

LA VALIDEZ DE UNA NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA EN EL CONTENCIOSO TRIBUTARIO. UN ESTUDIO A PARTIR DE LAS FORMAS PROCEDIMENTALES

Jonás E. Aponte A.

Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Licenciado en Ciencias Fiscales Mención Rentas de la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública (ENAHP IUT). Postgrado en Derecho Tributario UCV (En espera de acto de grado). Profesor de la cátedra Armonización Tributaria en la ENAHP-IUT

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar la sentencia N° 00787 del 3 de julio de 2013, caso: Pepsi-Cola Venezuela, C.A. dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual fueron relajadas las condiciones que debe contener toda notificación. En ese sentido, se precisará si las argumentaciones proferidas en el fallo, tienen asidero desde el plano del derecho a la defensa y las formas procedimentales.

Palabras claves: notificación, formas procesales, derecho a la defensa.

Abstract

This paper aims to analyze the decision No. 00787 of July 3, 2013, case: Pepsi -Cola Venezuela, C.A. of the Supreme Tribunal Political Administrative Chamber, that relaxes the applicable conditions for the notification of the administrative act. In that vein, this decision should be analyzed from the perspective of the right to defense and procedural.

Keywords: notification, procedural forms, right to defense.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El valor de la caducidad como ordenadora del proceso gira en la antípoda de un interés, es decir, una necesidad, ánimo o, inclusive, un sentimiento para reclamar un derecho de cara a una situación fáctica o jurídica que le es adversa. Lo primero que advertimos al hablar de caducidad es el hecho que la misma es una institución procesal que opera como un “límite” temporal o estacional del derecho de acción, que transcurre fatalmente, y su vencimiento genera la extinción del derecho que se pretende oponer. En materia administrativa y tributaria, será el interés ese motor que moverá las acciones de los administrados tendientes a enervar una actuación que vulnera algún derecho que se considera lesionado pero que, de plano, tropieza, va erosionando, como el agua y el metal, con lapsos capaces de extinguirlos.

La caducidad es una institución compleja por los efectos que produce en el marco de un proceso judicial, como parte del trinomio sistemático fundamental al que se refería Calamandrei. La eliminación del derecho de acción supone grandes retos y un elevado espíritu de diligencia de parte de los administrados y un ingente compromiso, responsabilidad y buena y fe de la Administración.

Así las cosas, siendo que la caducidad puede afectar y corroer el derecho de acción, para que opere es necesario que la persona que la sufre, *ex profeso* o bien, por un descuido que única y exclusivamente le es atribuible a ella, haya dejado transcurrir los lapsos que la norma le autoriza para incoar la demanda o recurso; en caso contrario, esto es, que el tiempo haya fenecido por una causa imputable a la Administración, haciendo abstracción de la culpabilidad, debe entenderse que ese lapso no es computable para que opere la caducidad; el tiempo no está exánime, inclusive, ocurrió la inverso, queda vivo hasta tanto se corrija la situación.

Ahora bien, el presente el estudio girará alrededor de la siguiente hipótesis de investigación: ¿es posible aludir a la “caducidad por justicia material” en el contencioso tributario? Esta expresión, *mutatis mutandi*, es extraída de una sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA), N° 00787 del 3 de julio de 2013, caso: *Pepsi-Cola Venezuela, C.A.* (desde ahora El Fallo), en la cual la caducidad fue decretada por dicho órgano jurisdiccional dando al traste con uno de los requisitos necesarios para que la notificación fuera válida, siendo la justificación del juzgador un supuesto análisis de los hechos y circunstancias particulares que rodearon el caso, acusando al contribuyente de tener pleno conocimiento del acto y los lapsos que tenía para impugnarlo.

Para poner en autos al lector, y explicar qué es eso a lo que llamamos “caducidad por justicia material”, se citaran, brevemente, fragmentos del acto de notificación que afectó, a consideración del contribuyente, su derecho a intentar tempestivamente su demanda; de los fallos de primera y segunda instancia y, en función de ello, se realizaran las apreciaciones teórico-prácticas que correspondan. Por tal motivo, se hará abstracción de los efectos de la caducidad en el contencioso tributario, así como de la supuesta existencia de dicha institución en sede Administrativo¹.

II. DE LA CONTROVERSIA

Para fines metodológicos del presente ensayo, no se hará ninguna valoración sobre el fondo del tema debatido; por tal motivo, cuando en este acápite se alude a *la controversia* se refiere, exclusivamente, al intrínquilis en la cual se cierne la notificación y la ulterior declaratoria de caducidad.

a. DEL ACTO DE NOTIFICACIÓN

Señalado lo anterior, se lee de la notificación practicada por el Municipio Zamora del Estado Aragua (sujeto activo de la relación jurídico-tributaria) dirigida a la sociedad de comercio Pepsi-Cola Venezuela, C.A., y que constituye el epicentro del presente caso, lo siguiente:

Artículo Segundo: Se advierte al contribuyente que contra el presente acto administrativo podrá interponer Recurso Contencioso Tributario dentro de los veinticinco (25) días hábiles siguientes a la notificación del mismo, de conformidad con el artículo 261 del Código Orgánico Tributario en concordancia con el artículo 250 parte *in fine eiusdem*.

b. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO TRIBUTARIO

El Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central, N° 2772 de fecha 30 de octubre de 2012, declaró inadmisibile el recurso contencioso tributario interpuesto por la sociedad de comercio Pepsi-Cola Venezuela, C.A. al haber sido intentado extemporáneamente, en los términos siguientes:

(...) en efecto el día 03 de mayo de 2012 o del diferimiento de la misma según lo establecido en el artículo 164 del Código Orgánico Tributario, en el presente caso

¹ Para una revisión de la supuesta caducidad en sede administrativa, léase: Valmy Díaz I., «Apostillas sobre el mito de la caducidad en el lapso (oportunidad) para descargar y probar contra las actas fiscales», *Revista de Derecho Tributario*, n° 108 (2005).

comienza el día cuatro (04) y vence el día diez (10) de mayo de 2012 a correr el lapso a que se refiere el artículo, por consiguiente el lapso para interponer el recurso contencioso tributario se inició el once (11) del mismo mes y año, y tomando en consideración los días que despachó el tribunal, el lapso venció el veintidós (22) de junio de 2012, por cuanto el recurso se interpuso el 10 de octubre de 2012, es evidente que la recurrente lo consignó fuera del lapso de los veinticinco (25) días a que se refiere el artículo 261 del Código Orgánico Tributario vigente, por lo cual el juez forzosamente declara que es extemporáneo el recurso y como quiera que el amparo constitucional con medida cautelar de suspensión de efectos se declaró *in limine litis*, improcedente, es criterio de este tribunal declarar inadmisibile el recurso contencioso tributario. Así se decide.

c. FUNDAMENTACIÓN DE LA APELACIÓN PROPUESTA POR LA REPRESENTACIÓN DE PEPSI-COLA VENEZUELA, C.A.

La representación judicial de la sociedad mercantil Pepsi-Cola Venezuela, C.A. alegó en su escrito de fundamentación de la apelación, que el Tribunal de mérito obvió considerar el argumento expuesto en el recurso, relativo a que no existía un lapso de caducidad para recurrir en este caso, toda vez que, la notificación del acto administrativo impugnado era ineficaz por no cumplir con los requisitos del artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) al omitir toda clase de señalamiento en torno a los órganos o Tribunales ante los cuales debía presentarse la demanda.

d. FALLO DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Conocida la apelación la Sala Político Administrativa confirmó el fallo, sobre a base de los siguientes argumentos:

Establecido lo anterior, previo al examen del presente caso, corresponde precisar que la falta de notificación no se materializa exclusivamente por su omisión o inexistencia, sino incluso, por un defecto de los requisitos dispuestos en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que supongan la eliminación o significativa reducción de las oportunidades de defensa.

Además, **los efectos de la notificación no pueden analizarse aisladamente o de forma autónoma, de espalda a su interés o finalidad, por cuanto concebirlo de esa manera supondría reducir los criterios de justicia material a ser un predicado de las formas.** Es por ello que, cada caso en particular nos indicará si la forma, como garantía que tiende a la realización de un fin, es efectivamente cumplido, pretendiendo primariamente arbitrar un conjunto de condiciones para procurar que ciertos derechos de los Administrados sean consecuentemente respetados.

«...*Omissis*...»

Conforme a lo anterior, esta Máxima Instancia advierte que, si bien la notificación omitió indicar el Tribunal ante el cual debía interponerse la demanda, la Administración cumplió con la obligación de participarle correctamente el lapso que tenía para interponerla, que sería de veinticinco (25) días “*hábiles*”, aunado a que le señaló el cuerpo normativo que regula dicho medio de impugnación. Adicionalmente, la Resolución N° 090-2012 antes citada, indicó el recurso jurisdiccional que podría intentar la contribuyente (recurso contencioso tributario), el cual solo es ejercible ante los Tribunales de la República con competencia tributaria, que por demás constituye la naturaleza del acto que aquí se impugna. Es decir, en el presente caso, mal podría afirmarse que la causa que motivó el ejercicio extemporáneo de la acción es atribuible al Fisco Municipal.

«...*Omissis*...»

En efecto, constata esta Sala que la sociedad mercantil Pepsi-Cola Venezuela, C.A. ejerció el recurso contencioso tributario ante la jurisdicción tributaria competente, vale decir, el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central, no siendo la ausencia de este requisito la razón que justifica su interposición extemporánea, y en todo caso, de haberlo hecho ante cualquier otro Tribunal hubiera contado con la regulación de competencia o se hubiese declinado al Órgano Jurisdiccional competente.

«...*Omissis*...»

Considera esta Sala que no se puede aplicar el artículo 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos **sin atender a las circunstancias particulares de cada caso**. Dicha norma aplica cuando se omite o suministra errónea información con relación a los términos y condiciones en que el ciudadano puede ejercer los recursos contra los actos que los afectan. Sin embargo, en el presente asunto, no es posible considerar defectuosa la notificación realizada por el Municipio Zamora del estado Aragua, al menos en lo concerniente al lapso que tenía la contribuyente para ejercer el recurso contencioso tributario. (Negrillas nuestras).

Fijados los límites de la controversia, y en el entendido que es la notificación y la ausencia de sus elementos la piedra angular del presente ensayo, se realizarán algunas precisiones sobre la misma, sus defectos, remedios y, una vez enlazados los eslabones de la cadena, determinar si es posible, por mor de un supuesto anquilosamiento del derecho, poder aplicar la caducidad por justicia material.

III. CONCEPTO DE NOTIFICACIÓN

e. PREVISIONES NORMATIVAS

Disponen los artículos 161 y 167 del Código Orgánico Tributario de 2001², vigente *ratione temporis*, que disciplinan el concepto de notificación y las consecuencias de su omisión, lo siguiente:

Artículo 161. La notificación es requisito necesario para la eficacia de los actos emanados de la Administración Tributaria, cuando éstos produzcan efectos individuales.

Artículo 167. El incumplimiento de los trámites legales en la realización de las notificaciones tendrá como consecuencia el que las mismas no surtan efectos sino a partir del momento en que se hubiesen realizado debidamente, o en su caso, desde la oportunidad en que el interesado se deba tener por notificado personalmente en forma tácita, según lo previsto en el numeral 1 del artículo 162 de este Código.

Asimismo, en concatenación con las anteriores previsiones legales, es imprescindible citar los artículos 73 y 74 de la LOPA, que establecen los requisitos y exigencias necesarias para que toda notificación sea susceptible de producir plenos efectos legales de aquel acto que la produce; estas normas aplican tanto en el Derecho Administrativo como en el Tributario, por cuanto, son las únicas que no sólo regulan tal actuación con la minuciosidad, rigor y el detalle debido, sino que ofrecen una aleccionadora consecuencia jurídica en el supuesto de no realizarse de la forma como fue establecida. La importancia de las mismas radica esencialmente, se insiste, en los efectos que trae consigo su omisión para la eficacia del Acto. Así las cosas, establecen los artículos en referencia, lo siguiente:

Artículo 73. Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.

Artículo 74. Las notificaciones que no llenen todas las menciones señaladas en el artículo anterior se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto.

El enunciado de la norma será desmenuzado con más detalle, por lo pronto, es oportuno identificar de su contenido de cuál requisito carecía el acto de notificación, de cara con el cuadro que a continuación se transcribe:

² Con la reforma del Código Orgánico Tributario de 2014, los artículos relativos a la notificación no sufrieron modificaciones, salvo su articulado que ahora quedó recogido en los artículos 171 y 177.

REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN	ELEMENTOS CONTENIDOS EN EL ACTO
TEXTO INTEGRO DEL ACTO	SÍ
LOS RECURSOS	SÍ
EXPRESIÓN DE LOS TÉRMINOS PARA EJERCERLOS	SÍ
ÓRGANOS O TRIBUNALES ANTE LOS CUALES DEBAN INTERPONERSE	NO

f. DEFINICIÓN TEÓRICO FORMAL

La notificación es un presupuesto formal y a su vez indispensable para dotar y revestir de eficacia los actos administrativos, al converger como una de sus principales finalidades el de darles publicidad, aviso y comunicación de su contenido al o los interesados, condición imprescindible para que puedan ejercerse todos los mecanismos de defensa que el ordenamiento jurídico pone a favor de aquéllos para controlar y fiscalizar las actuaciones de la Administración Pública.

La notificación³ representa un adminiculo entre la actividad administrativa y en especial la que se pone de relieve con la emisión del acto con aquellos mecanismos de impugnación que se dispongan contra éste. En función de ello, es admisible señalar que el acto de notificación guarda una estrecha relación con el derecho a la defensa y el principio *pro actione*, en el sentido que, carece de operatividad si no se comunica el acto, por cuanto, el interesado desconoce su contenido, así como de los dispositivos para enervar sus efectos. Por tal motivo, la Ley ha establecido,

³ Para Agustín Gordillo, la notificación es la forma de publicidad de los actos administrativos, que importa un conocimiento *cierto* del acto por el destinatario, debiendo transcribir íntegramente el acto, incluyendo parte resolutive y motivación y la enunciación completa y fiel de los medios de impugnación. *Tratado de Derecho Administrativo* y obras selectas (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), acceso el 1° de abril de 2016, http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo5.pdf. Ramón Parada destaca que la notificación es la técnica más solemne de la comunicación –en el plano administrativo– en virtud de la cual los interlocutores de la administración atestiguan haber entregado a una persona la copia escrita de un acto. Cfr. *Derecho Administrativo* Parte general, Tomo I, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2004), 112. Véase igualmente Nelson Rodríguez, para quien la Notificación es una obligación de la Administración Pública para que tenga validez el acto administrativo e individualizar a los interesados. Cfr. «La Eficacia de los Actos Administrativos», *Revista de Derecho Público*, n° 38 (1989), 38. En miméticos términos, Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2002), 174 y ss. De conformidad con el artículo 57.2 y 58.1 de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en España, se define a la notificación como un acto de comunicación con los interesados en el procedimiento de un acto administrativo anterior que pudiera afectar sus derechos. La notificación a los interesados es un requisito de la eficacia de los actos que afecten a sus derechos o intereses. Es criterio de Grau que la notificación se convierte en el elemento esencial que permite fijar con certeza el momento a partir del cual se inician los lapsos establecidos para ejercer válidamente la impugnación de un acto administrativo de efectos particulares, siendo éste el instrumento que en definitiva lo revista de certeza. Cfr. María Amparo Grau, «Eficacia de los Actos administrativos: Obligación de la Administración de Comunicarlos. Publicación y Notificación», *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Funeda (1997), 100.

ciertamente, como una directriz ordenadora del proceso, que dicha actuación se halle acorazada por ciertos presupuestos para su validez.

A tal efecto, debemos entender a la notificación como un acto de comunicación que interactúa como un trasmisor entre el ente u órgano de la Administración, sirve principalmente para hacer eficaz aquello que se pretende informar, sea que signifique situaciones favorables o ventajosas para el administrado o que genere perjuicios o gravámenes en sus derechos. Por lo tanto, en el supuesto que se produzcan actuaciones en detrimento de los derechos de los particulares, la notificación cobra una relevancia superior, por cuanto, está en vilo el control y fiscalización de la actuación administrativa.

Dicho acto se traduce entonces en un instrumento para potenciar el control de la legalidad de los actos administrativos y deberá contener una serie de condiciones que justificarían – formalmente– su validez, conforme al artículo 73 de la LOPA.

IV. DEFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN

Es criterio de la doctrina y de casi la mayoría de los ordenamientos jurídicos, exigir que se cumplan con aquellos requisitos consagrados en el artículo 73 de la LOPA; en otras latitudes, aduce Gordillo, que bajo los principios de buena fe y de lealtad, a los efectos de adquirir validez el acto, se debe informar clara y lealmente al interesado si agotan la vía administrativa, acerca de la vía judicial y la posibilidad de su pérdida si no interpone el recurso administrativo en término y, debe también aclarar que los plazos se cuentan incluso en la feria judicial, que en el caso de Venezuela sería el receso judicial⁴.

A reglón seguido, señala el referido autor, en muestra de desagrado hacia los lapsos de caducidad frente a la posibilidad de fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que:

Es ya grosera la desigualdad conforme a la cual el particular tiene un breve plazo pasado el cual ya no puede impugnar el acto, en tanto la administración carecería de límite temporal. Asombra que existan normas así y nadie las declare inconstitucionales. Máxime cuando el fundamento fáctico es exactamente el opuesto: los días del particular se le escapan de las manos, la administración no tiene problemas con el tiempo. Darle

⁴ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo...*, 20.

la eternidad a quien tiene gusto por ella y por la inacción y el silencio, es como proporcionarle droga a un adicto⁵.

Araujo Juárez da cuenta a partir de un conjunto de sentencias, la manera cómo puede producirse un defecto en la notificación y sus efectos en el acto, entre las cuales tenemos: *i*) cuando no cumplen los requisitos ordenados en la Ley (CPCA: 2-5-85, caso: Víctor D. Ramírez, CPCA: 4-6-92); *ii*) un defecto en la notificación demora el comienzo en la eficacia del acto (CPCA: 24-10-85 caso: Sociedad Atrium, C.A.); y *iii*) la notificación defectuosa no afecta la validez intrínseca del acto sino la eficacia (CSJ/SPA: 20-5-85, caso: Inploca)⁶.

Seguidamente, indicaría el autor en referencia, que las notificaciones administrativas que «no llenen todas las menciones señaladas en el artículo 73, LOPA, se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto», pudiendo generarse diferentes situaciones, las cuales son: *i*) falta absoluta, «el acto no ha sido objeto de publicidad»; *ii*) notificación que induce en error «el interesado hace caso de la indicación administrativa e instaura el recurso administrativo o jurisdiccional que en la ocurrencia era improcedente»; *iii*) notificación con otro tipo de defectos, que a su vez, se subdividen en: a) «no ha ofrecido la notificación ningún recurso», b) «[e]n el caso de que se ofrezcan los recursos no son los procedentes», c) «que ofrezca los recursos que, no obstante son los correctos, se incide en error u omisión de los plazos o respecto del órgano ante el que deben interponerse»⁷.

Ha sido criterio de la Sala Constitucional en sentencia N° 1867 del 20 de octubre de 2006, caso: Marianela Cristina Medina Añez, ratificada en el fallo N° 772, del 27 de abril de 2007, caso: Nora Antonio Lartiguez Hernández, que en materia de caducidad de los actos administrativos podrá computarse válidamente si han sido correctamente notificados sus derechos o intereses pues, de lo contrario, no comienza a transcurrir ningún lapso⁸. El referido criterio fue sentado en un supuesto en el cual la notificación careció de la indicación de todos los requisitos del artículo 73 de la LOPA, por ende, a criterio de la Sala Constitucional, habría operado una violación al debido proceso, así como del principio «favorable a la acción» que produjo cierto grado de indefensión⁹.

⁵ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo...*, 20.

⁶ José Araujo J., *Tratado de Derecho Administrativo Formal* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2007), 599 y ss.

⁷ Araujo J., *Tratado...*, 599.

⁸ En el caso que particularmente analizaba la referida Sala, constató que el acto que la solicitante de la revisión impugnó en primera instancia «no hizo mención expresa al recurso que procedía en su contra, así como tampoco del lapso para su interposición y el tribunal con competencia para el conocimiento de la demanda», por lo que declaró que «la notificación es defectuosa y no produce ningún efecto».

⁹ Véase en ese particular las sentencias de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 2012-009 de fecha 6 de febrero de 2012, caso: Miguel Ángel Romero Pérez Vs. Gobernación Del Estado Monagas, en la misma se

En efecto, el administrado que actúe según lo indicado en la notificación respecto a los recursos, sus plazos y sus decisiones, no se verá afectado por la información errónea, según Linares, pues «el tiempo empleado en ella no se computará para el trámite del recurso que efectivamente corresponda», y añade, que los señalamientos de todo acto deben ser específicos «sin que sean aceptables fórmulas genéricas como ‘recursos correspondientes’ o ‘los recursos previstos en la ley’»¹⁰.

V. SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN

No es objeto del presente estudio analizar la pletórica cantidad de sentencias que en lo relativo a la notificación defectuosa han resuelto los Tribunales de la República, de esa forma se haría excesivamente extenso el presente estudio, no obstante, huelga señalar que ha sido una tradición jurisprudencial, y así reconocido por el foro, reconocer con cierta unicidad que la carencia de cada uno de las condicionantes del artículo 73 de la LOPA produce que la misma no pueda surtir plenos efectos legales.

Sin embargo, las notificaciones que tengan algún vicio que inficione su inteligencia quedarán subsanadas, como regla general, si de las actuaciones se constata que el interesado interpuso los medios de impugnación pertinentes con el propósito de revertir los efectos del acto administrativo que posiblemente lesionen sus derechos e intereses, toda vez que, el fin que era informar se realizó, así haya sido por otros medios. La inobservancia de las formas no puede traducirse como la negación al acceso a la justicia y menos aún, siendo este el propósito realmente pretendido¹¹.

estableció que «De esta manera, atendiendo al especial carácter concedido a la notificación del acto administrativo, con la cual se pretende garantizar el derecho a la defensa del administrado, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos regula de manera precisa el contenido que debe poseer dicha notificación, de forma que se constituya en base de información completa para el administrado sobre: (i) la literalidad del acto administrativo en cuestión; (ii) los medios de impugnación que –en caso de ser procedentes– puede intentar contra el mismo; (iii) el término dentro del cual debe ejercerlos y; (iv) los órganos o tribunales ante los cuales debe interponerlos»; en otra sentencia de la propia Corte, se estableció –explícitamente- que los requisitos consagrados en el artículo 73 de la LOPA son concurrentes, al establecer que «debe entenderse que al no cumplirse con los requisitos concurrentes señalados en la aludida norma, la misma no produce ningún efecto, entendiéndose con ello que los lapsos legales establecidos para impugnar los efectos jurídicos de un acto administrativo, no puede comenzar a computarse en detrimento de los derechos del administrado, pues, la falta de indicación de toda la información exigida por el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, afecta o debilita su posibilidad de impugnar oportunamente la legalidad de la actuación de la Administración». Cfr. Corte Segundo de lo Contencioso Administrativo, N°2013-0752 de fecha 8 de mayo de 2013, caso: La Lucha, C.A. contra La Alcaldía del Municipio Francisco de Miranda del estado Guárico.

¹⁰ Gustavo Linares B, «Notas sobre los Actos Administrativos», *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público* (2006), 780-781.

¹¹ En el mismo sentido, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 00059, de fecha 21 de enero de 2003, caso: Inversiones Villalba, ha señalado reiteradamente que «una notificación aun siendo defectuosa ha cumplido con el objetivo a que está destinada, es decir, ha puesto al notificado en conocimiento del

De allí que, en sentencia N° 529 del 9 de junio de 2010, caso: Sílice Boquerón, C.A., la Sala Político-Administrativa haya establecido que el defecto en la notificación de los actos de contenido tributario en modo alguno los vicia de nulidad sino que afecta su eficacia, la cual se pospone al momento de su debida realización o a la oportunidad que el interesado realice alguna actuación en el procedimiento indicativa del conocimiento que tuvo del mismo. Indirectamente, la Sala hizo una diferenciación entre los actos administrativos propiamente dichos y los actos de ejecución, posición ésta que es sostenida por Linares, para quien la clave para entender el sistema de notificaciones según la LOPA es apreciar a la notificación como otro acto, distinto del que se comunica, el cual debe llenar los requisitos establecidos en la Ley para su eficacia¹².

VI. NOTIFICACIÓN: ¿FORMA O MATERIA?

g. LA NOTIFICACIÓN Y LAS FORMAS PROCEDIMENTALES

En estricta relación con lo anterior, la notificación representa un instrumento para la realización de la justicia, y por lo tanto, revestida de unas condiciones de modo, tiempo y lugar (forma), cuyo diseño pragmático permite unir o enlazar de manera sistémica, la actuación de la Administración con los medios de impugnación.

La forma es un término que incluso en filosofía no logra desligarse de la materia. Mientras el uno comporta aquello con lo cual se hace algo (materia), lo otro, es aquello que determina la materia para ser algo, vale decir, por lo cual algo es lo que es (forma). De igual manera, la forma guarda una relación con lo que constituye la potencia y el acto. Así las cosas, siendo la forma lo que es aquello que es, la forma será la actualidad de lo que era potencialmente¹³. La relación potencia-acto nos hace comprender cómo cambiar ontológicamente las cosas, mientras que la relación materia-forma nos permite comprender cómo están compuestas las cosas.

En la fenomenología, señala Husserl, que la llamada "región formal" no es, pues, algo coordinado a las regiones materiales (las regiones, pura y simplemente); no es propiamente una región, sino la forma vacía de región en general, que en lugar de tener junto a sí, tiene más bien bajo sí a todas las regiones con todos sus casos esenciales especiales o dotados de un contenido

contenido del acto y cuando el recurso ha sido interpuesto oportunamente e incluso le permitió acceder a la vía judicial, los defectos que pudiera contener, han quedado convalidados».

¹² Linares B, «Notas sobre los Actos Administrativos», 774.

¹³ José Ferrater M., *Diccionario de Filosofía de Bolsillo* (Madrid: Alianza Editorial, 2006), 367-372.

material. A dicha afirmación añade que esta subordinación de lo material a lo formal se denuncia en que la ontología formal alberga en su seno a la vez las formas de todas las ontologías posibles todas las "verdaderas" ontologías, las "materiales", en que prescribe una constitución formal común a todas¹⁴.

En derecho, las formas procesales tienen una unión indisoluble con los actos del mismo que, bajo su comprensión tradicional, representan una manifestación de voluntad que persiguen constituir, modificar, desarrollar o poner fin a una relación jurídica procesal concreta e, *ipso facto*, producir los efectos que la Ley previó; ello así, las formas no son más que las condiciones pragmáticas para la realización de aquéllos.

Tanto en el proceso judicial, como en el procedimiento administrativo, los fines de las formas se resuelven en: *i*) garantizar el derecho a la defensa al ser provistos de ambientes que promueven el libre contradictorio en condiciones de igualdad; *ii*) como un efecto natural, dotarlos de una publicidad regida bajo su propia lógica, que al ser informado de un elemento cognitivo, permite conocer a las partes anticipadamente la manera cómo deben comportarse, manifestar sus voluntades y pretensiones en la tramitación del asunto; y *iii*) ordenadora del proceso, al establecer lapsos perentorios para la realización de ciertos actos.

Dentro del concepto de forma, giran sobre su órbita las formalidades esenciales, las no esenciales y los formulismos, cada uno con condiciones y significados diversos. Las formalidades esenciales están asociadas con el derecho a la defensa y el debido proceso en todas sus dimensiones; las no esenciales, constituyen revestimientos procesales, que permiten, en algunos casos, garantizar que el proceso se desarrolle de una determinada imagen o manera, y los formulismos, son todas aquellos ritos y ceremonias celebrados en el juicio con el propósito de garantizar su solemnidad, *v.g.* los modelos de algunas demandas, los números de líneas que deben tener los escritos, cómo se deben preguntar a los testigos, cómo se invocan los vicios en casación, entre muchos otros.

Estos formulismos, en ocasiones, acorazan a la forma en razón de una tradición sacramental del proceso, que no se compadece con la seguridad jurídica, pero que, incluso, tiene más preponderancia que la misma forma. Mucha de esta incoherencia es propiciada por la presencia de interlocutores de la Administración y jueces que con total desparpajo no vacilan en hacer pública su ignorancia. Es habitual escuchar de los funcionarios tribunalicios la siguiente locución: "ese procedimiento se sigue de esa *forma* porque es criterio del Juez". Impropiamente se ha convertido

¹⁴ Edmund Husserl, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, Trad. José Gaos (México: Fondo de Cultura Económica, 1962), 33.

en la regla la imposición de cargas adicionales no consagradas en la Ley, en razón de una incoherente comprensión de las reglas del proceso. Frente a tropelías de ese tipo, los abogados se encuentran rodeados; sus argumentos se diluyen como sal en el agua, los interesados no hayan en el derecho la solución a sus problemas, la anarquía se apropia del estrado y la arbitrariedad disfraza su paladina ignorancia.

h. ¿ES LA NOTIFICACIÓN FORMA O FORMULISMO?

Al preguntarnos si la notificación es forma o cualquier otra catadura dispuesta para torcer el espíritu de la Ley y tabicar su inteligibilidad, debemos responder sin ambages: *es forma*; en efecto, es un requisito formal, y como tal, revestido de unas garantías procesales, que conforme dispone el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, representa una exigencia basilar para la Administración Pública cuando dicta actos susceptibles de afectar derechos subjetivos e incluso, intereses colectivos y difusos. La vinculación de la notificación con el derecho a la defensa es inextinguible e inexpugnable al ser consustanciales una de la otra.

En materia tributaria no cumplir con el trámite de la notificación supone que la eficacia de los actos quede en *in pectore* y que, aquellas que aún habiéndose practicado resulten defectuosas, vale decir, que no contengan el texto íntegro del acto, la indicación de los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse, no producirán ningún efecto.

Brewer Carías, siguiendo la orientación de la jurisprudencia francesa, ha señalado que existen formalidades esenciales establecidas para garantizar los derechos de los administrados, «como por ejemplo, las que prescriben la audiencia de los interesados, como información previa a una decisión, o para asegurar el derecho a la defensa (*audi altera parte*)», o aquellas cuya omisión causa indefensión¹⁵.

Todo ese conjunto de reglas que orbitan alrededor de la notificación fueron dispuestas precisamente para evitar que los detentadores de un poder jurídico lo transmute en fáctico e intenten hacer ejecutivos sus actos arbitrariamente, con poca o ninguna intención para que los mismos sean recurridos o impugnados.

¹⁵ Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo* (Madrid: Editorial Civitas, 1990), 104.

i. LA CADUCIDAD POR JUSTICIA MATERIAL

En orden a lo anterior, corresponde preguntarnos si cada uno de los elementos que debe contener la notificación son concurrentes, de pronto para revestirlos en conjunto de esencialidad o validez propia o, si por el contrario, sus fines son aislados y giran en torno a su eje los efectos que la Ley distribuye.

Del Fallo se observan dos (2) elementos que merecen la pena ser considerados: **el primero**, la genuflexión de los requisitos dispuestos en el artículo 73 de la LOPA con respecto al derecho a la defensa y a nuestro criterio el de la seguridad jurídica; y **el segundo**, el valor de las formas, como medio y no fin para la obtención de la justicia, y su subordinación a los criterios de justicia material.

Para El Fallo la notificación y sus efectos no pueden analizarse aisladamente o de forma autónoma, de espaldas al interés o finalidad que subyace a la misma, lo contrario sería dotarla de sustantividad propia y reducir los criterios de justicia material a ser un predicado de las formas¹⁶. El Fallo cuestiona que la falta de alguno de los requisitos de la notificación no enervaría *per se* sus efectos, toda vez que, “*las circunstancias fácticas*” en los cuales se desenvuelve la misma pudieran sugerir las razones que tuvo la Administración para dictar determinado acto y el administrado conocerlas¹⁷.

De su texto se lee que existe una diferencia palpable entre aquella notificación que carece de todos los requisitos establecidos en el artículo 73 y otra que no posee alguno de ellos y que, en el marco de las reglas de contenido procesal, no es posible tratar de manera idéntica ambas situaciones, por cuanto, mientras en un caso pudiera darse hipotéticamente cierta indefensión, en el otro supuesto, el error que tendría el acto de comunicación es susceptible de ser salvado si se evalúa integralmente las circunstancias fácticas de cada caso.

Ahora bien, la posición que sostuvo El fallo echó por tierra toda la construcción lógico-formal que se había erigido con relación a la notificación y las consecuencias de sus defectos sobre la base –de lo que he denominado– la aplicación de la caducidad por justicia material que, en el

¹⁶ Así las cosas, en sentencia del Tribunal Constitucional de España N° STC/29/1985, se estableció que: «los requisitos formales no son, por lo demás, valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino, que sólo sirven en la medida que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima». Cfr. Margarita Beladiez R., *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 1994), 112.

¹⁷ No obstante, es criterio de González Pérez y casi toda la doctrina, que si la notificación no ha sido hecha bajo ciertos revestimientos formales, vale decir, sin una transcripción íntegra del acto y sus fundamentos, no corren los términos de impugnación. Cfr. Jesús González P., *Manual de Procedimiento*, 2ª edición (Madrid: Civitas, 2002), 314.

fondo, fue la justificación con la cual se casó para entender que la ausencia de uno de los requisitos no invalida el acto, máxime si se realiza una valoración integral de todas las circunstancias que rodean el caso.

j. CONCEPTO DE JUSTICIA MATERIAL

La caducidad en términos forenses, como ya se precisó, es una institución que impide conocer de una demanda por el transcurso del tiempo; pero para que las agujas del reloj puedan correr en detrimento de los interesados, es imprescindible que el acto que se comunica lo haya dotado de todas las herramientas, mecanismos y condiciones para garantizar que el ejercicio de sus derechos a reclamar, peticionar o demandar, cualquiera sea la pretensión, se cumplió correctamente.

La caducidad en el presente caso se declaró sin que el acto tuviera el revestimiento debido para proteger el debido proceso del administrado, y fueron argumentos pasados por la criba de la justicia material los que salvaron a la notificación de la suerte que se le había trazado: *su irremediable invalidez*. Así las cosas, es oportuno referirnos a lo que se ha entendido por justicia material, en la que el juez pasa a tener una posición preponderante al momento de construir el derecho y en el que las formas dejaron de servir para proteger la institucionalidad del derecho en modelos democráticos.

k. JUSTICIA MATERIAL. JUEZ CREADOR DEL DERECHO

Carlos Escarrá en una férrea arremetida contra el formalismo, indicó que a partir de los postulados del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe prevalecer la verdad y la justicia por sobre los formalismos no esenciales, criterio éste que venía a sustituir el principio según el cual había un «valor superior que era el de la seguridad jurídica y en virtud de la seguridad jurídica, los formalismos esenciales o no esenciales son necesarios y el juez debe revisarlos a los efectos de poder tomar una decisión»¹⁸.

¹⁸ Carlos Escarra M., «La Justicia y los poderes del Juez en la nueva Constitución», *Anuario de Derecho*, SABER-ULA, n° 23 (2001), 384-396.

La exposición de Escarrá revive la polémica que se ha trazado sobre la actividad jurisdiccional y que se desenvuelve en una encrucijada según ciertos criterios políticos e ideológicos. Por un lado, la actividad silogística frente a la argumentativa¹⁹ y por el otro lado, el Juez como aplicador del derecho o como creador del derecho.

El connotado abogado Ángel Latorre, indica que el cientificismo del siglo XIX hacía de los juristas unos autómatas que operaban a merced de la Ley y de espalda a la justicia; bajo ese razonamiento, señala el autor, era posible «llegar a una certeza racional respecto a la verdad» la manera como eran resueltos los problemas matemáticos, habría supuestos un «progreso científico» y ante tal situación los saberes no naturales «se veían en una situación difícil»²⁰.

Ociel Castaño, haciendo eco de la polémica *supra* identificada, hizo un breve estudio del rol del Juez Constitucional en el llamado nuevo derecho e indicó que éste a diferencia de lo que se creía en el sistema anterior, no es solo su intérprete o simple aplicador «ante todo, ha devenido en un creador del mismo» e incluso, es una diferencia que lo distingue de los otros poderes constituidos, su «facultad de crear normas jurídicas especialísimas»²¹.

En el mismo orden de ideas, Castaño citaría a un ex Magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Gaviria Díaz, quien sostenía que: “con muy contadas excepciones, en nuestras Escuelas de Derecho tradicionalmente se había enseñado que el Legislador creaba el derecho que al Juez sólo le cabía aplicarlo. Todo ello dentro de un largo y rígido esquema positivista”²². Esta polémica se enconará producto de la lenta forma como el derecho recoge los cambios y que, para algunos, lo separan de la realidad circundante²³.

¹⁹ Señala Alejandro Nieto, que: “la sentencia, en definitiva, no se legitima *ex auctoritate*, por la posición institucional del juez, sino *ex ratione*, por el peso y solidez de sus argumentos... hoy sólo tiene el juez que rendir cuentas al derecho y a la lógica, no a la justicia. una sentencia injusta pero correctamente elaborada ha de aceptarse y el eventual reproche no ha de dirigirse al Juez sino a la ley, que es la que ha impuesto tal decisión injusta”. Cfr. *El Arbitrio Judicial* (Barcelona: Editorial Ariel, 2000).

²⁰ Ángel Latorre, *Introducción al Derecho* (Barcelona: Editorial Ariel, 2000), 98-112. Indicaría el autor *in comento*, exponiendo el ataque de H. J. Kirchman hacia la ciencia del derecho, que la misma estudia el derecho positivo y vigente en un momento y en un país dado, y que a su vez es efímero y cambiante; su objeción fue planteada en una conferencia publicada en 1848 bajo el título «La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia», su argumento básico es el siguiente: «Los juristas (...) se ocupan, sobre todo, de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador... Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente sus objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura».

²¹ Luis Ociel C., «El Juez Constitucional y el Llamado Nuevo Derecho», *Criterio Jurídico*, Cali, Revista Jurídica del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, n° 7 (2007), 188-189.

²² Ociel..., 189-201.

²³ En palabras de Novoa Monreal, existe una brecha creciente entre la realidad social y el derecho, debido a la rigidez de éste, incluso, «[p]odría pensarse que un legislador atento a estas transformaciones y ágil en su elaboración preceptiva, podría evitar el desequilibrio, dictando nuevas normas que tuvieran por finalidad poner al día las reglas caducas, para mantener siempre un derecho fresco y actualizado. Pero en realidad práctica no existe ese legislador

I. JUSTICIA MATERIAL. NEGACIÓN DE FORMAS Y PROCEDIMIENTOS

Esta diatriba ha originado que por justicia material se entienda la posibilidad de validar y legitimar determinadas actuaciones (ilegales), en las que en virtud de la ausencia de un procedimiento administrativo se haya dictado un acto pasible de generar violaciones al debido proceso y el derecho a la defensa. Para la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, órgano jurisdiccional que vehemente sostiene dicho criterio, en un singular caso se estableció lo siguiente: “difícilmente la sustanciación de un procedimiento administrativo permite la aportación de nuevos elementos de juicio que fundamenten las posturas de las partes en cuanto al tema de fondo que se debate. *En estos supuestos, el procedimiento administrativo carecería de objeto*”²⁴. (Cursivas nuestras).

Añade la Corte que, no obstante haberse constatado la inexistencia de un procedimiento administrativo en el caso de marras, consideró, tal como se había establecido en la sentencia del 3 de julio de 2007, caso: *María Isidora Benítez Elizondo Vs. Instituto Nacional del Menor (INAM)*, que el derecho a obtener una sentencia de fondo cuando se encuadra dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, impone además la existencia de garantías que van más allá de la necesidad de obtener una sentencia.

Ello así, en una cuestionable actividad de ponderación entre los derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, la Corte Segunda se inclinó por el primero y estableció que lo más importante, pese a no haberse sustanciado el procedimiento para “destituir” a un funcionario público, como correspondía, era resguardar de manera efectiva el derecho a obtener una decisión pronta y oportuna, la cual se sustente en un ajustado criterio de juzgamiento por parte del sentenciador.

A juicio de la Corte, si bien la Administración no sustanció un procedimiento con miras a destituir al recurrente, el hecho de haberse incoado la demanda (querrela funcional) en la que se fundó su pretensión, hizo desaparecer la situación de indefensión originaria.

atento y ágil». Eduardo Novoa M., *El Derecho Como Obstáculo al Cambio Social* (México D.F.: Siglo Veintiuno Editores, 1981), 37.

²⁴ Sentencia N° 2012-1415, de fecha 16 de julio de 2012, caso: Denny Rafael Cazorla Rodríguez contra el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

El problema de esta decisión es la injustificada aceptación de la no realización de un procedimiento administrativo cuando su cauce formal era necesario, aduciendo que bastaría exclusivamente para legitimar el acto, que el interesado haya intentado los recursos en la vía jurisdiccional y expuestos los argumentos para procurar su revisión; adicionalmente, puso en contraposición dos derechos que no se enfrentaban, por cuanto, tutela judicial efectiva no significa, desconocer las formas procedimentales bajo el amparo de una decisión “rápida” pero injusta. Este es un claro ejemplo de cómo la fórmula de la justicia material inficionan aquellas formas procedimentales que tienen como finalidad resguardar el debido proceso.

m. FORMALISMO VS ANTIFORMALISMO

Francisco Delgado en su obra *Chavismo y Derecho*²⁵, realizó un prolijo análisis de los formalismos que el chavismo rechaza y en qué consiste el formalismo que aplica. En esta obra puso de manifiesto que la contraposición entre lo formal y lo material en la vida jurídica comienza, incluso, con los debates de la Asamblea Constituyente de Venezuela, en la que su propia existencia derivaba de haber puesto a un lado argumentos que negaban su convocatoria, minimizándose el peso de lo formal²⁶.

La Constitución, señala, dispuso dos (2) previsiones normativas que parecen desdecir a los formalismos, los cuales son: *i*) el artículo 26 que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, y en el que se establece que “el Estado garantizará una justicia «sin formalismos o reposiciones inútiles»; y *ii*) el artículo 257 el cual consagra que: «No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales».

Ahora bien, los principales elementos del antiformalismo que auspicia el chavismo, a consideración de Delgado, son:

En primer lugar, los contenidos de las normas tienen que ser elaborados y dados a conocer bajo determinadas estructuras lógico-lingüísticas, creando límites que van estructurando el derecho, por lo tanto, si de este modo de configuración del derecho es lo que el antiformalismo quiere abolir,

²⁵ Francisco J. Delgado, *Chavismo y derecho* (Caracas: Editorial Galipán, 2017).

²⁶ Delgado, *Chavismo...*, 56.

se trata de una aspiración vana e inútil, que se basa en el desconocimiento de la naturaleza de la vida jurídica”²⁷.

En segundo lugar, señala que se le critica al formalismo el modo como funciona el orden jurídico-institucional, en el cual buena parte del mismo “tiene como finalidad establecer las condiciones para que un determinado acto sea tenido como válido”, pero deben calificarse de formalidades al conjunto de tales condiciones, “entendiendo que la esencia material del acto es el contenido de la voluntad expresa”. Para el filósofo, “es difícil que un ordenamiento haya logrado un grado tal de racionalidad que todas las condiciones, requisitos y procedimientos que en él se establecen tengan un sentido pertinente con respecto a la naturaleza del acto o con los objetivos relevantes del derecho”²⁸.

En tercer lugar, el empleo de fórmulas tradicionales en los escritos, plazos innecesarios, lapsos muy largos o muy cortos, el uso de papeles con determinadas características, pueden ser verdaderos obstáculos para la justicia, más aún si lo que está en juego es la libertad, la propiedad o el trabajo de las personas; por lo tanto, señala el autor que si la crítica del formalismo conduce a una corrección del sistema legislativo a partir de la experiencia concreta de cómo específicas exigencias regulatorias obstruyen a la consecución del fin que perseguimos, no es nada reprochable²⁹.

En cuarto lugar, a menudo se entiende por formalismo un término que se emplea como contra punto al “respeto estricto de la ley” y lo que refleja es una simple insatisfacción con la solución que la norma le da a un caso particular y que si la solución es sustituirlo por una máxima que elaboramos para el caso concreto que hay que decidir “entonces debemos considerarlo un método incompatible con el Estado de derecho y con el principio de legalidad”³⁰.

En quinto lugar, en la actividad jurisdiccional, el antiformalismo significa una concepción definida por su oposición a los conceptos o instituciones que dan fundamento a los Estados de derecho desde una filosofía liberal. A su consideración, es una mera crítica marxista, en la que:

frente al concepto clásico de la neutralidad del juez, se postula la idea de un juez consciente e ideologizado; frente a la idea de la libertad del hombre como ausencia de coacción, se subraya la necesidad de que dicha libertad sea «social»; frente al principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, se define un Estado que se plantea la meta de la igualación material de todos; y frente a las Constituciones rígidas, se promueven

²⁷ Delgado, *Chavismo...*, 57.

²⁸ Delgado, *Chavismo...*, 58.

²⁹ Delgado, *Chavismo...*, 59.

³⁰ Delgado, *Chavismo...*, 60.

textos susceptibles de la interpretación político-ideológica de los tribunales, «en aras de la justicia social»³¹

Concluye Delgado, que todo esto armoniza con la necesidad que el chavismo tiene de una normatividad lo suficientemente flexible como para no obstruir la realización de sus objetivos y coherente “con la tesis esencial de subordinar la actividad de los jueces a la voluntad política”³².

A propósito de la polémica entre formalismo y antiformalismo, Abache rescata la innegable importancia que tienen las *formalidades* –correctamente entendidas– en la concepción y validez del *fenómeno jurídico*, a propósito de su abierta desatención en el producto normativo que se concretó con la sentencia N° 301, dictada el 27 de febrero de 2007, sus respectivas aclaratorias y tantas otras³³.

En la referida sentencia, aduce el autor que la ausencia de las facultades o poderes por parte de la Sala Constitucional para: *i) revisar* de oficio una norma *no* impugnada o recurrida; y *ii) modificar* el contenido normativo de un enunciado *legal*, pone en clara perspectiva la situación del Derecho venezolano, en lo general, y de nuestro Derecho tributario, en lo particular, en la que, según señala,

hemos pasado, sin más, *del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres*; no es el Estado de Derecho el que nos gobierna, sino una «aristocracia judicial», «neolingüística», «activista» y «justiciera», que conforme a «su moral», ajusta el ordenamiento jurídico en apego a *sus intereses* y, con ello, peligrosamente delimita –por no decir que quebranta– nuestras vidas y libertad³⁴.

Por último, Abache, asiéndose a las sabias palabras de Rudolph von Ihering, precisó que éste llegó a referirse a la *forma* –o al formalismo– del Derecho, como: *enemiga jurada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad*³⁵.

En total consonancia con lo anterior, manifiesta Beladiez que el valor de las formas en el derecho administrativo «constituye una garantía de legalidad de la actuación administrativa. (...) resulta necesario arbitrar un sistema para evitar que una actuación ilegal de la administración pueda vulnerar derechos o intereses legítimos de los administrados». A renglón seguido, precisa que la

³¹ Delgado, *Chavismo...*, 65.

³² Delgado, *Chavismo...*, 65.

³³ Serviliano Abache C., «Las formas del Derecho como Límite al Poder» (Palabras de presentación de su obra: *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de «la pesadilla y el noble sueño»*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 18 de octubre de 2016).

³⁴ Abache, «Las formas del Derecho».

³⁵ Abache, «Las formas del Derecho».

forma resulta necesaria cuando la garantía que ella proporciona constituye «el único medio de asegurar que el fin que pretendía conseguir se ha cumplido»³⁶.

VII. LAS FORMAS CONSTITUYEN UN LÍMITE A LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La garantía de la notificación como forma esencial, no es un valor *per se* que gobierne las reglas procedimentales y los criterios de justicia, tal y como lo indicó El Fallo, empero, si el objetivo principal de la misma era poner en conocimiento al Administrado de un acto de contenido tributario, fundado en un procedimiento administrativo previo como cause formal para proporcionar la legitimidad a la actuación administrativa, por qué entonces no señaló cuál era el Órgano Jurisdiccional ante el cual debía ejercerlo. La sola duda a tal interrogante debe favorecer al reo o al contribuyente.

La notificación es un acto de comunicación esencial en todo procedimiento administrativo y judicial. El resguardo al derecho a la defensa y al debido proceso depende en muchos casos que la información de determinadas actuaciones se haya realizado efectivamente. Por ende, que se garanticen las condiciones formales consagradas en el artículo 73 de la LOPA no es baladí, por cuanto, un error en su emisión puede llevar consigo interferencias en la comunicación perjudicando el libre desenvolvimiento del procedimiento.

Por mucho que se pretenda estirar la norma e intentar desdorar los requisitos de orden procesal que operan en materia de notificaciones, sus garantías colocan un coto a la Administración para evitar que a través de triquiñuelas y subterfugios se impida controlar sus actos y se procure lograr que todo acto del Estado esté revestido de ciertas condiciones que justifiquen su validez.

Toda forma es una entidad que representa una imagen de lo que se pretende proyectar. La ingeniería procesal ha diseñado un conjunto de patrones útiles para brindarle operatividad a la acción, y por ende, a la jurisdicción. El fallo examinado reinterpretó o de alguna forma desaplicó los artículos 73 y 74 de la LOPA, en función de la conjunción de criterios erigidos sobre una relación de hechos, que permitieron soslayar indebidamente las exigencias de las referidas previsiones legales.

³⁶ Beladiez R., *Validez...*, 112 y ss.

Pero estos hechos a los que alude El fallo no son tales. Para que algo pueda catalogarse como hecho ha debido existir en el expediente, con vocación suficiente para evocar una situación específica. Los hechos en un proceso no son el producto de un imaginario, de una mera invención onírica de la persona a quien le corresponde aplicar o ejecutar el derecho; los hechos forman parte del *mundo circundante* al que se refería Heidegger³⁷, de algo que ocurrió y puede ser atestiguado en el juicio. *Quo no es in actis no est in mundo* conjuga correctamente esta aserción.

Para Nieto, los hechos no son jurídicamente inertes sino que tienen una fuerza normativa como se sabe desde hace más de cien años tal como lo formuló Laband, primero y sobre todo Georg Jellinek³⁸. Pero pese a la categoría de los hechos en toda clase de controversias, entender que los mismos pueden no solamente inferir una consecuencia jurídica de espaldas a las condiciones de modo, tiempo y lugar que gobierna las formas procesales, suponen un resquebrajamiento del derecho de acción y por ende, la tutela judicial efectiva, y llevan esa volátil sustancia denominada justicia material a un lugar sinuoso capaz de extinguir su propia denominación: *la justicia*.

El perverso maniqueísmo que enfrenta forma contra materia, justicia formal contra justicia material, en nada ayuda cuando lo que está en juego es el derecho a la defensa de los ciudadanos. En sistemas democráticos la seguridad jurídica es fundamental, por lo que alterar las norma sin hacer uso de los mecanismos constitucionales que están establecidos es, cuando menos, una operación totalmente arbitraria.

Un claro ejemplo de cómo el poder judicial puede intervenir dejando de un lado criterios legales, es propuesto por Ávila Santamaría³⁹ –con una cuota de analogía a propósito de la situación aquí descrita– haciendo referencia que la aplicación de un principio mediante la argumentación jurídica requiere normas de lógica, coherencia, consistencia y razonamiento, por lo que, es totalmente arbitrario aplicar un principio si no se construye una regla de forma adecuada.

Así las cosas, Ávila puso sobre el tapete un famoso caso en Argentina, al cual se le conoce como «Massera». Tal y como sugiera la explicación del autor el tema controvertido se patentiza producto de un problema entre una norma jurídica y las supuestas dificultades que su aplicación estricta pudiera tener en la sociedad. El enunciado de la regla establecía que: «toda persona que no

³⁷ Martin Heidegger, *Ser y Tiempo*, Trad., Pról. y Notas Jorge Eduardo Rivera, <http://www.philosophia.cl>, 83.

³⁸ Alejandro Nieto, «El Arte de Hacer Sentencias o Teoría de la Resolución Judicial», (Lecciones impartidas por el Dr. Alejandro Nieto García, curso de 1998) [disco compacto] /recopiladas y apostilladas por Sergio Valverde Alpízar. 1a ed. San José Costa Rica: S. Valverde A, 2003, 28.

³⁹ Ramiro Ávila S., «En Defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos», acceso el 3 de abril de 2017, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila.%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>

haya sido juzgada por el lapso de diez años, no podrá ser perseguida penalmente en aplicación de la regla que establece la prescripción», a lo que a renglón seguido indicó,

Esta norma es una regla que efectivamente da seguridad jurídica y garantiza que una persona no sea perseguida por el estado eternamente. Pero ¿Qué pasó en Argentina, cuando sucedieron violaciones masivas a los derechos humanos y ningún juez se atrevió a dictar sentencia y declarar culpable a algún miembro de la dictadura? Pasa veinte años y hay una Corte que se atreve a decir lo siguiente: ‘esa regla de la prescripción le da seguridad jurídica al señor Massera, pero es una regla que da inseguridad a los argentinos, tengo veinte mil casos de desapariciones, treinta mil casos de tortura, treinta mil casos de niños que han sido secuestrados por los militares, y si se aplica la regla, se consagra la injusticia’ ¿qué es lo que hace el juzgador? Con argumentaciones persuasivas, recurriendo a múltiples fuentes del derecho y a instrumentos internacionales de derechos humanos, aplica el principio de la tutela judicial efectiva y de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

En el caso particular, haber aplicado una caducidad cuando la notificación era defectuosa, además de afectar la tutela judicial efectiva en su dimensión más genuina, es también una manera de dilatar los poderes de los jueces; quienes sobre la base de invocaciones genéricas de fórmulas como la de justicia material, podrían eliminar derechos y peor aún, suprimir las posibilidades para exigirlos.

La forma nunca deba sucumbir frente a la materia, ni siquiera por mor del enunciado constitucional establecido en el artículo 257 el cual dispone que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, cuando en su calaña de garante del debido proceso procure establecer un orden en la tramitación del derecho de acción y garantice el derecho a la defensa del reo o del contribuyente. Significa esto que cuando la forma resulte ínsita al debido proceso, no podrá justificarse bajo ningún concepto su inobservancia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abache C. Serviliano, «Las formas del Derecho como Límite al Poder» (Palabras de presentación de su obra: *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de «la pesadilla y el noble sueño»*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 18 de octubre de 2016)

Araujo J. José, *Tratado de Derecho Administrativo Formal* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2007)

Ávila S. Ramiro, «En Defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos», acceso el 3 de abril de 2017, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>

Beladiez R. Margarita, *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 1994)

Brewer-Carías, Allan *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2002)

Brewer-Carías. Allan R, *Principios del Procedimiento Administrativo* (Madrid: Editorial Civitas, 1990)

Delgado. Francisco J., *Chavismo y derecho* (Caracas: Editorial Galipán, 2017)

Escarra M. Carlos, «La Justicia y los poderes del Juez en la nueva Constitución», *Anuario de Derecho*, SABER-ULA, n° 23 (2001)

Ferrater M. José, *Diccionario de Filosofía de Bolsillo* (Madrid: Alianza Editorial, 2006)

González P. Jesús, *Manual de Procedimiento*, 2ª edición (Madrid: Civitas, 2002)

Gordillo, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017) http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo5.pdf.

Grau, María Amparo «Eficacia de los Actos administrativos: Obligación de la Administración de Comunicarlos. Publicación y Notificación», *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Funeda (1997)

Heidegger, Martin, *Ser y Tiempo*, Trad., Pról. y Notas Jorge Eduardo Rivera, <http://www.philosophia.cl>

Husserl. Edmund, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, Trad. José Gaos (México: Fondo de Cultura Económica, 1962)

Latorre. Ángel, *Introducción al Derecho* (Barcelona: Editorial Ariel, 2000)

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

Linares B. Gustavo, «Notas sobre los Actos Administrativos», *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público* (2006)

Nieto, Alejandro *El Arbitrio Judicial* (Barcelona: Editorial Ariel, 2000)

Nieto, Alejandro, «El Arte de Hacer Sentencias o Teoría de la Resolución Judicial», (Lecciones impartidas por el Dr. Alejandro Nieto García, curso de 1998) [disco compacto] /recopiladas y apostilladas por Sergio Valverde Alpízar. 1a ed. San José Costa Rica: S. Valverde A, 2003

Novoa M. Eduardo, *El Derecho Como Obstáculo al Cambio Social* (México D.F.: Siglo Veintiuno Editores, 1981)

Parada, Ramón *Derecho Administrativo* Parte general, Tomo I, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2004)

Rodríguez, Nelson «La Eficacia de los Actos Administrativos», *Revista de Derecho Público*, n° 38 (1989)

Sentencia N° 2012-1415, de fecha 16 de julio de 2012, caso: Denny Rafael Cazorla Rodríguez contra el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)

Valmy Díaz I., «Apostillas sobre el mito de la caducidad en el lapso (oportunidad) para descargar y probar contra las actas fiscales», *Revista de Derecho Tributario*, n° 108 (2005)