el contencioso-administrativo, donde manteniendo la tradicional clasificación francesa entre el contencioso objetivo y el contencioso subjetivo, el juez tiene precisamente en cuenta, las características reales de cada litigio y puede proceder una vez ventilado el aspecto esencial del proceso, ya se trate de exceso de poder o de plena jurisdicción, a condenar al pago de sumas de dinero, a la reparación de daños y perjuicios, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por las actividad administrativa (artículo 259 de la Constitución).

El estudio del proceso contencioso y particularmente de la instancia en sus diferentes aspectos, como en relación con el Derecho de pruebas, hace resaltar este nuevo enfoque del Derecho Administrativo venezolano, donde se diferencia el recurso de ilegalidad y el de condena como una distinción de la cuestión propuesta al juez, para luego combinarla, con naturalidad, con los poderes del juez según las características de cada litigio. De esta manera, sin desconocer la trascendental e indiscutible clasificación francesa entre el recurso de ilegalidad y el de plena jurisdicción, nuestro contencioso se adentra en esa nueva vía donde luego de decidir sobre la cuestión planteada el juez tiene amplios poderes, lo que constituye la nueva realidad del contencioso-administrativo contemporáneo.

Este enfoque va acompañado de una reflexión sobre los fundamentos constitucionales del contencioso-administrativo, que justifican que en un Estado de Derecho y Justicia se mantenga el tradicional equilibrio que caracteriza al Derecho Administrativo entre las prerrogativas del Poder Público y los derechos del administrado. Donde los poderes del juez contencioso y su participación en el proceso son fundamentales para que en la desigual relación en el proceso entre Administración y particulares se aseguren los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Será en otros trabajos donde seguiremos desarrollando estas ideas, porque es precisamente desentrañando los diferentes elementos del contencioso-administrativo, que podemos llegar a su propia naturaleza y tener la perspectiva cercana a la realidad de lo que acontece

en el proceso administrativo, para, como quien dice, tener los pies sobre la tierra y no dejarse llevar por meras especulaciones teóricas y por cómodas ficciones con la cuales se buscan justificaciones en el aire¹⁰⁴.

4.3. *Reglas particulares de la prueba en el contencioso-administrativo*

La circunstancia que la jurisprudencia venezolana ha establecido algunas reglas particulares en relación con la carga que tiene la Administración de probar ciertos hechos específicos, por ejemplo en el proceso contencioso-administrativo tributario, constituye otra consideración a tener en cuenta.

En particular, cuando lo que se cuestiona es la incompetencia del funcionario autor del acto¹⁰⁵. La explicación de esta situación está en función de la distinción entre el autor del acto y el acto mismo, como lo indica la jurisprudencia. El acto constituye una decisión ejecutoria mientras que el autor del acto, que también está sometido a control del juez contencioso, debe presentar en juicio la prueba de su legitimidad. El concepto de decisión ejecutoria se refiere específicamente al acto administrativo impugnado mientras que la incompetencia del funcionario autor del acto es un vicio de ilegalidad externa del acto administrativo, por lo que la impugnación motivada en la incompetencia no se refiere ni descansa sobre lo que ha sido decidido, sino sobre la manera como ha sido decidida¹⁰⁶. Por tanto, siendo un proceso entre partes las condiciones de legalidad externa de los actos administrativos, como el vicio de incompetencia, el vicio de procedimiento y el vicio de forma, deben ser probados por la Administración; particularmente el vicio de incompetencia, pues su regularidad normalmente no aparece en los materiales que contiene el expediente administrativo¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Un aspecto importante de este debate se puede estudiar en: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Hacia una nueva justicia administrativa*. Civitas. Madrid, 1992.

¹⁰⁵ Vid. ABACHE CARVAJAL: ob. cit., p. 141; FRAGA PITTALUGA, Luis: *La defensa del contribuyente frente a la Administración Tributaria*. FUNEDA. Caracas, 1998, p. 201.

¹⁰⁶ Vid. CHAPUS: ob. cit., p. 900.

¹⁰⁷ La jurisprudencia nacional llega a la misma conclusión pero por otros caminos, pues ella se fundamenta en el criterio de que la presunción de legitimidad de los actos administrativos solo ampara a los actos administrativos cumplidos por funcionarios competentes.

También constituye una carga de la Administración si ella plantea en el proceso hechos nuevos o modificatorios¹⁰⁸. Efectivamente, tales hechos nuevos o modificatorios al no estar en los materiales contenidos en el expediente administrativo le corresponde a la Administración la carga de la prueba de los mismos.

La Administración debe, también, probar que no es falsa la motivación del acto impugnado cuando el administrado cuestiona por falsos motivos el acto administrativo. Señala la jurisprudencia «que cuando se cuestionan los motivos de los actos administrativos, los supuestos de hecho en que se fundamenta la Administración, corresponde demostrarlos a ésta y no al recurrente»¹⁰⁹. Estos fundamentos de legalidad interna del acto deben ser probados por la Administración y normalmente deben aparecer en el expediente administrativo del asunto, y siendo que no sea así, obviamente la Administración deberá probarlos en juicio; de no hacerlo, se tendrán por no probados y el tribunal en su función de control de legalidad del acto constatará y verificará el vicio de legalidad interna del acto consistente en el error de hecho o en el error de Derecho del acto impugnado.

En el caso de tratarse de un hecho negativo absoluto¹¹⁰, tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan: «se tiene que ante la invocación del hecho negativo, corresponde a la otra parte demostrar su existencia o demostrar lo contrario»¹¹¹, es decir, la contraparte, tiene la obligación de demostrar la falsedad del hecho negativo absoluto que se le atribuye, y en estos casos, «la presunción de inocencia, se manifiesta en la oportunidad que se brinda al funcionario –la parte imputada–, tanto en sede administrativa como en sede judicial, para que desvirtúe la conducta negativa que se le imputa con la acreditación de un hecho positivo, ya que, se insiste, en este supuesto la carga de la prueba no es de la Administración sino del funcionario sujeto al procedimiento disciplinario»¹¹².

¹⁰⁸ Vid. ABACHE CARVAJAL: ob. cit., p. 148; FRAGA PITTALUGA: ob. cit., p. 203.

¹⁰⁹ Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, sent. de 03-03-88, citada en: ABACHE CARVAJAL: ob. cit., p. 146.

¹¹⁰ Por ejemplo: afirmar la inexistencia de comprobantes que justificaran la emisión de un cheque.

¹¹¹ SILVA BOCANEY: ob. cit., p. 386.

¹¹² TSJ/SC, sent. N° 2323, de 30-09-04.

La Administración tiene la carga probatoria cuando el acto administrativo impugnado establece una sanción, es decir, cuando es de naturaleza sancionatoria. En este sentido la jurisprudencia ha dicho:

... si se trata de procedimientos sancionatorios y de pérdida de derechos, se requiere de la Administración que suministre la demostración de los motivos o presupuestos de hecho de la decisión administrativa impugnada, la Administración soporta la carga de la prueba y al recurrente solo le toca alegar que el órgano administrativo no cumplió con el procedimiento legalmente previsto o que incurrió en falta para que la Administración se vea obligada a presentar la prueba contraria de las justificación de su actuación¹¹³.

La prueba del expediente administrativo, ya lo hemos dicho, constituye una carga de la Administración. En este sentido, la doctrina señala: «los tribunales de lo contencioso-administrativo han atribuido –pacíficamente– a la Administración, la carga procesal sobre la remisión al tribunal de la causa del expediente administrativo, haciendo recaer sobre ésta los efectos negativos de su conducta pasiva»¹¹⁴. En este sentido, la jurisprudencia ha reiterado permanentemente que si el tribunal: «no puede decidir si no consta en autos el expediente administrativo, puesto que este constituye la prueba natural –mas no la única– dentro del proceso contencioso de anulación, por lo que la no remisión del expediente administrativo acarrea una presunción favorable sobre la pretensión de la parte accionante»¹¹⁵. Además, es necesario observar lo indicado por la jurisprudencia:

El expediente administrativo por el carácter central y fundamental que tiene dentro del proceso para el juez en la búsqueda de la verdad material, no puede concebirse dentro del binomio clásico del proceso civil como una prueba que sustenta el ataque o defensa de las partes en conflicto, ya que, precisamente, al tratarse la labor del juez contencioso-administrativo de la

¹¹³ CSJ/SPA, sent. de 14-08-89, citada en: ABACHE CARVAJAL: ob. cit., p. 149.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 146.

¹¹⁵ SILVA BOCANEY: ob. cit., p. 398.

determinación de la conformidad a Derecho o no del acto administrativo que se pretende anular, dicho expediente puede consignarse en cualquier tiempo –antes de la sentencia claro está–, no aplicándose las restricciones para su producción en juicio relativas a los instrumentos públicos o privados, previstas en el Código de Procedimiento Civil para este tipo de instrumentos¹¹⁶.

Conclusiones

La regla de la carga de la prueba es quizás una de las más discutidas del conjunto de reglas procesales. El punto de quién debe probar es particularmente relevante en los resultados del litigio. La filosofía de la intervención del juez en el contencioso se debe a la desigualdad de las partes, sobre todo, en el recurso por exceso de poder, por lo que, dado el carácter inquisitivo del contencioso-administrativo, el juez puede en la instrucción del proceso participar en la búsqueda de la prueba (artículo 39 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) y este comportamiento tiene su efecto en la distribución de la carga de la prueba en el contencioso-administrativo.

En este trabajo, hemos querido reflexionar sobre aquellos aspectos particulares en relación con la prueba que hacen específica a la jurisdicción contencioso-administrativa y que marcan la diferencia en relación con los demás órdenes jurisdiccionales.

El contencioso-administrativo tiene características propias que lo diferencian del proceso civil. La teoría del contencioso-administrativo nos lleva a entender que existe un control jurisdiccional de la actividad de la Administración, lo cual es producto de la naturaleza ejecutoria del acto administrativo, entendido, como lo hace la doctrina francesa, que tiene fuerza jurídica propia. La doctrina francesa en este punto señala que la labor del juez contencioso comprende también de manera fundamental, además de revisar su legalidad, ejercer el control de la actividad de la Administración. Todo lo cual caracteriza la labor del juez contencioso, quien dirige un proceso de naturaleza inquisitiva.

¹¹⁶ Sentencia citada en: SILVA BOCANEY: ob. cit., p. 399.

La función de la prueba en el proceso civil de naturaleza dispositiva es, por lo tanto, diferente a la prueba en el contencioso-administrativo de naturaleza inquisitiva. La función de las partes y del juez es diferente en ambos procesos y no se puede trasladar al proceso contencioso-administrativo las reglas de la carga de la prueba que pertenecen al proceso civil. La naturaleza de decisión ejecutoria que tiene el acto administrativo es una barrera conceptual muy grande para pretender aclimatar el proceso contencioso a las reglas del proceso civil. Pues si el juez contencioso tiene como función controlar a la Administración, su rol es crucial y decisivo en el establecimiento de la carga de la prueba. Su actitud inquisitiva le hace ser el dueño de la prueba.

Estas reflexiones indican que se está produciendo la decadencia de la neutralidad del juez civil y se viene anunciando el nacimiento de un poder de tipo inquisitorio, que se aparta de la tesis de la neutralidad del juez en relación con la prueba y que promueve jurídicamente la obligación del defensor de colaborar en la búsqueda de la verdad. Por lo que la doctrina constata que «una aproximación se está estableciendo entre el procedimiento civil y el procedimiento administrativo. Pero es hoy por una adaptación de las reglas del primero a los principios del segundo. Uno ve mal, en estas condiciones, cómo sería posible de explicar la carga de la prueba administrativa por la transposición de una regla cuestionada por una parte de la doctrina y puesta, parcialmente, en causa por el legislador. Además, una transposición integral de reglas civilistas de la carga de la prueba conduciría al juez administrativo a soluciones poco equitativas»¹¹⁷.

El problema de la carga de la prueba en el contencioso-administrativo no se puede entender a cabalidad, si no se asimila con claridad que el papel del juez contencioso es mucho más activo e importante que en el proceso civil, lo que se constituye en un elemento clave en la distribución de la carga de la prueba. Pero, además, juega un rol de reequilibrio dentro del proceso dada la diferencia enorme entre la posición jurídica de la Administración y del particular en el contencioso. Sin su intervención es imposible garantizar los principios del

¹¹⁷ COLSON: ob. cit., p. 146.

debido proceso en el contencioso-administrativo. Todo lo cual nos lleva a visualizar la importancia creciente del papel del juez en el contencioso-administrativo y cómo no puede haber justicia administrativa si no se garantiza su independencia institucional.

* * *

Resumen: El autor revisa el rol del juez contencioso-administrativo en los diversos contencioso objetivo y subjetivo, para así dilucidar el tema de la carga de la prueba. Concluye que el tratamiento de la carga de la prueba en el contencioso-administrativo es distinto que en el proceso civil y ello se debe en parte a la naturaleza ejecutoria del acto administrativo, lo que determina la labor inquisitiva del juez; también, en la función que las partes y el juez desempeñan, señalándose que este último no puede actuar ya con neutralidad si desea garantizar debido proceso. **Palabras clave:** carga de la prueba, control del juez contencioso-administrativo, producción de la prueba. Recibido: 29-01-16. Aprobado: 19-03-16.