

# Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

# 13

*Estudios sobre la Justicia Administrativa*

## Presentación

*Carlos Reverón Boulton*

## Estudios

Comentarios sobre los procesos contencioso administrativos contra los actos administrativos en la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de El Salvador de 2017: una visión desde el exterior

*Allan R. Brewer-Carías*

La acción declarativa de inconstitucionalidad

*Juan Carlos Cassagne*

Principio general de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa

*Ernesto Jinesta L.*

El *distinguishing* como técnica para la inaplicabilidad de las consecuencias del precedente vinculante a las actuaciones de la Asamblea Constituyente de 2017

*Pier Paolo Pasceri S.*

La inconstitucional intervención de los Consejos Comunales en el contencioso de los servicios públicos

*Carlos Reverón Boulton*

Actos de la Administración uruguaya y su control jurisdiccional anulatorio

*Felipe Rotondo*

Revolución Francesa y el contencioso.

¿Se puede mantener sus fundamentos originarios?

*José Gregorio Silva Bocaney*

Vía de hecho e injusticia administrativa. Comentarios al caso Inversiones Jullraff, C.A. contra Instituto Autónomo Círculo de la Fuerza

Armada Nacional Bolivariana (IACFANB)

*Miguel Ángel Torrealba Sánchez*

Las pretensiones procesales administrativas en el Derecho Venezolano

*Daniela Urosa y José Ignacio Hernández G.*

Septiembre - diciembre 2017



**Revista Electrónica de  
Derecho Administrativo Venezolano**



**Revista Electrónica de  
Derecho Administrativo Venezolano**

**N° 13 septiembre - diciembre 2017**  
**ESTUDIOS SOBRE**  
**LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA**



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano  
© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano  
Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público  
de la Universidad Monteávila

Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleita Norte,  
Caracas, Venezuela

Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80

Fax (0212) 232-56-23

RIF J-30647247-9

[www.uma.edu.ve](http://www.uma.edu.ve)

[www.redav.com.ve](http://www.redav.com.ve)

Hecho el Depósito de ley

Depósito legal ppi201302DC4673

ISSN: 2542-3169

Esta publicación no puede ser reproducida en todo o en parte,  
salvo permiso escrito de los autores.

**REVISTA ELECTRÓNICA DE  
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO  
Publicación cuatrimestral**

**Consejo de Redacción**

**José Ignacio Hernández G.**  
Director

**Carlos García Soto**  
Subdirector

**Carlos Reverón Boulton**  
Director invitado

**Miembros del Consejo de Redacción**

Antonio Silva  
Claudia Nikken  
Cosimina Pellegrino  
Daniela Urosa Maggi  
Flavia Pesci-Feltri  
José Valentín González  
Fabiola Tavares  
Miguel Ángel Torrealba

*“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”.*

Federico Urbano  
*Exposición de Derecho administrativo venezolano*  
1910

## *Normas de publicación*

Las colaboraciones serán solicitadas por el Consejo de Redacción o serán recibidas por éste, para su evaluación a los efectos de su publicación, a las siguientes direcciones de correo electrónico: info@redav.com.ve. Las colaboraciones, solicitadas o recibidas, deben ser inéditas. REDAV no está en la obligación de publicar la colaboración solicitada o recibida. Los autores que publican colaboraciones en REDAV ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así como el derecho de explotar y usar la colaboración para posteriores publicaciones. Si el autor decide publicar su colaboración posteriormente, debe comunicarlo a REDAV.

Las colaboraciones recibidas, bien sea porque hayan sido solicitadas por REDAV, o porque hayan sido recibidas sin haber sido solicitadas, serán sometidas al arbitraje de dos miembros del Consejo de Redacción, quienes no conocerán la identidad del autor de la colaboración sometida a arbitraje. Si el dictamen de los dos miembros del Consejo de Redacción no coincidiera, se someterá al dictamen de un tercer miembro del Consejo de Redacción.

En todo caso, las colaboraciones deben cumplir con las siguientes políticas editoriales:

1. Deben presentarse a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, 12, en hoja tamaño carta. Si el trabajo ha de ser publicado en la sección “estudios”, la extensión no debe sobrepasar las cuarenta cuartillas. Si ha de ser publicado en la sección “actualidad”, la extensión no debe sobrepasar las veinte cuartillas.
2. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:

I.

1.

A.

a.

a'.

a''.

3. Las notas bibliográficas deben ajustarse a las siguientes reglas. Para libros: nombre y apellidos del autor o compilador, en el caso que sea obra colectiva; título del libro (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número de la (s) página (s) citada (s). Para revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor; título del trabajo (entre comillas); nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra cursiva); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número (s) de la (s) página (s) citada (s). Todas las notas bibliográficas deben realizarse al pie de la página correspondiente.
4. Antes del texto de la colaboración debe colocarse en un solo párrafo un resumen de la colaboración, en idiomas español e inglés, junto con cinco palabras claves, en idiomas español e inglés.
5. En texto aparte de la colaboración, deben señalarse todos los datos necesarios para ubicar al autor, además de un breve resumen de su información académica y profesional.



PRESENTACIÓN  
Carlos Reverón Boulton

ESTUDIOS

Allan R. Brewer-Carías, *Comentarios sobre los procesos contenciosos administrativos contra los actos administrativos en la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de El Salvador de 2017: una visión desde el exterior*

Juan Carlos Cassagne, *La acción declarativa de inconstitucionalidad.*

Ernesto Jinesta L., *Principio general de la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa.*

Pier Paolo Pasceri S., *El distinguishing como técnica para la inaplicabilidad de las consecuencias del precedente vinculante a las actuaciones de la Asamblea Constituyente de 2017.*

Carlos Reverón Boulton, *La inconstitucional intervención de los Consejos Comunales en el contencioso de los servicios públicos.*

Felipe Rotondo, *Actos de la Administración uruguaya y su control jurisdiccional anulatorio*

José Gregorio Silva Bocaney, *Revolución Francesa y el contencioso. ¿Se puede mantener sus fundamentos originarios?*

Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Vía de hecho e injusticia administrativa. Comentarios al caso Inversiones Jullraff, C.A. contra Instituto Autónomo Círculo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (IACFANB)*

Daniela Urosa y José Ignacio Hernández G., *Las pretensiones procesales administrativas en el Derecho Venezolano*



## PRESENTACIÓN

No cabe duda que rescatar los fundamentos de la justicia administrativa, como verdadero mecanismo de control de la Administración Pública en el Estado de Derecho, resulta imprescindible para una imperiosa reinstitucionalización del Poder Judicial venezolano. Ello constituye el objeto de estudio de este número 13 de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, nutrido de valiosas contribuciones de Profesores nacionales y extranjeros.

Urge un Poder Judicial que limite al Estado absoluto y arbitrario que actualmente se opone al control y a la pluralidad democrática. Ante todo, se debe dar prioridad a las libertades y derechos reconocidos en la norma fundamental (*norma normarum*) y para ello precisamos de Jueces y Magistrados probos, comedidos, con un alto valor profesional y ético que tengan como norte siempre el respeto a la Constitución, para que ningún resquicio del Poder Público quede exento de una debida revisión judicial, pues allí donde no existan límites se aniquilará la libertad individual.

Lograr esta tarea también precisa del retorno al respeto absoluto del principio de separación de poderes como sistema de pesos y contrapesos, lo que exige la sumisión y subordinación a la ley de todos los Poderes del Estado y hacer efectiva la responsabilidad por el ejercicio de la función pública. Ante toda potestad y prerrogativa pública, deben necesariamente prevalecer los derechos de los ciudadanos.

Los regímenes totalitarios se sujetan a una aparente legalidad, a menudo plagada, no obstante, de leyes arbitrarias, adaptadas a sus fines y opresoras. Esos sistemas han demostrado que para existir no pueden someterse a leyes democráticas, esto es, que la ley –general y abstracta– sea una expresión de la voluntad popular, principalmente para protegerse y defen-

derse del Estado. Carecen de ese origen y objeto, por lo que se postulará, quizás, el imperio de la ley, pero nunca el Estado de Derecho.

Recuérdese que el Estado de Derecho tiene su origen en la lucha contra el absolutismo, de allí que la idea original fue controlar jurídicamente el ejercicio del poder con la finalidad de evitar una intervención ilimitada del Estado en la esfera de las libertades individuales y en la propiedad privada. Tanto entonces, como especialmente ahora, es necesario ese límite negativo, pues supone un impedimento para que se descoñcan esos importantes derechos, esenciales para afianzar la dignidad humana y la prosperidad de toda sociedad.

Es indudable que Venezuela ha sufrido en fechas recientes el infortunado uso del sistema de justicia para socavar las bases del Estado de Derecho, a través de decenas de sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que han degradado el ya precario estado del principio de separación de poderes que existía. En este contexto, resulta, por demás, paradójico que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, novedosa y meritoria ley sobre esta materia cuya vigencia arriba a los ocho años, haya sido el instrumento base para la distorsión de la desvirtuada Justicia Administrativa. Esa ley y jurisdicción se han convertido en las herramientas empleadas para favorecer exclusiva y sistemáticamente a la actual Administración Pública venezolana.

Siguiendo lo planteado por cada uno de los autores que participan en este número, la labor de rescatar nuestro Poder Judicial pasa por repasar las ideas revolucionarias que han inspirado a las sociedades modernas. Esa necesaria reinstitucionalización podrá llevarse a cabo modificando ciertos criterios jurisprudenciales, procurando que las decisiones y la función judicial se realice con apego a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En otros casos, dependerá de que se sometan al control de constitucionalidad

algunas normas de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para armonizar su contenido con nuestro Texto Fundamental o bien de que se modifique dicha ley en concordancia con la visión actual del contencioso administrativo y del sistema de pretensiones procesales administrativas.

El derecho comparado y los comentarios sobre otros sistemas de justicia que han sido abordados en este número, servirán como una importante guía en la ineludible labor de reconstrucción de la justicia venezolana y de ahí la importancia y pertinencia de todas las monografías que conforman esta oportuna edición de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*.

*Carlos Reverón Boulton*  
Caracas, 18 de octubre de 2018



ESTUDIOS



ESTUDIOS SOBRE  
LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA



**COMENTARIOS SOBRE LOS PROCESOS  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS  
CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS  
EN LA REFORMA DE LA LEY  
DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVA  
DE EL SALVADOR DE 2017:  
UNA VISIÓN DESDE EL EXTERIOR**

**Allan R. Brewer-Carías**

*Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela*

*Resumen: Analiza y explica las principales novedades que para el contencioso-administrativo salvadoreño supuso la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de ese país en enero del año 2018.*

*Palabras clave: Contencioso-administrativo. Pretensiones. Competencias. Procesos. Poderes del Juez.*

*Summary: It analyzes and explains the main innovations derived from the Law of the Contentious-Administrative Jurisdiction of January of 2018 to the Salvadorian Contentious Administrative Process.*

*Key words: Contentious-Administrative. Claims. Competence. Procedures. Powers of the Judge.*

Recibido: 15 de mayo de 2018 Aceptado: 28 de agosto de 2018



## SUMARIO

- I. Motivaciones de la reforma
- II. La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa
- III. Los diversos procesos contencioso administrativos
- IV. El proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos

Mediante Decreto Legislativo No. 760 de 28 de agosto de 2017, el cual entró en vigencia el 31 de enero de 2018, la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador dictó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>1</sup>, con la cual se derogó la anterior de 1978<sup>2</sup>, y con ello cambió sustancialmente el ámbito y sentido del sistema de protección judicial frente a las actuaciones y omisiones de la Administración Pública.

Con la nueva Ley se pasó, por una parte, de una Jurisdicción Contencioso Administrativa centralizada, conformada por un solo órgano que era la Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, a una Jurisdicción descentralizada conformada por una pluralidad de órganos, que comprenden, además de la Sala de lo Contencioso Administrativa en la cúspide de la Jurisdicción, a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, y a las Cámaras de lo Contencioso Administrativo, cada nivel con su respectiva competencia (arts. 1, 12 y 13); y por la otra, de un contencioso administrativo de anulación de ciertos actos administrativos emanados de determinados órganos del Estado, por razones de ilegalidad

---

1 Véase Decreto Legislativo No. 760 de 28 de agosto de 2017, publicado 1 de noviembre de 2017.

2 Véase Decreto Legislativo No. 81 de fecha 14 de noviembre de 1978 en el *Diario Oficial* n.º 236, Tomo 261, de fecha 19 de diciembre de 1978. Véase sobre el régimen jurídico regulado en esta Ley, Henry Alexander Mejía, "La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en El Salvador," en Jaime Rodríguez Arana, Jaime Rodriguez Arana y Marta García Pérez (Coordinadores), *El contencioso administrativo en Iberoamérica, Colección Derecho Público Iberoamericano*, No. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 177 ss.

o contrariedad al derecho, a un contencioso administrativo que además de pretensiones de anulación ahora incluye otras pretensiones de condena que puedan esgrimirse ante los jueces para a lograr la tutela judicial efectiva frente a la Administración Pública.

## I. MOTIVACIONES DE LA REFORMA

Las motivaciones centrales de la reforma, conforme se indica en los “Considerandos” del Decreto fueron, en efecto, entre otras:

Primero, que como el artículo 2 de la Constitución de 1983 garantizó el derecho de toda persona a la protección, conservación y defensa de sus derechos, lo que “conlleva la efectiva protección jurisdiccional frente a las actuaciones y decisiones de la Administración Pública que lesionen sus derechos;” el diseño preconstitucional que tenía la jurisdicción contencioso administrativa impedía “una efectiva protección jurisdiccional frente a los actos y decisiones de la Administración Pública en virtud de su concentración en un solo tribuna.”

Segundo, que en virtud de que el artículo 172 de la misma Constitución “atribuye al Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en la materia contencioso administrativa,” indicándose en uno de los Considerandos del Decreto que con ello “los ciudadanos pueden tutelar sus derechos frente a las actuaciones de la Administración Pública que adolezcan de ilegalidad,” la nueva Ley amplió en consecuencia las posibles pretensiones que pueden ejercerse ante la Jurisdicción para con ello “transformar la jurisdicción contencioso administrativa en una efectiva garantía de defensa de los derechos de los ciudadanos y el buen funcionamiento de la Administración Pública.”

En los Considerandose del decreto legislativo, se hizo referencia al control de las actuaciones de la Administración Pública “que adolezcan de ilegalidad,” lo que en estricto derecho puede decirse que no se ajusta a la letra de la Constitución pues la misma no emplea en ninguna de sus normas la palabra “ilegalidad,” ni confina en ninguna de sus normas a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para juzgar sólo sobre cuestiones de “ilegalidad” de las actuaciones de la Administración; ni en consecuencia le atribuye a la Jurisdicción Constitucional competencia exclusiva para resolver sobre la inconstitucionalidad de absolutamente todos los actos del Estado incluyendo a los actos administrativo.

El artículo 172 de la Constitución solo se limita a indicar que una de las materias que compete juzgar a la Corte Suprema de Justicia es la “contencioso administrativa” en relación con los actos administrativos y otras actuaciones administrativas, sin hacer referencia a los posibles vicios (de ilegalidad o inconstitucionalidad) que puedan afectar a los mismos.

Esta referencia en el artículo 172 de la Constitución se establece en el mismo sentido de la que se hace en la materia “constitucional” la cual conforme a la norma también compete juzgar a la Corte Suprema de Justicia, (art. 172), pero atribuyéndosela a la Sala de lo Constitucional de la misma, y limitada exclusivamente respecto de las “las leyes, decretos y reglamentos” (aparte de los procesos de amparo, el Hábeas Corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo”).

Ello significa que de acuerdo con el texto de la Constitución, que la Sala de lo Constitucional no tiene el monopolio de controlar las cuestiones de constitucionalidad respecto de cualquier otro acto del Estado, sino solo de las cuestiones de inconstitucionalidad referidas a las “leyes, decretos y reglamentos,” razón por la cual, lo conforme a la Constitución todas las otras cuestiones de inconstitucionalidad respecto de otros

actos de la Administración tienen que quedar incluidas dentro de la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al juzgar las actuaciones de la Administración.

Eso es lo que le debe dar sentido a la intención de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando se expresa que la misma “responda a los principios y tendencias modernas del Derecho Administrativo y que constituya una verdadera garantía de justicia frente a las decisiones y actuaciones de la Administración Pública.”

Nuestra intención, en estas notas es referirnos a algunos de los aspectos más importantes de la reforma en cuanto al objeto y a las pretensiones que pueden deducirse ante la jurisdicción contencioso administrativa conforme a la Ley, con particular referencia a los procesos contencioso administrativos contra los actos administrativos.

## II. LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es la potestad y la obligación que tienen los órganos de la misma de conocer y resolver determinados litigios relativos a los actos administrativos o a las actuaciones de la Administración Pública. Por tanto, para fijar dicha competencia debe determinarse, por una parte, la naturaleza de la materia que los tribunales de la Jurisdicción están obligados a conocer y, por otra parte, los poderes del Juez en la resolución de los litigios que debe conocer.

Esta competencia en todo caso, evidentemente es de orden público, lo que implica que las disposiciones legales y constitucionales que la establezcan no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares. Por supuesto, este carácter de orden público de la competencia jurisdiccional no sólo se

refiere a los particulares y administrados, sino que también tiene especial referencia a los mismos órganos jurisdiccionales, en el sentido de que, como cualquier órgano jurisdiccional, no pueden desconocer su competencia, sea porque conozcan de litigios respecto a los cuales no tienen cualidad para conocer, sea porque rehúsen a conocer cuestiones que pertenecen a su competencia.

Examinaremos entonces a continuación y de acuerdo con las previsiones de la nueva Ley, en primer lugar, la delimitación de la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa; y, en segundo lugar, los poderes del juez contencioso-administrativo.

## **1. La delimitación de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa**

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley, la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de las “pretensiones que se deriven de las actuaciones u omisiones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo,” incluyendo también, “las pretensiones derivadas de actuaciones u omisiones de los concesionarios de la Administración Pública” (art. 8).

Conforme a esta norma, la competencia de la Jurisdicción se delimita, entonces, mediante la identificación, por una parte, de un conjunto de pretensiones que se pueden formular respecto de “las actuaciones u omisiones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo;” y por la otra, de un conjunto de actuaciones de los sujetos controlados, que son los órganos y entes que conforman la Administración Pública, y sus concesionarios.

En cuanto a las pretensiones, las mismas se identifican, por su objeto y su contenido material.

Por su objeto, las pretensiones que conforme al artículo 3 de la Ley se pueden deducir ante la Jurisdicción contencioso administrativa son las relativas a las siguientes “actuaciones y omisiones administrativas:” los actos administrativos; los contratos administrativos; la inactividad de la Administración Pública; la actividad material de la Administración Pública constitutiva de vía de hecho; las actuaciones y omisiones de naturaleza administrativa de los concesionarios; y las relativas a la responsabilidad patrimonial directa del funcionario o del concesionario, así como la responsabilidad patrimonial directa o subsidiaria de la Administración Pública, en su caso.

Por su contenido material, dichas pretensiones que pueden deducirse ante la jurisdicción contencioso administrativa en relación con dichas actuaciones y omisiones administrativas solo pueden ser aquellas “sujetas al derecho administrativo.”

La expresión, que proviene de la tradición de la regulación española sobre la materia contencioso administrativa, por supuesto no está exenta de dudas, pues es materialmente imposible que pueda haber una actividad de la Administración Pública que no esté en alguna forma sujeta al derecho administrativo. Piénsese solo en la competencia que tiene que tener todo órgano de la Administración para poder actuar, aún cuando el propósito de la actuación o la naturaleza de la cuestión que se discute no esté sujeta al derecho administrativo.

Sin embargo, aún en esos casos de actuaciones no sujetas al derecho administrativo, el artículo 2 extiende la competencia de la Jurisdicción respecto de “las cuestiones prejudiciales e incidentales no sujetas al Derecho Administrativo, pero relacionadas con el objeto del proceso contencioso administrativo, con excepción de las cuestiones de índole penal.” En estos casos excepcionales, la norma dispone que “la decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso judicial en que se dicte y no vinculará a la jurisdicción correspondiente.”

En cuanto a los sujetos controlados, éstos son fundamentalmente los órganos y entes que conforman la Administración Pública, a lo cual la Ley agrega expresamente a los concesionarios de la Administración (art. 8). Sin embargo, de las regulaciones de la propia Ley se deriva que están también sujetos a control las actuaciones de otros órganos del Estado distintos a los que conforman el Poder Ejecutivo y en general, a la Administración Pública, como por ejemplo, “las actuaciones del presidente, la Junta Directiva, o el pleno de la Asamblea Legislativa, tratándose del ejercicio de función administrativa,” o las “las actuaciones del presidente, de los magistrados y de la Corte Suprema de Justicia en pleno y las de sus respectivos presidentes, tratándose del ejercicio de función administrativa” (art. 14).

Con esto queda claro que la identificación de la actividad de la Administración Pública en El Salvador, no sólo sigue el criterio orgánico sino el criterio material, relativo al ejercicio de la función administrativa por otros órganos o entes que no conforman la Administración Pública.

En todo caso, este ámbito de competencia debe precisarse. En primer lugar, implica en principio, como es obvio, la exclusión de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de las actividades de otros entes jurídicos extraños al Estado salvadoreño y a la Administración Pública salvadoreña. Los litigios entre particulares, por ejemplo, no pueden ser objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa, y un conflicto entre partes privadas no puede ser llevado nunca ante esa Jurisdicción, así como tampoco un litigio en el cual intervienen un Estado extranjero y un particular. En definitiva, para que intervenga la Jurisdicción contencioso-administrativa, es necesario que en el conflicto incida una actividad realizada por una persona jurídica estatal, y sólo excepcionalmente, por entidades o corporaciones privadas como los concesionarios de la Administración que ejerzan autoridad en virtud de Ley expresa.

En segundo lugar, el principio también implica la exclusión de toda competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa en relación con las sentencias de los tribunales y los actos del Estado dictados en ejecución directa de la Constitución, como serían las leyes y demás actos de rango legal de la Asamblea Legislativa, y los actos de gobierno del Estado, cuyo control jurisdiccional corresponde a la Jurisdicción Constitucional. Precisamente por esto último, en particular con en relación con los actos del Presidente y Vicepresidente de la República, es que el artículo 14.a de la Ley atribuye competencia a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema solo respecto de sus actuaciones cumplidas en “el ejercicio de función administrativa,” lo que excluye del conocimiento de la Jurisdicción, de los actos de dichos funcionarios (decretos) dictados en ejecución directa de la Constitución, que son los que han de considerarse como actos de gobierno, respecto de los cuales solo la Sala de lo Constitucional puede conocer.

## **2. Los poderes del juez contencioso administrativo**

En cuanto a los poderes del juez, conforme a las pretensiones que pueden formularse ante la Jurisdicción, el mismo puede declarar de acuerdo con lo previsto en el artículo 58 de la Ley, en su caso, la ilegalidad total o parcial del acto impugnado y, en consecuencia, su anulación; puede reconocer total o parcial de la situación jurídica individualizada que se hubiere pretendido y puede adoptar las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos vulnerados o, de manera sustitutiva, la indemnización de daños y perjuicios; la ilegalidad de la actuación material constitutiva de vía de hecho, la orden de cese de dicha actuación y, en su caso, adoptar adoptar las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos vulnerados o, de manera sustitutiva, la indemnización de daños y perjuicios; la condena al órgano de la Administración Pública al cumplimiento de sus obligaciones en los términos precisos establecidos en el acto administrativo o disposición de carácter general, cuando se determine que ha

incurrido en inactividad y la condena al pago de responsabilidad patrimonial en su caso; la condena al pago total o parcial de reclamaciones por responsabilidad patrimonial.

En cualquier caso, agrega la Ley, si se hubieren solicitado y acreditado los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la actuación administrativa impugnada, el Tribunal debe declarar su procedencia y fijará el importe de los mismos.

De acuerdo con esta norma del artículo 58 de la Ley, por tanto, en primer lugar, el Juez contencioso-administrativo puede declarar la nulidad de los actos administrativos por ilegalidad, lo que en nuestro criterio debe entenderse como actos administrativos contrarios al “principio de legalidad,” lo que por ello comprende toda actuación contrariedad a derecho y no solo “legalidad” en sentido estricto (contrariedad de ley formal). En ese sentido, por tanto la “ilegalidad” comprende la violación de ley (ilegalidad en sentido estricto) pero igualmente la violación de la Constitución y la violación de un reglamento o de cualquier otro acto administrativo normativo aplicable. Ello debería ser así, porque de acuerdo con la Constitución salvadoreña, lo que delimita la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto de la de la Jurisdicción Constitucional, es el objeto de control o impugnación, es decir, los actos impugnados y no el motivo de la impugnación.

La Jurisdicción Constitucional que ejerce la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en efecto, como se ha dicho, conforme a los artículos 174 y 183 de la Constitución solo tiene por objeto con “conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos,” es decir, de los actos estatales dictados en ejecución directa de la Constitución (leyes y decretos). La Constitución, sin embargo, excepcionalmente agrega a los “reglamentos” dentro de la competencia de la Jurisdicción Constitucional, los cuales, si bien son actos administrativos de efectos generales, sin embargo,

su impugnación por razones de inconstitucionalidad solo se puede formular ante la misma.

En cambio, la Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene por objeto conocer y resolver sobre la impugnación de los actos administrativos, agregando la Ley, por razones de ilegalidad, lo que como hemos indicado, conforme a la Constitución, en nuestro criterio debe significar razones de violación del “principio de legalidad” en sentido lato, lo que conlleva violación de ley, y además, violación de la Constitución y violación de los reglamentos.

La única excepción a este principio del objeto de impugnación de todos los actos administrativos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como se ha dicho, son los reglamentos que por expresa disposición de la Constitución, si su impugnación es por razones de “inconstitucionalidad” la competencia corresponde a la Jurisdicción Constitucional, pero si la impugnación de un reglamento es por razones de ilegalidad estricta (violación de ley), la impugnación debería ser de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### III. LOS DIVERSOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

Conforme a las previsiones antes analizadas sobre la competencia atribuida a la Jurisdicción contencioso administrativa y a los poderes asignados al juez, el proceso contencioso administrativo en El Salvador, por consecuencia dejó de ser un proceso dirigido solo a anular los actos administrativos contrarios al principio de legalidad, dando origen en cambio a una gama de procesos contencioso administrativos que van más allá de la impugnación de actos administrativos y de la sola pretensión de su anulación.

En efecto, en cuanto a la impugnación de los actos administrativos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley, y este es uno de los aspectos sustanciales de la reforma de 2017, la pretensión de anulación que se formule también puede acompañarse de una pretensión de condena derivada precisamente de la anulación solicitada, de manera que la sentencia, además de anular el acto impugnado puede resolver condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad administrativa, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa (art. 58).

En este campo, la pretensión de anulación, por tanto, también puede estar acompañada de una pretensión de condena, e, incluso de una pretensión de amparo de los derechos fundamentales cuando la violación de los mismos la provoque un acto administrativo o una actuación administrativa.

Por otra parte, adicionalmente a las pretensiones de anulación, de anulación y condena, y de anulación y amparo que se pueden formular ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la nueva Ley incorporó como competencia de la misma otras cuestiones en las cuales *no* se plantea la nulidad de actos administrativos.

Así, en efecto, en su artículo 3º la Ley atribuye a la Jurisdicción contencioso administrativa competencia para conocer de actuaciones en relación con los contratos administrativos, con la inactividad de la Administración Pública y con las vías de hecho de la Administración, con el objeto de plantear pretensiones tendientes a que el Juez pueda restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa; y para condenar a la Administración Pública y a los funcionarios al pago de sumas de dinero por responsabilidad patrimonial.

En estos casos, se trata de competencias conforme a las cuales, en forma amplia, la Jurisdicción puede conocer y decidir con plenitud, dentro de los límites establecidos en la ley, de todas las demandas que se intenten contra los órganos o entes de la Administración Pública, lo que implica en definitiva una competencia lo suficientemente amplia y plena como para admitir cualquier tipo de pedimento frente a la Administración de parte de un particular lesionado, por supuesto, en un derecho subjetivo o interés legítimo.

En esta forma, de acuerdo a la Ley, en estos casos de demandas contra la Administración Pública, la decisión del juez puede ser cualquier decisión jurídicamente útil que se solicite, en la cual no necesariamente esté envuelta la nulidad de un acto administrativo.

Por ello, el antes mencionado artículo 58 de la Ley dispone en particular que la sentencia que dicte el Juez contencioso administrativo, además de la anulación de actos administrativos, puede declarar el reconocimiento total o parcial de la situación jurídica individualizada que se hubiere pretendido y la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos vulnerados o, de manera sustitutiva, la indemnización de daños y perjuicios; puede declarar la ilegalidad de la actuación material constitutiva de vía de hecho, disponer la orden de cese de dicha actuación y, en su caso, igualmente, resolver sobre la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos vulnerados o, de manera sustitutiva, la indemnización de daños y perjuicios; puede condenar al órgano de la Administración Pública al cumplimiento de sus obligaciones en los términos precisos establecidos en el acto administrativo o disposición de carácter general, cuando se determine que ha incurrido en inactividad y la condena al pago de responsabilidad patrimonial en su caso; y en fin puede condenar al pago total o parcial de reclamaciones por responsabilidad patrimonial.

De lo anterior resulta, por tanto, que en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se han regulado al menos los siguientes cinco procesos contencioso administrativos diferenciados: en primer lugar, el contencioso administrativo de los actos administrativos (art. 4); en segundo lugar, el contencioso administrativo de los contratos administrativos (art. 5); en tercer lugar, el contencioso administrativo de las conductas omisivas o de la inactividad de la Administración (art. 6); en cuarto lugar, el contencioso administrativo contra las vías de hecho administrativas (art. 7); y en quinto lugar, el contencioso administrativo de las demandas contra los funcionarios o entes públicos por responsabilidad patrimonial (art. 9).

Las pretensiones procesales varían en cada uno de esos tipos de procesos y, por supuesto, también varían las reglas de procedimiento aplicables a los diversos tipos de acciones o recursos, incluso las relativas a la legitimación activa.

Nuestro objetivo en estas notas, las cuales por supuesto constituyen una aproximación desde en exterior sobre la nueva Ley -no exenta por supuesto de posibles imprecisiones precisamente por tratarse de una visión externa, por las cuales de entrada pido excusas-, sin embargo, es solo fijar las características generales del primero de dichos procesos contencioso-administrativos, el relativo a los actos administrativos.

#### IV. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La característica fundamental del proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos es que el objeto de las acciones y recursos que lo inician siempre es un acto administrativo, respecto de los cuales siempre existe una pretensión de anulación de los mismos.

Sin embargo, hablamos del “contencioso de los actos administrativos” y no del contencioso de anulación, pues si bien siempre debe haber una pretensión de anulación de los actos impugnados, el proceso no se agota con la satisfacción de dicha anulación, de manera que las acciones y recursos pueden tener otras pretensiones procesales adicionales de condena o amparo adicionales y anexas a la pretensión de anulación del acto administrativo, conforme se establece en el artículo 9 de la Ley.

En todo caso, y en virtud de que pueden formularse pretensiones de condena anexas a las pretensiones de anulación de un acto administrativo, el proceso contencioso administrativo de los actos administrativos dejó de ser el proceso objetivo que pudo haber sido en el pasado, y pasó a consolidarse como un proceso subjetivo, a pesar de que el objeto principal del mismo sea un acto administrativo, dando origen a tres clases de procesos: el contencioso administrativo de anulación; el contencioso administrativo de anulación y condena, y el contencioso administrativo de anulación y amparo.

## **1. El proceso contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos**

El proceso contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos se configura, en efecto, cuando la pretensión única del recurso es la anulación de un acto administrativo, sea éste de efectos generales (excluidos los reglamentos), o de efectos individuales.

En estos casos, conforme al artículo 4º de la Ley, los actos administrativos impugnables, es decir, contra los cuales pueden deducirse pretensiones de anulación, son los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, que pueden ser actos de carácter definitivos o actos de trámite; en cuyo caso, éstos últimos se pueden impugnar de manera autónoma siempre que pongan fin al procedimiento haciendo imposible su

continuación, decidan anticipadamente el asunto de que se trate o cuando produzcan indefensión o un daño irreparable.

En estos casos del proceso contencioso administrativo de los actos administrativos, como sucede también con todas las otras pretensiones y procesos, la legitimación activa para intentar la acción de nulidad, conforme al artículo 17.a de la ley, corresponde, como principio, a las “personas naturales y jurídicas titulares de un derecho subjetivo o interés legítimo que consideren infringido.”

La Ley, sin embargo, concede también legitimación activa para impugnar los actos administrativos a la propia Administración Pública respecto de los actos dictados por otro órgano de la Administración Pública, cuando estos afecten sus competencias o sus derechos (art. 14.b); y, además, concede legitimación a la propia Administración Pública para “impugnar sus propios actos administrativos favorables que hubieren adquirido estado de firmeza” (art. 14.c). En este caso, conforme al artículo 93 de la Ley, el órgano de la Administración Pública “autor de un acto favorable” para impugnarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa, debe previamente adoptar una “declaración de lesividad para el interés público.”

Por otra parte, la Ley incorporó expresamente la legitimación activa en materia de impugnación de actos administrativos a favor de los representantes de intereses colectivos o difusos, y en particular de “las asociaciones, fundaciones, entidades y uniones afectadas que estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses colectivos” (art. 14.d), y de las “entidades públicas con competencia en la materia y las asociaciones y fundaciones cuyo fin primordial sea la defensa de los intereses difusos, a quienes corresponderá exclusivamente la legitimación para demandar la defensa de tales intereses cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación”(art. 14.e).

El otro tema vinculado con la admisibilidad de los recursos de anulación contra los actos administrativos es el clásico del agotamiento de la vía administrativa regulado en el artículo 24 de la Ley. En la norma se dispone que a los efectos de poder acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, el demandante debe haber agotado la vía administrativa, según los términos regulados en la Ley de Procedimientos Administrativos, lo que implica específicamente el agotamiento de los recursos administrativos en ella previstos.

Por último, en cuanto a las condiciones de admisibilidad en los procesos contencioso administrativos contra los actos administrativos, la Ley estableció en el artículo 24, diversos lapsos de caducidad o para deducir pretensiones, que son de sesenta (60) días contados a partir del siguiente al de la notificación del acto que agota la vía administrativa; desde el siguiente a aquel en que se hubiese producido la desestimación presunta de la petición; o a partir del siguiente al de la circulación material del Diario Oficial donde se publique el acuerdo que declare que el acto administrativo o la actuación correspondiente es lesiva al interés público.

En todo caso, ésta última pretensión no puede incoarse una vez transcurridos cuatro (4) años desde la fecha en que se dictó el acto que se estime lesivo al interés público.

## **2. El proceso contencioso administrativo de anulación y condena contra los actos administrativos**

Como se señaló, de acuerdo con el artículo 9º de la Ley, en el proceso contencioso administrativo de los actos administrativos, si bien la anulación de los mismos es un elemento constante en el objeto de los recursos, las pretensiones no se agotan con la sola pretensión de anulación, pudiendo el interesado acompañar su pretensión de anulación con reclamaciones por responsabilidad patrimonial tanto contra el funcionario o

el concesionario en forma directa, como contra la Administración Pública directa o subsidiaria, en su caso (art. 3).

Tales reclamaciones de acuerdo con el artículo 3º de la Ley, en todo caso, también pueden plantearse en la misma demanda mediante la cual se deduzcan otras pretensiones derivadas de la impugnación de actuaciones u omisiones administrativas.

Con esta posibilidad de poder intentar junto con la demanda de anulación de los actos administrativos, pretensiones de condena de la Administración por responsabilidad patrimonial, definitivamente quedó rota en El Salvador la tradicional y superada dicotomía desarrollada en otras partes entre el contencioso de anulación, por un lado, y del contencioso de los derechos (plena jurisdicción), por el otro. Por tanto, en el contencioso de anulación de los actos administrativos, además de la anulación del acto, el juez puede condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, a la reparación de daños y perjuicios y al restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el acto anulado.

Estas previsiones, por lo demás, pueden tener particular repercusión en cuanto a la legitimación activa para intentar la demanda, pudiendo hacerlo no sólo el titular de un derecho subjetivo sino el titular de un interés legítimo, siendo la lesión a éste igualmente resarcible o indemnizable. Por tanto, la tradicional idea de que el interés personal, legítimo y directo era sólo una situación jurídica procesal para impugnar actos administrativos, y de que la pretensión de condena sólo correspondía a los titulares de derechos subjetivos, puede decirse que con estas previsiones ha quedado superada, resultando por tanto que dentro de las situaciones jurídicas subjetivas sustantivas, además del tradicional derecho subjetivo también cabe ubicar los intereses legítimos, y éstos, al igual que aquéllos, pueden dar lugar a pretensiones de condena por responsabilidad y a su resarcimiento.

La previsión del proceso contencioso administrativo de anulación y condena, por otra parte, también modifica sustancialmente los poderes del juez en sus decisiones de anulación, pues los mismos no se limitan a anular el acto recurrido (art. 58.a), pudiendo el juez condenar al funcionario o a la Administración Pública al pago de sumas de dinero o la reparación de daños y perjuicios por responsabilidad administrativa (art. 58.e), pudiendo la pretensión de anulación estar acompañada además de pretensiones de condena a la Administración al restablecimiento de la situación jurídica subjetiva (derecho subjetivo o interés legítimo) lesionada, lo que implica el poder del juez de formular órdenes o mandatos de hacer o de no hacer (prohibiciones) a la Administración (art. 58.b).

### **3. El proceso contencioso administrativo de anulación y amparo contra los actos administrativos**

El tercer, campo específico del proceso contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos, es el contencioso de anulación y amparo que se desarrolla cuando la pretensión de anulación del acto administrativo está acompañada de una pretensión de amparo por la violación por el acto impugnado de una garantía o derecho constitucional.

La Constitución de El Salvador garantiza el derecho de amparo por violación de los derechos que la misma declara y otorga, que como es bien sabido debe pedirse o formularse ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema (arts. 174; 182.1; 247).

Sin embargo, conforme a lo que se establece en el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales<sup>3</sup>, la acción de amparo por violación de los derechos que otorga la Constitución que puede intentar cualquier persona contra cualquier acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario del

---

3 Véase Ley N° 2996, de 14/01/60, publicada en el *Diario Oficial* nº 15, Tomo 186, de 22 de enero de 1960.

Estado o de sus órganos descentralizados, en particular, contra los actos administrativos, no puede intentarse directamente ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sino que únicamente puede “incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos.”

Esto significa que la acción de amparo contra actos administrativos debe considerarse como una acción subsidiaria respecto de la acción contencioso administrativa de anulación, pues si la lesión al derecho constitucional de una persona la provoca un acto administrativo, el amparo al mismo tiene que implicar su anulación, de manera que el agraviado debe solicitar su nulidad ante el juez contencioso administrativo competente, antes de acudir a la Jurisdicción Constitucional.

Por ello decimos entonces que una de las tres modalidades del proceso contencioso administrativo de los actos administrativos, es el proceso contencioso administrativo de anulación y amparo que debe intentarse para buscar subsanar la violación del derecho constitucional y a los efectos de agotar la vía contencioso administrativa, como paso previo a una eventual acción de amparo.

Precisamente por este carácter subsidiario de la acción de amparo, que exige que se agote la vía contencioso administrativa de anulación antes de intentarla, es que el mismo artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales dispone que la acción de amparo procede ante la Sala de lo Constitucional no sólo “contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados,” sino contra “las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo que violen aquellos derechos u obstaculicen su ejercicio,” precisamente en la decisión de las acciones en los procesos contencioso administrativos de anulación y amparo.

En todo caso, en este proceso contencioso administrativo de anulación y amparo contra actos administrativos lesivos de garantías y derechos constitucionales, los poderes del juez por supuesto van más allá de la sola anulación del acto impugnado, pudiendo conforme se establece en el artículo 58.b de la Ley, reconocer total o parcial de la situación jurídica individualizada que se hubiere pretendido, pudiendo adoptar las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos vulnerados o, de manera sustitutiva, la indemnización de daños y perjuicios.

Esto significa que el juez en el proceso contencioso administrativo de anulación y amparo, una vez anulado el acto administrativo impugnado, puede directamente restablecer el derecho constitucional infringido y, además, adoptar mandamientos de hacer o de no hacer en relación con la Administración Pública, para asegurar no sólo dicho restablecimiento, sino impedir la sucesiva vulneración del derecho o garantía constitucional por la Administración. Por supuesto, además, y de acuerdo a lo señalado anteriormente, en caso de proceder, y conforme a lo solicitado, el juez podría adoptar las decisiones de condena respecto de la Administración, por los daños y perjuicios que se pudieran haber causado al recurrente por el acto anulado.

New York, marzo de 2018

# LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Juan Carlos Cassagne<sup>1</sup>

*Resumen: Estudio de la acción declarativa de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos en el derecho argentino como consecuencia del principio y derecho a una tutela judicial efectiva.*

*Palabras clave: Acción declarativa. Inconstitucionalidad. Tutela judicial.*

*Summary: Study of the Declarative Action of unconstitutional laws, administrative norms and administrative acts in the Argentinian Law as a consequence of the principle and right for effective judicial protection.*

*Key words: Declarative Action. Unconstitutional. Judicial Protection.*

Recibido: 9 de mayo de 2018    Aceptado: 25 de agosto de 2018

---

<sup>1</sup> Profesor Emérito de la UCA y Consulto de la UBA. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Profesor Ad Honorem de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.



## SUMARIO

- I. Sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad en el derecho argentino
- II. La triple faz de la tutela judicial efectiva (mandato vinculante, derecho y garantía)
- III. El desarrollo del principio
- IV. Fundamento del principio de la tutela judicial efectiva en el derecho argentino

### I. SOBRE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

La posibilidad de promover acciones declarativas de inconstitucionalidad ha sido una cuestión debatida con anterioridad al fenómeno del llamado nuevo constitucionalismo<sup>2</sup> e implica una posición claramente favorable a la primacía del poder constituyente sobre el poder constituido en cuanto hace efectivo el carácter supremo de la Constitución (art. 31 C.N.) al tiempo que entraña una limitación a los poderes del legislativo, con el objeto de preservar los derechos fundamentales y demás derechos y garantías reconocidos en la Carta Magna. En el fondo, su reconocimiento afirma la tendencia moderna de limitar al máximo el poder constituido que ejercen los legisladores, dando preferencia al poder constituyente sobre las mayorías ocasionales del Parlamento.

Sin embargo, la necesidad de reconocer con amplitud la procedencia de acciones declarativas de inconstitucionalidad se acrecienta en el nuevo constitucionalismo. En efecto, las transformaciones que han acontecido en el plano del papel del juez y de la jerarquía de las fuentes, como consecuencia de la pérdida de la centralidad de la ley y de la prevalencia de

---

<sup>2</sup> Expresión que preferimos a la de neoconstitucionalismo por la carga ideológica populista que le imprimen buena parte de sus cultores.

los principios generales y de los tratados internacionales sobre las leyes, hacen que se potencie la función jurisdiccional en la creación del derecho aplicable en cada caso. El juez no procede ya como mero aplicador de la norma escrita mediante un proceso de subsunción o aun de deducción, sino que tiene que integrar ante todo los principios generales a la solución de la controversia mediante una ponderación razonable de todos los principios y normas atinentes al caso que debe resolver.

Gestada en el derecho norteamericano, la acción declarativa de inconstitucionalidad fue tardíamente reconocida por la doctrina y jurisprudencia argentinas, en el curso de un proceso evolutivo marcado por una tendencia creciente a favor de su procedencia, superando los escollos interpretativos que se presentaron al punto que, actualmente, su viabilidad puede afirmarse en el sistema constitucional<sup>3</sup>.

Si la Constitución no prevalece en el ordenamiento no puede haber justicia efectiva (art. 31 C.N.). De ahí la trascendencia que reviste radicar el fundamento de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el principio de la tutela judicial efectiva. Este principio aparece reconocido, con mayor o menor determinación, en el derecho internacional de los tratados de derechos humanos (arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 2º ap. 3 inc. a); b) y c) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos). Puede advertirse, el principio se reafirma a raíz de su adopción por la Constitución española (art. 24 C.E), proyectando su influencia a los derechos latinoamericanos a través de la doctrina y jurisprudencia que actúan como vasos comunicantes.

---

3 Vid. El caso “Colegio de Abogados de Tucumán c/Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro” de fecha 14/04/2015 (AR/JUR/3750/2015) y el caso “Johnson diversey de Argentina S.A.2, de fecha 10/07/2014.

En el sistema argentino la declaración judicial de inconstitucionalidad (que traduce la incompatibilidad o repugnancia con la Constitución) no se limita a las leyes o actos formalmente legislativos, sino que comprende también a los reglamentos y actos administrativos siendo esta una significativa diferencia con respecto a lo que acontece en el ámbito de otros ordenamientos extranjeros, como -por ejemplo- el derecho uruguayo<sup>4</sup>.

## II. LA TRIPLE FAZ DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (MANDATO VINCULANTE, DERECHO Y GARANTÍA)

En la doctrina que postula el principio hay consenso en el sentido de asignarle la condición de paradigma a la tutela judicial efectiva como un mandato amplio que engloba el derecho y la garantía de la defensa en juicio. Al ser un paradigma proporciona una nueva visión sobre la protección judicial, convirtiéndola en un mega-principio o supra-concepto que agrupa todos los sub-principios que, en el derecho clásico, integraban la garantía de la defensa en juicio (derecho a ser oído, a producir prueba y a que se dicte una decisión fundada) poniendo el acento en la efectividad de la protección judicial. En rigor, se trata de un derecho humano<sup>5</sup> o fundamental.

Ahora bien, la tutela judicial efectiva puede ser descripta a través de tres aspectos diferentes. En primer lugar, como principio general del derecho, es decir, como mandato que vincula a los jueces y protagonistas del proceso mediante una función integradora, que desplaza cualquier norma que se oponga a la realización efectiva de la tutela judicial, además de la posibilidad de cubrir vacíos normativos. En segundo término, si se toma el concepto moderno del derecho subjetivo (en un

4 En Uruguay, la declaración de inconstitucionalidad se circumscribe a las leyes o decretos departamentales con fuerza de ley, integrando el contencioso de derecho público, véase: Durán Martínez, Augusto, *Contencioso-Administrativo*, 2<sup>a</sup> ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, pp. 13-15.

5 Durán Martínez, Augusto, *Contencioso...*, cit. p. 362.

sentido amplio que incluye todos los intereses que protege el ordenamiento), la tutela judicial efectiva constituye una facultad que confiere el derecho a accionar judicialmente, sin trabas ni escollos de ninguna especie. Por último, la tutela judicial efectiva precisa, para realizarse en plenitud, disponer de las acciones procesales que garanticen el acceso pleno a la justicia, la defensa en el trámite del juicio y la ejecución de la sentencia, lo que incluye también, como se verá más adelante, la tutela anticipada y las llamadas medidas autosatisfactivas.

### III. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO

En la última parte del siglo XX, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva ha cobrado gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina en España, con motivo de su recepción constitucional (art. 24 C.E.). Su proyección en Hispanoamérica, particularmente en la Argentina, ha sido notable, habiendo sido recogido tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa.

Nuestra Constitución, en línea con el molde de los antecedentes normativos y proyectos preconstitucionales, consagró en su art. 18 la garantía de la inviolabilidad “de la defensa en juicio de las personas y de los derechos”, siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por Alberdi<sup>6</sup>.

Esa garantía apuntaba, entonces, a brindar protección judicial a los derechos individuales y tendía a tutelar, fundamen-

---

<sup>6</sup> En la parte primera, cap. II, el art. 19 del Proyecto de Alberdi expresa que “el derecho de defensa judicial es inviolable”.

talmente, la libertad de los ciudadanos, configurando uno de los ejes en los que se concretaba la filosofía constitucional.

En su evolución posterior, la garantía<sup>7</sup> de la defensa fue perfeccionando la técnica protectoria mediante la ampliación de su sentido originario. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano<sup>8</sup>, y, más modernamente, con el llamado “derecho a la jurisdicción”.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto

---

7 Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y a afianzar la seguridad jurídica. Actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena Administración; han sido establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución nacional y de las leyes; ver Linares, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes*, Depalma, Buenos Aires, 1944, ps. 203/206; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional y comparado*, t. V, 1<sup>a</sup> ed., Alfa, Buenos Aires, 1953-1963, p. 355. Para Carrió, cuando aludimos a las “formas de protección de los derechos”, “queremos aludir a la acepción restringida de la palabra ‘garantía’ o sea la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele” (cfr. Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 28).

8 Ver, por todos: Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2<sup>a</sup> ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 17 y ss.

con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables<sup>9</sup>.

Estas garantías, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina<sup>10</sup> consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del art. 18 de la C.N. o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva, en el *sentido* que pasamos a exponer<sup>11</sup>.

En efecto, no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, esta última, como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo<sup>12</sup>, se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena administración<sup>13</sup>, proyectándose también en los requisitos del procedimiento administrativo que se exigen para acceder a la justicia<sup>14</sup>.

---

9 Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, t. 2, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 473 y ss.

10 "Alcaraz, Anatalia y otros c. Cía Sansinena SA", *Fallos* 247:246 (1950), Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, t. 2, cit., ps. 499/500.

11 Una postura contraria a la sustentada en el texto ha sido sostenida por Luqui en una obra excelente (Luqui, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 241 y ss.) sobre la base de que nada agrega de nuevo a la clásica garantía de la defensa en juicio que preceptúa el art. 18 de la CN. Sin embargo, ambas garantías guardan una relación de género y especie, en el sentido de que la tutela judicial efectiva comprende a la garantía de la defensa y, al propio tiempo, es más amplia, habida cuenta que tutela, entre otras cosas, el acceso a la justicia para que ésta sea efectiva. En suma, se trata de una nueva categoría histórica que supera algunos dogmas antiguos, como el de la justicia revisora (en el contencioso administrativo).

12 Art. 1º, inc. f, LNPA.

13 Cfr. Fernández, Tomás Ramón, "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", REDA, núms. 15/16, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 51 y ss.

14 Canosa, Armando N., "Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa", ED 166-988.

Los principales matices diferenciales comprenden variados aspectos ya que la tutela judicial efectiva apunta 1) a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, 2) a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, 3) a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción (ejecución de sentencias, medidas preventivas y autosatisfactivas).

Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución, al prescribir positivamente el sistema judicialista (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional), en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado<sup>15</sup>.

En Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un destacado sector de la doctrina<sup>16</sup> propició, en su momento, la postura que afirmaba la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las concepciones del contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora<sup>17</sup> que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

15 Un completo desarrollo del principio y consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista se encuentra en la excelente tesis doctoral de Bosch, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?*, Zavalía, Buenos Aires, 1951, p. 36 y ss. Según este autor, la Constitución Argentina de 1853 representa, más que una ruptura con los antecedentes españoles, un salto adelante dentro de la línea evolutiva de las instituciones de la Metrópoli (ob. cit., p. 45).

16 Linares, Juan Francisco, "Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal", LL 94-919 y ss., especialmente p. 926; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 2, 1<sup>a</sup> ed., Macchi, Buenos Aires, 1980, p. XIX-21 y ss.

17 Fiorini, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 88.

Recién en la última década algunos ordenamientos y la jurisprudencia –en forma limitada, por cierto– han comenzado a transitar por el camino correcto. Sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la obra de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso-administrativo de su época, no se puede menos que señalar la profunda gravitación que entre nosotros ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la “RAP” (Revista de Administración Pública) y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más eminentes<sup>18</sup>.

A continuación abordaremos la recepción en el ordenamiento del principio de la tutela judicial efectiva y la incompatibilidad que plantea su vigencia constitucional con el dogma revisor y, particularmente, con el carácter preceptivo del requisito del agotamiento de la vía administrativa (mal llamada “instancia administrativa”), sin dejar de advertir que, tal como ha dicho González Pérez, “el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se ‘haga justicia’, que se traduce, en el plano jurídico administrativo, en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados”<sup>19</sup>. Por tales razones, la moderna tutela preventiva, así como las medidas autosatisfactivas, forman parte de la tutela judicial efectiva.

---

18 García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1992; González Pérez, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, 1992; Fernández, Tomás Ramón, “Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, p. 728.

19 González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, t. I, 3<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 17.

## IV. FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL DERECHO ARGENTINO

### 1. En el orden nacional

La recepción del principio en nuestro país se ha visto favorecida, primero, por el propio sistema y por una serie de principios de rango constitucional anteriores a la reforma de 1994, y, a partir de ésta, por la recepción en la Constitución del llamado Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La adopción del sistema judicialista de control de los actos del Ejecutivo y demás poderes del Estado (ex arts. 100 y 101 CN) y la previsión constitucional que, en forma expresa, veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 CN), completan la garantía de la defensa prescrita en el art. 18 de la Constitución nacional que cabe asimilar a la consagración del debido proceso como garantía innominada por parte de la jurisprudencia.

A su vez, el Preámbulo de nuestra Constitución revela el propósito que persiguieron los constituyentes al proclamar, entre los fines del Estado, el de “afianzar la justicia”, configurando así un principio jurídico afín a la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares, en cuanto éste constituye el modo principal de afianzamiento de la justicia (en sentido lato).

De esa manera, la conexión entre la garantía de defensa y la tutela judicial efectiva se produjo sin forzar la positividad constitucional y aun antes de la reforma constitucional de 1994, en la cual el principio se introdujo a raíz de la incorporación al ordenamiento constitucional del Pacto Internacional de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22 C.N.).

Antes de la referida reforma constitucional 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en uno de sus fallos nota-

bles— sentó el principio con fundamento en que “*la idea directriz de la división de poderes que opera sincrónicamente con otra idea directriz de nuestro sistema constitucional —que emerge de la garantía del debido proceso — cuál es el principio pro actione a que conduce el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, que se deriva, necesariamente, del art. 18 de la Constitución nacional, cuya regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de diciembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución nacional*”<sup>20</sup>.

Operada la recepción constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyos arts. 8º y 25 consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio que nutre ese derecho adquirió plena operatividad constitucional, obligando también a las Provincias, habida cuenta de que los pactos internacionales y máxime, aquellos incorporados expresamente a la Constitución nacional constituyen conforme a su art. 31 la ley suprema de la Nación, debiendo entenderse como reza el inc. 22 del art. 75 que los derechos reconocidos por ellos complementan los derechos y garantías constitucionales.

Con algunas excepciones<sup>21</sup>, el principio de la tutela judicial efectiva goza en nuestro país de un amplio consenso doctrinario<sup>22</sup>.

20 *In re “Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos 315:1492 (1992) y en ED 148-338, considerando 15; “Serra, Fernando H., y otro c. Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454 (1993), con nota de Bianchi, Alberto B., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?”, LL 1995-A, 395.*

21 Luqui, Roberto E., en su excelente obra *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 241 y ss.

22 Cfr. Aberastury, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 37 y ss.; Gallegos Fedriani, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 29; García Pulles, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 100 y ss. con otra terminología, aunque en varias partes de su obra hace mención a la tutela judicial efectiva (v.gr. p. 71 y p. 1049, punto 13).

## 2. En el orden provincial

En el marco de la evolución hacia el reconocimiento de la tutela judicial efectiva se ubica la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994, que eliminó una serie de instituciones y principios procesales que habían terminado por anquilosar el sistema provincial, al haber contribuido a generar, por cierto, típicas denegaciones de justicia.

De ese modo, se han separado construcciones procesales que, fuera de no existir razones valederas que justificaran su alojamiento en el texto constitucional, traducían barreras formales en punto al acceso y al derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del proceso, circunscribiendo las controversias judiciales a las pretensiones planteadas en sede administrativa. Así ocurrió, entre otras figuras procesales, con conceptos que traducían una rémora a la plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional, al suprimirse requisitos cuyo cumplimiento estricto y exclusivo se exigía para habilitar la acción contencioso administrativa, tales como los relativos a que el acto proviniera de autoridad administrativa, la previa denegación o retardación en sede administrativa y que los derechos fueran gestionados por parte interesada, extremos éstos que habían sido usados como verdaderas válvulas de cierre de la jurisdicción.

La Constitución de 1994 comienza por prescribir, en su art. 15, que la Provincia de Buenos Aires “asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestringido a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial”, agregando que “las causas deberán decidirse en tiempo razonable”, y que “el retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.

El otro precepto constitucional (art. 166, último. párrafo), que resulta trascendente para la protección de los derechos de las personas, al eliminar el recaudo de la decisión previa que agotaba la vía administrativa como requisito ineludible de admisibilidad de la pretensión procesal.

En este aspecto, si bien no todas las opiniones coinciden en punto a si se mantiene o no el principio en el plexo constitucional<sup>23</sup> lo cierto es que a partir de ahora el requisito tiene origen legal, y no constitucional, sin que la Constitución establezca criterio o pauta alguna que vincule al legislador.

Por otra parte, si se repará en que el último párrafo del art. 166 dispone que los casos que determinan la competencia de los tribunales en lo contencioso-administrativo resultarán conformes a los procedimientos que prescriba la ley, la cual “establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”, va de suyo que, fuera de tales supuestos, dicho principio no existe. Aunque la Constitución consagra la regla del no agotamiento, por medio de una habilitación constitucional expresa permite que la ley tipifique excepciones, las cuales podrían configurarse en la medida en que armonicen con las garantías y principios constitucionales, particularmente con la tutela judicial efectiva.

Es cierto que al no establecer pauta limitativa alguna para consagrarse las excepciones, el legislador podría llegar a exce-

23 Perrino, Pablo Esteban, “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, ED 184-842. Aun cuando cabe ubicar a este autor en una línea garantística afín a la que propugnamos, ha interpretado que la Constitución mantiene el principio. En cambio, para D’Argenio la nueva disposición constitucional consagra como principio la inexistencia del agotamiento de la vía administrativa, posición que compartimos. Ver D’Argenio, Inés, “El juzgamiento de la contienda administrativa en la Provincia de Buenos Aires,” REDA, núms. 19/20, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 404 y Soria, Daniel Fernando, “El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, REDA, núms. 24/26, Depalma, Buenos Aires, p. 54, nota 31.

derse en la determinación de los supuestos. Sin embargo, en tal caso, jugará siempre el límite de razonabilidad para poder impugnar toda decisión legislativa que afecte el principio de la tutela judicial efectiva, cuya incompatibilidad con el dogma revisor y la exigencia generalizada del requisito del agotamiento de la vía administrativa han sido cabalmente demostradas en la doctrina argentina<sup>24</sup> y española<sup>25</sup>.

Veamos, a continuación, cómo se proyecta o debe proyectarse el principio de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento argentino.

---

24 Cfr. Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 2, cit., p. XIX-21 y ss., postura que ha mantenido en las ediciones posteriores del Tratado; Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración pública*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 346/347. Para un mayor desarrollo del tema se puede ver el lúcido trabajo de Tawil, Guido S., "Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial", ED 128/958; y Simón Padrós, Ramiro, "El carácter revisor y el denominado principio de congruencia en el proceso contencioso-administrativo", REDA, núms. 19/20, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 497/525; ver también Bielsa, Rafael, *Sobre lo contencioso-administrativo*, Santa Fe, 1949, p. 149, y la nota de Bianchi, Alberto B. al fallo "Ekmekdjian" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes citada.

25 Cfr. Fernández, Tomás Ramón, "Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 16, Madrid, 1976, p. 728; Muñoz Machado, Santiago, "Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 26, Madrid,..., 1980, p. 497; Fernández Torres, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, ps. 29 y 55; y el prólogo de García de Enterria, Eduardo a la obra de Fernández Torres, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*, cit., ps. 21 y 55. Con anterioridad, Nieto y Parada Vázquez criticaron la evolución regresiva y formalista de la jurisprudencia en orden a la conceptuación de la jurisdicción como puramente revisora, ver Nieto, Alejandro, "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso", RAP, nro. 57, Madrid, 1968, p. 33.

### **3. La admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad de las leyes y la superación de los escollos constitucionales**

El reconocimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad en nuestro derecho, si bien registra antecedentes que podrían reputarse favorables a su admisión constitucional<sup>26</sup> ocurrió recién en 1985 al resolver la Corte el caso “*Santiago del Estero c/Nación Argentina*”<sup>27</sup>.

Parra arribar a la admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad la jurisprudencia argentina tuvo de superar varios escollos, producto de una interpretación constitucional basada en un círculo de argumentos que implicaban una falsa petición de principios tan erróneos como contradictorios.

Esa senda jurisprudencial, que negaba la acción declarativa de inconstitucionalidad, particularmente de leyes, no fue la seguida por el derecho norteamericano en la década del treinta del pasado siglo, cuando reconoció la aptitud de la acción declarativa<sup>28</sup> para configurar en caso o controversia. Por el contrario, la Corte Suprema Argentina, con apoyo en los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional y en el art. 2 de la ley 27, consideró que la actuación de los tribunales judiciales no podría invadir el ámbito reservado al Poder Legislativo mediante la emisión de declaraciones generales y abstractas<sup>29</sup> en la inteligencia de que la aceptación de esta clase de acciones conculcaba el principio de la separación de los poderes.

En esa línea, la Corte entendía que de aceptarse la procedencia de las acciones declarativas de inconstitucionalidad de

26 Señalados en el dictamen del Procurador General de la Nación Dr. Eduardo H Marquardt, en el caso “Hidronor” (Fallos 307:1387).

27 Fallos 307:1379, en el que se reproduce el dictamen del Dr. Marquardt.

28 Véase: Bianchi, Alberto B., *La acción declarativa de inconstitucionalidad en el Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2<sup>a</sup> ed., Tº II, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 757 y ss.

29 Fallos: 307:1387.

las leyes ello implicaba violar la presunción de validez de las leyes y, en el caso, de actos administrativos, que el reconocimiento de la acción afectaba la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

Por ese motivo, se acudía a un concepto restringido de la actividad del Poder Judicial concibiéndola solo como una función reparadora y retributiva de lesiones materiales causadas al derecho ajeno<sup>30</sup>.

En cualquier caso y como lo advirtió el Dr. Maquardt en el dictamen que emitió en el caso "*Hidronor c/Santiago del Estero*" la tendencia jurisprudencial negatoria de la acción declarativa envolvía una contradicción con el sistema constitucional ya que por aplicación de esa doctrina, en las acciones declarativas admitidas por los ordenamientos provinciales en los que se ventilaban puntos de derecho federal, la Corte no podría conocer de ellas por vía de la apelación extraordinaria, con lo que se frustraba el control constitucional que le corresponde ejercer al Alto Tribunal.

Resta por decir que el argumento que fundaba la improcedencia de las acciones declarativas de inconstitucionalidad, basado en la presunción de validez de las leyes, no reviste el menor análisis por cuanto la admisibilidad de esta clase de acciones (siempre que no se trate de consultas, juicios hipotéticos o declaraciones)<sup>31</sup> lejos de conculcar el principio de la separación de poderes viene a reforzarlo, pues, de lo contrario, el Poder Legislativo podría violar la Constitución sin que el Poder Judicial pueda ejercer el control de constitucionalidad en los casos concretos sometidos a su juzgamiento, además de

---

30 C.S. Ibídem.

31 Sagues, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tº I, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, os. 178-179, señala que en el control abstracto de inconstitucionalidad (como acontece en las naciones populares) el demandante puede no hallarse "*involucrado en una relación jurídica específica donde se aplique la norma que él juzga inconstitucional!*"

la circunstancia de que tal presunción de validez no surge del texto constitucional ni de ningún principio general de derecho.

Lo mismo acontece con la llamada presunción de legitimidad del acto administrativo que, en todo caso, no constituye un principio absoluto ya que cede frente a la presencia de nulidades manifiestas<sup>32</sup> en el acto administrativo, habiéndose propiciado su eliminación en la doctrina uruguaya<sup>33</sup> y brasileña<sup>34</sup>.

El planteamiento jurisprudencial de la acción declarativa de inconstitucionalidad ha carecido, en general, de suficiente claridad conceptual como consecuencia de no haber deslin dado los diferentes tipos de procesos.

Durante mucho tiempo se siguió utilizando el mecanismo de la acción meramente declarativa del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como la vía apta para canalizar esta clase de pretensiones, no obstante que, como se verá seguidamente, no constituye el único cauce procesal para promover acciones declarativas de inconstitucionalidad ya que, en forma paralela o mediante acumulación con otras pretensiones (según los distintos casos en que ello proceda) la pretensión de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos puede canalizarse a través de a) la acción declarativa directa de constitucionalidad, b) la acción de amparo prevista en el art. 43 de la C.N. (que sirve también para fundamentar la acción precedente) y c) el proceso de impugnación de reglamentos y actos administrativos que prescriben los arts. 23 y 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

---

32 Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo, Teoría y régimen jurídico*, 3<sup>a</sup> ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 357-360.

33 Durán Martínez, Augusto, "La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso", en *Estudios de Derecho Público*, vol. II, Mastergraf, Montevideo, 2008, p. 227 y ss.

34 Rhein Schirato, Vitor, "Repensando a pertenencia dos atributos dos atos administrativos", en el libro *Os caminhos do ato administrativo, Revista dos Tribunais*, São Paulo, os. 125-130.

#### **4. La acción declarativa directa de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos: la causal de arbitrariedad**

A partir de la década del ochenta del siglo pasado, la Corte Suprema comenzó a reconocer la procedencia de acciones declarativas de inconstitucionalidad siguiendo, en parte, los criterios expuestos por el ex Procurador General de la Nación, Dr. Marquardt en el recordado dictamen emitido en el caso “Hidronor c/ Provincia de Neuquén”, en el año 1971<sup>35</sup>.

En una apreciable porción de casos en que la Corte sostuvo la procedencia constitucional de esta acción la encuadró en el art. 322 del CPCCN que regula la acción meramente declarativa de certeza. Sin embargo, esta norma fue diseñada para regir en las relaciones entre particulares y sólo por analogía y ante el vacío legislativo existente puede acudirse a ella en el derecho público, porque los requisitos que contemplan no resultan compatibles, en todos los supuestos, con las situaciones que vinculan a los particulares y el Estado, cuando se emiten leyes, reglamentos o actos inconstitucionales.

En otros casos, la Corte aceptó la procedencia de las llamadas acciones directas de inconstitucionalidad sin exigir el cumplimiento de los requisitos que prescribe el art. 322 del CPCCN (situación de incertidumbre, lesión actual y no disponer de otro medio legal), los cuales resultan incompatibles con la índole de una acción que, respecto de una situación controversial en ciernes, procura prevenir daños futuros.

Con esta última afirmación no queremos decir que no proceda la acción meramente declarativa de certeza en el orden constitucional, sino que ella sólo tiene sentido en caso de duda sobre el alcance de una norma o acto mientras que la situación

---

<sup>35</sup> El dictamen del Dr. Marquardt se publicó más tarde a continuación del fallo “Santiago del Estero c/ EN” (Fallos 307:1387), y recibió un elogioso comentario por parte de Germán J. Bidart Campos (LL 154-515).

de incertidumbre no se da en las acciones declarativas directas de inconstitucionalidad en las que se alega y se pretende demostrar la certidumbre de su inconstitucionalidad.

En esta acción declarativa directa de inconstitucionalidad tampoco resulta lógico exigir que la lesión sea actual habida cuenta que, por lo común, estas acciones tienen por objeto la prevención de daños futuros<sup>36</sup>, ni menos aún que no se disponga de otro medio legal porque se trata de una exigencia vinculada al carácter subsidiario que se atribuía erróneamente a la acción de certeza y que no tiene lógica alguna imponer en este tipo de acciones en que se procura economía de tiempo y la tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable.

El reconocimiento de la procedencia de la acción por parte de la Corte se llevó a cabo a partir del fallo “Constantino Lorenzo” de 1985<sup>37</sup>, que consideramos un precedente fundamental en la materia, cuyas principales líneas fueron recogidas en diferentes precedentes posteriores<sup>38</sup>. No obstante, fallos subsiguientes se inclinaron por la procedencia de la vía de la acción meramente declarativa de certeza prevista en el art. 322 del CPCCN. Los errores jurisprudenciales cometidos al encuadrar la acción en el art. 322 del CPCCN provienen de no haber advertido que se trata de dos acciones distintas (la declarativa de certeza y la acción directa de inconstitucionalidad) que tienen diferente objeto y requisitos.

36 Véase el dictamen del Dr. Marquardt (reproducido en *Fallos* 307:1387, especialmente p. 1399) donde se puntualiza que: "...cabe afirmar que el sistema de control constitucional norteamericano es de carácter concreto, pero se ejerce no sólo por la vía reparatoria o retributiva, sino también preventiva... Rasgo característico de ese régimen es la posibilidad de impedir la ejecución de leyes inconstitucionales". De ahí que la Corte argentina acepta la procedencia cuando se busca precaver un acto "en ciernes" (*Fallos* 307:1379, *in re "Santiago del Estero"*, de 1985).

37 *Fallos* 307:2384.

38 Véase *Fallos* 310:2342; 317:335, 317:1224 y 320:691.

A su vez, uno de los principales escollos que debieron superar las acciones declarativas de inconstitucionalidad ha sido el argumento basado en la inexistencia de causa o controversia o de “caso contencioso”, a la luz de los arts. 116 y 117 de la CN y de la ley 27.

Al respecto, de la jurisprudencia de la Corte norteamericana que sirve de fuente doctrinaria a nuestra interpretación constitucional, en razón de tratarse de un sistema judicial de similares características, se desprende el alcance amplio que atribuyen al concepto constitucional de caso o controversia, que se configura siempre que: a) no se trate de obtener un pronunciamiento consultivo o hipotético; y b) existiera “una controversia real y sustancial que admitiese una solución específica mediante una decisión de carácter definitivo”<sup>39</sup>. Poco más tarde, en el año 1941, la Corte –en el caso “Maryland Casualty Co. V. Pacific Coal and Oil Co.”– expresó que “La diferencia entre una acción abstracta y una controversia prevista por la ley de sentencias declarativas es necesariamente una diferencia de grado y sería difícil, sino imposible, establecer un patrón definido para determinar en todo caso cuando hay tal controversia. Básicamente, la cuestión es en cada caso si los hechos alegados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, muestran que hay una sustancial controversia, entre partes que tienen intereses legales opuestos, de suficiente inmediatez y realidad para autorizar la emisión de una sentencia declarativa”<sup>40</sup>, con remisión al caso “Aetna”<sup>41</sup>.

En resumidas cuentas, si se cumplen las circunstancias antes señaladas, no hay obstáculo constitucional para el reconocimiento de las acciones declarativas directas<sup>42</sup> de

<sup>39</sup> La frase pertenece al Chief Charles Evans Hughes, en el caso “Aetna Life Insurance Co. v. Haworth (300 US 227).

<sup>40</sup> 312 US 273.

<sup>41</sup> 300 US 227, 239-242.

<sup>42</sup> Bianchi, Alberto B., Control de constitucionalidad, T°1, Abaco, Buenos Aires, 1992, p. 415 se pronuncia a favor de la procedencia de la acción declarativa directa de inconstitucionalidad advirtiendo que, según la

inconstitucionalidad y así lo ha reconocido la Corte en el antes citado caso “Constantino Lorenzo” cuando expresó que “...resulta preciso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad que no pueden revertir forma contenciosa por la ausencia de un inmediato interés del particular que efectúa la solicitud... y las acciones determinativas de derecho de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y quien tiende a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos...”, refiriéndose, más adelante (Considerando 5º), a la admisión de la acción directa de inconstitucionalidad<sup>43</sup>.

Consecuentemente, al no existir un marco legal positivo en el derecho nacional para encuadrar la acción declarativa directa de inconstitucionalidad y ser inaplicable en muchos casos, la regulación procesal civil del art. 322 del CPCCN<sup>44</sup>, la procedencia de la acción directa encuentra sustento constitucional en el principio de la tutela judicial efectiva que se desprende de los arts. 8 y 25 de la CADH y, asimismo, en una interpretación extensiva del precepto contenido en el art. 43 de la CN, dado que la positivación constitucional del principio, supera el marco de la acción de amparo. Por lo demás, la regulación constitucional contribuye al objetivo de afianzar la justicia que prescribe el preámbulo de la Constitución.

En síntesis, la acción declarativa directa de inconstitucionalidad, de acuerdo a la jurisprudencia nacional y norteamericana, procederá aun cuando a) se trate de una acción preventiva interpuesta para prevenir daños futuros, b) no configure una

---

jurisprudencia de la Corte, la expresión directa se referiría a la instancia originaria y habría sido tomada del caso “Gomen” (Fallos 310:142) de 1987. Sin embargo, en “Constantino Lorenzo” la Corte había empleado el concepto de acción directa sin hacer alusión a que se refería a la instancia originaria.

43 Fallos 307:2384 (1985).

44 Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, cit., T°1, p. 414, señala que el art. 322 del CPCCN “está claramente desbordado con la acción declarativa creada por la Corte”.

hipótesis de consulta o de un pronunciamiento hipotético que excluya el carácter real y sustancial que debe revestir la causa, c) la controversia se entable entre partes con intereses contrarios y d) el demandante persiga con la acción la realización de un interés inmediato.

La configuración de la acción declarativa directa de inconstitucionalidad no agota el ámbito de las acciones declarativas de inconstitucionalidad pues, aparte de la acción meramente declarativa de certeza, pueden promoverse distintas clases de acciones en las que se persiga también la obtención de una sentencia declarativa, tales como a) la acción impugnatoria de actos y reglamentos (art. 23 y ss. de la LNPA), y b) la acción prevista en el art. 43 de la CN (que aparte de regular el amparo, no excluye las acciones declarativas de inconstitucionalidad), sin perjuicio de la opción para acumular, en un proceso de conocimiento, una pretensión declarativa con una pretensión de condena o constitutiva.

En cuanto a la legitimación para accionar y el derecho subjetivo que la sustenta nos inclinamos por una noción amplia del interés tutelado, abarcativa del antiguo interés legítimo y de los nuevos derechos de incidencia colectiva conforme a la regulación establecida en el art. 43 de la C.N., siendo indiferente que el derecho debatido en la controversia sea de derecho público o de derecho privado.

El panorama que hemos descripto quedaría trinco sino hicierámos referencia a las causales de inconstitucionalidad. Se trata de un tema bastante descuidado por la doctrina e incluso por la jurisprudencia, habiéndose tratado de extender los vicios que existen en el contencioso administrativo francés (en el recurso por exceso de poder particularmente en una de sus variantes, la desviación de poder<sup>45</sup>) lo que podría ser

---

45 En Francia, si bien el Consejo de Estado carece de competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley, por cuanto tal facultad pertenece, en exclusiva, al Consejo Constitucional, puede anular un acto administra-

aplicable para los vicios de los reglamentos y actos administrativos, pero no para los defectos de las leyes. En ese sentido, los vicios de la voluntad en el reglamento, así como en el acto administrativo no tienen la misma regulación ya que al ser la norma legal el producto de un órgano colegiado se precisa acudir a reglas especiales para invalidar las leyes. En tales casos, se puede admitir como regla que el vicio de la voluntad o de la desviación de poder de uno o varios legisladores no afecta la validez de la ley siempre que la mayoría de las voluntades que concurrió para sancionar la ley no se encuentre viciada.

En grandes líneas, la causal de arbitrariedad de las leyes aglutina los distintos vicios que pueden afectar a las leyes ya sean estas meramente formales o formales-materiales (es decir, de normas de alcance general que integran el ordenamiento positivo) ya que, siendo la arbitrariedad un acto contrario a la justicia, la razón o las leyes, el control de constitucionalidad de los actos legislativos que efectúan los jueces abarca todas las facetas que configuran el concepto de arbitrariedad desde la violación de los principios generales del derecho, de los textos constitucionales y del derecho de los tratados de derechos humanos hasta la irrazonabilidad de las normas legales, que incluye el análisis sobre la llamada razonabilidad ponderativa así como el de la razonabilidad de la selección (del principio de igualdad)<sup>46</sup>.

La técnica del control de razonabilidad, que en forma sucinta hemos descrito, es comparativamente semejante a la construcción sobre el control de proporcionalidad de los actos estatales efectuada en la doctrina y jurisprudencia alemanas

---

tivo que viola una regla constitucional, véase: Morand Deviller, Jacqueline, *Droit Administratif*, LGDJ, 13<sup>a</sup> ed., París, 2013, p. 236.

46 Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 111 y ss. Mientras la razonabilidad ponderativa requiere que la ley guarde una adecuada proporción entre antecedente y conseciente, cuya razonabilidad de la igualdad exige que en antecedentes iguales se imputen similares consecuencias, sin excepciones arbitrarias.

y en el derecho de la Unión Europea, habida cuenta que el principio de proporcionalidad integra el principio de razonabilidad<sup>47</sup>, motivo por el cual se propugna, para determinar la irrazonabilidad de una norma legal o incluso reglamentaria, acudir a los criterios básicos que rigen el control de proporcionalidad, basado en tres sub-principios que conducen a un juicio de: a) adecuación; b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto<sup>48</sup>, habiéndose considerado que el principio de proporcionalidad “*es el test esencial en materia de libertades y derechos fundamentales*”<sup>49</sup>.

---

47 Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa*, 1<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Argentina-Madrid, 2009, p. 202.

48 Barnes, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública* N° 135, Madrid, 1994, p. 495 y ss.

49 Fernández, Tomás Ramón, *Sobre los límites constitucionales del poder discrecional, de acción jubilar*, pronunciada en la Facultad de Derecho de San Sebastián, el 12 de Mayo de 2010, reproducida en el libro *Sobre la ley, el Poder Discrecional y el Derecho* (Tomás Ramón Fernández y Juan Carlos Cassagne), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 41.



# PRINCIPIO GENERAL DE LA JUSTICIABILIDAD PLENARIA Y UNIVERSAL DE LA CONDUCTA ADMINISTRATIVA

**Ernesto Jinesta L.<sup>1</sup>**

*Resumen: Se estudia la jurisdicción contencioso-administrativa con el objeto de que realmente se constituya como una justicia plena y universal de toda la conducta administrativa, entendido ello como un principio universal del Derecho Administrativo y como un derecho humano.*

*Palabras clave: Justicia administrativa. Contencioso-administrativo. Jurisdicción. Tutela judicial. Conducta administrativa.*

*Summary: It studies the Contentious Administrative Jurisdiction with the objective of truly composing a full and universal justice system of all Administration behavior, considering this notion as a human right and as a universal principle of Administrative Law.*

*Key words: Administrative Justice. Contentious-Administrative Jurisdiction. Judicial Protection. Administrative Conducts.*

Recibido: 10 de mayo de 2018    Aceptado: 28 de junio de 2018

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Escuela Libre de Derecho (UEL) -Costa Rica-, Profesor y miembro de las Comisiones Redactora y Académica Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano (DAI), Universidades de la Coruña, España, Nacional del Litoral (Argentina), Nacional del Nordeste (Argentina), de Montevideo (Uruguay), Veracruzana (México), de Guanajuato (México), Santo Tomás de Tunja (Colombia), de Piura (Perú), Monteávila (Venezuela), Hispanoamericana (Nicaragua), Escuela Libre de Derecho (Costa Rica), Director y profesor programa de doctorado en Derecho Administrativo UELD, Presidente de la Asociación Costarricense de Derecho

---

Administrativo, Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA), el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), Vicepresidente, por Costa Rica, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, miembro de honor Asociaciones Mexicana, Dominicana y nicaragüense de Derecho Administrativo. [www.ernestojinesta.com](http://www.ernestojinesta.com)

## SUMARIO

- Introducción
- I. Justicia administrativa
- II. Superación de la justicia administrativa objetiva o revisora
- III. Discrecionalidad administrativa y control por la justicia administrativa
- IV. La cuestión del “acto político o de gobierno”
- V. El control de constitucionalidad de la conducta administrativa por la justicia constitucional
- Conclusión general

## INTRODUCCIÓN

Una de las principales preocupaciones de Eduardo García de Enterría en su prolongado apostolado jurídico lo fue la afirmación del principio de la justiciabilidad<sup>2</sup> plena y universal de la conducta administrativa, en sus diversas manifestaciones. Fue así como acuñó la expresión de una justicia administrativa “plenaria y universal”. De esa manera, tempranamente, en su largo y proverbial trayecto académico, García de Enterría, proclamó la necesidad de evitar, a toda costa, la existencia de reductos de la conducta administrativa inmunes al control de legalidad ejercido por la justicia administrativa y, eventualmente, del control de constitucionalidad desplegado por los Tribunales, las Cortes o las Salas Constitucionales.

Una de las obras principales de García de Enterría lo fue “La lucha contra las inmunidades del poder”, en la que su tesis principal coincide con la de Massimo Severo Giannini, en el

---

2 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no registra la expresión “justiciabilidad”, lo que recoge es el vocablo “justiciable” haciendo referencia a que ciertos hechos “pueden o deben someterse a la acción de los tribunales de justicia”. Sin embargo, este neologismo nos evoca la idea o el concepto de revisión, fiscalización o control judicial de la actuación o conducta administrativa como pieza fundamental e tradicional del Estado de Derecho, de ahí la razón para utilizarlo.

sentido que la historia del Derecho Administrativo se resume en la lucha dialéctica entre autoridad y libertad, entre poder y derechos<sup>3</sup>. En esta célebre obra recién citada y de obligada referencia en el Derecho Administrativo universal, García de Enterría afirma que “El poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable” a través de una “justicia judicial plenaria”<sup>4</sup>. García de Enterría, rematará sus ideas sobre la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa en su clásica obra intitulada “Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?<sup>5</sup>

---

3 V. Cassese, Sabino; Giannini, Voce: Massimo Severo, *Dizionario Biográfico* en [www.treccani.it](http://www.treccani.it)

4 *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, Editorial Civitas S.A., reimpresión de 3<sup>a</sup>. Edición, 1989, pp. 97-98. Se trata de la conferencia pronunciada por Eduardo García de Enterría en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 2 de marzo de 1962 en el curso “El Poder y el Derecho” organizado por la promoción Manuel Balbé de ese año, la primera edición data de 1974.

5 Madrid, Thomson-Civitas, 1<sup>a</sup>. Edición, 2007. También pueden consultarse de García Enterría, Eduardo, los siguientes artículos de revista: 1) Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, No. 1, 1999, pp. 1-14; 2) La justicia administrativa en el cambio de siglo, *Respona iurisperitorum digesta*, Vol. 2, 2000, pp. 11-30, 3) Contencioso administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión histórica y comparatista, *RAP*, No. 152, pp. 93-105; 4) El nuevo Código Portugués del proceso de los Tribunales Administrativos, *RAP*, No. 162, pp. 421-426; 5) La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva, *RAP*, No. 179, mayo-agosto, 2009, pp. 167-183. Cabe advertir que en 1989, Eduardo García de Enterría publica la primera edición de su libro “Hacia una nueva justicia Administrativa” (Madrid, Editorial Civitas), del que publica una segunda edición ampliada en 1992, donde ya refiere, entre otros temas, “La crisis del contencioso-administrativo francés: El fin de un paradigma”, de “La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: Ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas” y de “La transformación del contencioso-administrativo francés: La reforma radical del sistema de ejecución de sentencias”.

Se trata de un tema íntimamente vinculado al Estado Constitucional de Derecho, entendido como una fase superior del Estado legal de Derecho, puesto que, los administrados deben contar con una justicia administrativa robusta, efectiva y célebre que les garantice el ejercicio y goce de sus situaciones jurídicas sustanciales o de su pleno restablecimiento, sea *in natura* o por equivalente (indemnización de los daños y perjuicios), frente a los desmanes de los poderes públicos. No en vano, afirmó García de Enterría que la justicia administrativa es “pieza central del orden democrático sustantivo y de lo que se ha convenido en llamar Estado de Derecho”<sup>6</sup>. De esa manera, se afirma la supremacía del bloque de legalidad, a través de la primacía judicial ejercida por la justicia administrativa, sobre las diversas conductas administrativas desplegadas por los poderes públicos.

Sin embargo, actualmente, la concepción de una justicia administrativa “plenaria y universal” que no deje ningún ámbito del poder público exento del control de legalidad, asume una connotación superior, por cuanto, son muchas las constituciones que incorporan la justicia administrativa, por lo menos, como una garantía institucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes públicos<sup>7</sup>. En definitiva, muchos ordenamientos jurídicos no se conforman hoy con una regulación infra-constitucional de la justicia administrativa, sino que van mucho más allá, consagrándola a nivel constitucional e, incluso, en algunos supuestos, como un derecho fundamental de los ciudadanos. Se trata de una de las manifestaciones de lo que Riccardo Gustini ha denominado la “constitucionalización del Derecho”<sup>8</sup> y, en particular, del

---

6 *Las transformaciones de la Justicia Administrativa*, p. 12.

7 Esto sucede en aquellas constituciones que dentro del título o capítulo referente al Poder Judicial mencionan de manera específica a la jurisdicción contencioso-administrativa, sea que optan por el modelo judicialista puro con un orden jurisdiccional especializado.

8 V. Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Distribuciones Fontamara, 1<sup>a</sup>. reimpresión 1<sup>a</sup>. edición español, 2003, pp. 153-183.

## Derecho Administrativo con el surgimiento del denominado “Derecho Administrativo Constitucional”<sup>9</sup>.

Otra dimensión superior y ulterior, es el reconocimiento directo o indirecto de este principio por los Tribunales regionales de protección de los derechos humanos, con lo que asume, de esa forma, la connotación de un elemento esencial del parámetro de convencionalidad –conformado por las declaraciones, convenciones y sentencias de los tribunales regionales en materia de derechos humanos– y, por consiguiente, de lo que se ha empezado a denominar el “Estado convencional de Derecho”, donde se acepta, pacíficamente, por aplicación del principio de la cláusula más favorable o de los principios “*pro libertate*” o “*pro homine*” que ese *corpus iuris* convencional, si bien constituye un estándar mínimo de protección debe privar, prevalecer o preferirse cuando ofrece un umbral de tutela superior.

La dimensión constitucional y convencional de una justicia administrativa plenaria y universal, ha llevado a que, actualmente, la doctrina, desde la perspectiva de un *ius administrativo commune*, admita, por lo menos, la existencia de un principio general del Derecho Administrativo Constitucional que es el de la revisión o fiscalización jurisdiccional plenaria y universal de la función administrativa<sup>10</sup>. Las matizaciones del

9 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, in totum.

10 Es la doctrina italiana la que ha planteado este principio, así V. Saitta, Fabio, “Il principio di giustiziabilità dell’azione amministrativa”, en *Studi sui principi del Diritto Amministrativo -a cura di Mauro Renna e Fabio Saitta-*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, pp. 225-256. Cassese, Sabino, por su parte prefiere hablar del “principio di azionabilità delle pretese (giustiziabilità)” o del principio de la accionabilidad de las pretensiones de los administrados frente a los poderes públicos, en “Il Diritto Amministrativo e i suoi principi, en *Istituzioni di Diritto Amministrativo -diretto da Sabino Cassese-*, Milano, Giuffrè Editore, 4<sup>a</sup>. edición, 2012, p. 13. Otros, desde una perspectiva más limitada, dado que los actos administrativos son una de las tantas y posibles manifestaciones de la conducta administrativa,

carácter plenario y universal de la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa dependerán de cada ordenamiento jurídico nacional, puesto que, algunos lo llevarán hasta su máxima expresión y otros serán más conservadores o reservados en su desarrollo, probablemente, al ejercer el denominado “margen de apreciación nacional”.

En suma, según las coordenadas histórico, políticas, sociales, económicas y culturales de cada ordenamiento jurídico, el principio de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa, se comporta de manera diferente, asumiendo diversos roles, en algunos casos, el rango de tal, en otros de una garantía institucional y, finalmente, en algunos como un derecho fundamental expresamente consagrado en la parte dogmática de la Constitución con lo cual crece, exponencialmente, su densidad normativa o carácter preceptivo. Sin embargo, la incursión de los Tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos en la materia y, en particular, su tratamiento como expresión específica de un conjunto de esos derechos expresamente regulados, nos permite, sin temor a equívocos, proclamar su condición de derecho humano universal.

En definitiva, la afirmación de este principio esencial del Derecho Administrativo universal o común, resulta de trascendental importancia en la construcción de un lenguaje común o intersubjetivo entre los ius administrativistas de todo el mundo.

---

hablan del “principio costituzionale di generale giustiziabilità degli atti amministrativi” (lo reconocen, entre otros, para el ordenamiento italiano, alemán y europeo) Así De Pretis, D., y Cortese, F., “Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato”, en *En Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi. Nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Milano, Cedam, 2010, p. 344. En igual sentido Cerrina Feroni, G., “La giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione”, en *Codice della giustizia amministrativa, a cura di G. Morbidelli*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 35 y ss.

En la presente contribución abordaremos los principales puntos de convergencia para la construcción efectiva del principio de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa, sin reparar en la realidad jurídico-positiva de cada ordenamiento jurídico nacional o local, dado que esa tarea diluye cualquier esfuerzo dogmático con una pretensión de generalidad y abstracción. Hemos omitido, deliberadamente, en lo posible, toda referencia a cualquier ordenamiento jurídico-administrativo nacional, por cuanto, además de exceder los propósitos de esta contribución, complicaría, enormemente, la connotación de generalidad y abstracción inherente a todo principio general del Derecho Administrativo Constitucional.

## I. JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Desde una perspectiva metodológica hemos preferido la expresión “justicia administrativa” a la de “jurisdicción contencioso-administrativa” o de “proceso contencioso-administrativo”, dado que, algunos ordenamientos jurídicos siguen el modelo francés administrativista y no el judicialista con una jurisdicción especializada en la materia. En efecto, en los ordenamientos nacionales que se inspiran en el modelo francés, el órgano encargado de conocer y resolver las controversias de interés entre los administrados y las administraciones públicas o cualquier otra cuestión regida sustancialmente por el régimen del Derecho Administrativo, no se encuentra adscrito o incardinado en la organización judicial (v. gr. Consejo de Estado).

Desde tal perspectiva, el concepto de “justicia administrativa” comprende, entonces, todos los instrumentos y garantías que contemplen la posibilidad de impugnar, efectivamente, cualquier manifestación de la conducta o actuación administrativa, independientemente, del órgano y de la adscripción de éste, al que le corresponda conocer y resolver el asunto, según el modelo de justicia administrativa nacional adoptado.

## **1. Posición en el Estado constitucional de Derecho de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa: De principio general del Derecho Administrativo Constitucional a Derecho fundamental y humano**

La plena o integral, universal y efectiva justiciabilidad de toda forma de manifestación de la actuación administrativa o de cualquier relación jurídico administrativa, constituye un desiderátum por alcanzar, por cuanto, la intensidad y alcance de tales conceptos jurídicos indeterminados, en cada ordenamiento jurídico nacional, varía según el grado de desarrollo legislativo, constitucional y de recepción de las innovaciones en la materia. Consecuentemente la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa, puede asumir distintos roles, según sean las previsiones constitucionales adoptadas en un ordenamiento jurídico determinado. En efecto, podemos afirmar que la justiciabilidad plena y universal de la actuación administrativa puede asumir el rol de un principio general del Derecho Administrativo Constitucional cuando no existe una previsión del derecho más general a la tutela judicial efectiva o de acceso a la jurisdicción o del más específico derecho al control de la legalidad de la conducta administrativa, dado que, puede inducirse a partir de una serie de preceptos constitucionales que sugieren esa posibilidad, como, por ejemplo, la sola mención a la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada o de un órgano encargado de conocer y resolver las controversias de interés entre los administrados y las administraciones públicas.

Contemporáneamente, son pocas las constituciones que no incorporan, expresamente, por lo menos, desde una perspectiva más general, el derecho a la tutela judicial efectiva o de acceso a la jurisdicción, de cuyo contenido esencial es posible desprender el más específico de acceso a la justicia administrativa frente a cualquier manifestación específica de la conducta administrativa que le resulte lesiva a un administrado

en su esfera patrimonial o extrapatrimonial. Resulta claro que, para aquellos modelos de justicia administrativa de tipo judicialista, sea en los que una jurisdicción especializada o la común, se encarga del control de la legalidad de la conducta administrativa, la previsión del derecho a la tutela judicial efectiva, comprende, necesariamente, en su contenido esencial, el acceso a tal jurisdicción especializada o la ordinaria para la protección y defensa de las situaciones jurídicas sustanciales de las personas frente a las actuaciones o conductas de los poderes públicos. Incluso, para aquellos ordenamientos que siguen un modelo administrativista, donde un órgano ajeno a la organización judicial, se encarga de tal control, tal derecho interpretado y aplicado de manera extensiva, le da fundamento al mismo, puesto que, en último término se trata de la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a las administraciones públicas, independientemente, de la adscripción o posición del órgano de control en el diseño constitucional. Precisamente por lo anterior, Fromont afirmó que “En principio, el derecho de los individuos a la protección jurisdiccional contra la administración fue reafirmado casi por todos después de 1945”<sup>11</sup>.

En esa última tesitura se sitúan, también, ciertos sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como el europeo y el americano<sup>12,13</sup> donde esa facultad específica se

11 Fromont, Michel, “La convergencia de los sistemas de justicia administrativa en Europa”, en *Pensamiento Constitucional*, Perú, Año IX, No. 9, p. 245.

12 En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo ha extendido la expresión “derechos de carácter civil” a los derechos administrativos de los administrados frente a los poderes públicos, de modo que el sistema de control de la actuación administrativa se entiende incluido y cubierto en el ordinal 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así, las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos “Le Compte, Van Leuren et De Meyère c/. Belgique” de 23 de junio de 1981, “Benthem c/. Pays Bas” de 23 de octubre de 1985 y “Kanayet c/. Rusia” de 27 de julio de 2006. V. Rodríguez Pontón, F. J., *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Madrid, Civitas, 2005, in totum y Padrós Reig, C. y Roca Sagarra, J., “La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *RAP*, 136, 1995. Cabe resaltarse que en la sentencia 33.804/96 “Mennitto c/. Italia” de 3 de octu-

tiende implícita en el contenido esencial del derecho humano más general a un proceso justo, equitativo y efectivo.

---

bre de 2000, la Corte Europea de Derechos Humanos critica la distinción italiana, propia de su sistema de justicia administrativa para deslindar la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa –esta última constituida por el Consejo de Estado y los Tribunales Regionales Administrativos–, entre derechos subjetivos e intereses legítimos, dado que, en su opinión a la luz del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el interés legítimo reviste la condición de un “derecho de carácter civil” en los términos del mismo y, por consiguiente, el tutelado tiene derecho a una indemnización. Sentencia que ha llevado a la doctrina italiana y jurisprudencia constitucional a plantearse la supervivencia del concepto jurídico indeterminado “interés legítimo”, permitiendo que la justicia estrictamente administrativa no solo anule sino también restablezca la situación jurídica sustancial invocada (Así Caringera, Francesco, *Corso di diritto procesuale amministrativo dopo la sent. 204/2004 della Corte Costituzionale*, Milano, 2005, p. 209). Luego tenemos, en el caso del modelo de justicia administrativa francés, la demoledora crítica que hace la Corte Europea de Derechos Humanos, por infracción del derecho a un proceso imparcial, al mismo, dada la característica de la inserción del Consejo de Estado en la estructura de la administración, así caso Kress c. France, sentencia No. 39594/98 de 7 de junio de 2001, así, también, fue considerado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Martinie c. France, sentencia No. 58675/00 de 12 de abril de 2006.

- 13 La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sentencia de 6 de mayo de 2008, estimó que el proceso contencioso administrativo debe desarrollarse dentro de un plazo razonable (artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y que, a tenor del artículo 25.1 de la Convención Americana debe ser “sencillo, rápido, expedito y efectivo” para la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en ese instrumento, la Constitución y la ley (párrafo 85). En el caso concreto, desde la interposición de dos procesos contencioso-administrativos subjetivos o de plena jurisdicción, habían transcurrido a la fecha del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana 11 y 14 años (párrafo 84), por lo que estimó que “el tiempo transcurrido sobrepasa excesivamente el plazo que pueda considerarse razonable para que el Estado emitiera una sentencia definitiva” (párrafo 87) con lo que se produjo, también, una clara denegación de justicia (párrafos 87 y 88). Esta sentencia de la Corte Interamericana exhorta, entonces, a los países del sistema interamericano a regular, reformar y modificar los procesos contencioso-administrativos para que sean sencillos, rápidos, expeditos y efectivos y, desde luego, para que sean resueltos en un plazo razonable evitando una denegación de justicia. Se trata, entonces, de una sentencia que impacta los modelos nacionales de justicia administrativa.

De modo y manera, que progresivamente, el principio de comentario ya no solo se manifiesta y comporta como tal, esto es, con un grado preceptivo más general y abstracto, sino, también, al propio tiempo, como un derecho fundamental o humano de las personas frente a los poderes públicos, obviamente, en este último caso, con un nivel superior y más intenso de normatividad.

Ahora bien, contemporáneamente, no faltan ordenamientos jurídicos constitucionales que contemplan de manera expresa, además del derecho general a la tutela judicial efectiva, un derecho singular de acudir ante la justicia administrativa para impugnar cualquier conducta administrativa. Esta constituye una fase superior e idónea de desarrollo en la materia por suponer una garantía explícita de las personas frente a las administraciones públicas. En tal sentido podemos apuntar una constitucionalización progresiva, a través de la consagración de cláusulas constitucionales expresas, de la justicia administrativa que provoca una “extensión e intensificación del control jurisdiccional de la Administración”<sup>14</sup>. Tenemos, así, emblemáticos ejemplos en el entorno europeo como el artículo 19, párrafo 4º, de la Constitución Alemana (Ley Fundamental para la República Federal de Alemania) de 1949<sup>15</sup>, el ordinal 113 de la Constitución Italiana, del mismo año<sup>16</sup> y en el ámbito

---

14 Woehrling, J. M., “Le contrôle juridictionnel de l’Administration en Europe de l’Ouest”, *Revue Européenne de Droit Public*, Londres, Vol. 6, No. 2, 1995, p. 369. En igual sentido García De Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Thomson-Civitas, reimpresión 5ª. Edición, 2005, p. 53.

15 Ese precepto dispone “*Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será de los tribunales ordinarios (...)*”.

16 El artículo 113 de la Constitución Italiana dispone lo siguiente: “*Contra los actos de la administración pública, la protección jurisdiccional de los derechos y de intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria y administrativa está otorgado. Esta protección jurisdiccional no puede ser excluida ni limitada a tipos particulares de recursos o categorías determinadas de actos*”.

latinoamericano el numeral 49 de la Constitución Política de Costa Rica de 1949<sup>17</sup>.

## II. SUPERACIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA OBJETIVA O REVISORA POR UNA PLENARIA Y UNIVERSAL

### **1. Vigencia del principio independientemente del modelo nacional de justicia administrativa adoptado**

El principio de la plena justiciabilidad de la actuación administrativa debe regir independientemente del modelo de Estado adoptado constitucionalmente, si es compuesto o unitario, y de la organización judicial elegida en cada ordenamiento jurídico nacional. Lo mismo podemos afirmar respecto del modelo de justicia administrativa que se haya adoptado, sea este “judicialista puro”, en el cual existe una jurisdicción contencioso-administrativa especializada, encargada de conocer y resolver de las pretensiones deducidas contra la conducta administrativa activa u omisiva de los poderes públicos (v. gr. Alemania y España), “judicialista impuro” que es aquél en que los jueces ordinarios atienden ese tipo de pretensiones (v. gr. en algunos sistemas anglosajones) o uno “administrativista”, donde se concibe, por ciertos lastres históricos, un órgano no adscrito a la organización judicial sino más bien a la propia administración, aunque con una función diferente, para resolver ese tipo de controversias (v. gr. el francés con el Consejo de Estado y los que siguen tal modelo).

---

17 Despues de la reforma constitucional parcial por la Ley No. 3124 de 25 de junio de 1963, el artículo 49 de la Constitución Política de Costa Rica dispone lo siguiente:

*“Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.*

*La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.*

*La Ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”.*

En definitiva, las opciones político-jurídicas nacionales del tipo de Estado, de la organización judicial y del modelo de justicia administrativa adoptado, no deben menguar la vigencia del principio de la plena justiciabilidad de la actuación administrativa. No obstante, la intensidad con que rige el principio, obviamente, dependerá de la configuración constitucional y legal que haya elegido cada Estado, aunque como lo hemos afirmado, al transformarse, progresivamente, tal principio general en un derecho fundamental o humano, parece ser que los Estados nacionales deben efectuar el mayor esfuerzo normativo y organizativo para consagrar adecuadamente la vigencia, goce y ejercicio del mismo. La diferencia de hablar de un principio general de la plena justiciabilidad de la conducta administrativa o de un derecho humano o fundamental en tal sentido es que en el primer caso carece de mayor valor normativo o preceptivo, a diferencia de cuando se le concibe como un derecho fundamental y humano que vincula fuertemente a los poderes públicos asumiendo la condición de un *higher law* o de un *ius eminens*. La tendencia mundial que se manifiesta en la jurisprudencia de los Tribunales regionales encargados de la protección de los derechos fundamentales, según el sistema que se trate (Europeo o Americano) es que se le conciba como un derecho humano que dimana del contenido esencial de otros derechos tales como el de la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la defensa, en este caso, frente a los poderes públicos y sus conductas de tipo administrativo.

Los Estados están compelidos, actualmente, a consagrar una justicia administrativa plenaria y universal, independientemente del modelo de Estado –compuesto o federado o unitario–, del tipo de organización judicial adoptada y del modelo de justicia que se siga (judicialista puro, impuro o administrativista), que le permita a cualquier administrado discutir e impugnar con las garantías de una tutela judicial efectiva, el debido proceso y la defensa, cualquier conducta administrativa. Se trata de una cuestión que dejó de estar librada a la discrecionalidad política de cada Estado, donde el margen

de apreciación nacional se ha visto fuertemente reducido, en aras de lograr esos dos caracteres que son la plenitud y la universalidad. Lo contrario, supondría la infracción de derechos humanos básicos de las personas como el acceso a la jurisdicción, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la defensa. Parece, entonces, que lo único que queda librado al margen de apreciación nacional y soberano de cada Estado es el tipo de organización jurisdiccional y el modelo de justicia administrativa que, finalmente, se adopte, sin que pueda admitirse, de manera obvia, primero, la ausencia de una justicia administrativa que garantice el goce y ejercicio de las situaciones jurídicas sustanciales, llámese derechos subjetivos o intereses legítimos, y segundo, una justicia administrativa que admita reductos exentos del control de legalidad o, en último término, de la supremacía de la ley sobre la conducta administrativa.

Todo lo anterior supone, de otra parte, que la justicia administrativa que se diseñe en el plano nacional no puede ser la tradicional, concebida a la luz del modelo francés, sea la eminentemente revisora o de anulación de un acto administrativo, con las pretensiones clásicas de mera anulación y de plena jurisdicción. Como es bien sabido, la conducta o función administrativa no sólo tiene como única manifestación la actividad formal de las administraciones públicas, sea los actos administrativos por escrito emitidos previo procedimiento administrativo, sino que ese concepto tiene otras formas de manifestación tales como las omisiones materiales y formales, las actuaciones materiales, manifestaciones que, de otra parte, no agotan la existencia de situaciones jurídicas nacidas y sometidas al Derecho Administrativo, por lo que ha debido acudirse a la noción dogmática de la “relación jurídico-administrativa”.

En definitiva, los Estados a partir de la vigencia del principio general del Derecho Administrativo o del Derecho fundamental o humano a la justiciabilidad de la conducta administrativa, están obligados, entonces, a concebir una justicia administrativa plenaria y universal que les permitan actuar

tal principio o derecho y que, sobre todo, impida la existencia de ámbitos de la función administrativa exentos del control de legalidad, por cuanto, eso sería una grave arbitrariedad o injusticia notoria que lesionaría derechos básicos y elementales de las personas que interaccionan con los poderes públicos. El cambio de paradigma en la justicia administrativa obedece, básicamente, al reconocimiento de la centralidad de la persona en el Derecho Administrativo<sup>18</sup>.

## **2. La necesaria ampliación tipológica de las pretensiones deducibles**

Tal y como hemos indicado, la justicia administrativa para que sea verdaderamente plenaria y universal debe dejar de bascular sobre el eje de esa tradicional y vetusta categoría dogmática que es el acto administrativo manifestado por escrito y previo procedimiento administrativo (actividad formal), por cuanto, la misma no agota todas las formas de manifestación de la función administrativa, al existir omisiones de tipo formal y material y actuaciones materiales que lesionan las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados y, en general, de otras formas de interacción o de relaciones jurídicas entre administrados y administraciones públicas.

El acto administrativo constituye la manifestación de la función administrativa por autonomía de la denominada “Administración Pública de limitación”, sea de la concepción del Estado policía o liberal de Derecho, donde la tónica era la vigencia de los derechos civiles y políticos, también denominados derechos de libertad, donde el Estado, únicamente, debía garantizarle a los particulares un margen considerable de autonomía de la voluntad, sin intromisiones o injerencias arbitrarias a través de una actitud predominantemente negativa. En el marco de este tipo de Estado el principio fundamental será la “prohibición del exceso”.

---

18 V. Fromont, Michel, op. cit., p. 263.

Con el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho o del Estado de bienestar, los administrados tendrán, adicionalmente, derechos prestacionales o también llamados sociales, económicos y culturales (v. gr. educación, salud, vivienda, etc.) que le imponen a los poderes públicos más que una actitud pasiva y negativa una activa brindando una serie de prestaciones para erradicar las desigualdades reales y efectivas existentes en el conglomerado social. Bajo este nuevo paradigma lo esencial será que los poderes públicos cumplan con las obligaciones positivas de hacer o de dar impuestas por el ordenamiento constitucional e infra-constitucional de desarrollo de aquél, por consiguiente, el principio rector será ahora el de la “prohibición del defecto”.

Las pretensiones clásicas de mera anulación y de plena jurisdicción deducibles frente a un acto administrativo formal, serán, entonces, a partir de ese momento, absolutamente insuficientes frente a las omisiones de tipo material en la prestación de servicios públicos debidos, las omisiones formales al no dictarse un acto formal impuesto por el ordenamiento jurídico y necesario para satisfacer los derechos de los administrados o bien ante un Estado más proactivo e incisivo en la realidad social, económica o cultural mediante actuaciones materiales desplegadas para el logro de la igualdad real y garantizar un mínimo vital a los ciudadanos.

Se requerirán, entonces, las denominadas pretensiones de condena para obligar a un poder público a subsanar una omisión indebida o para superar la situación antijurídica creada por una actuación material. Solo de esa forma será posible, entonces, concebir una justicia administrativa, verdaderamente, plenaria y universal. Esto supondrá que las leyes reguladoras o códigos sobre la justicia administrativa deben ampliar el espectro de las pretensiones que pueda deducir un administrado frente a un poder público, idealmente complementado con cláusulas residuales que le permitan impugnar cualquier manifestación de la función administrativa.

### **3. Agotamiento facultativo u optativo de la vía administrativa previa**

Para concebir una justicia administrativa plenaria y universal es menester superar una serie de lastres y prejuicios históricos que, actualmente, no tienen razón de ser. Se trata de una serie de privilegios de tipo formal de los que han gozado los poderes públicos frente a los administrados para acrecentar su posición ya, de por sí, superior al estar, presuntamente, dedicados al logro del interés general o público, en los procesos diseñados para impugnar sus conductas y que debilitan o retardan las posibilidades de impugnación o revisión que tienen los administrados.

Uno de estos privilegios formales lo ha constituido el agotamiento preceptivo de la vía administrativa o gubernativa previa que le impone al administrado agotar todas las instancias administrativas antes de acudir ante la justicia administrativa, como si ésta fuera una instancia posterior de lo que suceda en esa vía previa. Una de las razones históricas por las cuales hasta hace unos años se hablaba de “recurso contencioso-administrativo”, lo fue el agotamiento preceptivo de la vía administrativa como requisito preceptivo para acceder a la justicia administrativa, como si se tratara de una instancia ulterior, cuando lo cierto es que el principio del que nos ocupamos, los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la defensa y a la revisión o fiscalización de la función administrativa -este último para aquellos ordenamientos constitucionales que lo tienen expresamente recogido en la parte dogmática de sus constituciones- imponen que la justicia administrativa pueda accederse sin requisitos previos que desgasten al administrado y sin concebirla como una prolongación de lo que se discuta en la sede administrativa.

Si admitimos como una realidad incontrovertible el fenómeno de la “constitucionalización del Derecho” y, en particular, del Derecho Administrativo o la existencia de un “Dere-

cho Administrativo Constitucional”, es necesario examinar el privilegio del agotamiento preceptivo de la vía administrativa a la luz del parámetro de constitucionalidad y, en particular, de una serie de valores, principios y derechos admitidos universalmente y que forman, entonces, parte de una tradición constitucional común inherente al supra concepto de Estado constitucional de Derecho. Si el privilegio formal del agotamiento preceptivo como requisito de admisibilidad para acudir a la justicia administrativa puede tener sustento en una serie de principios de orden constitucional como la eficacia y la eficiencia o, incluso, la buena administración, es lo cierto que los mismos deben entenderse, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, subordinados a los derechos fundamentales y deben ceder ante éstos que constituyen la base del entero ordenamiento jurídico o, incluso, frente a otros principios constitucionales. Si se admite que el administrado o la persona es el centro de cualquier construcción jurídica, incluso, del Derecho Administrativo, no existe razón para dotar de una posición asimétrica a los poderes públicos, por el contrario, las administraciones públicas, modernamente, deben ser concebidas y entendidas como un sujeto de Derecho más del ordenamiento jurídico, de modo que resulta repugnante para el “Derecho de la Constitución”<sup>19</sup> la desigualdad crónica entre persona y ente público. Evidentemente, el reconocimiento u otorgamiento de una prerrogativa adjetiva de ese orden a los poderes públicos no tiene justificación objetiva y razonable, si se entiende que la conducta administrativa debe ser objeto de un control de legalidad plenario y universal, sobre todo si son creados y puestos en funcionamiento para servir y atender las necesidades de los administrados, sea si se les concibe como “organizaciones serviciales”. Desde tal perspectiva, el agotamiento preceptivo

---

19 Expresión de HAURIOU (Maurice), *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Editorial Reus, traducción Carlos Ruiz del Castillo, 1927, el Libro II es titulado por el autor “*El Derecho de la Constitución*”, el Capítulo II lo denominó “*La limitación del poder por el Derecho de la Constitución*” y la Sección Primera “*La limitación del poder por las reglas del Derecho de la Constitución*” pp. 280-304.

de la vía administrativa no resiste el escrutinio de constitucionalidad, no sólo por violentar el principio de la igualdad real, el que en algunos ordenamientos jurídicos se comporta como un derecho (derecho a la igualdad, tal y como lo proclama la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24) con un grado normativo o preceptivo superior. De otra parte, la figura dogmática de comentario lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva por varias razones como las siguientes:

- a) Normalmente, el administrado al interponer los recursos administrativos ordinarios procedentes, no logra que el propio órgano que dictó el acto administrativo o su superior lo modifique o anule, de modo que como lo indica García de Enterría, siguiendo la expresión de un juez americano, es como “sacar agua de un pozo seco”<sup>20</sup>, al no lograr obtener nada con la interposición de los recursos se transforma en una pesada carga o en un prolongado “calvario” o “*via crucis*”.
- b) La etapa recursiva del procedimiento administrativo suele prolongarse más allá de los plazos legales y de lo que puede concebirse como un plazo razonable, extendiéndose indefinidamente e incluso por años la posibilidad de acceso a la justicia administrativa, sin posibilidad de hacerlo inmediatamente y cuando lo estime oportuno.
- c) La sumatoria del plazo para sustanciar el procedimiento administrativo para el dictado del acto administrativo, el requerido para plantear y ser resueltos los recursos ordinarios procedentes y el necesario para obtener sentencia ante la justicia administrativa, provoca que los administrados obtengan una justicia tardía, la que, a la postre, puede transformarse –según su prolongación y circunstancias particulares de los administrados justi-

---

20 V. García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Ed. Civitas, 2<sup>a</sup>. edición, 1992, p. 67.

ciables- en una denegación de justicia. Se trata, entonces, de una prolongación perversa a favor de cualquier ente público que tiene una vocación de pervivencia superior a cualquier persona física. Los entes públicos permanecen -por su condición de personas jurídicas- en tanto que los administrados pasan, los administrados tienen alma, corazón, sentimientos, emociones y aspiraciones, a diferencia de los primeros, cuyos funcionarios están dispuestos a prolongar, indefinidamente y por generaciones, la resolución de los asuntos de los administrados, provocando que sean los deudos de estos los que cobren sus créditos y ejerzan sus derechos.

A la luz del bloque de constitucionalidad la interpretación más favorable a la eficacia expansiva y progresiva de los derechos fundamentales y a su vinculación más fuerte, es la que aboga por el carácter facultativo u optativo del agotamiento de la vía administrativa, de manera que quede a la libérrima elección del administrado, de modo que sea éste quien, después de efectuar un juicio de ponderación acerca del éxito eventual de los recursos interpuestos en la sede administrativa, decida si los interpone o no. En definitiva, el carácter electivo de la vía administrativa previa, resulta absolutamente acorde con los derechos de los administrados de acceso a la justicia, de la tutela judicial efectiva, así como con los principios o derechos -según se configure en cada ordenamiento jurídico- a la igualdad y a la fiscalización plena y universal de la conducta administrativa. Solo de esta manera se logra dignificar al ser humano o a la persona que lucha contra los poderes públicos provistos, ya de por sí, de prerrogativas de tipo sustancial. Deberán quedar a salvo aquellos casos en que el constituyente originario o el derivado o poder de enmienda haya dispuesto, en el propio texto constitucional, que es necesario el agotamiento preceptivo, sin embargo esta afirmación, cada día es más relativa, sobre todo en América, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha impuesto a los jueces nacionales o locales el deber de ejercer el denominado control

de convencionalidad difuso, tanto sobre normas constitucionales originarias o derivadas como, desde luego, las de rango infra constitucional<sup>21</sup>.

#### **4. El reto de una justicia administrativa más informal**

Para el logro efectivo de una justicia administrativa plenaria y universal es preciso hacerla más informal y espiritual y no tan ritual como tradicionalmente lo ha sido, básicamente, en aras de dotar a los entes y órganos públicos de mayores privilegios formales. Si forma parte del interés general, al cual sirven con objetividad las administraciones públicas, el respeto de los derechos fundamentales y humanos de los administrados, entonces, tales privilegios que rigidifican la justicia administrativa y, ocasionalmente, la tornan inaccesible, deben ser erradicados.

La deformalización de la justicia administrativa pasa por varios aspectos esenciales, tales como los siguientes:

- a) Establecer plazos más amplios, como sucede en la mayoría del resto de las disciplinas procesales, para acceder a la justicia administrativa. No se justifica el establecimiento de plazos de caducidad fatales y excesivamente cortos, por el contrario, se deben establecer plazos más amplios y de prescripción, con la posibilidad de suspenderlos e interrumpirlos por las causales clásica y generalmente admitidas. Lo óptimo es que el plazo para acudir a la justicia administrativa corresponda con el plazo de prescripción del derecho sustantivo. Adicionalmente, cuando la infracción de la situación jurídica sustancial invocada por el administrado continua en

---

21 V. Jinesta Lobo, Ernesto, "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales". En *El control difuso de convencionalidad*, -Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor-, México, Fundap, 2012, pp. 269-288.

el tiempo, el plazo debe correr a partir de su cesación quedando abierto en tanto persista la misma.

- b) La superación del privilegio formal del acto administrativo tácitamente consentido, el que tiene una lógica irrefutable cuando se parte del carácter preceptivo del agotamiento de la vía administrativa previa. Si la adecuación de la figura del agotamiento de la vía administrativa al parámetro de constitucionalidad y convencionalidad pasa por estimarla como facultativa u optativa, la figura del acto consentido debe ser reputada como inconstitucional puesto que obliga a interponer los recursos administrativos ordinarios procedentes, impidiendo el acceso directo a la justicia administrativa.

## **5. Capacidad procesal y legitimación: Una justicia administrativa más democrática y accesible**

Una justicia administrativa plenaria y universal que procure reducir al máximo cualquier reducto exento del control de legalidad debe estar regentada por reglas de capacidad y de legitimación procesales democráticas y flexibles que aseguren las mayores posibilidades de fiscalización de la conducta administrativa. Una justicia administrativa centrada en la defensa de derechos subjetivos e intereses legítimos personales y directos, cierra las posibilidades de impugnación y, por consiguiente, de participación ciudadana y los diversos colectivos en procura de la adecuación sustancial al bloque de legalidad de la conducta administrativa, circunstancia que repercute, necesariamente, en el logro efectivo del interés general.

Consecuentemente, se deben establecer principios y reglas suficientemente elásticas sobre la materia, permitiendo que los menores de edad tengan capacidad procesal de acuerdo con su grado de madurez específica, incluso con posibilidad de comparecer directamente, sin necesidad de representante,

asimismo que los grupos, las uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autónomos que son afectados en sus intereses legítimos, incluso sin necesidad de estar integrados en estructuras formales u organizacionales, puedan comparecer ante la justicia administrativa.

En materia de legitimación resulta clave la posibilidad que ciertas organizaciones colectivas formalmente constituidas puedan acudir en defensa de los intereses corporativos o gremiales (v. gr. sindicatos, asociaciones de empresarios, asociaciones de consumidores, etc.). Asimismo, debe contemplarse que una persona o grupo de personas puedan invocar la defensa de intereses difusos en ciertas materias de gran trascendencia como la defensa del dominio público constitucional, del patrimonio cultural, el ambiente, urbanismo, la protección al consumidor, la promoción de la competencia, etc.

Debe, también, cuando lo dispone expresamente una ley sectorial, proceder la acción popular en procura de la conformidad sustancial de la conducta administrativa con el bloque de legalidad.

## **6. Medidas cautelares en la justicia administrativa**

El replanteamiento de las pretensiones para alcanzar una justicia administrativa plenaria y universal, demanda, paralelamente, un redimensionamiento de las medidas cautelares que pueda decretar el juez administrativo. Remozamiento de la tutela cautelar y de los poderes cautelares del juez administrativo es lo que impone una justicia plenaria y universal, sin ámbitos inmunes al control de legalidad ejercido por aquél.

Una justicia administrativa revisora y objetiva que regula, únicamente, el juicio al acto administrativo formal con pretensiones de mera nulidad y de plena jurisdicción, lamentablemente, únicamente, concibe como única medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impug-

nado. Cuando se da el paso hacia una justicia administrativa plenaria y universal, con pretensiones administrativas de todo tipo, incluso, frente a las omisiones formales o materiales y las actuaciones materiales e, incluso, pretensiones abiertas – justificadas por la categoría residual de la “relación jurídico-administrativa”-, se precisa de un sistema cautelar *numerus apertus*. El nuevo paradigma de una justicia administrativa plenaria y universal, frente al tradicional de excepción, entendida como revisora y objetiva, demanda un arsenal considerable de poderes y medidas cautelares en manos del juez administrativo, cuyos criterios determinantes sean los principios de proporcionalidad en sentido estricto, idoneidad y necesidad o de intervención mínima para garantizar, provisionalmente, la efectividad de la sentencia de mérito que se haya de proferir.

En definitiva, el cambio de paradigma en materia de justicia administrativa, sea de un modelo objetivo y excepcional a uno subjetivo, plenario y universal, demanda que los administrados cuenten con la posibilidad de requerir y de otorgárseles cualquier medida cautelar que sea necesaria, idónea y oportuna para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito, como acontece en el resto de los procesos<sup>22</sup>. La dignificación de la persona humana que lucha contra los poderes públicos y el principio o derecho a la igualdad así lo imponen.

22 García de Enterría, señala que la justicia administrativa “se ha situado en el mismo nivel que el proceso civil entre partes privadas, donde nadie puede discutir que se enfrentan dos pretensiones equivalentes en cuanto a la titularidad potencial de los mismos derechos, y respetando el principio básico de todo litigio judicial, que es el de igualdad de armas” Las transformaciones de la justicia administrativa, p. 135. Fromont observa, en el entorno europeo, a propósito de las últimas reformas en el ordenamiento jurídico español, francés y el alemán, que se ha producido un acercamiento entre los poderes tradicionales del juez ordinario en el Derecho Privado y los del juez administrativo, afirmando “ya no más el derecho público sería un derecho inequitativo frente a un derecho privado igualitario. En efecto, los dos derechos se acercan: el derecho público se esfuerza cada vez más en asegurar una cierta igualdad entre el individuo y el Estado, e, inversamente, el derecho privado es, progresivamente, inducido a tener en cuenta las desigualdades de hecho, es decir, a proteger la parte más débil (...)” op. cit., p. 264.

De otra parte, la sola consideración de la existencia, hasta hace poco innominado o atípico, de un derecho fundamental a la tutela cautelar, como parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, que ha proclamado la doctrina desde el último lustro del siglo pasado<sup>23</sup> y acogieron muchos Tribunales constitucionales e, incluso, regionales, impone la necesidad de establecer un sistema de medidas cautelares completo, flexible y amplio. En tal sentido, se precisa, además de una válvula de escape o de una cláusula residual que hable al juez administrativo para disponer cualquier medida cautelar proporcionada, idónea, necesaria y oportuna, de la regulación de las medidas cautelares positivas, también llamadas anticipatorias o innovativas, no sólo la clásica negativa o conservativa de la suspensión de la ejecución, en una amplia tipología que comprenda las inhibitorias, ordenatorias y las sustitutivas<sup>24</sup>.

Obviamente, en tal regulación se deben consagrar y respetar ciertas categorías dogmáticas clásicas a las medidas cautelares, tales como la instrumentalidad, provisionalidad, *summaria cognitio* y la urgencia, siendo que esta última característica de la tutela cautelar justifica las medidas cautelares provisionalísimas, las *inaudita altera parte* y las *ante causam*. De otra

23 Así García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Ed. Civitas, 1992, pp. 174 y 208. García de Enterría (E.), "Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo", *Civitas REDA*, No. 76, oct.- dic., 1992, p. 630. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "Suspensión del acto y medidas cautelares". *Poder Judicial*, No. 21, marzo 1991, p. 145. Gimeno Sendra, Vicente, et alt, *Derecho Procesal Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 665. Chinchilla Marín, Carmen, "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales". *Revista de Administración Pública*, No. 131, may-agosto 1993, p. 171.

24 Clasificación tipológica planteada por Sica, Marco, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza. Nei confronti Della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffré Editore, 1991, pp. 246-286 y seguida por Jinesta Lobo, Ernesto, *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, San José, Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995, pp. 285-287.

parte, también deben tenerse como referentes indispensables para disponerlas lo que la doctrina ha denominado los presupuestos de las medidas cautelares que son el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que pasa por un juicio de probabilidad sobre el éxito eventual de la pretensión o la actitud de la propia administración y el *periculum in mora*, representado por la amenaza fundada, razonable y objetiva de que la situación jurídica sustancial invocada resulte seriamente dañada o perjudicada de modo grave e irreparable durante el tiempo necesario para dictar sentencia, tanto el peligro de inutilidad como el de retardo de la sentencia de mérito. Al respecto, también, resulta importante la regulación de la bilateralidad del *periculum in mora*, sea la necesaria ponderación del interés público y de los intereses de terceros cuando se decreta una medida cautelar.

## **7. Tipología de sentencias en la justicia administrativa**

Si el imperativo de una justicia administrativa plenaria y universal supone el replanteamiento de las pretensiones, las reglas de la capacidad procesal, de la legitimación y de las medidas cautelares admisibles, lógicamente, se producirá, también, un impacto sobre la taxonomía de las sentencias que pueda dictar el juez administrativo.

Aparte de las sentencias meramente declarativas y constitutivas, clásicas en el ámbito de una justicia administrativa objetiva y revisora de un acto administrativo, lo importante será regular las sentencias condenatorias que le permitan al juez administrativo imponerle a los poderes públicos toda suerte de obligaciones de hacer, no hacer o de dar y las mixtas (meramente declarativas, constitutivas y de condena), evitándose toda suerte de enunciación *numerus clausus* o *taxativa*, dejando abierta la posibilidad de dictarse cualquier pronunciamiento para brindar plena efectividad a la tutela judicial administrativa o el restablecimiento pleno de la situación jurídica sustancial invocada. También resulta conveniente, por razones

de economía procesal, que el juez administrativo pueda referirse en la sentencia a toda conducta conexa con la impugnada, desde luego, según el prudente arbitrio judicial y las reglas de la sana crítica y el auto-control.

Dado el carácter complementario que ofrece la construcción dogmática de la “relación jurídico-administrativa”, el juez administrativo debe tener habilitación suficiente para declarar en sentencia la existencia, inexistencia o contenido –derechos y obligaciones recíprocas– de una relación de tal naturaleza y, eventualmente, emitir un pronunciamiento de condena a una obligación de hacer, no hacer o de dar.

En esta materia, resulta conveniente, tratándose de obligaciones pecuniarias concederle al juez administrativo la posibilidad de reajustarlas o actualizarlas a través de algún mecanismo objetivo (indexación judicial), todo en aras de los principios de la intangibilidad relativa del patrimonio –evitándose un enriquecimiento ilícito de la administración pública vencida o un empobrecimiento sin causa del administrado victorioso–, justicia y equidad. De igual manera, si las partes han pactado algún mecanismo de indexación diferente, el juez administrativo debe tener la facultad de homologarlo.

## **8. Instrumentos para la ejecución de sentencias en la justicia administrativa**

Actualmente se admite, de manera general y casi universal, que la ejecución plena e íntegra de la sentencia debe estar en manos de la justicia administrativa, en cuanto forma parte de la tutela judicial efectiva, siendo que, incluso, los sistemas más refractarios a esa idea como el francés y el español rectificaron a fines del siglo pasado, dejando de lado el viejo prejuicio revolucionario francés de que ningún órgano ajeno a la administración podía interferir en la actuación de la administración activa.

La ejecución plena e íntegra del fallo de mérito, hace parte de una justicia administrativa cumplida y efectiva, de ahí la importancia de fortalecer, cada día más, las potestades de ejecución del juez administrativo para conminar a los poderes públicos al cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia.

Sobre la particular resulta conveniente instituir dentro de la justicia administrativa respectiva un “cuerpo de jueces de ejecución” o de “jueces ejecutores”, con plenos poderes para la plena efectividad y eficacia de las sentencias y demás resoluciones. La especialización de los órganos encargados de ejecutar lo juzgado, cualesquiera que sea el esquema de justicia administrativo seguido en un país, se traduce, sin duda alguna, en una mayor celeridad y eficiencia en la fase de ejecución, dado que, los jueces de trámite y de conocimiento se encuentran absorbidos por otras responsabilidades y deberes, adicionalmente, el volumen de litigiosidad administrativa crece cada día exponencialmente, siendo la especialidad una respuesta adecuada.

Asimismo, tal especialización, le permite al “juez ejecutor” acumular una serie de destrezas, habilidades y conocimientos indispensables frente a los poderes públicos para evitar que la sentencia o resolución se convierta en una declaración platónica de principios (*flatus vocis*). El juez ejecutor debe estar provisto de los poderes y habilitaciones legislativas suficientes, siendo los únicos límites razonables aquellos que dimanan del contenido del fallo que es ejecutado y el principio de proporcionalidad en sus diversas vertientes, tales como la idoneidad o adecuación, la necesidad o intervención mínima y la proporcionalidad en sentido estricto.

Un instrumento vital para la ejecución forzosa, ya que, la ejecución voluntaria y espontánea es el desiderátum, lo constituyen las multas coercitivas impuestas al funcionario público que incumple sin justa causa los requerimientos del juez ejecutor. Debe tratarse de multas significativas, impuestas previa

observancia del debido proceso y susceptibles de cobrarse por la vía ejecutiva.

Cabe, también, plantearse la posibilidad de imponer multas coercitivas de tipo institucional, sea al ente público que incumple, cuando se debe no a faltas directamente imputables a un funcionario público sino ajenas al mismo y más bien atribuibles a la institución.

De igual manera, debe sopesarse la posibilidad de introducir como causal de suspensión o despido de un funcionario público, cuando el mismo incumpla por dolo o culpa grave una sentencia firme emitida por la justicia administrativa.

Tratándose de obligaciones pecuniarias o dinerarias, la certificación emitida por el juez ejecutor y remitida al responsable de la ejecución presupuestaria debe constituir título suficiente y único para el pago respectivo, debiendo el funcionario incluir el contenido presupuestario requerido para el debido cumplimiento en el presupuesto inmediato siguiente. En garantía de lo cual, la omisión debe reputarse como una falta grave de servicio generadora de responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal, además de causa de responsabilidad administrativa por falta personal, disciplinaria y penal del funcionario.

Debe admitirse, también, que la certificación del adeudo por el juez ejecutor permita el ajuste o la modificación de un presupuesto público en ejecución o bien la confección de uno extraordinario para dar cabal cumplimiento a lo resuelto, todo dentro de un plazo perentorio y razonable. En caso de incumplimiento, el juez ejecutor debe comunicar al Tribunal de Cuentas o a la Entidad de Fiscalización Superior respectiva (llamadas en algunos países “Contralorías”) para que no ejecute ningún trámite de aprobación o modificación presupuestaria del ente incumplidor, hasta tanto no se incluya la partida presupuestaria pertinente. Esta paralización presupuestaria,

como herramienta para conminar al cumplimiento efectivo, podría ser dimensionada por el juez ejecutor para no afectar la gestión sustantiva de la entidad, el respeto de las situaciones jurídicas sustanciales de terceros o la satisfacción efectiva del interés general.

Uno de los grandes escollos para la ejecución plena e íntegra del fallo lo constituye el privilegio de la inembargabilidad de los bienes de las administraciones públicas. En nuestro criterio, sobre este extremo deben romperse ciertas ataduras dogmáticas, en primer término, debe admitirse, de principio, la embargabilidad de los bienes privados de los poderes públicos con ciertas modulaciones, en segundo lugar, es preciso romper el viejo dogma de la inembargabilidad de los bienes del dominio público. En efecto, la ausencia de distinciones relevantes tratándose del dominio de los poderes públicos, ha impedido que la tutela judicial administrativa sea verdaderamente efectiva. Evidentemente, habrá ciertos bienes del dominio público natural o artificial que no son susceptibles de embargo, precisamente, por estar librados al uso y aprovechamiento común, tales como la zona marítimo-terrestre o franja costera, los ríos, lagos, las plazas y parques, caminos, mercados y cementerios públicos. Igualmente, no deben ser embargables los bienes del dominio público vinculados a la prestación de servicios públicos esenciales en materia de salud, educación o seguridad o cualquier otro que sea calificado como tal por el juez administrativo. Tampoco podría embargarse los bienes públicos sobre los que un particular tenga algún título habilitante (v. gr. permiso, concesión, etc.). Pero fuera de esos bienes del dominio público, el juez administrativo debe ponderar la posibilidad de su embargo para el logro de una justicia administrativa plena y universal.

### III. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONTROL POR LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

En 1961, Eduardo García de Enterría, cuando escribió sus “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”<sup>25</sup> parafraseando a Hans Huber, señalaba que la discrecionalidad es “(...) “el caballo de Troya dentro del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho”, por donde toda la estructura de éste podría derrumbarse”<sup>26</sup>, con lo cual apuntaba la necesidad de buscar y aplicar nuevas técnicas del control de discrecionalidad, aparte de la ya tradicional de la desviación de poder.

De esa manera, García de Enterría, daba a entender que el ámbito de la discrecionalidad administrativa puede ser un foco relevante de inmunidad al control de legalidad que obstruya el logro de una justicia administrativa plenaria y universal. Precisamente, por eso, en la obra citada de 1961 y en su más que clásica “La lucha contra las inmunidades del poder”, escrita un año después, sea en 1962, expondrá, magistralmente, las nuevas técnicas y herramientas para el control pleno de la discrecionalidad administrativa.

Como sabemos, las tres técnicas alternativas –a la desviación de poder– que propuso García de Enterría en 1962, fueron las siguientes<sup>27</sup>:

- a) El control de los hechos determinantes que facultan para el uso de una facultad discrecional, dado que, el supuesto de hecho existe o no existe. Se trata, entonces, del control por el juez administrativo de la situación

---

25 Memoria para opositor la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid, actualmente recogida en la obra *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, primera reimpresión, 1<sup>a</sup> Edición, 1986.

26 *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, p. 41.

27 *La lucha contra las inmunidades del poder*, pp. 30-49.

fáctica que habilita a la administración para ejercer la discrecionalidad y que debe verse reflejada en la motivación del acto administrativo como elemento formal, al comprender la misma el conjunto de antecedentes fácticos que justifican su dictado.

- b) El control sobre los conceptos jurídicos indeterminados muy usuales en el Derecho Administrativo y público en general (v. gr. interés público o general, buena administración, precio justo, utilidad pública, urgencia, orden público, etc.), que tienen un margen de apreciación positiva y negativa y un halo de incertidumbre, pero, que al fin y al cabo pueden ser fiscalizados por el juez administrativo a través de criterios de valor, técnicos o científicos o de experiencia. El concepto jurídico indeterminado al ser aplicado a una circunstancia concreta se da o no, por lo que ofrecen una única solución justa. Lo anterior a diferencia de la discrecionalidad que ofrece una pluralidad de soluciones justas posibles al suponer un margen de libertad de elección.
- c) El control a través de los principios generales del Derecho Administrativo. Las administraciones públicas están sujetas no solo a la ley sino también a los principios generales del Derecho que forman parte del bloque de legalidad, que lo fundamentan y estructuran. García de Enterría apunta que en ninguna otra parcela del ordenamiento jurídico como en el Derecho Administrativo, son tan necesarios los principios generales como mecanismo de control dado el conjunto dinámico y caótico de normas administrativas. Así los principios de proporcionalidad, interdicción de arbitrariedad, protección de la confianza legítima, buena fe e igualdad, serán esenciales para controlar el ejercicio de las facultades administrativas discretionales. Incluso García de Enterría, entiende que los derechos fundamentales y humanos constituyen un límite infranqueable de la

discrecionalidad, por cuanto, son “principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico”<sup>28</sup>.

En nuestro criterio, resulta relevante que cada legislación nacional incluya, de manera expresa, los derechos fundamentales y humanos como un límite sustancial de la discrecionalidad, no por tener la condición de principios sino de derechos plenamente exigibles con una eficacia normativa o preceptiva superior y más intensa a la de cualquier principio general del Derecho. De otra parte, debe tomarse en consideración, también, que las reglas unívocas y de aplicación exacta de la ciencia y la técnica también deben constituir un valladar relevante de la discrecionalidad, por cuanto, las administraciones públicas, por ejemplo, al ejecutar una obra pública como un camino público y fijar su trazado o derrotero, no podría ejercer una libertad de elección que transgreda las reglas científicas en materia de ingeniería y geología.

Actualmente, han surgido nuevos límites a la discrecionalidad administrativa, sobre todo en materia de emisión de normas reglamentarias y, más en general, de regulación, que son el denominado “análisis costo-beneficio” (*cost/benefit analysis* o por sus siglas en inglés CBA) y el “análisis o evaluación del impacto regulatorio” (en inglés *Regulatory Impact Assessment* y por sus siglas RIA). Estas figuras recientes, imponen, antes de implementar una política pública que suponga regulación o emisión de reglamentos administrativos, efectuar los estudios interdisciplinarios necesarios para reducir sus costos, cargas, el impacto y la afectación que produce en los administrados y grupos de éstos, lo cual reduce, ostensiblemente, el margen de libre decisión o discrecionalidad en la toma de decisiones políticas o administrativas fundamentales, sobre todo dentro de un procedimiento de consulta y participativo. Incluso, con estas herramientas, se produce una redimensión del concepto

---

28 op. ult. cit., p. 48.

de interés público, por cuanto, su definición ya no dependerá, en exclusiva, de la administración pública sino de la ponderación y equilibrio entre costos y beneficios, de manera que una decisión de regulación debe justificarse y motivarse, para acreditar que es mejor e inteligente (*better and smart regulation*)<sup>29</sup>.

Todo ordenamiento jurídico que pretenda alcanzar y actuar el principio de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa, debe, necesariamente, incorporar todas las técnicas de fiscalización de la discrecionalidad apuntadas. Producto de su aplicación queda una discrecionalidad residual, no fiscalizable, por cuanto, se trata de la expresión última o núcleo duro de la libertad de decisión que supone el uso de una facultad discrecional, la idea y el propósito, es, entonces, reducir, a la mínima expresión, cualquier arbitrariedad administrativa.

#### IV. LA CUESTIÓN DEL “ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO”

Fue Eduardo García de Enterría quien advirtió desde 1962 en su obra clásica “La lucha contra las inmunidades del poder” que la categoría de los “actos políticos o de gobierno” era una zona inmune al control de legalidad ejercido por la justicia administrativa y que debía suprimirse radicalmente o, por lo menos, reducirse a su mínima expresión, siendo objeto de una interpretación restrictiva, por asentarse en la idea superada e incompatible con el Estado de Derecho de la “razón de Estado”.

La distinción surge a partir de la diferenciación entre política o gobierno y administración, o entre función política o de gobierno, llamada, también, de dirección política, y función administrativa, la que no resulta nada fácil, dada la difícil aprehensión o deslinde material de sendos conceptos, por su

---

<sup>29</sup> V. Auby, Jean-Bernard, y Perroud, Thomas, *La evaluación de impacto regulatorio*, Sevilla, INAP y Editorial de Derecho Global, 2013, pp. 11-66, se trata de la introducción a la obra a cargo de estos dos autores.

contenido múltiple o heterogéneo y amorfo. En la doctrina fracasaron los intentos de sistematización de los denominados actos políticos o de gobierno, tanto por el fin o móvil, por su naturaleza sustancial y, el más inconveniente, de la enumeración o lista jurisprudencial por el efecto extensivo y no restrictivo que podía tener.

La regla debe ser que cualquier acto emanado de los órganos de Gobierno, incluso, de la máxima jerarquía y relevancia, que se encuentren sometidos a un régimen legal deben ser controlados por la justicia administrativa, por cuanto, le corresponde a ésta ejercer el control de legalidad, no admitiéndose, bajo ningún concepto, una zona de inmunidad jurisdiccional.

Todo dependerá, entonces, del régimen jurídico positivo vigente en cada ordenamiento jurídico. Luego, si se trata de actos emanados de órganos del Gobierno cuyo régimen jurídico sustancial se encuentra regulado en la propia Constitución o en otro componente del parámetro de constitucionalidad y no en norma infra constitucional, le corresponderá, entonces a la jurisdicción constitucional ejercer el control de constitucionalidad. De modo que la posibilidad de residenciar un acto político o de gobierno ante la justicia administrativa dependerá de si se encuentra regulado por el ordenamiento infra-constitucional o, exclusivamente, por el constitucional. En ningún caso, incluso tratándose de la dirección y gestión de las relaciones internacionales o de las interacciones o relaciones entre los poderes constitucionales, el acto será inmune, por cuanto, podrá ser residenciado ante la justicia administrativa o constitucional, según el régimen sea legal o constitucional, por cuanto, incluso los actos políticos están sujetos al ordenamiento jurídico, lo que pasa es que hay que determinar el rango y jerarquía del mismo para deslindar la competencia del control de legalidad del control de constitucionalidad. En caso de ser mixto el régimen -legal y constitucional- se deben separar las órbitas del control de legalidad del de constitucionalidad. Se trata de un supuesto, precisamente, donde el control

de legalidad y el de constitucionalidad se complementan en aras de lograr la vigencia efectiva de la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa.

## V. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONDUCTA ADMINISTRATIVA POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, como una fase superior del Estado legal de Derecho, mediante jurisdicciones constitucionales robustas, generalizadas después de la posguerra, que se encargan de velar por el principio de la supremacía constitucional, ha supuesto que los poderes públicos deben adecuarse y someterse no solo a la ley, sino también a la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional público en materia de Derechos Humanos. Los parámetros o bloques de constitucionalidad y convencionalidad vinculan más intensa y fuertemente a las administraciones públicas más, incluso, que el bloque de mera legalidad.

Las constituciones modernas están conformadas por una parte dogmática que contiene los valores, principios esenciales de la organización política y social, así como los derechos fundamentales y otra orgánica donde se establecen los entes y órganos de relevancia constitucional, así como sus competencias y atribuciones, las que deben ser escrupulosamente observadas por las administraciones públicas. Luego, en el ámbito del derecho internacional público, existen convenciones y protocolos de carácter universal y regional que le consagran a los administrados una serie de derechos humanos frente a los poderes públicos, a los que, también, deben someterse las administraciones públicas.

Para la defensa y protección del bloque de constitucionalidad han sido erigidos los Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales, a través de la jurisdicción constitucional de la libertad

(amparo y habeas corpus) y de la jurisdicción constitucional orgánica (acción de inconstitucionalidad y otros mecanismos).

El sometimiento pleno de las Administraciones Públicas al bloque de constitucionalidad supone un paso relevante en la afirmación del principio de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa, por cuanto, el control de constitucionalidad, en sentido amplio, ejercido por la justicia constitucional viene a complementar el control de legalidad que, tradicionalmente, ha desplegado la justicia administrativa.

La intensidad y el alcance del control de constitucionalidad que pueden ejercer los Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales, depende, esencialmente, de la configuración legislativa nacional de sus atribuciones y competencias. Sin embargo, intentaremos, efectuando una labor de abstracción y generalización, señalar cuáles deben ser las características idóneas de ese control para abonar y fortalecer el principio de la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa.

## **1. El amparo y el control de la conducta administrativa<sup>30</sup>**

El proceso de amparo, como uno de los componentes básicos de la justicia constitucional, ofrece posibilidades infinitas y fecundas para el control pleno y universal de la conducta administrativa.

Se trata, por lo general, de un proceso sumario seguido contra cualquier acto formal, actuación material u omisión –formal o material– de las administraciones públicas que infringe un derecho fundamental, emplazado en la parte orgánica de la respectiva constitución, y en algunos ordenamientos jurídicos que han constitucionalizado los instrumentos del

---

30 V. AA. VV., *El derecho de amparo en el mundo* -Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinadores-, México, Editorial Porrúa, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, in totum.

Derecho Internacional público de Derechos Humanos –sea por cláusula constitucional expresa o por una jurisprudencia progresista– los contenidos en convenciones y protocolos internacionales o regionales. Incluso, algunos Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales, admiten la defensa y protección de derechos humanos contenidos en el *soft law internacional*, tales como declaraciones, resoluciones y recomendaciones de ciertos órganos internacionales o regionales.

Obviamente, en cuanto a las conductas administrativas objeto del proceso de amparo, puede haber variaciones sustanciales de un ordenamiento jurídico nacional a otro, pero en términos generales y óptimamente, debería estar diseñado para impugnar cualquier conducta administrativa violatoria de derechos fundamentales o humanos (v. gr. actos formales, actuaciones materiales, omisiones formales y materiales).

Sea que el amparo tenga un carácter residual o subsidiario –debiendo agotarse las vías internas de protección ordinarias– o principal, se erige en un instrumento poderoso y esencial para la tutela efectiva de los derechos fundamentales y, como hemos indicado, en algunos casos, de los derechos humanos, frente a las violaciones que perpetren los poderes públicos. En algunos sistemas jurídicos el amparo no tiene un efecto meramente reparador (reparación por equivalente a través de una condena al pago de los daños y perjuicios), sino, también, de pleno restablecimiento del goce y ejercicio del respectivo derecho fundamental o humano, mediante el dictado de sentencias de condena que le imponen obligaciones de hacer, no hacer o abstenerse o de dar a las administraciones públicas.

La intensidad del proceso de amparo como garantía para el logro del principio de la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa, crece notablemente, en aquellos ordenamiento jurídicos cuyas constituciones o jurisprudencia constitucional, admite la tutela y defensa de los derechos sociales o prestacionales, denominados en el ámbito internacional

como sociales, económicos y culturales (DESC), por cuanto, en esta materia las condenas a los poderes públicos a obligaciones de hacer, no hacer o dar, son más intensas. Así sucede, por ejemplo, en la mayoría de los países latinoamericanos, siendo demostración de esto la jurisprudencia progresista y sanamente activista emitida por ciertas instancias como la Sala Constitucional de Costa Rica, la Corte Constitucional Colombiana y el Tribunal Constitucional de Chile. Se trata, entonces, de un mecanismo para actuar plenamente el concepto de “administración prestacional” que procura la erradicación de las desigualdades reales y efectivas existentes en el conglomerado social, mediante la prestación efectiva de ciertos servicios básicos y esenciales a los sectores de población en desventaja que les aseguren un mínimo vital.

Importa señalar que, en algunos ordenamientos jurídicos, el amparo resulta un mecanismo de control de los actos políticos o de gobierno que lesionan derechos fundamentales o humanos, lo que fortalece, notablemente, el principio de la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa.

## **2. Cuestiones de constitucionalidad y control de la actuación administrativa**

En lo relativo a la jurisdicción constitucional orgánica, cada ordenamiento jurídico varía en cuanto a los mecanismos que incorpora. En términos generales, el control de constitucionalidad *a posteriori*, que es el que nos interesa, por cuanto, el control *a priori* está dirigido a proyectos de ley, podemos, segmentarlo en el control concreto y el control abstracto.

Dentro del control de constitucionalidad concreto que supone un asunto previo (v. gr. un proceso jurisdiccional ordinario), tenemos la acción de inconstitucionalidad, interpuesta por alguna de las partes principales que participan en aquel y la consulta judicial de constitucionalidad que plantea un juez ordinario que conoce de una cuestión previa y tiene una duda

de constitucionalidad acerca de la norma o acto que debe aplicar.

En cuanto al control abstracto de constitucionalidad que no requiere, en términos generales, de una lesión individual y directa y, por consiguiente, no se precisa de una cuestión previa, se suele verificar cuando procede la acción de inconstitucionalidad para la defensa y protección de intereses de carácter colectivo, sean corporativos y difusos. Lo mismo sucede cuando el ordenamiento prevé una legitimación institucional u orgánica, permitiéndole a ciertos órganos plantear la acción de inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad, vía control concreto o abstracto, será una herramienta poderosa en el control plenario y universal de la conducta administrativa, cuando el ordenamiento jurídico respectivo, la admita respecto de normas jurídicas de cualquier naturaleza, dentro de las que caben los reglamentos administrativos, por cuanto, en tal supuesto, esa norma administrativa debe ser contrastada con el parámetro de constitucionalidad, anulando cualquier disposición contraria al mismo. Mejor aún será cuando la acción de inconstitucionalidad sea procedente contra cualquier disposición general del Derecho Administrativo, en cuyo caso, se podrá interponer contra un simple decreto ejecutivo que no tenga efecto normativo pero sí general o directrices –dictadas en el ejercicio de la dirección intersubjetiva o interorgánica– y, desde luego, contra circulares e instrucciones administrativas cuando afecten o lesionen la esfera patrimonial o extra patrimonial de los administrados y no se reducen a tener efectos estrictamente internos a la organización administrativa respectiva. Algunos ordenamientos procesales constitucionales, también, admiten, con un criterio amplio la acción de inconstitucionalidad contra los actos subjetivos de las autoridades públicas cuando infringen algún componente del parámetro de constitucionalidad y no son susceptibles de los recursos de amparo o de habeas corpus.

Es de notar que la intensidad del control de constitucionalidad sobre tales manifestaciones de la conducta administrativa, crecerá, exponencialmente, cuando el ordenamiento jurídico dispone que la sentencia constitucional debe tener efectos jurídicos *erga omnes*, por cuanto, la respectiva disposición administrativa debe desaparecer completamente del mundo jurídico y vinculará a todos los poderes públicos.

## CONCLUSIÓN GENERAL

En el ámbito del Derecho Administrativo Constitucional podemos identificar, con claridad meridiana, el principio general de la plena y universal justiciabilidad de la actuación de las administraciones públicas en aras de mantener la plena sujeción de los poderes públicos al bloque o parámetro de legalidad. Este principio, en la medida que asegura la conformidad sustancial de la conducta administrativa al parámetro de legalidad legítima a los poderes públicos, en cuanto su legitimación deriva de la correcta y ajustada ejecución de la ley que es expresión de la voluntad general.

Este principio general ha evolucionado vertiginosamente asumiendo los claros contornos de un derecho fundamental o humano, tanto en el ámbito nacional como regional e internacional, se trata del derecho a la plena y universal justiciabilidad de la actuación administrativa, con lo que ha adquirido un nivel superior de normatividad o preceptividad. Dentro de los retos de las dogmáticas del Derecho Administrativo Constitucional moderno, que comprende el estudio de la supremacía no solo de la ley, sino del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad -contenido en convenios, declaraciones y protocolos en materia de derechos humanos- se encuentra su estudio sistemático, sea procurar una aproximación conceptual, la definición de los sujetos activos y pasivos, su contenido esencial y sus límites intrínsecos y extrínsecos.

# EL DISTINGUISH COMO TÉCNICA PARA LA INAPLICABILIDAD DE LAS CONSECUENCIAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE A LAS ACTUACIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 2017

**Pier Paolo Pasceri S.<sup>1</sup>**

*Resumen: El presente ensayo tiene la intención de efectuar una hermeneusis de la sedicente convocatoria constituyente, realizada en el país en mayo de 2017, para desde allí realizar una disertación acerca de las consecuencias de la inexistencia de bases comiciales debidamente aprobadas que establecieran claros límites y cometidos al órgano asambleario. Luego se realizará una aproximación al estudio de la doctrina judicial de los actos constituyentes y su inaplicabilidad para la Asamblea Constituyente de 2017, acometiendo para ello un análisis de las implicaciones inmediatas de la doctrina de los "actos constituyentes" y del establecimiento del "primer y segundo período de transitoriedad" en la gestación de la Constitución de 1999; de igual manera se adminicularan las decisiones dictadas en el segundo período de transitoriedad y su imposible proyección en los actuales momentos, terminando con una aproximación conclusiva.*

*Palabras clave: Asamblea constitucional. Convocatoria. Actos constituyentes. Leyes constitucionales. Precedente.*

*Summary: This essay intends to make a hermeneusis of the self-styled constituent convocation, held in the country in May 2017, from there to make a dissertation about the consequences of the absence of duly approved electoral bases with clear limits and*

---

<sup>1</sup> Abogado, egresado de la universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor de Pre y Post Grado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y de la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado (UCLA), en materias de Derecho Público. Especialización en: en Derecho Administrativo de la UCAB. Derecho Laboral de la UCLA-UCAB. Curso de Postgrado Tributario Universidad de Salamanca, España. Doctorando en Gerencia

*tasks to the assembly organ. Then there will be an approach to the study of the judicial doctrine of the constituent acts and its inapplicability for the Constituent Assembly of 2017, undertaking an analysis of the immediate implications of the doctrine of "constituent acts" and the establishment of the "first and second period of transience "in the gestation of the 1999 Constitution; in the same way the decisions dictated in the second period of transience and its impossible projection in the current moments will be studied, ending with a conclusive approximation.*

**Key words:** Constitutional assembly. Convocation. Constituent acts. Constitutional laws. Precedent.

Recibido:

12 de junio de 2018

Aceptado:

29 de agosto de 2018

---

Avanzada de la Universidad Fermín Toro. Ex-Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex-magistrado Principal de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo. Ex-Jefe de División de la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Centroccidental del Seniat. Asesor en Derecho Público de varias entidades públicas y empresas privadas.

## SUMARIO

### Introducción

- I. Brevísima referencia respecto del transitar interpretativo de la Sala Constitucional al momento de la convocatoria constituyente
  - II. Doctrina judicial de los actos constituyentes y su inaplicabilidad para las actuaciones de la Asamblea Constituyente de 2017
- Aproximación conclusiva

## INTRODUCCIÓN

El 1º de mayo de 2017 el Presidente de la República, realizó una convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, abrogándose la competencia constitucional de realizar dicho llamado. Posteriormente y sin ningún tipo de consulta popular previa, dictó las bases comiciales para llevarse posteriormente a cabo unas elecciones, específicamente el 30 de julio de 2017, para seleccionar a los miembros de dicho cuerpo asambleario a través de un método por cooptación, que desconoció entre otras cosas, una de las tres características fundamentales del voto conforme al artículo 63 Constitucional: su universalidad.

Más allá de las consideraciones acerca de la legitimidad del llamado constituyente –*las cuales no forman parte de este trabajo*–, resulta oportuno revisar cuáles precedentes vinculantes ha emitido la Sala Constitucional en materia de control de los actos constituyentes y si éstos resultan aplicables a las manifestaciones que emita la Asamblea constituyente de 2017, revisión ésta que se realiza con la única finalidad de plantear escenarios en el actual transitar constituyente.

Frente a esta realidad se pueden plantear la siguiente interrogante ¿resulta aplicable la doctrina judicial establecida por la sentencia nº 4 de la Sala Constitucional de fecha 26 de enero de

2000, antecedida por la sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 14 de octubre de 1999?

Las actuaciones desplegadas por el Presidente de República fueron objeto de control por la Sala Constitucional, la cual como se analizará más adelante interpretó las normas constitucionales y emitió su parecer vinculante entorno al asunto en cuestión. Resulta oportuno resaltar que dicha instancia judicial desde su creación se ha abrogado la potestad de interpretar *in abstracto* la Constitución, facultad ésta que mucho antes que la ley que organiza el Tribunal Supremo de Justicia se la atribuyera, ya la venía ejerciendo sin ningún tipo de basamento constitucional. Esto ha llevado a que en no pocos casos haya reescrito el texto constitucional<sup>2</sup>. Dicha actividad omite totalmente el *self-restraint* que debe caracterizar, toda sentencia constitucional según afirma Pegoraro (2007).

Ello puso en evidencia una vez más que Venezuela y su sistema jurídico está transitando sin ningún tipo de control ni límites, en cuanto al sistema de fuentes se refiere, de un modelo de Estado a otro (Estado de derecho a Estado constitucional) y aparejado con ello, de un modelo de justicia constitucional propio de la familia jurídica del sistema continental a una recepción de instituciones propias del modelo *common law*, en la que necesariamente deben aplicarse técnicas de interpretación y herramientas propias del sistema sajón como el *distinguishing* sobre el cual volveremos más adelante; de allí que se haya señalado que la Sala Constitucional en su actividad interpretativa se mueve dentro de una esfera casi ilimitada, lo

2 Sobre esta facultad del Tribunal Superior de Justicia, en igual sentido crítico, encontramos a Ángela Figueruelo, *Consideraciones en torno al Recurso de Interpretación Constitucional en sus Ensayos de Justicia Constitucional sobre Derechos y Libertades*. Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México, pp. 109-191, en el cual afirma con toda claridad que “La interpretación puede originar un cambio constitucional pero, lo que está excluido es la desviación del texto en un caso concreto (quebrantamiento constitucional) y la reforma de la Constitución por medio de la interpretación”.

cual ha conllevado a un desbordamiento normativo ahora con matices constituyentistas al cambiar el sentido de lo escrito por el redactor de la Constitución de 1999.

## I. BREVÍSIMA REFERENCIA RESPECTO DEL TRANSITAR INTERPRETATIVO DE LA SALA CONSTITUCIONAL AL MOMENTO DE LA CONVOCATORIA CONSTITUYENTE

Toda Interpretación que se realice del texto constitucional debe ponderar derechos contenidos en el propio texto constitucional; fórmula hermenéutica por excelencia según Dworkin (2002), que debe tenerse presente al momento de analizar derechos constitucionales inherentes a las personas y esto obligatoriamente es así porque en un Estado constitucional, el principio de la soberanía popular no puede avasallar al principio liberal de los derechos humanos<sup>3</sup>.

Algunas interpretaciones realizadas por la Sala han atentado contra la lógica de la norma<sup>4</sup>, y siguiendo a Escovar (2005) se debe recordar que una de las técnicas de interpretación para demostrar la validez del alcance que se le quiere dar a una norma, es el argumento apagógico o la reducción a lo absurdo –*reductio ad absurdum*– cuya técnica postula que determinadas interpretaciones de la norma no son posibles cuando llevan a

- 
- 3 En torno a esta tensión entre principio democrático y principio de defensa de los derechos humanos y división de poderes, y por supuesto, la supremacía constitucional, véase Pedro De Vega. *Constitución y Democracia en La Constitución de la Monarquía parlamentaria*. A. López Pina (editor), México, Madrid, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1983. En el mismo sentido, Javier Ruipérez. *La Constitución Europea y la Teoría del Poder Constituyente*. Madrid, Biblioteca Nueva, 2000. También Michael Núñez Torres. “Nuevas tendencias en el Derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado”, en Torres Estrada, Pedro (comp): *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, 2006, pp. 135-169.
- 4 Sentencia que revisó la Convocatoria a la Constituyente del 31 de mayo de 2017, ésta dictó la sentencia N° 378 y sentencia N° 455 de 12 de junio de 2017 que revisó las bases comiciales decretadas por el Presidente de la República.

consecuencias inaceptables. Esto significa que la norma debe ser interpretada excluyendo las interpretaciones que conduzca a un resultado absurdo. (pp. 176-177).

En razón de lo anterior y solo por citar algunos ejemplos, resultó absurdo que al momento de efectuarse el control constitucional respecto de la sedicente convocatoria constitucional se igualasen las palabras “iniciativa” y “convocatoria” cuando tienen acepciones distintas, concluyéndose entonces que lo que tendría el Presidente serían ambas. A ello se une que judicialmente se asimilaron porcentajes irreconciliables; en efecto, uno de los habilitados a tener la iniciativa de convocar a la constituyente, según el artículo 348 constitucional, es la del 15% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral y por tanto no es lógico que ese porcentaje de los electores pudieran convocar a una Asamblea Constitucional, sin ser ese porcentaje igual a la mayoría del electorado. Hipotéticamente el restante 85% de ese electorado bien podría haber desconocido esa eventual convocatoria; en consecuencia, lo que forzosamente tendría el primer grupo de electores, al igual de los demás habilitados en el artículo 348 constitucional, dentro los que se ubica al presidente de la República, es la iniciativa de realizar una solicitud al Poder Electoral para la realización de una consulta, en el cual todo el electorado (100%) decida sobre el destino de tal convocatoria; si la anterior consecuencia jurídica resulta válida debería ser la misma para los demás sujetos con iniciativa constituyente, en el entendido que *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Por ello la interpretación realizada por la Sala Constitucional respecto del llamado a una constituyente sin consultarle al pueblo –en contradicción a lo señalado por la misma Sala en sentencia n° 24 de fecha 22/1/2003<sup>5</sup>–, no resultó ser ni lógica ni teleológica y lleva irremediablemente a un absurdo.

---

5 “...el sentido que debe asignarse al pueblo de Venezuela es el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades...”.

De la desacertada interpretación que asimiló la convocatoria e iniciativa devendrán seguramente otras consecuencias aún peores, a saber: que no sería necesario consultar al pueblo respecto del nuevo texto constitucional –*ni de los actos que ha venido dictando el cuerpo asambleario constituyente desde su instalación*–; o en defecto de lo anterior, la realización de una votación aprobatoria del texto constitucional propuesto, debería ser en los mismos términos de los realizados para la elección de los constituyentistas, es decir gregaria o fragmentada.

Por otro lado, el Decreto sobre las bases constituyentes<sup>6</sup> también fue demandado en nulidad por no haber sido sometido a referendo popular, y de igual manera la Sala Constitucional declaró sin lugar dicha pretensión mediante sentencia N° 455 de 12 de junio de 2017, la cual ratificó que no era necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo para ello.

El haber despachado expeditamente la nulidad de las bases comiciales, en lo referente a la necesaria consulta popu-

---

<sup>6</sup> Decreto N° 2.878 impugnado, fue parcialmente modificado por iniciativa del convocante, mediante el Decreto N° 2.889 publicado en Gaceta Oficial N° 41.165 de fecha 5 de junio de 2017. Asimismo, el CNE en sesión celebrada el día 7 de junio de 2017, examinó íntegramente las bases comiciales contenidas en la propuesta presentada por el Ejecutivo Nacional para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente y acordó reformarlas parcialmente; por lo que el CNE convocó mediante Resolución N° 170607-118, de fecha 7 de junio de 2017 publicada solamente en [http://200.109.120.13/web/normativa\\_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-118.PDF](http://200.109.120.13/web/normativa_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-118.PDF), las “Bases Comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente” y mediante Resolución N° 170607-119 de fecha 7 de Junio de 2017. ([http://200.109.120.13/web/normativa\\_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-119.PDF](http://200.109.120.13/web/normativa_electoral/elecciones/2017/constituyente/documentos/resolucion170607-119.PDF)) la celebración del proceso comicial para la elección de los y las integrantes a la Asamblea Nacional Constituyente, para el día domingo 30 de julio de 2017; aprobación del Cronograma Electoral de las actividades correspondientes a la elección convocada y el establecimiento como fecha de corte del Registro Electoral, que será utilizado en la elección de los y las integrantes a la Asamblea Nacional Constituyente, el día 30 de abril de 2017.

lar, señalando sin mayor motivación que “*en cuanto a la falta de consulta popular de las Bases Comiciales de 2017, la Sala ratifica lo decidido en relación con el recurso de interpretación de los artículos 347 y 348 constitucionales, en su decisión 378/2017, por lo cual resulta inoficiosa pronunciarse de nuevo sobre este punto*”, incidirá de forma determinante en el marco de acción de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, en atención a los precedentes judiciales pre y post constitucionales al texto magno de 1999 y por tanto a la inaplicabilidad de ellos al contexto que hoy acaece en nuestro país por las razones que se analizaran de seguidas.

## II. DOCTRINA JUDICIAL DE LOS ACTOS CONSTITUYENTES Y SU INAPLICABILIDAD PARA LAS ACTUACIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 2017

El concepto del precedente vinculante ha incidido hasta lo más profundo de nuestra esencia republicana, incluso señalando y definiendo quiénes deben considerarse pueblo y qué es soberanía, lo que permitió a un órgano asambleario remover o destituir miembros o vaciar de competencias a los Poderes Públicos, convocar elecciones, obligar juramentaciones en instancias distintas a las que la Ley prevé, modificar la organización político-territorial de Venezuela (supresión del Distrito del Alto Apure), inhabilitar partidos políticos y establecer medidas de cálculo para la determinación de sanciones pecuniarias (unidad tributaria sancionatoria), convocar anticipadamente y posponer las mismas elecciones convocadas, realizar juramentación a personas electas para luego ordenar otra juramentación posteriormente, entre otros actos constituyentes carentes de la debida habilitación comicial previa y aprobación popular posterior.

De allí que resulte interesante saber si dichos actos constituyentes pueden ser objeto de control y si las doctrinas de los actos constituyentes excluidos de control les resulta aplicable.

Los actos constituyentes que se analizan en este ensayo no son las leyes que la propia Constitución diseña para que la amplíen o hasta la modifiquen (v.gr la ley prevista en el art 137 constitucional para la descentralización político territorial), de lo que se trata es de actos dictados por el propio órgano asambleario constituyente antes, o después de aprobado el nuevo texto constitucional a los que la jurisprudencia les ha dado igual rango que aquel.

Haciendo una visión retrospectiva sobre el asunto, la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en su sentencia del **19 de enero de 1999**, señaló que “*lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del Poder Constituyente*», y quien la convoca, según la misma Sala en su sentencia Nro. 271 de fecha 18 de marzo de 1999, debe ser una expresión popular lo más diáfana posible, lo más cercana al reflejo de la voluntad de las mayorías librándose el proceso -que por su trascendencia para la vida nacional debe gozar de la plena confianza del colectivo- de toda sombra de dudas o falsas interpretaciones que deriven en un resultado inaceptable.

En esa misma línea argumentativa la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia realizó la interpretación contenida en su sentencia Nro. 2.148 de fecha **13 de noviembre de 2007**<sup>7</sup> -aproximadamente diez años antes de la interpretación reciente de la Sala Constitucional en relación a la constituyente de 2017- donde señaló que quien convoca el Poder Constituyente originario es el pueblo de Venezuela como titular de la soberanía y su objeto principal es redactar una nueva Constitución, lo cual implica la ‘derogatoria’ del texto anterior, tal

---

<sup>7</sup> Señala el referido fallo: “Por lo tanto, quien convoca el poder constituyente originario es el pueblo de Venezuela como titular de la soberanía y su objeto principal es redactar una nueva Constitución”, lo cual implica la “derogatoria” del texto anterior, tal como expresamente lo establece el artículo 347 del Texto Fundamental.

como expresamente lo establece el artículo 347 del Texto Fundamental.

De una interpretación ponderada de los derechos fundamentales incididos en estos asuntos (participación política, seguridad jurídica así como el desarrollo humano en un ambiente de paz), así como desde una interpretación sistemática e histórica (que toma en cuenta la jurisprudencia establecida por la extinta Corte Suprema de Justicia, en relación a quien es el pueblo el depositario del Poder constituyente originario), adminiculado con lo estatuido expresamente en la letra del artículo 347 constitucional, se debe concluir que la interpretación realizada por la Sala Constitucional en la sentencias donde dio luz verde al proceso constituyente de 2017, fue alejada del *thelos* constitucional dado que la “convocatoria” a la Asamblea Nacional Constituyente, solo puede ser realizada por el pueblo venezolano mediante la consulta abierta a través del ejercicio libre del derecho al sufragio.

Una interpretación alejada del texto a analizar, puede generar inseguridad e incertidumbre y si éstas interpretaciones son vinculantes como lo son las de la Sala Constitucional, esa inseguridad e incertidumbre será total, dado que su ejercicio no tiene límites claros en una Ley de la Jurisdicción Constitucional, -diseñada en el artículo 127 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia- que prevea las técnicas interpretativas y límites de esa interpretación en resguardo del Estado de Derecho.

Duque (2005) ya había advertido que en virtud de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia sobre actos constituyentes dictados en los años 1.999 y 2.000, Venezuela cuenta con dos órdenes constitucionales: el de la Constitución de 1.999, aprobada por el pueblo, y por el otro lado el régimen transitorio dictado por la Asamblea Nacional con posterioridad a la sanción de la Constitución, sin aprobación popular, que por la singular interpretación del Tribunal Supremo de Justicia, es

indefinida, puesto que dura hasta tanto se dicte toda la legislación que ha de completar la Constitución. Transitoriedad que la Sala Constitucional califica de “vigencia indeterminada”. (p.5).

En este sentido parece existir cierto símil respecto a lo acaecido durante la III república francesa, específicamente durante el año 1870 donde según relata Montagut (2015), el acto con rango constitucional no estaba concentrado en un solo texto sino en varios; o, en una época más cercana -y guardando las distancias históricas y políticas- lo ocurrido con las leyes fundamentales del reino español durante el gobierno de Francisco Franco, que sintetizaban los aspectos básicos del sistema político español de la época, en varios cuerpos normativos.

### **1. De las implicaciones inmediatas de la doctrina de los “actos constituyentes”**

Desde la entrada en vigencia de la actual Constitución el 30/12/1999, se comenzó a establecer una peregrina doctrina judicial respecto a los “actos constituyentes”, “actos preconstitucionales”, “sistema normativo de naturaleza constituyente (indivisible)” o de “actos de rango y naturaleza constitucional y organizativa de la Asamblea Constituyente”, todos diferentes al texto constitucional, los cuales parecieran estar fuera de todo control por parte de los tribunales nacionales, por encontrarse dentro del *inter regnum* o lo que ha sido denominado por la Sala Constitucional “primero y segundo período de transitoriedad” que engloba las indicadas actuaciones constituyentes con el mismo rango que la Constitución.

Estos periodos según el criterio jurisprudencial se desarrollaron así: el primero, desde la instalación de la Asamblea Constituyente de 1999 hasta la promulgación de la Constitución, sin que se hayan extinguidos los efectos de los actos dictados en ese periodo en el tiempo futuro; y, el segundo el que fue desde el día siguiente a la promulgación hasta el cese de funciones de la Asamblea en cuestión, sin que tampoco se

hubiesen extinguidos los efectos de los actos dictados en ese periodo, dado que decaerían una vez promulgadas las leyes diseñadas por la propia Constitución vigente.

De ser aplicable el referido criterio y haciendo un paralelo de ese precedente con la situación actual, el primer periodo iría desde la instalación de la Constituyente de 2017 (4/8/2017) hasta la promulgación de un nuevo texto constitucional, con el agravante en el 2017 que ni el Decreto donde se convoca ni en las bases comiciales, se establece lapso ninguno para que se de esta aprobatoria.

El segundo periodo iría desde el día siguiente a la promulgación del futuro texto constitucional -indeterminado en el tiempo como se anotó- hasta el cese de funciones de la Asamblea en cuestión, que también está indeterminado.

El primer antecedente judicial con referencia al tema en estudio, fue la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, **el 14 de octubre de 1999**, que declaró la improcedencia de la impugnación de un Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente de aquel entonces, por razones de inconstitucionalidad, en donde se precisó lo siguiente:

*Como puede apreciarse, la pregunta N° 1 del Referendo Consultivo Nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y la Base Comicial Octava del mismo Referendo, consagran la supraconstitucionalidad de sus prescripciones, ya que en ningún momento remite a la Constitución de 1961, sino a la tradición de cultura (valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto a los compromisos asumidos)... omissis ... Sí el cambio constitucional es un proceso, que se inicia con dicho Referendo, y si este proceso*

*implica forzosamente la coexistencia de poderes (del Poder Constituido y la Asamblea Nacional Constituyente), los Estatutos de funcionamiento de ésta, basados, como se ha dicho, en normas presupuestadas o supraconstitucionales, deben definir el modo de esta coexistencia, siendo la Constitución de 1961, el límite del Poder Constituido, pero no el criterio de solución de las controversias que pueda ocurrir entre ambos poderes. De allí la improcedencia de la pretensión del accionante de nulidad quien alega la inconstitucionalidad de los Decretos de fecha 25 y 30, ambos de agosto de 1999, por violar artículos consagrados en la Constitución de 1961... omissis ... (Resaltado por el autor)*

Finalmente el referido fallo desestima el recurso, dictaminando que el fundamento de la impugnación del acto recurrido no puede ser contrastado con la Constitución vigente para aquel entonces, desde que la soberanía popular se convierte, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, en supremacía de la Constitución, es decir, como mecanismo jurídico de producción originaria del nuevo régimen constitucional de la República.

Meses después, ya instalado el Tribunal Supremo de Justicia, su Sala Constitucional, en fecha **26 de enero de 2000**, en su sentencia nº 4, señaló que:

*...pues como dice Kelsen (Teoría General del Derecho y del Estado, México, UNAM, 1949, Traducción de E. García Maynez, pág 65), la supremacía del órgano supone la no revisibilidad de sus actos, y esto porque la supremacía, por definición, excluye la posibilidad de recurrir a un órgano superior, pues en tal caso, el órgano recurrido no tendría la categoría de supremo. La única alternativa lógica sería admitir la supremacía de la Asamblea Nacional Constituyente como poder constituyente, según lo decidió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 14-10-99, lo que convalidaría, también por definición, las decisiones impugnadas, esta es la tesis de J. Cueto Rúa, para quien el funcionario supremo,*

es decir, la comunidad pretensora, por no existir encima de ella alguien que pueda imponerle sanción en caso de infracción, no está jurídicamente vinculada, es decir, su deber jurídico desaparece; ...omissis.... Desde este punto de vista, la no impugnabilidad del acto del funcionario supremo es tan jurídicamente válida como la irreparabilidad de la sentencia, cuando frente a ella se han agotado los recursos procesales (J. Cueto Rúa, Límites de la Normación Positiva de la Conducta en el Actual Pensamiento Jurídico Argentino, Buenos Aires, Arayú, 1955, p. 192) (Resaltado por el autor).

De lo anterior su puede inferir que si se mantuviese dicha doctrina judicial pre-Constitución de 1999, establecida el 14/10/1999 –no vinculante, dado que esa figura aún no se creaba– y la del 26 de enero de 2000 –al parecer vinculante por la insinuación que de elle se hace en el texto del fallo–, los actos que dicte la Asamblea Nacional Constituyente de 2017 serían inimpugnables mientras ella ejerce el poder constituyente, dado que no solo no podrían ser contrastados con la Constitución de 1999, sino que la supremacía del órgano supondría la no revisibilidad de sus actos.

Hay que denotar que toda esta doctrina judicial se fundamentó en un Referendo Consultivo Nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y la Base Comicial Octava del mismo Referendo, que consagraron según la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la supraconstitucionalidad de sus prescripciones. En el caso de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, tal y como se anotó *supra*, no solo no hubo consulta respecto de si el pueblo quería o no constituyente sino que además las bases comiciales no fueron votadas, por lo tanto carecen de legitimidad.

Se sostiene que es acá donde se produce un quiebre de aquella doctrina judicial de los actos constituyentes y su inaplicabilidad a la actual situación de 2017. En efecto, haciendo uso de las herramientas aportadas por el sistema anglosajón de

precedentes vinculantes y su vigencia en Venezuela desde el 30/1/21999, cabe la posibilidad de utilizar la técnica conocida como *distinguishing* que no es otra cosa sino inaplicar la regla del precedente en los asuntos futuros cuando las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato judicial distinto. Como se ve en el año 1999 se utilizó como fundamento y límites de actuación constituyente las bases comiciales y hoy día como, se reseñó, éstas no existen porque no fueron aprobadas por el pueblo. Resulta meridianamente clara la diferencia.

Esta técnica consiste en analizar el relato fáctico de la decisión judicial anterior y determinar si verdaderamente coincide con los hechos del proceso sobre el que se debe dictar sentencia. En el caso de que el juez considere que tiene motivos para dictar una resolución distinta, deberá identificar los hechos concretos que son diferentes en el proceso actual, a pesar de las analogías que puedan existir; el *distinguishing* también exige, como antecedente lógico, la identificación de la *ratio decidendi* del precedente. Por tanto, la aplicación de esta técnica implica que se dicten sentencias distintas ante situaciones muy similares.

## **2. De las decisiones dictadas en el segundo período de transitoriedad**

La situación descrita *supra* respecto a los actos constituyentes no es muy distinta después de aprobado el texto constitucional, dado que la Sala Constitucional del ahora del Tribunal Supremo de Justicia en **sentencia nº 6 de fecha 27/1/2000 -ratificada el 6/7/2000 en sentencia nº 668-**, señaló sin hacer referencia a su carácter vinculante, que:

*Tal como fuera señalado en la sentencia precedentemente transcrita, los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, como todo acto dictado por el Poder Público, están sujetos al estricto control jurisdiccional que hace posible la existencia del Estado de Derecho, debido a que aún cuando*

*no están supeditados al Texto Constitucional de 1961, el pueblo soberano de Venezuela «le precisó a la Asamblea Nacional Constituyente su misión, siendo esta «transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico», e igualmente, le indicó límite a su actuación consagrado en la Base Comicial Octava del señalado Referéndum»; de donde, se evidencia claramente que los actos Constituyentes podrán ser controlados cuando violen los límites que el cuerpo electoral estableció, a saber, «los valores y principios de nuestra historia republicana», «el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República», «el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre» y, «las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos (Resaltado por el autor).*

Haciendo un símil con la situación actual, pese a haber sido declaradas constitucionales las bases comiciales de 2017, el cuestionamiento subsiste porque las mismas no fueron aprobadas en comicios convocados a tal efecto.

En consecuencia y según lo reseñado de los anteriores fallos, si un acto constituyente distinto a la Constitución se encuentra acorde con esas bases comiciales, no podría ser “controlado”, en caso contrario sí lo sería; pero se insiste que en virtud de la ausencia de bases comiciales aprobadas popularmente, tal como fue exigido por los precedentes arriba reseñados, donde se establecieran los cometidos del órgano asambleario, el contraste de la actuación constituyente con las bases, será imposible.

Pero en el mismo fallo últimamente citado, la Sala Constitucional revela que:

*Por lo que respecta al caso de autos, observa esta Sala que los accionantes estiman que el Decreto impugnado es “violatorio de los artículos 87, 89 y 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”; ...omissis... De lo anterior se colige, que*

*los actores cuestionan el rango de las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente y, en consecuencia, la sujeción de sus actos a la nueva Constitución, lo cual colocaría a los actos de la Asamblea dentro de los denominados por la doctrina como preconstitucionales sujetos a su derogación de forma sobrevenida.*

*Tal planteamiento, exige de esta Sala un pronunciamiento acerca de si la naturaleza supraconstitucional de los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente abarcan aquellos emitidos con posterioridad a la aprobación de la Constitución de 1999. En tal sentido, entiende la Sala que hasta la fecha de la publicación de la nueva Constitución, la que le precedió (1961) estuvo vigente, lo cual se desprende de la Disposición Derogatoria Única; y como los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución derogada, los mismos sólo podrían estar regulado ...omissis... por normas supraconstitucionales. Así, por argumento en contrario, sólo los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta.*

*De todo lo anterior emerge que, el acto de la Asamblea Nacional Constituyente impugnado en esta oportunidad publicado en la Gaceta Oficial número 36.859 del 29 de diciembre de 1999, esto es, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, no está sujeto ni a ésta, ni a la Constitución de 1961.*

*En consecuencia, dado que las impugnaciones del acto constituyente son respecto de un texto normativo que no le era aplicable al mismo (Constitución de 1999) no puede existir jurídicamente una contradicción entre ambos. De allí que, en ningún caso procederá una acción de nulidad por vicios inconstitucionalidad contra el Decreto s/n, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, mediante el cual se establecieron los parámetros del "RÉGIMEN*

*DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO”, publicado en la Gaceta Oficial número 36.859 del 29 de diciembre de 1.999. (Resaltado por el autor).*

Como puede inferirse del fallo trascrito ahora con fuerza vinculante, quedarían fuera de control del marco de la Constitución de 1999, los actos de la constituyente que fueron dictados antes de su entrada en vigencia.

Tal vez lo único rescatable de la sentencia anterior es parte de su *obiter dictum* referido al principio ínsito al Estado de Derecho, cuando señaló que “*los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, como todo acto dictado por el Poder Público, están sujetos al estricto control jurisdiccional*”. Como se señalará líneas atrás, los anteriores precedentes no resultarían aplicables a lo que está aconteciendo desde la sedicente convocatoria realizada en 2017, por la inexistencia del factor determinante referido a las limitaciones contenidas en las bases comiciales por no haberse votado; no obstante se sostiene que el referido principio de control absoluto de las actuaciones del Estado es atinente al Estado mismo y consecuencialmente debe prevalecer en todo momento.

Por todo ello se mantiene que no resulta trasladable aquella doctrina judicial de los actos constituyentes, a los acontecimientos de 2017 y que seguramente acontecerán en el 2018 respecto de los actos que dicte la reciente Asamblea Nacional Constituyente, distinto a su cometido principal que sería un texto constitucional. De allí que a diferencia de lo acontecido en los años 1999 y 2000 donde los actos constituyentes –según la citada doctrina judicial– no estaban sometidos a la Constitución de 1961 por ser previos a la Constitución pero circunscritos a la habilitación comicial limitada, los que dicte la constituyente de 2017, estarían sometidos al texto constitucional vigente de 1999 por no haberse votado las bases comiciales y consecuencia ser inexistentes.

Se coincide completamente entonces con lo señalado por La Roche (1999) en el voto salvado de la sentencia de la Sala Plena de Corte Suprema de Justicia de fecha 14 de octubre 1999, cuando señaló:

*No está presente en el fallo la premisa esencial del proceso constituyente en curso, que es la de la reelaboración de una nueva Constitución dentro de un régimen de iure. Es decir, que la Asamblea Nacional Constituyente se encuentra sometida a las reglas del Derecho existentes, fundamentalmente, a la Constitución y a las leyes de la República; pero asimismo, a toda la normativa vigente (bloque de legalidad), a la cual no puede modificar en forma alguna, sin que ello implique un desbordamiento de sus funciones, y algo aún más grave, la usurpación de autoridad. ... En el caso planteado, al estar sometida la Asamblea Nacional Constituyente al Estado de Derecho, tiene que obedecer a las reglas que el mismo le impone, hasta tanto surja un nuevo orden jurídico.*

En este sentido Duque Corredor (2017) ha señalado que, en la ciencia constitucional moderna, la tesis de los poderes absolutos de la constituyente convocada por poderes constituidos, no es aceptada.

La Constitución Venezolana de 1999 establece en su artículo 350, límites para la constituyente en el sentido que no puede desconocer ni ir contra la primacía de los derechos humanos, los valores republicanos –entre otros el estado federal descentralizado– y también los valores relativos a la democracia. Señala el referido catedrático, apoyándose en fallo nº 24 de la Sala Constitucional de fecha 22 de enero de 2003, que una Asamblea Nacional Constituyente elegida y convocada por el poder constituido no podría sustituir poderes constituidos porque atentaría contra un principio republicano y democrático que es el de la separación de poderes, límite éste que tendría la actual constituyente por haber sido convocado por un poder constituido y no por un poder originario. Es sentido

similar se pronuncia Pegoraro (2007), quien señala que pueden haber límites expresos, implícitos y lógicos (pp. 16-19).

En definitiva, se trata de lo que Vega (2006) señalase, al citar al André Hauriou, como expresiones de “super legalidad constitucional” para designar aquellos preceptos de los textos constitucionales en los que se condensaban los principios y valores legitimadores de toda la legalidad constitucional, y que lógicamente no podían ser objeto de reforma o modificación constitucional. (p.21)

Por último la misma Sala, en sentencia –al parecer vinculante- nº 180 del 20/03/2000, ratificada el 28 de marzo de 2000, (Caso Gonzalo Pérez Hernández y Luis Morales Parada) analizando otros actos dictados por la Asamblea Constituyente de 1999 –el “Estatuto Electoral del Poder Público” de fecha 30 de enero de 2000, y del Decreto dictado por dicha Asamblea en fecha 30 de enero de 2000, por el que se fija para el día 28 de mayo de 2000, la realización de las elecciones nacionales, estadales y municipales, y para representantes ante el Parlamento Andino y el Parlamento Latinoamericano, ambos publicados en la Gaceta Oficial N° 36884 del 3 de febrero de 2000–, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, señalo que:

*Ante tal situación, adquiere rango especial la normativa que el constituyente como representante del pueblo soberano, crea para que el sistema pueda funcionar. Se trata de normas complementarias de la Constitución de igual rango que ella, las cuales, de existir, permiten minimizar los vacíos y lagunas de que adolezca el texto constitucional. Tal vez la existencia de estas normas y su reconocimiento disguste a constitucionalistas formalistas y dogmáticos, o a personas que juegan a intereses distintos que los jurídicos, pero ello atiende a la necesidad de resolver situaciones reales, y así permiten integrar la constitucionalidad (Resaltado por el autor).*

Se pudiera pensar en los actuales tiempos que los actos que pueda dictar el Constituyente del 2017 *ex-post* al texto constitucional, serían normas complementarias de la Constitución y tendrían igual rango que ella, en consecuencia, no sometidas al control por parte del Poder constituido. Pero esa apresurada conclusión inicial sería errada dada la inaplicabilidad de la doctrina judicial previa a los actuales acontecimientos, por las razones comentadas *supra*.

### APROXIMACIÓN CONCLUSIVA

Dejando de un lado las consideraciones acerca de la legitimidad del llamado constituyente, y frente a los precedentes vinculantes emitidos por la Sala Constitucional, se puede señalar que:

- a) Venezuela y su sistema jurídico está transitando sin ningún tipo de control, cánones ni límites de un modelo de Estado derecho a Estado constitucional y con ello, de un sistema de derecho escrito a uno mixturado con el de precedentes vinculantes.
- b) La doctrina judicial (representada por la sentencia n° 4 de la Sala Constitucional de fecha 26 de enero de 2000, antecedida por la sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 14 de octubre de 1999) no resulta aplicable dado que no se fundamentan en los mismos supuestos facticos sobre los cuales se dictaron las decisiones, entre ellas, la principal representada por la inexistencia de base comicial producto de elecciones que estableciera límites de actuación al cuerpo asambleario constitucional actual, todo ello por la aplicación de la herramienta hermenéutica jurídica anglosajona del *distinguishing*.

- c) Los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, como todo acto dictado por el Poder Público, están sujetos al estricto control jurisdiccional, esto por ser principio inherente al Estado de Derecho.
- d) Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, se encuentran en el propio texto constitucional siendo el fundamento para tal aseveración el artículo 350 constitucional y la sentencia n° 24 de fecha 22/1/2003.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

De Vega, Pedro (2006). La reforma constitucional como defensa de la constitución y de la democracia. *II Jornadas de Derecho Constitucional sobre la reforma de la Constitución*. Fundación Jiménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico y Centro Asociado de la UNED de Barbastro, Huesca, España.

Duque, Román (2005). *La manipulación del estado de derecho como instrumento de consolidación de un proyecto político de concentración del poder en Venezuela*. Se puede recuperar en el siguiente enlace: <http://arenaspace.blogspot.com/2005/10/la-manipulacion-del-estado-de-derecho.html>

\_\_\_\_\_ (2017). Entrevista en televisión que se puede recuperar en el siguiente enlace: <http://www.noticierovenevision.net/noticias/politica/duque-poder-absoluto-para-la-anc-es-un-mito>

Dworkin, Ronald (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Escobar, Ramón (2005). *El Precedente y la Interpretación Constitucional*. Editorial Sherwood, Caracas.

El distinguishing como técnica para la inaplicabilidad de las consecuencias  
del precedente vinculante... Asamblea Constituyente de 2017  
*Pier Paolo Pasceri S.*

Montagut, Eduardo (2015). *Las Leyes Constitucionales de la III República francesa*. Se puede recuperar en el siguiente enlace: <http://www.ecorepublicano.es/2015/01/las-leyes-constitucionales-de-la-iii.html>

Núñez, Michael (2006). "Nuevas tendencias en el Derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado" en Torres Estrada, Pedro (comp.): *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa.

Pegoraro, Lucio (2007). "Revisión constitucional. El caso italiano en el contexto de la teoría general y del derecho comparado". *Boletín mexicano de derecho comparado*, número conmemorativo, sexagésimo aniversario.



# LA INCONSTITUCIONAL INTERVENCIÓN DE LOS CONSEJOS COMUNALES EN EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

**Carlos Reverón Boulton**

*Abogado*

**Resumen:** *Se cuestiona la posibilidad de que los Consejos Comunales intervengan en juicio, bien como prestadores de servicios públicos o como representantes de la ciudadanía, ya que se trata de organizaciones cuyo único fin es la construcción del socialismo, es decir, instancias que desconocen la pluralidad política y la participación abierta y democrática.*

**Palabras clave:** *Consejos Comunales. Servicios públicos. Descentralización. Poder Popular.*

**Summary:** *The article inquires about the intervention of Communal Councils in trials, whether as public service providers or as representatives of the community, considering that the main objective of these organizations is the construction of socialism, disregarding political plurality and democratic participation.*

**Key words:** *Communal Councils. Public services. Decentralization. Popular Power.*

Recibido: 11 de junio de 2018    Aceptado: 30 de agosto de 2018



## SUMARIO

### Introducción

- I. El contencioso de los servicios públicos
  - II. Los Consejos Comunales
  - III. Intervención de los Consejos Comunales en juicio
- Recapitulación

## INTRODUCCIÓN

Una de las principales virtudes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es la de haber consagrado al contencioso administrativo como una jurisdicción universal y plena en la que se juzgará, sin excepción alguna, toda la conducta y actividad administrativa, en consonancia a como venía siendo reconocido en el artículo 206 del anterior texto constitucional. Particularmente, ese artículo establece lo siguiente:

“La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

La novedad que introduce esa norma, con respecto a la Constitución derogada, es sin duda la de incluir como objeto de esa jurisdicción el funcionamiento de los servicios públicos, esto es, el contencioso de los servicios públicos.

Conforme a esa norma y ya refiriéndonos a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LOJCA)<sup>1</sup>, cuya principal virtud es la de ser la primera ley que regula concretamente el contencioso administrativo venezolano, de manera que entre los diversos procedimientos que regula se encuentra un procedimiento breve destinado a enjuiciar y conocer sumariamente las reclamaciones relacionadas con los servicios públicos<sup>2</sup>. De esa manera, la universalidad del control es plena, ya que esa jurisdicción conocerá las demandas que se presenten relacionadas con toda la actividad o conducta administrativa y cualquier acto administrativo, por lo que están sometidos a la justicia administrativa cualquier ente, órgano de la Administración Pública y cualquier sujeto no estatal que actúe en función administrativa.

A partir de ello, es que es posible que los Consejos Comunales sean legitimados pasivos en las demandas de prestación de servicios públicos, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva de los afectados por la deficiente o ausente prestación, según lo regulado y establecido en el artículo 26 constitucional.

También esas instancias del Poder Popular podrán intervenir para opinar en el procedimiento breve regulado en la ley, de manera de facilitar y de controlar adecuadamente el control judicial de la actividad administrativa prestacional que implican los servicios públicos.

Sin embargo, tal y como desarrollaremos en este estudio, esa doble participación (como parte demandada o interesados) de los Consejos Comunales en el procedimiento breve relacionado con las reclamaciones por la prestación de servicios

---

1 Reimpresa en la Gaceta Oficial N° 39.447 del 16 de junio de 2010.

2 Para un mejor entendimiento de los cambios que supuso la entrada en vigencia de la LOJCA recomendamos la lectura de Brewer-Carías, Allan. "Aproximación general al nuevo régimen del contencioso administrativo conforme a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de 2010" en *Revista de Derecho Público* 122/2010. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 102-130.

públicos resulta inconstitucional, por tratarse de organizaciones cuyo objeto es subvertir todo el orden constitucional.

Finalmente, debemos advertir que el estudio se centra en los Consejos Comunales, al margen de que la LOJCA y otras leyes que examinaremos se refieren a otras instancias del Poder Popular, pues han sido éstas las que concretamente han participado en el contencioso administrativo, lo cual supone que han sido tratadas algunas aristas sobre esa intervención en nuestra jurisprudencia, lo que facilita el análisis crítico que nos hemos propuesto.

## I. EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Hemos señalado que uno de los principales avances derivados de la Constitución de 1999 y, muy concretamente, del establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259 Constitucional), es el reconocimiento de la posibilidad de controlar la actividad administrativa denominada como servicio público<sup>3</sup>.

En virtud de ello, la LOJCA profundizó el mandato constitucional de manera tal que prevé un procedimiento para sustanciar las demandas relacionadas con la prestación de servicios públicos. Se trata de un procedimiento breve específicamente diseñado por esa ley.

---

3 Sobre este tema recomendamos la lectura de Urosa Maggi, Daniela. "Demanda de prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio" en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 4/2014. Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, Caracas, 2014, pp. 89-108, la cual puede ser consultada en [www.redav.com.ve](http://www.redav.com.ve), Pasceri, Pier Paolo. "Control contencioso administrativo sobre los servicios públicos" en *XXXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar*. Instituto de Estudios Jurídicos "Ricardo Hernández Álvarez", Barquisimeto, 2013, pp. 165-210 y Sánchez, Javier. "El contencioso de los servicios públicos" en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata*, Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 209-232.

De manera que nos referiremos de seguidas a la situación previa a la LOJCA con relación a las demandas de servicio público, el objeto y las particularidades del procedimiento contemplado en la ley. Al respecto, se observa lo siguiente:

### **1. Situación previa a la LOJCA**

Resulta indiscutible que una vez superado al contencioso administrativo como una jurisdicción meramente revisora del acto, su articulación debe estar dirigida a controlar la actividad administrativa que, en el caso de los servicios públicos, resulta sensible a la ciudadanía, más allá de cualquier dificultad por encontrar una definición unívoca de esa actividad prestacional.

Pues bien, a partir de la Constitución de 1999 es posible predicar el derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos, de ahí que los reclamos por la prestación de los servicios públicos, se deriva no solo del artículo 259 constitucional, sino también de lo establecido en los artículos 2, 3, 20, 21, 22, 26, 49, 141, 257 y 281.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de modo que el desarrollo, la promoción y satisfacción de los derechos fundamentales de la ciudadanía deriva en la posibilidad de que judicialmente se condene la deficiente prestación de servicios públicos, obligando al operador a hacer todo aquello que se traduzca en cumplir debidamente con el estatuto de cada caso (servicio) concreto.

El contencioso de los servicios públicos se reconoció tempranamente como se observa, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1556 del 8 de diciembre de 2000 (caso: *Gilda Giamundo*), pero carecía de un procedimiento propio para satisfacer las pretensiones derivadas del mal o anormal funcionamiento de los servicios públicos.

Con fundamento en ello, la jurisdicción contencioso administrativa reconoció la importancia de controlar la prestación de los servicios públicos. En tal sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo señaló que la vía más idónea para satisfacer las pretensiones relacionadas con esa actividad material era el amparo constitucional, pues precisamente no existía un procedimiento breve *que tutele con la rapidez del caso, los derechos de los beneficiarios de los servicios públicos*<sup>4</sup>. Sin embargo, esa respuesta provisional –vista la ausencia de un procedimiento específico– no se compadecía con el carácter extraordinario y excepcional de esa acción, por lo que era necesario que el legislador llenase ese vacío, como en efecto sucedió con la LOJCA.

También se admitía la posibilidad de controlar los servicios públicos a través de demandas para la protección de intereses colectivos o difusos, tal y como se observa en las decisiones de

---

4 Sentencia del 23 de mayo de 2000 (caso: *Hidrocapital*). Al respecto, también se pueden ver las decisiones de esa Corte del 06 de marzo de 2003 (caso: *Luz Eléctrica de Venezuela*) y del 18 de septiembre de 2003 (caso: *Cantu*).

Téngase en cuenta que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en decisión del 28 de diciembre de 2005 (caso: *Eleoccidente*) afirmó que la vía procesal para controlar los servicios públicos es la acción de reclamo por prestación de servicios públicos, por lo que la acción de amparo constitucional solo sería admisible “ante la interrupción de servicios públicos, por cuanto si bien es cierto que el sólo incumplimiento de los derechos y obligaciones derivadas del servicio no justifican una acción de amparo constitucional, no es menos cierto que cuando el abuso de ese derecho por parte de la Administración vacía de contenido un derecho humano fundamental o una garantía constitucional haciéndolo nugatorio, se está en presencia de una violación directa de la Constitución que da pie al amparo”.

En la actualidad también se admite la acción de amparo, exclusivamente cuando se vacíe de contenido un derecho constitucional. Pero debe tomarse en consideración lo excepcional y restringido que es el ejercicio de esa acción conforme a las diversas interpretaciones de la Sala Constitucional. Sobre este aspecto en concreto puede verse la sentencia de la Sala Constitucional N° 620 del 15 de mayo de 2012 (caso: *Juan Parra Duarte*).

Particularmente, el conocimiento de esos amparos deberá realizarlo los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, tal y como quedó establecido, entre otras, en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1721 del 18 de diciembre de 2015 (caso: *Lucas Gil*).

la Sala Constitucional N° 1571 del 22 de agosto de 2001 (caso: *Asodeviprilara*) y N° 2354 del 3 de octubre de 2002 (caso: *Elen-centro*), criterio que abandonó esa Sala en la sentencia N° 925 del 8 de julio de 2009 (caso: *Jania Josefina Noriega y otros*), en virtud de que la vía idónea para satisfacer esas pretensiones es el reclamo por la prestación de servicios públicos que debe conocer la jurisdicción contencioso administrativa exclusivamente, lo cual se reiteró, entre otras, en las decisiones N° 1007 del 28 de junio de 2011 (caso: *Roberto León Parilli y otros*), N° 620 del 15 de mayo de 2012 (caso: *Juan Parra Duarte*), N° 433 del 06 de mayo de 2013 (caso: *Edison Durán*) y, recientemente, en la N° 390 del 1 de junio de 2017 (caso: *Metro de Caracas*)<sup>5</sup>.

## **2. Objeto de las demandas de prestación de servicios públicos**

Sabemos que definir lo que ha de entenderse por servicio público no es una tarea fácil de acometer. En todo caso, se trata de una actividad previamente calificada como servicio público, en la que la que se llevan a cabo determinadas actuaciones materiales con el objeto de satisfacer las diversas necesidades esenciales de los ciudadanos. Esa actividad prestacional no es más que una derivación del contenido del Estado social y del carácter vicarial de la Administración Pública en Venezuela, conforme a los artículos 2 y 141 de la Constitución.

Creemos que la definición más acertada de esa actividad es la realizada por Peña Solís, quien afirma que se trata de la acti-

5 Hoy en día no se pueden presentar demandas para la protección de derechos e interés colectivos o difusos para atender el reclamo sobre un servicio público, ya que al existir otra vía no puede admitirse en esos casos tales demandas, pues así lo ordena el artículo 150.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin embargo, ha sucedido que la Sala Constitucional, por razones políticas, ha violado esa norma al admitir demandas de intereses difusos y colectivos en causas relativas a servicios públicos, tal y como se observa en la sentencia N° 1322 del 14 de octubre de 2014 (caso: *Yusmelys Patiño y otros*).

vidad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública y, por tanto, sometido a un régimen de Derecho público<sup>6</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia ha contribuido a delimitar qué debe entenderse por servicio público. En concreto, vale la pena referirnos a la decisión de la Sala Constitucional N° 4993 del 15 de diciembre de 2005 (caso: *Cadafe*), mediante la cual se afirmó lo siguiente:

“Ello así y previo a la determinación de qué debe considerarse como servicio público y, por ende, fijar qué es o no susceptible de ser atraído por su fuero especial (el contencioso administrativo de los servicios públicos), deben señalarse los elementos que integran la noción:

- (i) Que la actividad sea, en esencia, una actividad de prestación, esto es que apareja una ventaja, beneficio o un bien destinado a la satisfacción de una necesidad de carácter general;
- (ii) Que dicha actividad sea asumida por el Estado, lo que implica la verificación previa de una decisión exteriorizada y concreta (“publicatio” y en el caso concreto ex artículo 156 numeral 29 y 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico: Gaceta Oficial N° 5.568 del 31 de diciembre de 2001);

---

6 Peña Solís, José. “La Actividad Administrativa de Servicio Público: Aproximación a sus Lineamientos Generales”, en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 7. Caracas, 2002. p. 433.

- (iii) Que el Estado puede cumplirla directamente, o bien indirectamente, por medio de concesiones otorgadas a favor de cualquier persona, exigiéndose la capacidad o competencia para poder actuar como concesionarios (en el caso concreto ex artículo 27 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico) y;
- (iv) Que la prestación del servicio, considerado como público, sea regido por un estatuto o régimen especial que le permita distinguirlo de otras actividades públicas (en el caso concreto a través de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico), y cuyos caracteres sean la generalidad, uniformidad, igualdad, continuidad, obligatoriedad y, subordinación a normas preponderantemente de Derecho Público, -algunas de las cuales-, comporten prerrogativas exorbitantes, a los fines de mantener la adecuada y suficiente satisfacción del interés general, dejando a salvo la aplicación de principios del Derecho Privado, con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica de los particulares que se hayan arriesgado a la consecución o explotación de tal prestación".

De manera que por servicio público debe entenderse toda actividad administrativa de carácter prestacional para satisfacer y beneficiar una necesidad general, asumida por el Estado y previa calificación como tal por la ley (publicatio). La cual puede ser atendida directamente por él o por un concesionario y regido por un estatuto especial y normas de derecho público.

Recuérdese que los servicios públicos pivotan -al menos- en los siguientes principios: (i) obligatoriedad, la satisfacción de las necesidades por parte del prestador del servicio público debe hacerse ineludiblemente; (ii) continuidad, debe prestarse de manera ininterrumpida y que permita a los beneficiarios

prever las condiciones en que se prestará el servicio; (iii) igualdad, por lo que la actividad debe desarrollarse en atención a no discriminar y a respetar la igualdad entre ciudadanos que se encuentren en idénticas situaciones, lo que no descarta la posible existencia de diversas categorías o regímenes dentro de un mismo servicio; y (iv) mutabilidad, la prestación de servicio público debe adaptarse a las nuevas realidades y condiciones que exija la ciudadanía, esto es, el servicio está sujeto a ser cambiante y a optimizarse<sup>7</sup>.

Con base en la noción y los principios señalados, el objeto principal del control de la especial demanda prevista en la LOJCA es la deficiente prestación, la interrupción del servicio (definitiva o temporal), la falta de prestación e incluso la optimización. La pretensión siempre va a ir dirigida a que el destinatario cumpla con las notas expuestas supra, por lo que no puede comprender la indemnización de los daños ocasionados por el mal o inexistente servicio prestado<sup>8</sup>, incluso por el cobro indebido de tarifas.

Al pronunciarse sobre el carácter orgánico de la LOJCA, la Sala Constitucional mediante la decisión N° 290 del 23 de abril de 2010 había reconocido la posibilidad de que en las demandas de servicios públicos se esgrimieran pretensiones de contenido patrimonial, al afirmar que: “se establece un procedimiento breve para la reclamación de servicios públicos, vías de hecho y abstenciones, el cual, inicia por demanda que puede incluir pretensión de condena patrimonial”.

Sin embargo, la Sala Político Administrativa en la sentencia N° 384 del 20 de marzo de 2014 (caso: *Italcambio Casa de Cambio*,

7 Vid.: Araujo-Juárez, José. *Manual de derecho de los servicios públicos*. Vadell hermanos, Caracas, 2003, pp. 137-158.

8 Téngase en cuenta que, en un principio, previo a la LOJCA, se entendía que las pretensiones de contenido patrimonial podían esgrimirse en el procedimiento por la prestación de servicios públicos (por ejemplo, a ello apunta Rodón de Sanso, Hildegard, *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*. FUNEDA, Caracas, 2001, p. 111).

C.A.), delimitó el objeto de esas demandas exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos. En concreto, en esa oportunidad se dijo lo siguiente:

“Ciertamente, observa la Sala que el asunto no configura un verdadero reclamo por deficiente prestación de servicio público, pues la pretensión de la parte actora no va dirigida a obtener de la empresa demandada el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en su condición de operador cambiario autorizado, sino el pago de ciertas cantidades de dinero que a su criterio le adeuda la sociedad mercantil ITALCAMBIO Casa de Cambio, C.A., con ocasión de lo que a juicio del accionante constituyó una deficiente “prestación del servicio público”. Por tanto, la Sala concluye que la acción de autos se trata de una demanda de contenido patrimonial contra una persona jurídica privada, es decir una controversia entre particulares, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil ordinaria. Así se decide”.

Dicho criterio tiene como fundamento lo establecido en el artículo 65 de la LOJCA, ya que no permite y excluye cualquier solicitud de condena económica, por lo que no es posible acumular pretensiones con ese objetivo, de manera que se deberán presentar en un proceso –posterior y distinto– las demandas patrimoniales para la reparación de los posibles daños ocasionados por el prestador del servicio que se trate (arts. 56ss de la LOJCA).

### **3. Procedimiento establecido en la ley**

El procedimiento previsto a partir del artículo 65 de la LOJCA, está diseñado para que de manera sumaria el prestador de servicio público cumpla con la falta que ha sido reclamada. De manera que la demanda además de cumplir con lo establecido en el artículo 33 *eiusdem*, debe estar acompañada con los instrumentos que evidencien los trámites que se hayan realizado como consecuencia del servicio prestado deficiente-

mente o su ausencia (art. 66). Se trata entonces del establecimiento de agotar previamente la vía administrativa.

Téngase en cuenta que ese requisito adicional no ha sido precisado en cuanto a las condiciones de modo y tiempo en que deben ser llevados frente al prestador del servicio, por lo que cualquier interpretación restrictiva que impida el acceso a la justicia violará el principio *pro actione*<sup>9</sup>.

Luego de admitida la demanda, se citará al prestador del servicio para que informe por escrito lo relativo a la demora, omisión o servicio prestado deficientemente, lo que deberá hacerse en un lapso no mayor de cinco (05) días hábiles, luego de que conste en el expediente su citación, so pena de ser multado con una sanción que se calculará entre cincuenta (50) y cien (100) Unidades Tributarias (art. 67).

Se tendrá por confeso al prestatario que no dirija ese informe al tribunal, a menos que se trate de la Administración Pública (art. 67). Adicionalmente, se deberá notificar a la Defensoría del Pueblo, a la institución que vele por los derechos de los usuarios, a los Consejos Comunales o Locales relacionados

---

9 Ese requisito también aplica a las demandas de abstención. En los últimos cinco años de decisiones (2013, 2014, 2015, 2016 y 2017) de la Sala Político Administrativa, hemos observado que casi en su totalidad se han declarado inadmisibles esas demandas por incumplir el mandato contenido en el artículo 66 de la LOJCA, como se observa de las decisiones: N° 57 del 30 de enero de 2013 (caso: *Gilberto Rua*); N° 76 del 30 de enero de 2013 (caso: *Inversiones Triantafilia, C.A.*); N° 218 del 27 de febrero de 2013 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*); N° 267 del 13 de marzo de 2013 (caso: *Conceta María Lapi De Macarrone*); N° 1152 del 16 de octubre de 2013 (caso: *Atel Trading, C.A.*); N° 1228 del 06 de noviembre de 2013 (caso: *Carlos Ramón Paredes*); N° 1500 del 18 de diciembre de 2013 (*Comité de afectados por apagones*); N° 60 del 23 de enero de 2014 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*); N° 249 del 19 de febrero de 2014 (caso: *Ingeniería de Turbomáquinas, C.A.*); N° 444 del 23 de abril de 2015 (caso: *Econoinvest Capital, S.A.*); N° 935 del 05 de agosto de 2015 (caso: *Asociación Civil Transparencia Venezuela*); N° 243 del 02 de marzo de 2016 (caso: *Inversiones QZNO Maiquetía, C.A.*); N° 525 del 11 de mayo de 2017 (caso: *Carla Barreto*); N° 637 del 30 de mayo de 2017 (caso: *Francisca Daboín*); y N° 1036 del 28 de septiembre de 2017 (caso: *Pedro Albornoz y otros*).

con la demanda, al Ministerio Público y a cualquier otra persona pública, privada o del Poder Popular que esté relacionada con el asunto (art. 68).

El tribunal goza de las más amplias potestades cautelares, cualquier oposición a las medidas que dicte de oficio o a solicitud de parte deberá ser decidida *a la mayor brevedad* (art. 69).

Después de recibido el informe al que se refiere el artículo 67 de la ley o transcurrido el plazo para hacerlo, se deberá realizar la audiencia oral (que podrá ser prolongada), dentro de los diez (10) días de despacho siguientes, en la que deberán participar las partes y los interesados en el proceso, oportunidad en la que se promoverán las pruebas. En esa audiencia se propiciará la conciliación<sup>10</sup> y deberán admitirse las pruebas ese mismo día o al siguiente para su posterior evacuación. Las audiencias deberán ser recogidas por medios audiovisuales. La inasistencia del demandante se sanciona con la declaratoria de desistimiento de la demanda (arts. 70 al 73).

Una vez finalizada la audiencia, se deberá publicar la sentencia dentro de los cinco (05) días de despacho siguientes, la cual deberá indicar las medidas que permitan que el servicio público se preste de manera eficiente y continua y las sanciones a que haya lugar. De apelarse la sentencia, ésta se oirá a un solo efecto (arts. 72, 74 y 75).

## II. LOS CONSEJOS COMUNALES

Bien es sabido que en el año 2007 se intentó reformar el texto constitucional para que la República dejará de ser un Estado federal descentralizado y pasara a ser un modelo cons-

<sup>10</sup> Sobre la conciliación se puede ver: Reverón Boulton, Carlos. “La conciliación en el contencioso administrativo venezolano” en Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 7. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Caracas, 2015, pp. 41-80, la cual puede ser consultada en [www.redav.com.ve](http://www.redav.com.ve).

titucional de corte socialista (soviético) y centralizado, lo cual fue rechazado mediante un referéndum popular ese mismo año.

Sin embargo, la intención de establecer ese Estado socialista se ha venido concretando a través de leyes inconstitucionales que pretenden la imposición de ese modelo de Estado, desnociendo abiertamente el constitucionalmente establecido. Ello ha contado con el aval de la Sala Constitucional en la sentencia N° 256 del 10 de abril de 2014 (caso: *Eliseo Fermín Escaray*) y de la Sala Político Administrativa en la decisión N° 1185 del 6 de agosto de 2014 (caso: *Venezolano de Crédito*), según las cuales el rechazo en un referéndum aprobatorio de una determinada modificación de la Constitución debe ser interpretada como la negación de incluir u otorgar rango constitucional a la propuesta realizada, pero nunca como una prohibición del posible desarrollo legislativo del contenido de la referida propuesta.

Una de las múltiples leyes que se han dictado para diseñar y sostener el Estado communal socialista<sup>11</sup> pretendido por el Gobierno es, precisamente, la Ley Orgánica de los Consejos Comunales (en lo sucesivo LOCC)<sup>12</sup>. Los Consejos Comunales son una de las múltiples instancias de las estructuras del Poder Popular<sup>13</sup> que sirven de base a un supuesto autogobierno iden-

11 Ese Estado comunal ha sido definido en el artículo 8.8 de la Ley Orgánica del Poder Popular (Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre de 2010) como: "Forma de organización político social, fundada en el Estado democrático y social de derecho y de justicia establecido en la Constitución de la República, en la cual el poder es ejercido directamente por el pueblo, con un modelo económico de propiedad social y de desarrollo endógeno sustentable, que permita alcanzar la suprema felicidad social de los venezolanos y venezolanas en la sociedad socialista. La célula fundamental de conformación del estado comunal es la Comuna".

12 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.335 del 28 de diciembre de 2009. Téngase en cuenta que previamente se había dictado la Ley de los Consejos Comunales, que sirvió de base a la Ley Orgánica de 2009 y que se publicó en la Gaceta oficial N° 5.806 Extraordinario del 10 de abril de 2006.

13 "Instancias del Poder Popular: Constituidas por los diferentes sistemas de agregación comunal y sus articulaciones, para ampliar y fortalecer la acción del autogobierno comunal: consejos comunales, comunas, ciuda-

tificado abiertamente con el socialismo<sup>14</sup>. Concretamente, el artículo 2 de la LOCC los define como:

“Los consejos comunales, en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica, son instancias de participación, articulación e integración entre los ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, en la construcción del nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social”.

Obsérvese que los Consejos Comunales son instancias de autogobierno y de participación ciudadana tendentes a la construcción del socialismo. En virtud de ello, esas organizaciones deben ser analizadas desde una doble perspectiva, a saber: (i) como instancias de participación (socialistas); y (ii) como sujetos capaces de gestionar servicios públicos. Veamos las implicaciones de cada una de ellas.

---

des comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales y las que, de conformidad con la Constitución de la República, la ley que regule la materia y su reglamento, surjan de la iniciativa popular” (art. 8.9 de la Ley Orgánica del Poder Popular).

14 “Socialismo: es un modo de relaciones sociales de producción centrado en la convivencia solidaria y la satisfacción de necesidades materiales e intangibles de toda la sociedad, que tiene como base fundamental la recuperación del valor del trabajo como productor de bienes y servicios para satisfacer las necesidades humanas y lograr la suprema felicidad social y el desarrollo humano integral. Para ello es necesario el desarrollo de la propiedad social sobre los factores y medios de producción básicos y estratégicos que permita que todas las familias, ciudadanos venezolanos y ciudadanas venezolanas posean, usen y disfruten de su patrimonio, propiedad individual o familiar, y ejerzan el pleno goce de sus derechos económicos, sociales, políticos y culturales” (art. 8.14 de la Ley Orgánica del Poder Popular).

## **1. Los Consejos Comunales como medio de participación**

Hoy en día, a partir de lo establecido en los artículos 2, 62, 70 y 141 constitucionales, se propugna la participación ciudadana y la democratización de la Administración en el entendido de que esa participación permitirá que se favorezca realmente a los intereses de la ciudadanía. Esa participación en la formulación de las políticas públicas y en la actividad administrativa siempre debe ser libre, abierta, plural y democrática. En suma, gracias a esas normas es factible hablar de buen gobierno, entendido éste como una nueva forma de relación entre la Administración y la ciudadanía con base en el derecho a una buena Administración, participación, transparencia y rendición de cuentas<sup>15</sup>.

Sin embargo, la participación prevista en la LOCC es diametralmente opuesta a la que persigue nuestro texto consti-

---

15 Al respecto, Jaime Rodríguez-Arana nos enseña que “la participación de los ciudadanos en el espacio público está, poco a poco abriendo nuevos horizontes que permiten, desde la terminación convencional de los procedimientos administrativos, pasando por la presencia ciudadana en la definición de las políticas públicas, llegar a una nueva forma de entender los poderes públicos, que ahora ya no son estrictamente comprensibles desde la unilateralidad sino desde una pluralidad que permite la incardinación de la realidad social en el ejercicio de las potestades públicas.  
(...)

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en lo que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas” (Rodríguez-Arana, Jaime. “El Derecho a la buena Administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidad da Coruña* N° 16. España, 2012, p. 254 y 255).

Sobre el derecho a una buena Administración remitimos al excelente número preparado por esta Revista bajo el N° 11, dedicado a ese tema, el cual podrá ser consultado en [www.redav.com.ve](http://www.redav.com.ve).

tucional. La participación que se reconoce en favor y a través de los Consejos Comunales, lejos de ser libre abierta, plural y democrática, más bien viola ese derecho y el pluralismo político por tratarse de una participación solo para la construcción del socialismo a través de instancias y objetivos dispuestos en esa Ley. A pesar de lo aquí dicho, la Sala Constitucional en la sentencia N° 1676 del 3 de diciembre de 2009, al declarar la constitucionalidad del carácter orgánico de la LOCC, apreció lo siguiente:

“En primer lugar, el instrumento jurídico bajo examen torna operativo el derecho constitucional de todos los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos, a través de los medios de participación y protagonismo popular que les ha reconocido el Constituyente de 1999 en los artículos 62 y 70 del Texto Constitucional, insertos a su vez en su Título III que consagra “Los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes”, es decir, regula esta modalidad de derecho constitucional de contenido político de forma frontal y directa, lo cual subsume a esta Ley en la categoría normativa de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos constitucionales como subtipo inmerso en el artículo 203 del mismo Texto Fundamental.

Asimismo, esta Ley fija los principios que deben orientar esta modalidad de participación a través del gobierno comunitario y la participación directa en las políticas públicas dirigidas hacia la construcción del nuevo modelo de sociedad inspirada en valores de igualdad, equidad y justicia social, por tanto, en criterio de la Sala se trata de una ley que se encuentra dirigida a regular diferentes medios de participación en las políticas públicas que desarrolla el Estado, como vinculado tema de especial trascendencia a los derechos constitucionales antes mencionados”.

Adicionalmente, la Sala Político Administrativa en la decisión N° 1347 del 29 de octubre de 2015 (caso: *Otoniel Pautt*

*Andrade*) se refirió a esa participación en los siguientes términos:

“Los consejos comunales, de conformidad con la Ley Orgánica de los Consejos Comunales y la Ley Orgánica del Poder Popular, son instancias de participación, articulación e integración entre los ciudadanos y las ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, lo cual incluye la prestación de servicios públicos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 184 de la Constitución, que prevé la descentralización y transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados de la administración y prestación de servicios públicos, así como en el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones”.

Lo aseverado en esas decisiones es alejado de la verdad y del propósito de los artículos 62 y 70 de la Constitución, debido a que aun cuando los Consejos Comunales en apariencia son una estructura de participación abierta y plural, la realidad es que están sometidos al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales, ya que la personalidad jurídica solo la podrán adquirir luego de que se registren ante ese Ministerio y es ese órgano el que financia sus proyectos (arts. 16, 17 y 57.11 de la LOCC).

La pluralidad queda absolutamente descartada también debido a que el registro de los Consejos Comunales no podrá realizarse cuando éstos tengan por objeto *finalidades distintas a la presente Ley* (artículo 18 de la LOCC). Téngase en cuenta además que los voceros, órgano coordinador del funcionamiento

del Consejo Comunal, son elegidos *popularmente* y no a través de un sufragio universal y directo (art. 4.6 de la LOCC).

El denominado Poder Popular elimina la participación ciudadana abierta y plural por las razones hasta aquí expuestas. Prueba de ello es que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno<sup>16</sup> señala que la sociedad organizada está constituida por Consejos Comunales, comunas y cualquier otra organización de base del Poder Popular, es decir, la sociedad civil estaría supuestamente representada en esas organizaciones y la participación constitucionalmente reconocida se ejercería a través de los Consejos Comunales, pero solo para construir el socialismo, se trata de un mecanismo de discriminación, de ahí su inconstitucionalidad.

En conclusión, los Consejos Comunales como todas las estructuras del estado paralelo socialista que se pretende afianzar al margen de la Constitución, en realidad son todo lo contrario a una organización que favorece el pluralismo político reconocido en nuestro texto fundamental, debido a que no podrán participar todo aquel que no desee el socialismo que se persigue perpetuar a través de todas las leyes y organizaciones del Poder Popular<sup>17</sup>.

## **2. Los Consejos Comunales como prestadores de servicios públicos**

Los Consejos Comunales son organizaciones que fomentan la participación ciudadana socialista (no plural) con capacidad de gestionar servicios públicos que le sean transferidos con aparente anclaje constitucional (art. 184).

---

16 Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.963 Extraordinario del 22 de febrero de 2010.

17 Para el mejor entendimiento del Poder Popular recomendamos la lectura de la obra intitulada *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*, publicada por la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

Esa transferencia de servicios por parte de los Estados y Municipios hacia los Consejos Comunales con base en el artículo 184 de nuestra constitución debe ser analizada a la luz de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal<sup>18</sup>, la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, la LOCC y la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones<sup>19</sup>, por lo que cabe hacer los siguientes comentarios:

En *primer lugar*, lejos de tratarse de una descentralización, la transferencia de competencias y servicios hacia los Consejos Comunales es todo lo contrario, debido al marcado carácter centralizador que se desprende de la LOCC y el excesivo control que sobre los Concejos Comunales ejerce el Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales, como ya fue apuntado.

En efecto, la verdadera intención que se esconde detrás de esa aparente descentralización es la de vaciar de contenido las competencias y la autonomía Municipal para imponer así un estado comunal que solo responda a los fines del partido de gobierno y que en nada se compadece con el texto constitucional. Al respecto, Brewer-Carías ha afirmado lo siguiente:

“Conforme a la Constitución «la creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades» solo es posible «a los fines de garantizar el principio de la corresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estadales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estadales y municipales» (art. 184.6). Ello significa que los mecanismos de participación que puedan establecerse conforme a la Constitución no son para vaciar a las estructuras del Estado

---

18 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010.

19 Reimpresa por error en la Gaceta Oficial N° 39.954 del 28 de junio de 2012.

Constitucional, es decir, de los «gobiernos locales y estadales,» sino para reforzarlas en la gestión pública. Por otra parte, conforme a la Constitución, no puede haber gobierno alguno que no sea electivo, descentralizado y pluralista; sin embargo, en la LOPP se define un Estado paralelo que es el Estado Comunal, montado sobre «gobiernos» o «auto-gobiernos» que no son ni electivos, ni descentralizados ni pluralistas”<sup>20</sup>.

Solo basta para evidenciar lo anterior, el haber creado a las Comunas<sup>21</sup> como entidad local que atenta contra la existencia de los Municipios como unidad política primaria de mayor cercanía respecto a los ciudadanos.

En segundo lugar, la transferencia de servicios hacia los Consejos Comunales discrimina y no permite que entidades privadas puedan eventualmente asumir y gestionar esa prestación de servicios.

La actividad privada y la verdadera sociedad civil queda absolutamente relegada y marginada de esa posible descentralización, ya que ella ha sido prevista para “...lograr el fortalecimiento de las organizaciones de base del Poder Popular y

20 Brewer-Carías, Allan. *Sobre el Poder popular y el Estado Comunal en Venezuela (o de cómo se impone a los venezolanos un Estado Socialista violando la Constitución, y en fraude a la voluntad popular)*. Consultado en [https://www.uma.edu.ve/admin/ckfinder/userfiles/files/Brewer-Car%C3%ADas\\_Sobre\\_el\\_Estado\\_Comunal,\\_el\\_Estado\\_Socialista\\_y\\_el\\_Poder\\_Popular\\_en\\_Venezuela\\_31-12-2010\\_doc%5B1%5D.pdf](https://www.uma.edu.ve/admin/ckfinder/userfiles/files/Brewer-Car%C3%ADas_Sobre_el_Estado_Comunal,_el_Estado_Socialista_y_el_Poder_Popular_en_Venezuela_31-12-2010_doc%5B1%5D.pdf)

21 Las comunas han sido definidas por el artículo 5 de la Ley Orgánica de las Comunas (Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre de 2010) como: “Es un espacio socialista que, como entidad local, es definida por la integración de comunidades vecinas con una memoria histórica compartida, rasgos culturales, usos y costumbres, que se reconocen en el territorio que ocupan y en las actividades productivas que le sirven de sustento, y sobre el cual ejercen los principios de soberanía y participación protagónica como expresión del Poder Popular, en concordancia con un régimen de producción social y el modelo de desarrollo endógeno y sustentable, contemplado en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación”.

el desarrollo armónico de los Distritos Motores de Desarrollo y regiones del país, en el marco del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación” (art. 7 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno).

Es por ello que los Consejos Comunales tendrán preferencia en la asignación de recursos para sus requerimientos y para que le sean transferidos los servicios públicos por parte de los Estados y Municipios, todo lo cual será aprobado por la Asamblea de Ciudadanos (arts. 23 y 59 de la LOCC).

Ello desconoce tanto el artículo 184 constitucional como la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la cual prevé que podrán transferirse los servicios públicos a los *grupos vecinales organizados* que estén en capacidad para prestarlos, en aras de garantizar una participación ciudadana abierta y plural con inclusión de todos los sectores, lo cual será mediante convenios y que podrán ser reasumidos por el Municipio si no son prestados eficientemente (artículos 278 al 281). Esas normas de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal cuya nulidad se planteó ante la posibilidad de que las manifestaciones del Poder Popular vacíen de competencias a los Municipios no fueron anuladas, pues a juicio de la Sala Constitucional en la sentencia N° 355 del 16 de mayo de 2017<sup>22</sup>, ello no implica el

---

22 “El mandato previsto en la Constitución obedece necesariamente a la necesidad de implementar un mecanismo por el cual el régimen de competencias conferido a los entes político-territoriales pueda evolucionar, en la medida de lo posible, en una decantación que permita la aproximación en la prestación de los servicios esenciales para el beneficio de la población. La norma constitucional establece una perspectiva basada en la implementación de un sistema normativo que prevea, en su mejor sentido, generar mecanismos que acerquen a cada una de sus escalas, la asignación o conferimiento, mediante los distintos mecanismos administrativos propios de la descentralización, de las competencias, atribuciones y del sistema prestacional de servicios, el cual tiene como última finalidad su asignación en la población de aquellas materias sobre las cuales se encuentre en capacidad para llevar a cabo en atención al desarrollo de las capacidades del colectivo, debidamente organizado, así como la eficiencia que pueda mantener para satisfacer sus propias necesidades y las del resto de la población.

establecimiento de un Estado comunal paralelo que asumirá la titularidad de las competencias establecidas por la Constitución –en este caso– en favor de los Municipios.

---

(..)

El marco de la descentralización tiene también un elemento adicional que se suma a la múltiple intervención de los distintos niveles territoriales conforme a la Constitución, entendida como base para establecer un orden de actuación: la colectividad también se encuentra habilitada mediante un doble aspecto constitucional, previsto tanto en las normas constitucionales en materia de descentralización –entiéndase en este punto el artículo 184 constitucional– y las disposiciones fundamentales relativas al derecho de participación, que no sólo acentúan el ejercicio de los principios de la democracia directa desde una perspectiva política, delimitada en la potestad para la toma de decisiones en los asuntos de la sociedad y en la designación de autoridades; sino también desde un sentido del derecho de participación plasmado en el pleno ejercicio de funciones administrativas que trascienden más allá de una simple acción eventual o accidental, pues la ciudadanía puede, en la medida de sus capacidades, entronizarse mediante distintas modalidades organizativas, permitidas por la Constitución y distintas leyes, sin que medie un solo mecanismo o esquema normativo para su integración, pudiendo asumir desde el punto de vista constitucional, la realización de materias y la prestación de tareas que pertenezcan a los distintos niveles político territoriales.

En este sentido, independientemente de que la Administración Pública asuma la prestación de los servicios encomendados, el orden sistemático de los artículos 62, 70 y 184 de la Constitución establecen la factibilidad de que los grupos sociales, debidamente organizados, asuman, cuando se encuentren en niveles óptimos de su capacidad, la prestación de servicios públicos y la ejecución de determinadas materias asumibles con base en el sentido y naturaleza de las mismas. Ello es el sentido que otorga el artículo 62 constitucional al papel protagónico de la ciudadanía.

Esta connotación de la participación popular en la prestación de servicios tiene una dualidad autónoma y heterónoma toda vez que la colectividad, al procurar un grado óptimo de perfeccionamiento, puede asumir ciertas materias que le guarden una vinculación directa a su interés. Asimismo, el Estado, mediante la actuación de los distintos niveles político-territoriales, está en el deber de elaborar los sistemas normativos y las políticas de ejecución que permitan la aproximación de las competencias y los servicios a los entes político territoriales inferiores y de éstos hacia la población, comprendiendo la factibilidad de que ella misma las asuma en mayor o menor grado, la ejecución de los servicios que optimicen un mayor logro y eficiencia sobre la base de la proximidad e inmediatez que recae en la población.

(..)

En el sentido constitucional, respecto a la materia de la descentralización administrativa debe concebirse necesariamente que las *competencias* constitucionalmente entendidas, presuponen tres aspectos sobre los cuales los entes político territoriales fundamenten el ejercicio de su actividad bajo los siguientes aspectos: *i)* el conferimiento de una *potestad pública* entendida en la adjudicación del poder de autoridad que habilita al Ente territorial para realizar las funciones encomendadas por la propia Constitución; *ii)* la *materia* entendida como el ámbito en donde la autoridad puede desplegar el ejercicio de las potestades; y *iii)* los *servicios* comprendidos por las funciones materiales y concretas de índole prestataria destinadas a la realización de la actividades satisfactorias de las necesidades colectivas". Podría entenderse que la *potestad pública* identifica totalmente la noción de competencia, cuando la misma es una parte integrante de ésta. Tanto la materia como la asignación de servicios son elementos conformantes de la misma noción y determinan un mayor o menor nivel en el manejo de la misma, asumiendo distintos grados o niveles en el desarrollo y distribución de las atribuciones, sea por cogestión o autogestión y considerando el convenio celebrado entre las partes.

En todos estos supuestos, no se encuentra prevista la pérdida de las *potestades públicas* conferidas por la Constitución a los entes político-territoriales por cuanto las mismas son de expresa determinación fundamental y no pueden entenderse como una renuncia en los supuestos que se pretenda aproximarse a la colectividad, mediante la aplicación de la descentralización administrativa y la participación popular. La posición que en un principio muchos sectores han asumido con respecto a la participación como desmedro de los sistemas representativos ha sido superada, al entenderse que ninguna de ambas modalidades de la manifestación popular y la asunción de actividades puede visualizarse como incompatibles; por el contrario, deben asumirse en una acepción coadyuvante: "En efecto, para un sector existe una contraposición peligrosa entre la democracia representativa y la democracia directa, así como el riesgo de un posible uso demagógico de estas instituciones. Para otro, en cambio, esta supuesta contradicción es cosa del pasado, ya que, como la experiencia comparada lo demostraría, las instituciones de democracia directa, más que una alternativa per se, deben ser vistas como complemento de la democracia representativa" (Cfr. Zovatto, Daniel. *Las Instituciones de Democracia Directa*. En: Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina. Ediciones del Fondo de Cultura Económica. México 2007. p. 134).

En el presente caso, las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no implican de manera alguna una pérdida o renuncia de la competencia, toda vez que ésta se encuentra supeditada a lo previsto en el propio Texto Constitucional, el cual prevé su ejercicio primario por parte de los Municipios, sin que las distintas manifestaciones del procedimiento de descentralización y de la participación popular impliquen merma alguna. En consecuencia, tanto la autonomía municipal como las *potestades públicas* no pueden entenderse por socavadas ante el fenómeno de la participación popular sobre los asuntos colectivos, pues

Finalmente, en *tercer lugar*, debe precisarse que la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones profundiza mucho más el favorecimiento y construcción del Estado comunal paralelo al Federal que reconoce la Constitución<sup>23</sup>.

Con esa ley se termina cualquier aspiración de que la descentralización se traduzca en la democratización y acercamiento del poder a la ciudadanía, toda vez que la transferencia de servicios prevista en el artículo 184 constitucional gira en torno a la autonomía que tendrían los Estados y Municipios para realizar esa descentralización en favor de la sociedad civil, abierta y plural y no exclusivamente al *pueblo organizado* como lo señala el artículo 1 de la ley que se comenta. Téngase en cuenta que la transferencia prevista en esa ley solo favorecerá a las instancias del Poder Popular, entre las que se encuentran los Consejos Comunales (arts. 2, 5, 6 y 7).

Concretamente, los Consejos Comunales podrán solicitar la transferencia de servicios cuando estén en capacidad de ello o bien esa transferencia puede realizarse *motu proprio* por los entes políticos territoriales (arts. 7 y 11).

Ahora bien, si se presentase algún conflicto entre los consejos Comunales, los entes políticos territoriales y los Órganos del Poder Público Nacional en relación con la transferencia regulada en la ley, corresponderá resolverla a la Secretaría del Consejo Federal de Gobierno (art. 10).

Si bien la ley no señala cómo se resolverá ese conflicto entendemos que de acuerdo con el artículo 14.1 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno será resuelto por el

---

la misma debe siempre entenderse como concomitante y coadyuvante de ésta”.

23 Para profundizar aun más sobre el contenido de esa ley remitimos a los excelentes estudios contenidos en la *Revista de Derecho Público* N° 130. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

Presidente de la República, quien ordenará la transferencia de competencias o servicios, sin atender el espíritu abierto, plural y democrático con el cual se estableció la descentralización en el artículo 184 de nuestra Constitución.

Además, si la transferencia fuera promovida por los Estados o Municipios deberá realizarse según el plan anual de transferencia que será revisado y aprobado por el Consejo Federal de Gobierno, por lo que en este caso en concreto también se viola la Constitución, desde que el Consejo Federal de Gobierno ordenara la transferencia de competencias a través de esos planes (arts. 11, 12 y 13).

### III. INTERVENCIÓN DE LOS CONSEJOS COMUNALES EN JUICIO

De conformidad con lo establecido en los artículos 7.4<sup>24</sup>, 7.5<sup>25</sup>, 10<sup>26</sup> y 68 de la LOJCA, los Consejos Comunales podrán intervenir en juicio bien como demandados cuando presten directamente un servicio público o como interesados en la resolución de una demanda de servicio público con el objeto de que opinen en relación con lo debatido en el proceso. Al respecto, la Sala Constitucional en la sentencia N° 1721 del 18 de diciembre de 2015 (caso: *Lucas Gil*) afirmó lo siguiente:

“De acuerdo a las normas transcritas, (i) la jurisdicción contencioso administrativa ejerce el control de las entidades populares de planificación, control, ejecución de políticas

---

24 Artículo 7.4: “Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa”;

25 Artículo 7.5: “Las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional”.

26 Artículo 10: “Los entes, consejos comunales, colectivos y otras manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, podrán emitir su opinión en los juicios cuya materia debatida esté vinculada a su ámbito de actuación, aunque no sean partes”.

y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa y (ii) atribuye a estas formas de manifestación popular, la posibilidad de participar y de ejercer su poder de obrar inclusive ante los tribunales para resguardar los bienes y servicios públicos”<sup>27</sup>.

Nótese bien que en el primer caso están legitimados pasivamente para defender en juicio su actuación en relación con el anormal funcionamiento del servicio público que gestionen, de acuerdo a lo que se demande en cada caso en particular; mientras que, en el segundo, no deberá entenderse que tendrán la cualidad de parte y su actuación solo puede realizarse con el objeto de emitir una opinión en relación al modo en que se ha prestado el servicio público<sup>28</sup>.

En el segundo supuesto, los Consejos Comunales interesados podrían ser los indicados por el demandante en el libelo y si ello no se realizase el tribunal deberá realizar las gestiones tendentes a su notificación.

Dicho lo anterior, de seguidas pasaremos a comentar las particularidades que presentan las dos distintas formas en que los Consejos Comunales podrán intervenir en juicio:

---

27 Ello también ha sido precisado en la decisión N° 1347 del 29 de octubre de 2015 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*), en la que la Sala Político Administrativa afirmó lo que sigue: “En este sentido, no cabe duda en cuanto a la intención del legislador de convocar al juicio a los órganos del Poder Público y del Poder Popular para que puedan intervenir en el mismo, razón por lo cual la notificación de los consejos comunales es necesaria, siempre que estén directamente relacionados con el caso, para lo cual debe dilucidarse cuándo es que estas manifestaciones del Poder Popular están directamente relacionadas con una demanda atinente al reclamo por la prestación de un servicio público”.

28 Vid.: Iribarren Monteverde, Henrique. “Las partes en el Contencioso Administrativo” en *XXXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar*. Instituto de Estudios Jurídicos “Ricardo Hernández Álvarez”, Barquisimeto, 2013, p. 376.

## 1. Los Consejos Comunales como demandados

No tenemos ningún tipo de duda respecto a la legitimación pasiva de los Consejos Comunales como sujetos demandados por el mal funcionamiento de un servicio público, siempre que previamente esos servicios hayan sido transferidos y sean ellos los prestadores. Ello se desprende concretamente, no solo de las normas de la LOJCA a las que aludimos con anterioridad, sino en virtud de lo establecido en el artículo 8 *eiusdem* que consagra la universalidad de control contencioso administrativo, con base en el artículo 259 constitucional, del modo que sigue:

"Será objeto de control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la actividad administrativa desplegada por los entes u órganos enumerados en el artículo anterior, lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados".

Obsérvese que el legislador intencionalmente sometió al control de esa jurisdicción la actividad administrativa prestacional, privilegiando así la tutela judicial efectiva, pues lo que se favorece en definitiva es que se condene al prestador de servicio público a que realice la prestación de manera adecuada. Lo determinante es la resolución de un conflicto de orden y fundado en derecho administrativo para que se condene al prestador a hacer lo que ha omitido.

En este aspecto la única salvedad que cabría hacer es que la prestación de los servicios públicos por parte de los Consejos Comunales en realidad significa una distorsión a la descentralización prevista en el artículo 184 constitucional, tal y como se expuso de manera detallada en este estudio.

Finalmente, cabría formular la posibilidad de que en la sentencia, dada la gravedad que se presente en el caso concreto respecto a la deficiente prestación del servicio público, se ordene a que se revierta el convenio mediante el cual se transfirió el servicio, por incapacidad de gestionarlo adecuadamente, todo ello conforme a los artículos 25 de la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones, 281 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y 43 y 44 del Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno<sup>29</sup>, como una medida efectiva que garantice la prestación debida, lo cual es cómodo con lo establecido en el artículo 74.230 de la LOJCA.

## **2. La opinión de los Consejos Comunales sobre lo debatido en juicio**

De manera general, la LOJCA prevé que los Consejos Comunales participen en juicio para dar su opinión (art. 10), lo que además se estableció de manera concreta en los diversos procedimientos previstos en la ley (en las demandas de contenido patrimonial, art. 58 y en el procedimiento breve, art. 68).

En virtud de ello, la sala Político Administrativa en la decisión N° 476 del 13 de abril de 2011 (caso: *Hidroven*), reafirmó que esa intervención coadyuvará en el resguardo de los servicios públicos. Al respecto, la Sala precisó lo siguiente:

“Es así como la novísima legislación le atribuye a las distintas formas de manifestación popular la posibilidad de participar y de ejercer su poder de obrar inclusive ante los tribunales para resguardar los bienes y servicios públicos.

---

29 Reimpresa en la Gaceta Oficial N° 40.002 del 06 de septiembre de 2012.

30 Artículo 74: Contenido de la sentencia. Además de los requisitos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá indicar:  
(...)

2. En el caso de reclamos por prestación de servicios públicos, las medidas que garanticen su eficiente continuidad.

Por estas razones la Sala insta a los Consejos Comunales de Santa Cruz, Quebrada de Piedra, Aguas Calientes, Tarpaz, Los Clavellinos, Bella Vista, Los Altos, Santa María, Amanita Arriba, Amanita Abajo, Los Cabimbos, Las Vegas, La Sabana, La Fundación, Catuaró, del Municipio Ribero del Estado Sucre, a que participen en el juicio llevado ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, consignando su escrito (o escritos) de opinión, y ejerzan en ese proceso su función de control y ejecución de las políticas y servicios públicos, considerando que existe en este asunto una reclamación de interés público, que consiste en lograr para dichos pobladores el acceso a un elemento fundamental para la vida: el agua que es la vida misma. Además, el acceso al agua es un derecho humano indispensable no sólo para la vida, sino para el buen vivir.

La Sala anima a los Consejos Comunales a que hagan seguimiento al presente juicio y a la gestión de autoridad del área del agua que lo ha impulsado, tal como prevé la normativa legal.

En reconocimiento de los derechos del pueblo, la Sala ordena que los mencionados Consejos Comunales sean notificados del presente fallo, a cuyo efecto debe ser publicado en la Gaceta Judicial y en la página web del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide”.

Nótese que para la Sala la opinión que deben presentar los Consejos Comunales deberá hacerse por escrito, lo cual entendemos contrario al espíritu de la LOJCA y a la forma en que ha sido previsto el procedimiento breve, de manera que creemos que esa opinión debería recogerse de manera oral en la audiencia, pues el artículo 70 de esa ley ordena a que se oigan a las partes, los notificados y demás interesados.

Además, resulta cuestionable que los Consejos Comunales puedan actuar imparcialmente al omitir su opinión debido a

su politización y dependencia absoluta del Ejecutivo Nacional, de manera que su participación puede ser sesgada y podrá entorpecer la resolución del proceso con arreglo a la veracidad de los hechos que los Consejos Comunales podrán tergiversar a través de su participación.

Precisado lo anterior, también consideramos prudente referirnos a otros aspectos que han sido tratados y desarrollados en las decisiones de la Sala Político Administrativa, a las que nos referiremos de seguidas:

#### *A. Notificación de los Consejos Comunales*

Para el caso en que no se hayan identificado en el libelo de la demanda los Consejos Comunales que en razón de la zona geográfica se vean afectados por la deficiente prestación del servicio público, tendrá el juez que ordenar la notificación del Consejo Local de Planificación Pública<sup>31</sup> del o los municipios en los que el demandado preste el servicio, ello ha sido realizado de ese modo por parte del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa en la decisión N° 2 del 14 de enero de 2016 (caso: *Inversiones Expocanto*)<sup>32</sup>. En concreto, en esa causa se señaló lo siguiente:

“Visto que el acto administrativo cuya nulidad se pretende resuelve «(...) Calificar de urgente la ejecución de la obra denominada ‘EDIFICIO LUIS FERNANDO’, ubicado en la Avenida Este 3 entre Avenida Fuerzas Armadas y Avenida Norte 9, calle Este 3, sector Chimborazo, Caracas, Municipio Libertador del Distrito Capital (...)», se ordena notificar al Consejo Local de Planificación Pública del Municipio Liber-

---

31 Regulados en la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.184 Extraordinario del 03 de junio de 2015.

32 Ello también puede observarse en las decisiones de ese Juzgado N° 217 del 1 de julio de 2015 (caso: *Anpronahv*); N° 8 de diciembre de 2015 (caso: *Evelio Smith*) y N° 36 del 2 de febrero de 2016 (caso: *Desarrollos 1596*).

tador del Distrito Capital, a fin de que emplace a los Consejos Comunales de la localidad, para que emitan su opinión en la presente controversia; todo ello, con fundamento en lo contemplado en el numeral 3 del artículo 78 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Líbrese oficio, anexándole copia certificada de esta decisión”.

Particularmente, la Sala Político Administrativa en la sentencia N° 1347 del 29 de octubre de 2015 (caso: *Otoniel Pautt Andrade*), señaló que para identificar a los Consejos Comunales que puedan estar interesados en una causa concreta con la prestación de un servicio público es necesario que se notifique al Consejo Local de Planificación Pública con competencia en el lugar en el que se realice la prestación que se reclama. En efecto, la Sala afirmó que:

“A diferencia de lo sostenido por la parte accionante, el hecho de que la norma establezca la notificación del consejo comunal directamente relacionado con el caso, no es una excepción al deber jurisdiccional de notificar a estos entes del Poder Popular, sino por el contrario, una determinación de cuándo deben ser convocados, lo cual no tiene margen de duda si se trata de un servicio público administrado por estas instancias de participación popular, pero cuando se trata de servicios públicos domiciliarios, como lo es la prestación del servicio de agua potable, que nos ocupa en el presente caso, prestado por una empresa administrada en un ámbito distinto al comunitario, debe determinarse si la prestación de tal servicio tiene incidencia en el radio de acción del consejo comunal, por lo que tendría que establecerse de conformidad con el espacio geográfico en el que se desenvuelve el consejo comunal y las áreas del quehacer social en el que desarrolla sus actividades, lo cual, resultaría sumamente complejo para el recurrente o el juez al momento de admitir la demanda, por lo que para satisfacer este requisito legal, debe utilizarse un criterio geográfico, es decir, que de no estar concretamente identificado un consejo comunal

directamente relacionado con el caso, debe notificarse al consejo local de planificación pública con competencia en el lugar donde se originó el reclamo por la prestación del servicio público, para que sea este órgano el que ponga en conocimiento de dichas instancias de participación popular de la existencia de la demanda”.

Creemos que de no existir un Consejo Local de Planificación al cual dirigirse para que emplace a los Consejos Comunales de la localidad, el juez tendrá que oficiar para esos efectos al Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales.

Adicionalmente, la Sala Político Administrativa en la mencionada decisión N° 1347 del 29 de octubre de 2015, ha señalado que de no notificarse al inicio del proceso al o los Consejos Comunales interesados no deberá reponerse la causa, salvo que ello sea solicitado por esa instancia de participación<sup>33</sup>.

---

33 Concretamente, la sala afirmó lo siguiente: “El artículo 257 de la Constitución de la República establece el proceso como instrumento fundamental para alcanzar la justicia, además de que debe ser breve y no sacrificarse este fin por formalidades no esenciales. En el caso que estamos analizando, el proceso cuya reposición se ordenó se trata de un procedimiento breve previsto en la Ley para poder ejercer reclamos en materia de servicios públicos, razón por la cual debe garantizarse que la Administración de Justicia sea eficaz y célebre, por lo que si bien la norma establece la notificación de los consejos comunales directamente relacionados con el caso, debe evitarse una reposición inútil de la misma, especialmente cuando no consta en autos que alguna de estas instancias de participación popular, o la comunidad, esté efectivamente afectada o relacionada con la petición de un ciudadano de que se le preste un determinado servicio público, por lo que la interpretación de esta norma no puede hacerse de forma tal que entorpezca el acceso del ciudadano a la jurisdicción, sino por el contrario garantizar su posibilidad de hacer valer sus derechos, así como la participación de la comunidad organizada, cuando ésta esté relacionada con la causa.

De esta forma, la reposición de la causa a solicitud de la parte demandada, por la falta de una notificación a un tercero (consejo comunal) no resulta cónsona con la finalidad del proceso, que en este caso es garantizar el acceso a los órganos de justicia para ejercer lo que considera su derecho en relación con la prestación de un servicio público, por lo que tal reposición

## B. Representación de los Consejos Comunales

Por último, toca referirnos al modo en que los Consejos Comunales podrán participar en juicio. Concretamente, esas instancias de participación podrán intervenir de manera directa a través de sus voceros o bien a través del apoderado judicial que éstos designen, tal y como quedó establecido en la decisión de la Sala Político Administrativa N° 968 del 29 de septiembre de 2016 (caso: *Inversiones Expocanto*).

## RECAPITULACIÓN

Las demandas de prestación de servicios públicos es la vía idónea para controlar la deficiente o ausente prestación de servicios públicos, a través de un procedimiento breve y sumario. En ese procedimiento, indebida y contrariamente a la tutela judicial efectiva, no se podrán presentar pretensiones de contenido patrimonial, pues se ha entendido que conforme al artículo 65 de la LOJCA el proceso solo girará en torno al modo en que se ha prestado el servicio.

Urge una interpretación acorde con la Constitución de esa norma y del artículo 66 *eiusdem* relacionado con el previo agotamiento de la vía administrativa como requisito de admi-

---

solo debe proceder a instancia del Consejo Comunal directamente relacionado con el caso que demuestre que la comunidad de la cual proviene se vería afectada por las resultas del juicio.

En este punto, en aras de satisfacer el requisito legal de notificación a los consejos comunales puede ser subsanado por el juez de alzada, ordenando la notificación del Consejo Local de Planificación, pero la reposición de la causa solo operaría a petición del Consejo Comunal que demuestre que los derechos e intereses de la comunidad podrían de algún modo verse afectados por el resultado del juicio, ya que el requisito de esta notificación es salvaguardar los intereses generales de la colectividad organizada a través del consejo comunal, no pudiendo arrogarse tal condición la empresa prestadora del servicio público dilatando el proceso judicial incoado en su contra, especialmente cuando no es clara cuál es la relación directa que puede tener el consejo comunal con la prestación de un servicio público a un ciudadano en particular”.

sibilidad de la demanda, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva.

En ese procedimiento podrán intervenir como parte los Consejos Comunales cuando sean el prestador del servicio que previamente le sea transferido. No se discute que procesalmente puedan ser demandados, lo que se cuestiona es el modo en que las diversas leyes examinadas excluyen que la transferencia de servicios se realice a la ciudadanía libremente organizada, atendiendo al espíritu abierto y democrático del artículo 184 constitucional.

La descentralización y privatización de servicios que constitucionalmente se pretende terminará siendo una quimera en virtud del marcado acento centralizador de las leyes que han creado a las diversas instancias del Poder Popular, las cuales dependen y son controladas por el Ejecutivo Nacional.

Los Consejos Comunales no podrán ser jamás entendidos como representantes de la sociedad civil abierta y plural, pues no admiten tendencias ideológicas distintas a las del partido de Gobierno, funcionan en favor de un proyecto político inconsitucional destinado al favorecimiento de la perpetuación del socialismo (soviético), de ahí que se pueda entender que su opinión en las demandas de prestación de servicios públicos pudiera carecer de sentido tomando en consideración la falta de objetividad que pueden tener esas instancias del Poder Popular, por estar identificadas con el Gobierno y no con la ciudadanía.

En concreto, los Consejos Comunales cuando actúen como interesados podrán opinar e intervenir en la audiencia oral del procedimiento breve, una vez que sean notificados a través del Consejo Local de Planificación Pública del o los municipios en que se preste el servicio. De no ser notificados solo a ellos corresponde solicitar la reposición de la causa por ese motivo.

La opinión deberá ser recogida de manera oral en la audiencia. Esa participación podrá ser realizada directamente por los voceros de los Consejos Comunales interesados en el proceso o por el apoderado que éstos designen.

Resulta indudable la necesidad de que se derogue las leyes del Poder Popular e incluso abogar por la liberalización de los servicios públicos<sup>34</sup> para garantizar y favorecer la libertad de empresa y una verdaderamente eficiente prestación de servicios, visto el estado actual de la crisis en todos los servicios públicos en el país.

Creemos también que se debe reinterpretar el contenido de los artículos 10 y 68 de la LOJCA, de manera que la sociedad civil libremente organizada, con inclusión de todos los sectores, sean los llamados a opinar en las causas relacionadas con la presentación de servicios públicos y no instancias parcializadas y controladas por el Ejecutivo Nacional.

---

34 Vid.: Ariño Ortiz, Gaspar y De La Cuétara Martínez, Juan Miguel. "Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones" en *Revista vasca de economía* N° 37. Gobierno Vasco, España, 1997, pp. 36-41.



# ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN URUGUAYA Y SU CONTROL JURISDICCIONAL ANULATORIO

**Felipe Rotondo<sup>1</sup>**

**Resumen:** Los actos administrativos dictados por la Administración Pública uruguaya están sujetos al control de un órgano constitucional, separado de los Poderes de Gobierno, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuya jurisdicción se analiza.

**Palabras clave:** Acto administrativo. Control jurisdiccional.  
**Régimen jurídico:** reglas y excepciones.

**Summary:** The administrative acts performed by the uruguayan Public Administration are submitted to a constitutional organ, separated from the three Powers of Government, the Contentious-Administrative Tribunal, whose jurisdiction is analyzed.

**Key words:** Administrative act. Jurisdictional control. Legal system: rules and exceptions.

Recibido: 20 de mayo de 2018    Aceptado: 3 de julio de 2018

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y en Diplomacia por la Facultad de Derecho, de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Diplomado en Dirección en Administración Pública (Instituto Nacional de Administración Pública de España). Catedrático de Derecho Administrativo en la antes citada Facultad. Profesor en Cursos de Post Grado de Derecho en la Universidad de Montevideo. Integrante del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales de Uruguay. Autor de numerosas publicaciones y expositor en congresos, seminarios, etc. en temas de Derecho Público y Protección de Datos Personales.



## SUMARIO

- I. Introducción
- II. Jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA): aspectos generales
- III. Actos procesales ante el TCA: Aspectos básicos
- IV. Actos administrativos procesables en relación a su contenido
- V. Actos administrativos procesables en relación a su forma
- VI. Actos administrativos procesables en relación al procedimiento
- VII. Actos jurídicos excluidos del TCA por su naturaleza no administrativa
- VIII. Actos administrativos excluidos por su contenido
- IX. Anotaciones finales

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Función administrativa

La función administrativa del Estado comprende muy diversos tipos de actividad y se expresa a través de actos jurídicos y operaciones materiales que se dirigen a la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales.

En el régimen uruguayo, las funciones constituyente, legislativa y jurisdiccional se perfilan en base a un criterio orgánico formal en tanto *“cada una de ellas es la actividad estatal cumplida por ciertos órganos y mediante determinados procedimientos establecidos en la Constitución y en las leyes”*.

La función administrativa aparece, en cambio, con un contenido negativo y residual, como *“actividad cumplida por cualquier órgano estatal que no pueda definirse como propia de las otras funciones (...)”<sup>2</sup>*.

---

<sup>2</sup> Juan Pablo Cajarville Peluffo. *Procedimiento administrativo*. Idea. Montevideo 1992, pp. 10-11. *“En principio, la eficacia formal de un acto estatal (su*

## 2. Acto administrativo

De acuerdo con lo expuesto, el acto jurídico producto de la función administrativa se define de manera amplia: el Reglamento de Procedimiento Administrativo (decreto N° 500/991, art. 120) establece que es “*toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos*”<sup>3</sup>.

De inmediato la disposición citada clasifica las normas que el acto crea en base a dos criterios: a) si refieren a una *categoría* de sujetos o a uno o varios sujetos individualizados (“*generales*” en el primer caso, “*particulares*” en el segundo) y b) en cuanto a los supuestos involucrados, si atañen a situaciones *típicamente descriptas* o están *determinadas con precisión* (respectivamente, “*abstractas*” y “*concretas*”).

Llama “*Reglamento*” a las “*normas generales y abstractas creadas por acto administrativo*”; “*Resolución*”, si esas normas son *particulares y concretas*; “*Disposición General*”, si son *generales y concretas* y “*Reglamento singular*”, sin ser *particulares y abstractas*.

## 3. Control jurisdiccional

El Estado constitucional de Derecho implica, por esencia, la sujeción plena de la Administración al ordenamiento jurídico y, por lo mismo, al control jurisdiccional. Se tratar de asegurar, a la vez, el respeto de los principios y normas jurídicas, y la tutela efectiva del administrado, ambas dimensiones del Derecho como lo justo debido.

---

*valor y fuerza de constitución, ley o sentencia) resulta del órgano actuante y del procedimiento utilizado para dictarlo, que lo definen como producto de una u otra función”.*

3 Augusto Durán Martínez. *Contencioso administrativo*. 2<sup>a</sup> edición actualizada y ampliada. FCU Montevideo 2015, pp. 36-37 expresa, con razón, que es mejor decir que esa manifestación está “*destinada a producir*” esos efectos.

Al efecto, en el Uruguay existe una jurisdicción mixta.

Al Poder Judicial corresponde de principio la función jurisdiccional y, por lo tanto, tiene a su cargo los contenciosos administrativos con excepción del anulatorio, que la Constitución asigna al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante TCA).

En ese sentido al Poder Judicial compete el contencioso reparatorio patrimonial por daños derivados de actividad legítima de la Administración (ejemplo, la expropiatoria) o por actos, hechos u omisiones ilegítimas; el contencioso dirigido al cumplimiento de una conducta debida, sea el dictado de un acto o la realización de una operación material o técnica (por ejemplo, el pago por servicios o suministros); el contencioso de amparo; el hábeas data y el relativo al acceso a la información pública.

En esta ponencia se analizarán *algunas* cuestiones del contencioso administrativo anulatorio en relación a actos administrativos, el cual es exclusivo y excluyente del TCA, órgano constitucional creado por la Constitución de 1952 separado del Poder Judicial. Dicho Tribunal funciona en cámara única y se integra por cinco Ministros, los que tienen igual estatuto y son designados por el mismo procedimiento que los de la Suprema Corte de Justicia, cabeza del Poder Judicial<sup>4</sup>.

---

4 Los designa la Asamblea General del Poder Legislativo por 2/3 de votos del total de sus componentes (que son 130) dentro de los 90 días de producida una vacante. Si en ese plazo no se produce el nombramiento, queda designado el Ministro de Tribunal de Apelaciones con mayor antigüedad en el cargo y a igual antigüedad, el que cuente con más años en la Judicatura o el Ministerio Público o Fiscal (arts. 236 y 308 de la Constitución). Los requisitos para acceder al cargo son 40 años de edad; ciudadanía natural en ejercicio o legal, con 10 años de ejercicio, y 25 de residencia en el país; ser abogado con 10 años de antigüedad o haber ejercido con esa calidad la Judicatura o el Ministerio Público o Fiscal por ocho años.

## II. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (TCA): ASPECTOS GENERALES

### 1. Regulación

Esta surge de la propia Constitución, cuyo art. 309 inciso 1 prevé que el TCA “*conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder*”.

De allí se desprende que:

- A) el TCA ejerce función jurisdiccional, más que por la denominación del órgano por el uso del verbo “conocer”, término del Derecho procesal que refiere a decidir lo que jurídicamente corresponde y que se ha planteado a través de “demandas”.
- B) el objeto radica en actos, producto del ejercicio de la función administrativa desarrollada por cualquier órgano del Estado. Esto lo confirma el inciso 2º del art. 309 al establecer: “La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados”.
- C) la nulidad deriva de la contradicción de los actos administrativos con una regla de derecho, “considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”. La desviación de poder, por cierto, implica tal contradicción.

La normativa constitucional se complementa con el decreto-ley orgánico del TCA N° 15.524 de 9-I-1984 modificado por la ley N° 15.869 de 22-VI-1987; el antes citado Reglamento

de Procedimiento Administrativo (decreto N.<sup>o</sup> 500/991) recoge esas disposiciones y prevé normas complementarias.

## 2. Competencia

La Constitución precisa que “*El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo*”, art. 310 inciso 1º.

Si declara la nulidad del acto impugnado “*por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte*”. Si lo hace “*en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos absolutos y generales*”, art. 311.

El tema de los efectos de la sentencia anulatoria merece un tratamiento que excede el objeto de estas líneas; tradicionalmente se estimó que los efectos erga omnes se verifican en el caso que el acto lesione un interés legítimo del demandante, reflejo del interés general.

## III. ACTOS PROCESABLES ANTE EL TCA: ASPECTOS BÁSICOS

### 1. Actos comprendidos

El control del TCA abarca *todos* los actos administrativos.

“*La piedra angular*” en que se asienta la posición de este órgano radica “*en la enunciación de un criterio en el que coincide la más prestigiosa doctrina, consistente en postular enfáticamente que en la óptica de la organización democrática regida por el Derecho, que define el Estado de Derecho por principio esencial y desde el punto de vista doctrinario general de estimativa jurídica, no puede aceptarse ni*

*tolerarse la existencia de actos administrativos excluidos del control jurisdiccional de legalidad o regularidad jurídica (...)"<sup>5</sup>.*

La Constitución regula el contencioso anulatorio y prevé específicas exclusiones. En ese sentido los arts. 175 y 198 refieren a actos administrativos que pueden entenderse, materialmente, como de gobierno<sup>6</sup>.

## **2. Acto administrativo (estatal)**

El acto proviene de un órgano estatal. Esta procedencia importa porque existen disposiciones legales que llaman "acto administrativo" a manifestaciones de voluntad de personas jurídicas de Derecho Público no estatal<sup>7</sup>.

Esa denominación puede entenderse del punto de vista sustancial, por la índole de la actividad desarrollada por esas entidades, pero no constitucionalmente. Por tanto, esos actos quedan *fueras* de la competencia del TCA.

---

5 TCA, sentencia N° 137/988, caso N° 11144 Revista *La Justicia Uruguaya* (LJU) Tomo 98, p. 98. UY/JUR/48/1987.

6 Art.175: "El Presidente de la República podrá declarar, si así lo entendiere, que el Consejo de Ministros carece de respaldo parlamentario. (...), esa declaración lo facultará a sustituir uno o más Ministros. Si así lo hiciere, el Poder Ejecutivo podrá sustituir total o parcialmente a los miembros no electivos de los Directorios de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados, así como en su caso, a los Directores Generales de estos últimos, no siendo estas sustituciones impugnables ante el TCA (...)" . Art.198 inc. 4: "Las destituciones y remociones previstas en este artículo y en el anterior, no darán derecho a recurso alguno ante el TCA". Las medidas de los arts. 197 y 198 refieren a Directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del Estado; en el primero la remoción proviene de desatender observaciones del Poder Ejecutivo a la gestión o los actos de esos Organismos, por razones jurídicas o de mérito; en el segundo, la destitución obedece a razones de ineptitud, omisión, delito o comisión de actos por parte de los Directores que afecten su buen nombre o la Institución a la que pertenecen.

7 Ejemplo, la ley N° 19.172 de 20-XII-2013, art. 28 "H" respecto al Instituto de Regulación y de Control del Cannabis. En cuanto a las referidas personas, a veces llamadas '*paraestatales*', la legislación suele prever un proceso contencioso anulatorio con competencia de los Tribunales Civiles del Poder Judicial.

Con respecto a los actos de personas jurídicas de Derecho privado pertenecientes al Estado o en las cuales este ejerce influencia dominante también quedan *fueras* del control de dicho Tribunal. Y esto importa porque actualmente existe un importante número de estas personas.

Brito advirtió la cuestión y estimó “*positiva la legislación*” que permitiera “*acotar que ni la regulación de derecho privado para la actuación de los entes estatales ni tampoco la naturaleza de personas privadas estatales obstan a la calificación administrativa (de derecho público) cuando ella responde a la naturaleza y condiciones reconocidas según los principios generales de Derecho Administrativo, la jurisprudencia y las doctrinas generalmente admitidas*”<sup>8</sup>.

### **3. Acto administrativo definitivo: presupuesto procesal**

La Constitución, art. 309 refiere a la calidad de “*definitivo*” de *este acto*. Ella se adquiere cuando respecto al acto “*se ha agotado la vía administrativa, con la resolución expresa o ficta recaída sobre el o los recursos que correspondan (...). Dichos actos constituyen la última expresión de voluntad del órgano del Estado, (...), manifestada en función administrativa y deben producir efectos jurídicos, esto es, ser creadores de la situación jurídica lesiva que se resiste con la acción de nulidad*”<sup>9</sup>.

La definitividad es condición de admisibilidad de la acción anulatoria, la que “*no podrá ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa, mediante los recursos correspondientes*”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Mariano R. Brito. “Control jurisdiccional de la Administración en el Uruguay”, en *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*. Universidad de Montevideo, 2004, pp. 351 y ss. A la fecha no se ha encarado, como se requiere, el control de las referidas personas estatales privadas.

<sup>9</sup> Decreto-ley orgánico del TCA N° 15.524, art. 24.

<sup>10</sup> Constitución, art. 319 inciso 1º. El art. 317 determina cuáles son los recursos y su procedencia según la ubicación del órgano que dicta el acto en la

La legislación protege al administrado y contribuye al control jurisdiccional ya que si el TCA, de oficio o a pedido de parte, “*declara que la demanda se presentó antes de estar agotada la vía administrativa, se suspenderán los procedimientos hasta que se cumpla dicho requisito. Cumplido el mismo, quedarán convalidadas las actuaciones anteriores*”<sup>11</sup>.

Entre la vía administrativa recursiva y la acción de nulidad ante el TCA existe una conexión objetiva pero no ligazón de instancia, de manera que si bien no puede demandarse lo que no fue objeto del o de los recursos se admiten cuestiones no planteadas en la vía recursiva, así como la invocación de hechos y fundamentos de derecho distintos.

Por otro lado “*La reforma o revocación parcial*” del acto recurrido por la Administración “*no hará exigible una nueva impugnación en vía administrativa. No habrá reposición de reposición*”<sup>12</sup>. “*Tampoco será exigible otra impugnación administrativa al tercero, eventualmente agraviado en su derecho o interés directo por la revocación parcial o la reforma del acto originario objeto de la decisión expresa de los recursos*”.

#### **4. Acto administrativo impugnado: el originario**

“*Aún cuando el promotor aluda al acto confirmatorio con el que hubiera concluido la vía recursiva, la demanda se entenderá siempre dirigida contra el acto originario creador de la situación de perjuicio que se invoca en el reclamo anulatorio. Si ha mediado*

---

respectiva organización estatal y la naturaleza de esta (si es centralizada, descentralizada o, en su caso, autónoma).

11 Ley N°15.869 de 22-VI-1987, art. 9 inciso final.

12 Decreto-ley orgánico del TCA N°15.524, art. 36. “*(...) la vía administrativa no puede agotarse dos veces, (por lo que) el nuevo recurso en los casos previstos por el art. 36 del decreto-ley N° 15.524 es ciertamente ‘no exigible’, como lo es todo recurso en cualquier hipótesis pero además es improcedente para el agotamiento de la vía administrativa*”. Revista LJU suma 130034, T. 130, S.14.

*revocación parcial o reforma, se entenderá como objeto del juicio el acto tal como ha quedado a raíz de esa alteración”<sup>13</sup>.*

## 5. Acto administrativo “cumplido” / emitido

El art. 309 de la Carta alude a la demanda de nulidad de actos administrativos “cumplidos” no a actos “dictados” o “emitidos”.

El sentido de la norma, apoyado en su contexto, llevó a entender al TCA, desde los inicios de su actividad (1952), que

*“cumplir o ejecutar en la acepción dada al vocablo por los textos constitucionales, significa dictar, formular, emitir, pronunciar. Esto resulta claramente de lo dispuesto en el art. 317 de la Constitución que establece que ‘los actos administrativos pueden ser impugnados ante la misma autoridad que los haya cumplido’, etc. Si se puede deducir el recurso de revocación ante la misma autoridad que cumplió el acto quiere decir que ese acto fue dictado por esa autoridad y no adquirió todavía la calidad de definitivo”<sup>14</sup>.*

Ello es así porque

*“la vía de reparación del derecho, considera únicamente el aspecto decisorio de la actuación administrativa, pues la sola formulación del acto, no condicionada a su eficacia, crea, altera, modifica o extingue, por sí, situaciones jurídicas, con presidencia de su efectiva ejecución en el plano material. Por eso, la locución actos administrativos definitivos cumplidos debe leerse como si dijera (...) dictados”.*

---

13 Decreto-ley orgánico del TCA N.<sup>o</sup> 15.524, art. 60.

14 Sentencias N.<sup>o</sup> 37 de 24-IV-1953 y N.<sup>o</sup> 41 de 27-V-1953. Carlos María Velázquez. Repertorio de la Jurisprudencia del TCA 1952-1956. Librería Juan A. Peri. Mdeo s/f.

*“Se tracionarían los fines” de la institución, si “para moverla, fuese menester esperar que se consumara el daño material causado por el acto administrativo”<sup>15</sup>.*

## **6. Actos administrativos unilaterales, convencionales, etc.**

Los actos susceptibles de anulación por el TCA son “*los unilaterales y los convencionales o de toda otra naturaleza*”<sup>16</sup>.

El acto *unilateral* proviene de la Administración sin que importe que requiera la notificación o el asentimiento de un tercero destinatario, ya que esto será para que produzca sus efectos. Tampoco importa si existió o no una petición.

La unilateralidad no se altera porque el acto tenga *efectos* bi o plurilaterales.

El acto convencional, por su parte, es el perfeccionado “*mediante la concurrencia de voluntades de dos sujetos que no persiguen fines, o mejores intereses, opuestos, sino coincidentes*”<sup>17</sup>. “*Requiere otra voluntad, que compone con la de la administración un acuerdo, por esencia bilateral, sin que ello necesariamente implique la existencia de un contrato administrativo*”, “*(...) el objeto o contenido de la situación jurídica que se genera no se realiza por el consentimiento o voluntad de las partes, sino que se fija unilateralmente por la Administración*”, caso de la *designación de un funcionario*.

Con respecto a “*los actos de toda otra naturaleza*”, el propósito de la disposición fue establecer que las acciones de nulidad “*pueden dirigirse contra todos los actos administrativos, sin excepción*

15 Héctor Giorgi. “El contencioso administrativo de anulación”, en *Obras y Dictámenes*. Recopilación. La Ley Uruguay. Montevideo 2010 p. 814. En p. 812 dice que “*el agravio o daño debe entenderse en un sentido puramente jurídico*”.

16 Decreto-ley orgánico del TCA N° 15.524, art. 23 “a”.

17 Juan Pablo Cajarville Peluffo, *Recursos administrativos*. FCU 3<sup>a</sup> ed. Montevideo 2000, p. 104

*alguna, contrarios a una regla sin calificar su naturaleza”, “cualquiera sea su contenido o la materia sobre la cual dispongan”<sup>18</sup>.*

## IV. ACTOS ADMINISTRATIVOS PROCESABLES EN RELACIÓN A SU CONTENIDO

### 1. Actos generales / actos con efectos subjetivos

De acuerdo con lo expuesto sobre la noción de acto administrativo, este comprende ambos tipos, de modo que es “*admissible la nulidad de los actos generales que dictare la Administración, que hubiesen de ser cumplidos directamente o no por los administrados (...)*”.

“*También lo será la impugnación de los actos dictados en aplicación de los actos generales*”, sea que se fundamenten “*en la ilegitimidad de estos o de los primeros, aún cuando se hubiere omitido recurrir y contender a propósito del acto de carácter general*”<sup>19</sup>.

“*Tratándose de actos reglamentarios, basta con encontrarse dentro del supuesto normativo previsto en el acto regla, para que deba reconocérsele legitimación a la parte actora*”; “*no es necesario que el acto reglamentario se haya aplicado efectivamente para que pueda contenderse contra él en sede contencioso-adulatoria*”<sup>20</sup>.

### 2. Actos separables de los contratos

El TCA no es competente en materia de contratos. Las cuestiones relativas a la validez, cumplimiento, vencimiento, etc. de estos corresponden al Poder Judicial, sea que el contrato tenga

18 Héctor Giorgi, “La competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su potestad de suspender la ejecución de los actos administrativos”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* N° 3-4, 1966 y en Obras y dictámenes cit. pp. 131 y ss.

19 Art. 25 del decreto-ley orgánico del TCA N° 15.524.

20 TCA, sentencia 436/014, Considerando V. II.

marca administrativa (ejemplo, concesión de obra pública) o no la tenga (ejemplo, arrendamiento de cosas).

Pero el Tribunal tiene *sí* jurisdicción respecto de los “*actos separables de los contratos*”, los cuales son actos unilaterales dictados en ocasión o con motivo de la formación, perfeccionamiento, ejecución o interpretación de los contratos que celebra la Administración<sup>21</sup>.

Esos actos se dictan “*en ejercicio de típicas facultades legales y reglamentarias y no (como) meras derivaciones del iter contractual implicantes de actitudes meramente derivadas de la calidad de parte en el contrato*”<sup>22-23</sup>.

Son ejemplos de actos separables el dirigido a ejecutar una garantía de fiel cumplimiento de contrato o el que dispone su rescisión unilateral<sup>24</sup>.

- 
- 21 El art. 23 “b” del Decreto-ley orgánico del TCA N° 15.524, al establecer que los actos “*separables*” de los contratos son controlables por el TCA, “*sirve como elemento interpretativo para no incluir a los contratos administrativos dentro del término convencionales que figura en el literal ‘a’ de esa disposición*”, Augusto Durán Martínez. *Contencioso administrativo* cit., pp.39-40.
- 22 La sentencia del TCA N° 668/014 (caso N° 16939 Revista LJU cit. T. 151, J-184) dice que el acto separable “*obedece a causas que exorbitan de las previstas en el Derecho Privado*”, “*se relaciona con el ejercicio de facultades públicas propias de la Administración*”, la cual en ese caso “*y en un complejo estudio de la situación que a ella compete, dispuso resolver el compromiso de compraventa celebrado con el actor*”, sin ser “*consecuencia directa del incumplimiento (...)*”. (UY7JUR7112872014).
- 23 Los actos separables, objeto de anulación, pueden violar el contrato que es una regla de derecho, según decreto-ley N° 15.524, art. 23 “a”. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9<sup>a</sup> ed. puesta al día por Daniel H. Martins. FCU Montevideo 2010. T. I cit. N° 1045, p. 520 nota 7, expresa que “*(...) toda violación de una cláusula contractual significa violación de una regla de derecho que obliga a las partes a cumplir con el contrato (...)*”.
- 24 La sentencia N° 238/005 del TCA (caso N° 15.325 Revista LJU cit. T. 133, J-214) trata del acto por el cual no se aceptó la cesión de crédito en la relación de préstamo hipotecario celebrado por el Banco Hipotecario del Uruguay y una Cooperativa. Dice que ese acto “*se rige por normas de derecho público que, a simple vista, pueden resultar exorbitantes respecto a las existentes en el derecho privado, pero que se justifican en el interés superior que por ellas se protege*”.

### 3. Actos con discrecionalidad

Sin duda alguna, son procesables los actos dictados en ejercicio de atribuciones discretionales de la Administración, tal como obviamente lo son los reglados.

Es que “*lo que existe es cierto poder discrecional de la administración, más o menos amplio, según los casos*” y no cabe, a priori, exclusión del control jurisdiccional<sup>25-26</sup>.

El Tribunal no ingresará en el ámbito propio de la discrecionalidad, pero apreciará la existencia del motivo y su valoración, la dirección hacia el fin debido, así como la adecuada relación entre el motivo, el contenido del acto y ese fin<sup>27</sup>.

### 4. Actos relativos a la relación estatutaria

Son procesables “*los actos que se hayan dictado durante la vigencia de la relación estatutaria que vincula al órgano estatal con el funcionario público sujeto a su autoridad, relativos a cualquier clase*

---

25 Enrique Sayagués Laso. Tratado cit. T. I N° 251, p. 417. Mariano R. Brito. “Extensión del control anulatorio de los actos discretionarios”, en *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, cit., pp.467 y ss, expresa que “*la autoridad administrativa siempre apreciará la oportunidad o conveniencia, formulará el juicio de valor y optará entre conductas posibles o la abstención*”, pero “*dictado el acto, la conveniencia u oportunidad estimadas se han incorporado, constituyen elementos naturales del acto, condicionantes de la obtención del fin debido, y, por esto, (son) pasibles del control jurisdiccional anulatorio*”.

26 La ley N° 15.869, art. 1º derogó el art. 26 num. 2º del decreto-ley 15.524 que excluía del control del TCA “*los actos discretionarios*”. Esa disposición admitía, de todos modos, el juzgamiento de “*los supuestos normativos o de principio*” en que se funda “*la discrecionalidad, especialmente sobre los motivos invocados y el fin perseguido por la Administración, así como su adecuación a las reglas de derecho*”. La doctrina y jurisprudencia uruguayas coinciden en cuanto a que no existe la categoría de acto discrecional y que los actos administrativos pueden ser más o menos reglados.

27 Felipe Rotondo Tornaría. *Manual de Derecho Administrativo*. 10ª ed. Montevideo 2017, N° 226, pp. 292-293.

*de reclamo referente a la materia regulada por ella, así sean estos de índole puramente económica”<sup>28</sup>.*

No importa si el vínculo cesó a posteriori ya que la titularidad del derecho o interés calificado se aprecia en el momento en que se expide el acto lesivo.

Se “excluye la procesabilidad de actos que se hayan dictado luego de terminada la vigencia de la relación estatutaria” porque “la norma pone el acento en el momento en que se dicta el acto en su conexión con la subsistencia de la calidad de funcionario público del reclamante. Si bien el argumento «a contrario sensu» siempre es mirado con recelo por el exégeta, en el caso concurren los principios generales delimitantes de las vías judiciales y jurisdiccional anulatoria para confirmar la interpretación que dimana de la norma legal”<sup>29</sup>.

## V. ACTOS ADMINISTRATIVOS PROCESABLES EN RELACIÓN A SU FORMA

### 1. Actos expresos

Los actos administrativos como regla son expresos en tanto constituyen “una determinación de la voluntad jurídica de un órgano de la Administración, que se exterioriza en alguna forma, con un significado perceptible por los terceros”, separado de “cualquier comportamiento que sea cumplimiento o ejecución de esa determinación de la voluntad”<sup>30</sup>.

28 Decreto-ley orgánico del TCA N° 15.524, art. 23 “c”.

29 La sentencia del TCA N° 607 de 27-IX-2012, ante la demanda de nulidad de un acto que denegó la liquidación y pago de compensaciones, expresó que la “normativa fundante de la oposición” a su jurisdicción (art. 27 del decreto-ley N° 15.524 que se menciona más adelante, VIII.2.), “cede ante una disposición especial e inclusiva relativa a la jurisdicción del Cuerpo, así sean los reclamos puramente económicos de funcionarios públicos cuando se encuentra vigente el vínculo estatutario” (el subrayado figura en el original).

30 Juan Pablo Cajarville Peluffo. “Contencioso administrativo de reparación patrimonial”, en *Sobre Derecho Administrativo*. T. II. FCU Mdeo. 2007, pp. 695-700.

Y, como tales actos, son procesables.

## 2. Actos presuntos

La Constitución prevé, de todos modos, la existencia de actos presuntos que se verifican cuando *no* existe acto expreso ni conducta de la Administración a la que pueda atribuirse una voluntad. Se trata de los actos *fictos* que se configuran en virtud del silencio de la Administración en el plazo fijado por el ordenamiento jurídico.

La denegatoria *ficta* de una petición se produce por el transcurso, sin pronunciamiento de la Administración, del plazo de 30 días para instruir y 120 para resolver (se toma en cuenta el total, 150 días), lo cual no le exime de su deber de expedirse expresamente<sup>31</sup>.

## 3. Actos tácitos

Estos se infieren de actos expresos o de una conducta administrativa apreciada razonablemente, son actos implícitos<sup>32</sup>.

31 Art. 318 de la Constitución. Con respecto de las peticiones de interesados legítimos, también art. 8º de la ley N° 15.869 de 22-VI-1987, en base a principios de derecho que integran el debido procedimiento y arts. 85 y 106 del Reglamento de Procedimiento Administrativo, decreto N° 500/991.

32 Felipe Rotondo Tornaría. *Manual cit.*, N.º 237, pp. 307-308. Ejemplos, venta de un bien del dominio público sin previa descalificación, que implica que esta se produce si procede de órgano competente o designación de un nuevo funcionario, que implica la aceptación de la renuncia de quien ocupaba el mismo cargo. Juan Pablo Cajarville Peluffo. *Contencioso administrativo de reparación patrimonial cit.*, señala que “*hay hechos cumplidos por la Administración con la intención de producir los efectos jurídicos que le son propios: esos serán actos tácitos (v.gr., secuestro de mercaderías sin resolución expresa propia)*”, mientras que el mero hecho, “*aunque voluntario, de la Administración, será aquel producto de la voluntad de un funcionario, pero no cumplido para producir los efectos jurídicos que, sin embargo, produce*”.

La ley N° 15.869 de 22-VI-1987, art. 4º incluye a los actos tácitos, conjuntamente con los expresos, como objeto de la impugnación anulatoria.

El TCA ha considerado tales, por ejemplo, la determinación tributaria que se conoce por el afectado con la emisión de la factura (se requirió “una previa decisión administrativa, la de realizar la determinación de tributos respectiva (...) y dicha voluntad se exteriorizó con la entrega de la factura”) o la decisión de retener el impuesto que se exteriorizó con la emisión del respectivo recibo<sup>33-34</sup>.

## VI. ACTOS ADMINISTRATIVOS PROCESABLES EN RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO

### 1. Actos final y preparatorio

Con el primero usualmente culmina el procedimiento y, en tanto principal, produce los efectos jurídicos hacia el administrado; es, entonces, el acto originario impugnable.

El acto preparatorio es antecedente del principal por lo cual a su respecto no procedería la acción de nulidad. Sin embargo, en algunos supuestos cabe separarlo y constituir objeto del proceso anulatorio ya que lo relevante a estos efectos es la producción de efectos jurídicos (lesivos).

33 Sentencia N° 3/009, Anuario de Derecho Administrativo T XVII Montevideo. 2012, caso 24, p.100 y sentencia N° 556/008, Anuario cit. T. XVI 2010, caso 48, p. 172.

34 En la sentencia N° 491/006 (caso N° 15.488 Revista LJU T. 136), el TCA, por mayoría, estimó que “el acto de determinación salarial, evidencia la voluntad inequívoca del Gobierno Municipal de pagar los sueldos, de acuerdo a las posibilidades económicas de la Intendencia, luego de la gravísima crisis financiera que se desató en todo el país, a partir de junio de 2002. Por ende, la entrega de los recibos de sueldos, implica la existencia de un acto previo –tácito o implícito– generador de una situación jurídica eventualmente lesiva y por tanto procesable ante esta jurisdicción administrativa, de acuerdo a lo previsto en el art. 309 de la Constitución Nacional” (UYJUR/285/2006).

Así, en una licitación el acto principal es la adjudicación, pero el que dispone el llamado puede tener esos efectos, por ejemplo, si contiene cláusulas que violan la igualdad de posibles oferentes<sup>35</sup> o en el caso de un sumario (procedimiento disciplinario a funcionario), si se lo dispone sin motivo alguno o se lo acompaña de una suspensión con retención de haberes cuando el motivo es una falta prima facie claramente leve<sup>36</sup>.

## 2. Actos provisionales y cautelares

En relación a los actos que implican este tipo de medidas sucede algo similar a lo indicado en el apartado anterior.

Así una intimación que tenga carácter provisional, si implica “una toma de posición de la Administración sobre una cuestión de fondo, conformando tal conducta un status jurídico pasible de lesionar derechos o intereses calificados”, resulta procesable<sup>37</sup>.

---

35 El Texto Ordenado de Contabilidad Financiera (decreto 150/012), art. 49 prevé en ese sentido la pertinencia de la “*anulación*” administrativa “*inmediata*” si se comprueba que en un llamado a licitación “*se hubieren formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo sea factible para determinada persona o entidad, de manera que el llamado esté dirigido a favorecer situaciones particulares*”.

36 La sentencia N° 419/002 admitió ese criterio, Anuario de Derecho Administrativo cit. T. XI-2004, comentada por César De Lema Blanco, pp. 139-144. En sentencia N° 352/015 se expresa: “(...) Como es de principio, deberán existir motivos que justifiquen razonablemente la medida adoptada, que además deberá ser idónea para lograr el fin legítimo: determinar la responsabilidad del funcionario involucrado, su grado de participación en la comisión de la falta que se le imputa, y en su caso, al eventual aplicación de la sanción correspondiente”..

37 La sentencia del TCA N° 124/015 refiere a dos intimaciones efectuadas por la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones: una, “*un simple pedido de información*”, por tanto, “*disposición no procesable, pues se trata de una medida preparatoria que no es susceptible de lesionar la esfera jurídica de los accionantes, no crea, modifica o extingue situaciones jurídicas*”. En cambio, la segunda, que intima el cese de la prestación del servicios de trasmisión de datos por medios alámbricos, “*constituye un apartamiento de la regla general que viene de expresarse (...), se trata de actos procesables en la medida que resultan pasibles de lesionar derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados*”.

### **3. Actos principal y accesorio**

Los actos “*de un órgano que requieren para su formulación o eficacia la iniciativa, el consentimiento, la anuencia, la autorización, la aprobación, o la colaboración de otro*”, se consideran “*a los efectos de su impugnación, como dictados exclusivamente por el órgano mencionado en primer lugar*”<sup>38</sup>.

“*Los actos de iniciativa, consentimiento, etc. son accesorios, preparatorios o complementarios de los que crean la situación jurídica que se impugna*”.

“*(...) no basta atender a la utilización de alguna de las denominaciones*”, “*para identificar el acto creador de la situación jurídica lesiva, debe considerarse la sustancia de la solución que las normas consagren*”<sup>39</sup>.

El acto atacado debe, pues, resultar claramente principal, crear aquella situación y no constituir una (mera) propuesta al órgano competente para resolver.

Por otra parte, como la previsión es “*a los efectos*” de impugnar, la norma no altera el criterio de que el acto de aprobación se funde con el aprobado y deviene un acto complejo, perfeccionándose y surtiendo efectos con dicha aprobación.

En esta cuestión, las situaciones no siempre se perfilan con claridad.

### **4. Actos de trámite**

Pueden impugnarse aquellos “*que imposibilitan o suspenden indefinidamente la tramitación, decidiendo así, directa o indirectamente, el fondo del asunto*”<sup>40</sup>.

---

38 Decreto-ley orgánico del TCA N.º 15.524, art. 60 inciso 2º.

39 Juan Pablo Cajarville Peluffo. Recursos cit., pp.147-148.

40 Decreto-ley orgánico del TCA N.º 15.524, art. 24 inciso 3.

*Se trata de actos que, por su contenido, al trabar la prosecución del procedimiento e impedir el dictado del acto final, implican “(...) una decisión en el fondo, sin necesidad de que transcurra el lapso de configuración de la denegatoria ficta, cuando ella esté prevista”.*

Tales actos pueden “valer como el originario cuando se dicte durante el procedimiento preparatorio del acto o como el que resuelve los recursos administrativos cuando se dicta durante la tramitación de la impugnación administrativa<sup>41</sup>”.

## VII. ACTOS JURÍDICOS EXCLUIDOS DEL TCA POR SU NATURALEZA NO ADMINISTRATIVA

### 1. Actos del Estado-legislador o del Estado-juez

La exclusión de los actos legislativos y jurisdiccionales es obvia porque *no* son actos administrativos al emanar del ejercicio de otras funciones estatales.

El Tribunal ha tenido oportunidad de expresarse, en ese sentido, por ejemplo, respecto a actos de la Presidencia de un órgano legislativo nacional que dio trámite a un proyecto de ley no reconsiderado por el Senado o respecto a un decreto de una Junta Departamental, el cual tiene fuerza de ley en la

---

41 Juan Pablo Cajarville Peluffo. *Recursos cit.*, pp. 117-120. Los actos de trámite integran el procedimiento, con el fin de constituir “una garantía de acierto de la decisión final”; por tanto “no son susceptibles de impugnación autónoma. Los defectos que pudieren adolecer podrán hacerse valer en la impugnación del acto” final; pero “si el acto, aun siendo de trámite, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo, no se aplica la regla general, ya que ello supondría para el administrado la más absoluta indefensión, al impedirle el acceso a la Jurisdicción para formular sus pretensiones”, Jesús González Pérez. *Manual de Derecho Procesal Administrativo cit.*, pp. 239-240.

jurisdicción departamental; se trata de actos que, al coadyuvar con el proceso legislativo, se tiñen de su naturaleza<sup>42-43</sup>.

En relación al acto jurisdiccional, el TCA en sentencia N°137/988 ya citada, estimó que la remoción de un legislador por “*desorden de conducta en el desempeño de sus funciones*” por parte del Senado no tenía esa calidad y era sí un acto administrativo porque “*carence de la calidad especial de la fuerza atribuida*” al acto jurisdiccional, que constituye su carácter original y esencial, a cuyo respecto Jèze puso muy en claro este rasgo al expresar que el acto jurisdiccional está provisto de la «*fuerza de verdad legal*»; y que Couture subraya, expresando que la cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción (...). Y no es acto jurisdiccional en cuanto el órgano decisor carece de la garantía derivada de la imparcialidad e independencia necesaria para la adopción de la decisión (...), al cual no se le ha conferido específicamente la misión de juzgar (jurisdictio) casos como el que motiva estos obrados, desde que teniendo en cuenta su composición, su principal tarea, las preocupaciones que lo dominan y el espíritu que lo anima, no presenta por sí mismo el carácter de un «*árbitro desinteresado*», situado en la esfera de acción diferente a aquella en que se agita el proceso”.

## 2. Actos de la Administración no administrativos

Un órgano de la Administración puede expresar, de modo excepcional, una voluntad que no ingresa en la noción de acto administrativo si no ejerce función administrativa en la situa-

42 Respectivamente sentencias N° 571 y 573/008, *Anuario de Derecho Administrativo*. T. XVI-2010, casos 22 y 23, pp. 157-158, y N° 279/007 caso 37, p. 219. Esta última expresa que se impugna un acto que, “*por el proceso de elaboración es norma con valor y fuerza de ley en el ámbito departamental según arts. 273 (1-2) y 275 (2) Constitución*” y que “*la circunstancia de que el acto pueda contener, eventualmente, actos de alcance individual y reglas generales no vulnera la esencia legislativa anotada ni cambia la solución*”.

43 La República Oriental del Uruguay es un Estado unitario que cuenta con 19 Departamentos con autonomía regulada por la Constitución y la ley; sus autoridades, elegidas popularmente, ejercen función legislativa y administrativa.

ción de que se trate, por imposición especialísima de la normativa constitucional o legal.

Así, por ejemplo, si la ley asigna a la Administración la decisión en “apelación”, de un conflicto entre una entidad privada y sus afiliados<sup>44</sup>.

### 3. Actos de la Administración “regulados por el Derecho privado”<sup>45</sup>

Ellos, en rigor, no son administrativos. Por su materia y régimen jurídico son básicamente de Derecho civil o comercial y la apreciación de su juridicidad corresponde al Poder Judicial.

La Comisión Especial de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes (1951) siguió ese criterio al entender que “no son manifestaciones de potestades administrativas”.

Se trata de “fórmulas no administrativas” que la Administración debe aceptar; de todos modos, “aun cuando para ciertos actos exista regulación por el derecho privado, si la imposición normativa no es categórica, si la solución no es exclusiva, la Administración puede disponer y aplicar sus normas”<sup>46</sup>.

44 TCA sentencia N° 353/007- Anuario cit. T.XV- 2008, caso N° 20, p. 210. Refiere al conflicto entre un Seguro de Enfermedad de Trabajador Rural y sus afiliados. “(...) tratándose de una relación de derecho privado, las decisiones que en su mérito se hubieren adoptado resultan extrañas a la jurisdicción de esta Sede. La resolución que dictó el Banco de Previsión Social rechazando el recurso de apelación (...) responde a la mecánica procedural que establecen el Estatuto (...)” y no se dicta en ejercicio de la función administrativa. El asunto se relaciona con los actos regidos por el derecho privado, en una perspectiva que resulta más clara, lo que se considera de inmediato.

45 Decreto-ley orgánico del TCA N° 15.524, art. 27 num. 4.

46 Aparicio Méndez. *Lo contencioso administrativo de anulación en el derecho uruguayo*. Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado. Montevideo. 1952, pp. 116-118. Enrique Sayagués Laso, Tratado T. cit., N° 1044, p. 517, expresa que “sólo cabe excluir aquellos actos típicamente de derecho privado, que existen en número muy limitado”.

Es el caso, por ejemplo, de actos de entes estatales relativos a la relación arrendaticia de que la Administración forma parte; la exclusión de siniestro de una póliza de seguros del Banco estatal de Seguros en base a sus condiciones; la intimación del pago de deudas por utilización de frecuencias radioeléctricas y prolongación de horarios<sup>47</sup>.

## VIII. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXCLUIDOS POR SU CONTENIDO

### 1. Acto reiterativo

Este reproduce uno anterior no recurrido y, por ello *firme*.

De esa manera no causa, por sí, agravio; si este existe, lo provocó el acto anterior. Se verifica, así, “inevitablemente un supuesto de ausencia de legitimación causal activa”, al carecerse “de lo que García de Enterría denomina «interés legitimador» y que la doctrina procesal llama “legitimación causal”<sup>48</sup>.

Al ser ilesivo lo que falta “no es un presupuesto de admisibilidad del accionante, sino un presupuesto de mérito o de fondo, a examinar en ocasión de decidir el fundamento de la pretensión anulatoria”<sup>49</sup>.

(...) La lesividad o no del acto no hace a una cuestión formal previa, sino que refiere a un aspecto sustancial a ser analizado en la sentencia definitiva”<sup>50</sup>.

47 TCA sentencia N° 238/015: la naturaleza jurídica de la contra prestación recibida por la repartición estatal competente por concepto de asignación de frecuencias es precio (no tributo) regido por el Derecho Privado.

48 TCA sentencia N° 525/009. Anuario de Derecho Administrativo. T. XVII, caso 15, p. 95.

49 TCA sentencia N° 85/008. Anuario cit. T. XVI- caso 24, p. 158.

50 Sentencias N° 148/009 y 204/008. Anuario cit. T. XVII-caso N° 38, p. 107 y caso N° 5, p. 91.

## 2. Actos de gobierno

En sentencia N° 88/955, caso Gugelmeir, el TCA estimó que estos no estaban sujetos a su control dado que el informe en mayoría de la Comisión Especial de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes (de 1951), afirmó que si ellos provienen “*de una autoridad que tiene, a la vez, funciones de administración y de gobierno, cuando están dominados o impuestos por las necesidades del gobierno*” se excluyen de la jurisdicción del Tribunal.

Invocó la distinción entre actos de gobierno y administración de los actuales arts. 147, 160, título de la Sección XVI y art. 262 de la Constitución<sup>51-52</sup>.

Los actos “*políticos y de Gobierno*” fueron excluidos expresamente en el período de facto por el decreto-ley N° 15.524 de 1984, art. 26 numeral 1, el cual fue convalidado por el gobierno democrático en marzo de 1985. En 1987, por ley N° 15.869, art. 1º, se mantuvo el numeral pero se dispuso que “*Los llamados actos políticos podrán ser objeto de la acción de nulidad*”.

Por tanto, a nivel legal se admite la distinción entre actos políticos y los de gobierno y estos últimos siguen excluidos de la jurisdicción del TCA.

51 Art.147 inciso 1: “*Cualquiera de las Cámaras podrá juzgar la gestión de los Ministros de Estado, proponiendo que la Asamblea General, en sesión de ambas Cámaras, declare que se censuran sus actos de administración o de gobierno*”; Art.160: “*El Consejo de Ministros se integrará con los titulares de los respectivos Ministerios o quienes hagan sus veces, y tendrá competencia privativa en todos los actos de gobierno y administración que planteen su seno el Presidente de la República o sus Ministros en temas de sus respectivas carteras. (...)*”; Sección XVI: “*Del Gobierno y de la Administración y de los Departamentos*”.

52 Héctor Giorgi. “*Recurribilidad de los actos de gobierno en vía administrativa*”. *Anuario de Derecho Administrativo* T. I-1987, p. 67 y en *Obras y Diccionarios cit.*, p. 413, estimó, con Sayagués Laso y el TCA en esa sentencia que los actos impuestos por las necesidades del gobierno “*pueden constituir manifestaciones de la actividad constituyente, legislativa, administrativa o jurisdiccional*”.

En la sentencia N° 84/1999, el Tribunal lamenta que “*no existe a nivel constitucional ni legislativo, una definición del concepto, ni una enumeración taxativa o al menos enunciativa*” de esos actos.

Tiene en cuenta, a su respecto, que traducen “*la suprema actividad directiva del Estado*”, atañen “*a sus intereses vitales, internos y externos. Su determinación se realiza en atención al acto en sí mismo, es decir, objetivamente, y no en virtud de los motivos invocados por el órgano emitente*”<sup>53</sup>.

El examen de la distinción entre acto político y de gobierno y de este tipo de actos daría lugar a una ponencia específica. En cuanto a tal distinción no se la advierte en esencia y, por otro lado, se comparte el criterio de que la exclusión legal del control jurisdiccional respecto de un acto de esta índole puede ser declarada inconstitucional<sup>54</sup>.

La consagración de la inmunidad anotada, además, “*no se compadece con el principio de juridicidad definidor del Estado de Derecho*”, en términos de la sentencia del TCA N° 137/988.

En todo caso la categoría del acto producto de la función de gobierno “*diferenciable*” es “*por demás discutible, lo que obliga a manejar la categoría con suma parsimonia y máximo criterio restrictivo*”<sup>55</sup>, el cual es seguido hoy por la jurisprudencia.

Al respecto Giorgi ya hace varias décadas anotó “*el progreso que significaría la sustitución de la teoría de los actos de gobierno*”

53 El caso refería a acto del Poder Ejecutivo que denegó la petición de investigar sobre detenido desaparecido; el TCA, con una discordia, no lo estimó de gobierno. La sentencia N° 480/012, sobre acto de la Asamblea General del Poder Legislativo sobre representación parlamentaria en el MERCOSUR estimó, con dos discordias, que era un “*típico acto administrativo de gobierno, relativo a las relaciones internacionales del Estado*”.

54 Conf. Augusto Durán Martínez. *Contencioso* cit., pp.61 y 63 y Felipe Rotondo Tornaría. *Manual* cit., pp. N° 30-31, pp. 41-44 y N° 259-260, pp. 353-356.

55 Conf. Carlos E. Delpiazz. *Derecho Administrativo General*. Vol. 2 AMF 1<sup>a</sup> ed. Montevideo 2013, pp.342 y ss.

por la del ejercicio del poder con grados de discrecionalidad, “pues permitiría al menos, un contralor jurisdiccional de los elementos jurídicos extrínsecos del acto (reglas de competencia y de forma y fin del acto), sin rozar su contenido o elemento intrínseco, sujeto a la apreciación discrecional del gobernante”<sup>56</sup>.

Es que si bien “el contralor jurisdiccional no puede prevalecer sobre las atribuciones de carácter técnico y político de que está investido el Poder Ejecutivo, ni tampoco sustituirlo, no es menos cierto que sí puede y debe apreciar los motivos que rigen toda atribución discrecional que, en este caso, adquiere especial relevancia por sustentarse directamente en la Constitución, o en valores tan elevados, por ejemplo la seguridad del Estado, la designación de autoridades constitucionales, las relaciones con otro Poder”<sup>57</sup>. Por otra parte, con razón se ha advertido que se confunde a los actos de gobierno “y su procesabilidad, con la dificultad de que haya un accionante que tenga un interés directo, personal y legítimo, no sufriendo lesión por estos actos”<sup>58</sup>.

### 3. Actos de contenido patrimonial

“(..) No se consideran comprendidos en la jurisdicción anulatoria los actos que: 1) Se emitan denegando los reclamos de cobro de pesos, indemnización de daños y perjuicios que tienen su causa en un hecho procedente de la Administración, del que se la responsabiliza. 2) Desestimen la devolución de las cantidades de dinero que reclaman los interesados por entender que han sido indebidamente pagadas.3) Desestimen las peticiones de los interesados que tiendan al reconocimiento de compensaciones de adeudos,

56 Recurribilidad de los actos de gobierno cit.

57 Emilio Fernández Vázquez, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*, pp.20-21 autor citado por el TCA., ejemplo en sentencias como la N° 301/009.

58 Conforme con voto de la Ministra del TCA, Dra. Mariella Sassón en discordia a la sentencia N° 480/012.

imputación de sus créditos a pagos futuros o reclamos similares”<sup>59</sup>.

**En estos casos, en rigor**

*“la acción de nulidad no está excluida por la naturaleza de los actos, sino por el contenido del fallo con que culmina la acción anulatoria, puesto que la anulación de la decisión administrativa denegatoria o desestimatoria, no proporciona satisfacción a la pretensión; son hipótesis de inadecuación del fallo anulatorio a la pretensión del interesado, quien tiene abiertas para su satisfacción las acciones declarativas o de condena fundadas en su derecho subjetivo (...).”*

*Tampoco, lo están, por idéntica razón, todos los demás respecto a los cuales la sentencia anulatoria del acto lesivo no sea adecuada para satisfacer la pretensión del sujeto lesionado y exista en cambio la vía procesal que permite obtener una sentencia de condena satisfactoria de esa pretensión. Tal es el caso, 'entre otros', de aquellos cuya eficacia ha quedado en el pasado y se ha agotado, de tal manera que al presente no producen ningún efecto jurídico, pero cuya ejecución material ha producido perjuicios que no son la consecuencia directamente imputada por el acto y que sólo son susceptibles de reparación patrimonial (por ej., la negativa ilegítima de una prestación de la Administración que sólo era posible o útil en el pasado; o la prohibición ilegítima a un particular de una actividad que sólo podía cumplirse en el pasado”<sup>60-61</sup>.*

---

59 Decreto-ley orgánico del TCA N.º 15.524, art. 27.

60 Conf. Juan Pablo Cajarville Peluffo, *Recursos cit.*, pp. 134-136.

61 El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º turno, en sentencia N° 52/011 (caso N° 16.291 LJU T. 144, J-140), trata un reclamo por devolución de lo pagado y no debido, por motivo distinto a reparación de daños; precisa que la pretensión ingresa “holgadamente en el art. 27 del decreto-ley N° 15.524”. Por su parte, el TCA en sentencia N° 1 de 7-II-2017 expresa que la denegatoria recaída sobre una petición de devolución de cantidades que los peticionarios estimaron indebidamente pagadas por concepto de tributos, “no puede ser abordada” por dicho órgano según lo dispuesto por la norma legal transcripta en el texto, Revista LJU T. 155 cso 17246, J 232. La anulación de la referida denegatoria no implica, per se, la devolución;

#### 4. Actos de mandos militares

La legislación excluye los actos que “*Emanen de los mandos de las Fuerzas Armadas, por medio de los cuales, se aplique cualquier tipo de sanción o pena a sus efectivos, en virtud de la comisión de falta disciplinaria o, en su caso, delitos militares, así como la baja como consecuencia de los mismos*”<sup>62</sup>.

Esta norma recoge la solución jurisprudencial de exclusión seguida entre 1976 y 2001.

La Suprema Corte de Justicia entendió, con razón, que ella es inconstitucional en cuanto abarca sanciones por faltas administrativas.

Su sentencia 46/005 señala, entre otros aspectos, que no puede dotarse de naturaleza jurisdiccional a una sanción administrativa en una interpretación que el propio legislador no efectúa; que la norma contradice la Constitución, art. 309 ya citado; que los mandos que sancionan faltas disciplinarias no tienen potestad jurisdiccional”<sup>63-64</sup>.

---

lo que correspondía era accionar directamente para el cobro ante la Jurisdicción ordinaria.

- 62 Art. 27 ordinal 5 del decreto-ley N° 15.524, agregado por ley N° 17.555 de 18-IX-2002, art. 92.
- 63 La sentencia citada figura en Anuario de Derecho Administrativo cit. T. XII- 2006 p. 77, con comentario del autor de estas líneas, p. 82. La sentencia anota la distinción de un acto jurisdiccional y uno administrativo, que este se dicta por órganos que actúan sobre sus intereses, en su propia causa y en orden jerárquico; en la administración, no hay cosa juzgada.
- 64 En Uruguay la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte de la Suprema Corte de Justicia determina su inaplicación en el caso concreto, art. 260 de la Constitución, por lo cual la norma mencionada sigue vigente, al no haberse dictado ley que la derogue.

## 5. Denuncia de defraudación tributaria

El acto de la Administración Tributaria que dispone la denuncia penal de defraudación se ha declarado comprendido en la exclusión del control del TCA<sup>65</sup>.

Es cierto que en esa situación actuará el órgano judicial penal competente, pero también que la resolución puede tener vicios tales como la omisión de una debida fundamentación, la incompetencia de quien actúe, etc. y afectar situaciones jurídicamente protegidas por la Jurisdicción contencioso anulatoria<sup>66</sup>.

El TCA había tenido tradicionalmente una posición contraria a la procesabilidad<sup>67</sup>. Sin embargo, la sentencia N° 314 de 21-VI-2012 lo declaró procesable: la mayoría del Tribunal entendió que “*la volición de ordenar denunciar penalmente a un sujeto, es susceptible de configurar el ejercicio de función administrativa teñida de abuso, exceso o desviación de poder, o versar sobre una errónea percepción de los hechos. La resolución fundada que constituye un requisito de procedibilidad del delito, no es más que el fruto del ejercicio de función administrativa y, como tal, no se haya exenta del contralor jurisdiccional de este Tribunal*”.

---

65 Ley N° 19.149 de 24-X-2013, art. 368.

66 Tal decisión “(...) genera efectos jurídicos: por un lado, la afectación del buen nombre; por otro, el sometimiento a una acción que lleva costos y afecta la estabilidad del administrado, tanto financiera (obligándolo a suministrarse una defensa penal) y en su caso, espiritual o moral, al tener que enfrentar un proceso de esta naturaleza. Para ser claros, sin denuncia del jerarca no hay acción penal, pues se trata de un presupuesto de procesabilidad. Así las cosas, está claro que esta afecta (restringiendo) la esfera jurídica del administrado”, Miguel Pezzutti, “Perspectivas del Contencioso Anulatorio (con especial énfasis en el acceso)”, en *Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito.*, organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo. Universidad de Montevideo 2014, pp. 191 y ss.

67 TCA sentencia N° 694/009, Anuario cit. T. XVII-2012, caso N° 11, p. 94: “el acto (que) se limita a disponer la decisión de formular denuncia penal por defraudación tributaria, carece de la nota de lesividad”, no es susceptible de causar agravio, faire grief.

Ante ese cambio jurisprudencial, se dictó la ley que excluye el control.

La Suprema Corte de Justicia, por sentencia N° 199/016, con una discordia, declaró inconstitucional esa disposición, con igual criterio que utilizó en relación al acto administrativo de los mandos militares antes señalado.

Expresó que la determinación de si una resolución puede ser anulada compete al TCA y “*no es el legislador quien debe resolver el problema jurídico que se plantea (...) Así como no corresponde a los órganos jurisdiccionales inmiscuirse en cuestiones de competencia de los poderes políticos, tampoco al Parlamento le corresponde ingresar en las competencias constitucionalmente fijadas a los órganos jurisdiccionales*”<sup>68</sup>.

## IX. ANOTACIONES FINALES

1. La esencia del contencioso administrativo anulatorio es la de constituir una garantía para las situaciones jurídicas de las personas y para que la Administración sea efectivamente gestora del interés general en conformidad con el ordenamiento jurídico.

“*El poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable*”<sup>69</sup>, por lo cual en un Estado de Derecho es básico el control jurisdiccional para “*mantener el funcionamiento*

---

68 Advierte que una ley interpretativa que trate de contemplar una situación concreta en un conflicto pendiente, “*puede sufrir una doble inconstitucionalidad: violar el principio de separación de poderes y además violar el principio de no intervención del legislador en la actividad jurisdiccional*”. También que de la historia fidedigna de la sanción de la ley resulta que lo que se buscó fue eludir el criterio del TCA emergente de la sentencia 314/012.

69 Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*. Cuadernos Civitas 3<sup>a</sup> ed. Madrid 1983, p. 107.

*de la administración dentro de un régimen de regularidad jurídica, protegiendo a los administrados y protegiendo el derecho objetivo”<sup>70</sup>.*

Incluso quien “obtiene una sentencia anulatoria de un acto administrativo, es un colaborador del Estado en el mantenimiento del orden jurídico”<sup>71</sup>.

Es así que se destaca la presencia de la Administración controlada, del juez que controla y también y muy especialmente del administrado, con el resguardo de sus situaciones jurídicas subjetivas, entre ellas las que constituyen derechos inherentes a la dignidad humana.

**2.** Con esa base y dado que el contencioso anulatorio uruguayo está regulado directamente por la Constitución, la conclusión es la de que todo acto administrativo es impugnable ante el TCA y que solo podrían ser legítimas en el marco del sistema jurídico nacional, las excepciones que surgen de aquella, según un sistema de cláusula general.

Ello sin perjuicio de que se cumpla lo establecido por la Carta en cuanto establece un régimen de control subjetivo de los actos administrativos, específicamente que se verifique la titularidad de un derecho o interés directo, personal y legítimo violado o lesionado, lo que no es, en sí, una cuestión de procedibilidad del acto.

Pero, también, acorde con “finalidad perseguida con la creación” del TCA, que fue la de *agregar una nueva garantía para los administrados*, debe efectuarse una interpretación sin “un criterio rígido y formalista”, el cual “contribuye a hacer de los recursos

---

70 Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución de 1952*. Cámara de Senadores. Montevideo. 2001, p. 601.

71 Alberto Ramón Real. Contencioso administrativo, Tema 2 del II Congreso Brasileño de Derecho Administrativo. *Revista La Justicia Uruguaya* T. 73 Doctr., p. 9.

*administrativos y de la acción de nulidad, un verdadero acertijo en el que suelen naufragar las reclamaciones mejor fundadas”<sup>72</sup>.*

**3.** En la línea anotada deben considerarse inadmisibles los casos de exclusión de actos de la jurisdicción anulatoria (los de gobierno, sanciones de los mandos militares, etc.), También, en otra perspectiva, establecerse la inclusión del control de actos de las personas estatales regidas por el Derecho privado.

La generalizada imparcialidad, independencia y honestidad de los jueces, tanto de los del Tribunal de lo Contencioso Administrativo como los del Poder Judicial no puede llegar a satisfacer plenamente si la ley determina limitaciones al control jurisdiccional, de igual manera que si no se asegura el cumplimiento de las sentencias que anulan actos administrativos.

Ello pone en jaque el sistema jurídico, en primer lugar, el valor seguridad que este pretende plasmar, incidiendo negativamente en el principio de la tutela jurisdiccional efectiva, esencial en el Estado constitucional de Derecho.

---

72 Enrique Sayagués Laso. Tratado cit. T. II N° 1035, pp. 500-501.



# REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL CONTENCIOSO. ¿SE PUEDE MANTENER SUS FUNDAMENTOS ORIGINARIOS?

**José Gregorio Silva Bocaney**

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela  
y de la Universidad Católica Andrés Bello

*Resumen: El trabajo trata acerca de los movimientos que contribuyeron a construir el fundamento de las nociones de Estado de Derecho y régimen administrativo, previo a los movimientos revolucionarios y los aportes de las revoluciones norteamericana y francesa, para centrarnos en el nacimiento del contencioso en Venezuela, para posteriormente revisar si los fundamentos que sirvieron de base a tales movimientos, especialmente al francés, se mantienen en la actualidad.*

*Palabras clave: Contencioso administrativo. Control. Abuso. Absolutismo. Estado de derecho.*

*Summary: The paper deals with the movements that contributed to build the foundation of the notions of Rule of Law and administrative regime, prior to the revolutionary movements and the contributions of the North American and French revolutions, to focus on the birth of the dispute in Venezuela, for later review if the foundations that served as base to such movements, especially to the French, stay in the actuality.*

*Key words: Contentious-Administrative Jurisdiction. Control. Abuse. Absolutism. Rule of Law.*

Recibido: 26 de mayo de 2018    Aceptado: 28 de agosto de 2018



## SUMARIO

- I. Introducción
- II. De los antecedentes revolucionarios y su aporte al contencioso administrativo
- III. Del contencioso administrativo
- IV. Del contencioso administrativo en Venezuela
- V. Conclusiones

### I. INTRODUCCIÓN

Los Estados que han adoptado el régimen administrativo que deviene del legado francés y su revolución, lo han hecho manteniendo cada uno sus características propias, de lo cual no escapa Venezuela.

El mismo caso del Estado francés, cuya aparición de la jurisdicción contencioso nace independiente del orden judicial adentrado en el seno de la Administración, buscando sustraer todas las controversias administrativas del juez común, termina siendo independiente de la Administración activa, y que tal como nos señaló el profesor Moles Caubet<sup>1</sup>, “*Sin embargo, en Venezuela no tuvo lugar ninguna recepción del sistema francés, ni ratio imperii como sucedió en Italia, ni imperio ratio, como en tantos otros países. Los fundamentos fueron distintos y el desenvolvimiento se produjo de diferente manera*”.

No cabe duda que la idea del control nace de la concepción de la Revolución Norteamericana y la Revolución Francesa, imponiendo dos modelos absolutamente diferentes, cuyos fundamentos y justificación nos fue legado, y acogimos dichos fundamentos principalmente de la Francesa, siendo que corresponde revisar si el fundamento que permitió surgir en Francia,

---

<sup>1</sup> Antonio Moles Caubet. “El sistema contencioso administrativo venezolano en el Derecho comparado”. *Contencioso administrativo en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1989, págs. 9 y 10.

un sistema como el contencioso administrativo, se mantiene o si se justifica que se mantenga y si dicho fundamento soporta el contencioso en Venezuela. Para ello, vamos a partir someramente de una comparación entre el origen y evolución del Contencioso, tanto en Francia y en Venezuela, para de esta manera, tratar de llegar a nuestras conclusiones.

## II. DE LOS ANTECEDENTES REVOLUCIONARIOS Y SU APORTE AL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Si tomamos en consideración los caracteres de la jurisdicción contencioso administrativa que nos señala Moles Caubet en el trabajo citado, su nombre indica una controversia con la Administración, que se produce entre partes paritarias *“aun cuando una de ellas sea la administración, y decidida por un organismo del Estado, independiente y neutro”*, quien determinará las consecuencias de la actuación sometida a su control y restableciendo el orden perturbado, bien sea ejercida por un Consejo de Estado, un tribunal de orden judicial o un tribunal especial; sin embargo, debemos agregar un elemento teleológico, consistente en la intención de la necesaria restitución de la actuación de la Administración a un cauce debido.

De allí, que no toda forma de control del Estado, constituye una manifestación o antecedente del contencioso administrativo

### 1. De las revoluciones de los siglos XVII, XVIII y XIX

#### A. Antecedentes pre revolucionarios

De este periodo debemos resaltar las revoluciones inglesa, francesa y norteamericana, sin obviar los antecedentes de 1215 y la carta Magna, que en definitiva hicieron importantes aportes a la noción del Estado de Derecho, que tal como lo indica el

José Valentín Gonzalez<sup>2</sup> se caracterizó por (i) *el reconocimiento de unos derechos inherentes a los individuos que son previos a la existencia del Estado y que constituyen esferas inmunes a su actuación* (ii) *el sometimiento del Estado al derecho* (iii) *la existencia de tribunales autónomos e independientes capaces de proteger esos derechos ante las actuaciones ilegales del Estado* (iv) *la separación y autonomía de los poderes públicos* (v) *la despersonalización del poder* y (vi) *la separación entre Estado y Sociedad.*

En el hilo argumentativo que viene al caso, debemos traer a colación lo referente a las Cortes de León de 1188, donde la necesidad de ingresos, producto del gasto dispendioso y la guerra con Portugal y Castilla para la Corona impone la creación de nuevos y arbitrarios impuestos que generan un alza de precios y un clima que podríamos definir hoy día como de conflicto social, que se apacigua con la convocatoria de la Curia Regia (equivalente a los Estados Generales en la Francia del Antiguo Régimen), ante lo cual, se exige regular los gastos. La clase ciudadana demanda una contrapartida como también regular el gasto de la corona a través de los representantes de las principales ciudades designados por elección, en lo que es considerado como ejemplo del parlamentarismo moderno en la historia de la Europa occidental, tal como ha sido reconocido por la Unesco, siendo que igualmente se consiguen especiales avances de normas que buscaban proteger a los ciudadanos contra el abuso de poder por parte de los nobles, clero o del rey, poniendo cotos tan importantes, como los de su principal sucesor histórico, como lo es la Carta Magna, promulgando nuevas leyes destinadas a proteger a los ciudadanos y a sus bienes contra los abusos y arbitrariedades del Poder, constituyendo los primeros pasos de exigencia de sujeción del poder a la ley.

---

2 José Valentín González. *Las Tendencias Totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo.* <http://cedice.org.ve/wp-content/uploads/2012/12/Tendencias-Totalitarias-del-Edo-Social-y-Democr%C3%A1tico-de-Derecho-Administrativo.pdf> (11/05/2018)

Este importante conjunto de decretos ha sido calificado con el nombre de «Carta Magna Leonesa», donde se garantiza un debido proceso, reconocimiento y respeto a la propiedad privada, el sometimiento del Rey al Consejo e incluso, nociones propias de lo que conocemos como responsabilidad del Estado.

Por su parte, poco tiempo después nos encontramos con el escenario donde Inglaterra nos presenta su gran aporte, en un momento histórico marcado por el evidente abuso por parte del Rey Juan, quien sistemáticamente violaba las tradiciones sobre las cuales se había gobernado históricamente el reino anglosajón. No se trató propiamente de una revolución, pero poco se llegó a ello, toda vez que el descontento sólo mermó ante la imposición al Rey Juan a firmar la Carta Magna, que consolida un sistema parlamentario de avanzada, la limitación del Poder por ese parlamento y el reconocimiento de derechos como el habeas corpus y la libertad de culto, aportando un adecuado equilibrio entre el poder del rey y el parlamento.

En el primero de los casos (carta Leonesa), su germen es producto de un descontento; mas, la inteligencia y habilidad de un joven gobernante, ante las intrigas que lo rodeaban, supo ganarse el afecto de quienes podrían ayudar a dar la cara y la vida en defensa del trono, siendo que se trató más de un desprendimiento voluntario de poder por el rey; mientras el segundo fue producto, igualmente en un clima de malestar, de la necesidad de claudicar por parte del rey Juan a sus caprichosas posiciones y ceder forzosamente parte del poder, aceptando un control externo del trono, pues, sencillamente, tenía en juego el cuello. Sin embargo, pasa a la historia como antecedente necesario de lo que serían las constituciones modernas, siendo que a lo largo de sus 63 artículos aseguraba derechos a los señores feudales limitando el poder del rey, independencia de la iglesia frente al gobierno, el derecho de todos los ciudadanos libres de poseer y heredar bienes, imponiendo igualmente disposiciones sobre el buen gobierno y desempeño de sus funcionarios, soberano y el sometimiento a un consejo

parlamentario que necesariamente implican importantes limitaciones a lo que se entendía era un poder.

Dicho documento se adereza con la Declaración de Derechos o *Bill of Rights* de febrero de 1689, de Inglaterra que regula las obligaciones y los deberes respectivos del Rey y el Parlamento y se complementa con la *Toleration Act* o Ley de Tolerancia en mayo de 1689, que concede libertad religiosa a los católicos y protestantes, la libertad de culto público, el derecho a abrir escuelas y el acceso a todas las funciones públicas.

### B. *De las revoluciones*

Las últimas décadas del siglo XVIII y primeras del siglo XIX fueron ricas en movimientos revolucionarios que aportaron no sólo la liberación de colonias ultramarinas europeas, al igual que se produjo dentro de la misma generación la Revolución Norteamericana y la Francesa, que si bien, por causas y finalidad distintas, se fraguó bajo similares principios, que significaron un invaluable aporte al mundo jurídico. Fijaron los fundamentos de lo que conocemos como Estado de Derecho.

Si bien es cierto, en cada uno de ambos países, los aportes siguieron su propio derrotero, encontramos muchos puntos comunes entre ambos.

#### a. *La Revolución en Estados Unidos de Norteamérica*

La Declaración de Derechos del Hombre, predecesores a la noción de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, nos lleva que al mes de iniciada la guerra de independencia, en Filadelfia se origina la primera constitución escrita de la era moderna, ratificada luego por el pueblo, en convenciones por cada estado con la cual por primera vez en la historia se adopta una forma de estado federal y se asientan los principios de Estado; separación de poderes; democracia; control del poder por la constitución y reconocimiento de dere-

chos y libertades ciudadanas; soberanía popular; control de la constitucionalidad e independencia de los jueces a través de la Suprema Corte. Se hace especial énfasis en la preponderancia que adquiere este órgano en defensa de las garantías, libertades y avances obtenidos, en especial, la noción de la Suprema Corte como garante e intérprete de la Constitución y el sistema presidencialista independiente del parlamento, entre otros grandes avances y aportes.

*b. De la Revolución Francesa*

Los aportes de la Revolución Francesa han sido tratados generosamente por nuestra doctrina y ampliamente conocidos; en especial, por quienes se han dedicado al Derecho Público; sin embargo, considero necesario realizar una breve mención:

1. La definición de un hombre nuevo (término acuñado por la revolución), estaba signada por la noción de sociedad, en que se modifica la intervención de factores que hasta ese momento estaban relegados en los sistemas monárquicos que reinaban en Europa, que se limitaba al reconocimiento a la realeza, nobleza y clero abonada por la declaración de derechos, de rango igualmente constitucional, que debían ser absolutamente respetados por el Estado.
2. El cambio en la noción de soberanía, que se traslada del rey a la noción de –verdadera- soberanía popular, ejercida a través de los designados representantes del pueblo por medio de la elección, otorgando un nuevo papel al pueblo en general, y no limitado a los detentadores del Poder, amparado por la idea de la existencia de una Constitución, no solo como carta política, sino que representa verdaderos límites al poder y que organiza al Estado, frente al absoluto reconocimiento de derechos a los particulares y los valores que rigen como Nación.

3. La noción de Constitución, que en el mismo sentido que la Revolución Norteamericana, y sus antecedentes en la Carta Magna, Cartas Leonesa entre otros, que sentó el criterio de la supremacía y el carácter normativo de la Constitución y prevé el principio absoluto de separación de poderes, que se adereza con la separación del Estado de la Iglesia y del poder que ésta detentaba, agregando la supremacía del legislador y el respeto absoluto a la ley, estableciendo el “reino de la Ley”, concentrado en la noción de principio de legalidad, que somete la Administración a la Ley, entendiendo que el Rey gobierna por la fuerza de ésta, que a su vez gobierna al rey y le impone marcados y conocidos límites.

Modificación o reforma de la estructura territorial, donde se aparta del sistema centralista dominante que implica el gobierno por monarquía absoluta, cuyas autoridades menores no eran más que “comisarios” o encomendados de los reyes, donde evoluciona a nociones más propias de federalismo o municipalismo, reconociendo exclusivas competencias a dichos entes recién creados; pero por otra parte fortalece al poder central, como noción de Administración, que tal como lo indica el profesor Luis Ortiz<sup>3</sup> “...se formaría estructuras hacia el centro, modernas, en las cuales se incorporaban funcionarios bañados de un nuevo y fuerte espíritu administrativo”.

Otro gran aporte lo constituye la noción del contencioso administrativo y el sometimiento de la Administración Pública y el Poder en general, no sólo al imperio de la ley, sino la posibilidad de juzgar los actos y las conductas de la Administración así como la concepción de la idea de responsabilidad del Estado, que tal como lo expresa el maestro Moles<sup>4</sup>:

---

3 Luis Ortiz Alvarez: *Revolución Francesa y justicia administrativa*. Colección Cuadernos N° 7, Editorial Sherwood, Caracas 2003

4 Antonio Moles Caubet: “El Principio de Legalidad y sus implicaciones”, revisado en la compilación realizada por Oswaldo Acosta-Hoenicka,

*"Ha de comenzarse affirmando que el principio de legalidad, propiamente dicho, se refiere únicamente a un tipo de Estado concreto, el Estado de régimen administrativo, cuya configuración corresponde al modelo doctrinal y organizativo de la revolución francesa y sus epígonos –bonapartismo, restauración y liberalismo– caracterizado por la concurrencia de cuatro notas distintivas.*

*1º Emerge una nueva rama del Derecho Público, el derecho administrativo, precisamente para regular la Administración Pública, o dicho con mayor exactitud, para hacer jurídicamente correctas las actividades funcionales de la Administración.*

*2º Aparece la categoría de los derechos subjetivos con un contenido público, llamados también derechos públicos subjetivos, entre los cuales se encuentran, además de los derechos de libertad, aquellos otros dimanantes de distintas fuentes creadoras del orden administrativo. A ellos se añaden los denominados ‘intereses legítimos’ que tanta relevancia llegan a adquirir en el derecho italiano, según se verá más adelante.*

*3º La tutela de semejantes derechos e intereses queda atribuida a una jurisdicción especial, la contencioso administrativa, que asimismo corrige las irregularidades de la Administración constitutivas de ‘d’excés de pouvoir’, (recurso objetivo)*

*4º La Administración-sujeto puede ser patrimonialmente responsable por determinadas faltas –aun cuando no constituyan actos ilícitos– con independencia de la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa)”.*

Son precisamente estos aportes los que han servido de cimientos para la noción de Estado de Derecho entre los que se incluyen el control del Estado en el denominado sistema contencioso administrativo.

---

*Antonio Moles Caubet. Estudios de derechos público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1997.*

### III. DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Aun cuando muchos autores tratan de encontrar nociones de justicia administrativa previas a la Revolución Francesa, que incluso se remontan en manifestaciones románicas, por la existencia de figuras similares al Consejo de Estado, con funciones administrativas, consultivas y jurisdiccionales, la falta de autonomía de dicho órganos, con un poder absolutamente concentrado en el Rey o en la propia Administración, trastoca la noción de efectividad que corresponde a la noción compleja de una verdadera justicia, amén que institucionalizar un órgano colegiado o un consejero, con o sin funciones jurisdiccionales, puede tener la intención permitir el ejercicio del poder de una mejor y efectiva manera, incluso a favor de los súbditos; más sin embargo, a mi entender, falta de intencionalidad de someter el Poder de manera efectiva a ese consejo. Por otra parte, la existencia o posibilidad de encontrar alguna acción aislada que pudiere ser ejercida contra el poder, en cualquiera de sus manifestaciones, tampoco -a mi entender- puede considerarse como antecedentes del contencioso, pues le falta nociones tales como: La intención de control; con la intención de resguardar derechos individuales; restableciendo situaciones; enmendando la actividad de la Administración; noción de sistema; buscando obtener una mejor administración o gobierno.

Conviene así revisar la cita de Bernard Stirn (*Le Conseil d'Etat*, París 1991) realizada por Luis Ortiz<sup>5</sup> en el libro anteriormente citado que señala:

*"Se habla así de que Augusto (63 ac/14 dc) es el padre lejano del Conseil d'Etat, toda vez de que en su reinado existía un consejo que tenía atribuciones administrativas (consilium o consistorium) y atribuciones jurisdiccionales (auditórium), consejo que luego sería reforzado por Adriano, emperador de 117 hasta 138. También en la Edad Media, se habla de la curia regia, la cual constituye*

---

5 Luis Ortiz Alvarez. *Revolución Francesa y...* ob. cit., p. 110.

*personajes cercanos al rey que lo ayudaban en el gobierno y en la justicia”.*

Sin embargo, como se señala en el libro Historia de Roma<sup>6</sup>, el *conseil* de Augusto, era principalmente un comité de enlace entre el Emperador y el Senado para convertirse posteriormente, en manos de siguientes emperadores en un comité de amigos del emperador. Por otra parte, los citados autores critican que si bien es cierto, se toma este periodo con la gracia de que el emperador gobernaba democráticamente oyendo la petición y necesidades de sus súbditos, su incidencia real en la vida ordinaria era escasa, debido a que la capacidad de dar respuesta , según el análisis que hacen los autores basado en la información que se tiene, no llegaría a resolver o responder mil solicitudes por año, indicando que tuvo un efecto de trascendencia en la imagen pública del emperador mayor que el que le corresponde.

Por su parte, la evolución de la noción de control del Poder, pasa en sus antecedentes a los Consejos impuestos en Francia, previos a la Revolución (Antiguo Régimen), en la cual un Gran Consejo controlaba los asuntos donde otros órganos hubieren demostrado parcialidad, o las comisiones extraordinarias involucradas cada vez en asuntos públicos, pero cerrado a los litigios privados.

Ya en el último siglo de la monarquía francesa, el gobierno advertía en los edictos, que los posibles litigios en cuanto a su aplicación, serían conocidos por el Intendente, prohibiendo a los órganos ordinarios de justicia, conocer de los mismos, que tal como lo indicó Rene Chapus, citado por Ortiz Álvarez, se

6 Francisco Javier Lomas Salmonte y Pedro López Barja De Quiroga, *Historia de Roma*. Ediciones Akal, Madrid 2004. Revisado en versión parcial electrónica [https://books.google.co.ve/books?id=MCpZmP85ZssC&pg=PA286&lpg=PA286&dq=augusto+emperador+consilium&source=bl&ots=Q9MkwMCqfS&sig=9VGUa9LO8EndxAj6ljBuQno7ahA&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiO\\_\\_bFwYTbAhWRjVkJHyHAi8Q6AEIKTAA#v=onepage&q=augusto%20emperador%20consilium&f=false](https://books.google.co.ve/books?id=MCpZmP85ZssC&pg=PA286&lpg=PA286&dq=augusto+emperador+consilium&source=bl&ots=Q9MkwMCqfS&sig=9VGUa9LO8EndxAj6ljBuQno7ahA&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiO__bFwYTbAhWRjVkJHyHAi8Q6AEIKTAA#v=onepage&q=augusto%20emperador%20consilium&f=false) 14.05.18

trata de la línea de una tradición; sin embargo, tal como lo comenta Ortiz, esos antecedentes comunes o similares “...no permiten configurar una nítida base histórica para lo que hoy conocemos como justicia administrativa”.

Así, aún la noción de sistema que ha de envolver la de justicia administrativa la encontramos en el Consejo de Estado francés desde su concepción en el Antiguo Régimen y la posibilidad que tenían las *comisiones* de ejecutar sus decisiones; más sin embargo, la exigencia de una efectiva imposición de la decisión que ha de recaer, para hacer cierta la noción de justicia no existe, por lo que tampoco dibuja como propio del contencioso.

No es sino a partir de la Revolución que se impone un sistema de autocontrol basado en el principio de separación de poderes, particularmente interpretado, de la cual deriva una prohibición al poder judicial para resolver litigios. Por su parte, las ideas revolucionarias, movieron los cimientos de lo que hasta ese momento implicaba el sistema judicial, especialmente con la Ley 16-24 de 1790, instaurando los siguientes principios y reglas<sup>8</sup>:

*“la independencia de los magistrados; eliminación de la venalidad de los cargos judiciales, establecimiento de un sistema de elección y designación de los mismos, y exigencia de profesionalización; el principio de igualdad ante la justicia y la gratuidad; el principio de doble instancia y el derecho de apelación; principios de motivación de las decisiones judiciales; el jurado popular en materia criminal, organización de jurisdicciones o competencia territorial en conformidad con la nueva estructura territorial; simplificación de la organización judicial; la conciliación y el arbitraje; protección de los intereses privados y de los derechos de la persona humana; nuevas reglas de procedimiento penal; entre otros y, por supuesto,*

7 Luis Ortiz Álvarez. *Revolución Francesa y justicia administrativa*, ob. cit., pp. 114 y 115.

8 Luis Ortiz Álvarez, *La revolución...*ob. cit., pp. 121.

*el principio de separación del orden judicial y del orden administrativo.”*

Posteriormente, durante el mandato de Napoleón Bonaparte se afianza la justicia administrativa; en primer lugar, con la incorporación del Consejo de Estado en la Constitución y la incorporación de una comisión de lo contencioso en el propio Consejo. Se incorporan otras reformas que consolidan el funcionamiento del Consejo de Estado, perfeccionando la participación tanto de los litigantes como de un ministerio público; sin embargo, pese a que va aumentando la independencia del tribunal administrativo, y sus decisiones eran seguidas y respetadas, aún se mantiene la noción de justicia retenida en manos del gobierno.

Con la Ley del 24 de mayo de 1872, se sustituye el sistema de justicia retenida en manos del Jefe de Estado, por un sistema que otorga al Consejo de Estado, potestades soberanas y propiamente jurisdiccionales, en lo que fue conocido como justicia delegada, cuyos rasgos distintivos se mantuvieron hasta 1963, siendo que a partir de esa fecha comienza la modernización en Francia del sistema, para adaptarlo a las nuevas necesidades y la forzosa adecuación a tendencias universales que se imponían sobre la materia, descartando de cierta manera ciertos pruritos que le anclaban desde los tiempos revolucionarios. Durante ese periodo se formó y transformó el Derecho Público, principalmente por vía jurisprudencial, no sólo en Francia, sino en la mayoría de los países de corte administrativo, de los cuales no escapó Venezuela.

Tal como lo indica el profesor Roland Drago<sup>9</sup>, la evolución de cerca de dos siglos del contencioso administrativo francés, contribuyó a elaborar una jurisprudencia que le permitió poner en evidencia los vicios del sistema administrativo, “Por

<sup>9</sup> Roland Drago. “Un nuevo juez administrativo” en *Contencioso Administrativo. Primeras jornadas internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. FUNEDA; Caracas 1995.

*esta razón, el papel del Consejo de Estado, especialmente bajo la Tercera República, ha permitido a Francia aumentar la extensión y los mecanismos del control como, para la época, ningún otro país habría sabido hacerlo. Pero ocurre hoy, como suele suceder a los precursores, que se ven aventajados por sus imitadores”.*

Así, si revisamos algunos aportes de lo que se ha denominado sistema de justicia administrativa en los diferentes países, o por lo menos en los países que por autonomía han servido de soporte o fundamento al criterio venezolano, tenemos al Francés y el Anglosajón, como creadores de la noción que permitió el paso del absolutismo, a la actividad controlada, o el caso español, donde tomando los principios de la Revolución Francesa se impone un contencioso judicializado reconocedora legal del proceso inter partes y de la posibilidad de revisión o fiscalización de la denominada *potestad discrecional*-tal como lo indica Garrido Falla<sup>10</sup>, con aportes de otros países en el perfeccionamiento del control, tal como sucedió en el caso venezolano y los contratos administrativos y otros de varios países; aportes estos que fueron producto de ese desarrollo principalmente jurisprudencial que ha sido propio del contencioso, lo cual permite a los diferentes sistemas, estar en constante evolución y perfeccionamiento. Se instituye entonces, una noción de justicia que no se limita a la aceptación de ciertas acciones de control, ni a la eventual existencia de algún tribunal especializado para conocer de la misma, sino en el establecimiento de un sistema complejo, el cual es definido por Fix Zamudio<sup>11</sup>:

*“Consideramos que en sentido estricto la justicia administrativa es un concepto mucho más amplio que los instrumentos procesales en sentido estricto, ya que abarca todas las instituciones jurídicas*

<sup>10</sup> Fernando Garrido Falla. “Ámbito de la Jurisdicción contencioso administrativo en España” en *Contencioso Administrativo. Primeras jornadas...*, ob. cit...

<sup>11</sup> Héctor Fix-Zamudio. *Concepto y contenido de la justicia administrativa*. Revisado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/10.pdf> 14.05.2018

*establecidas para resolver las controversias que surgen entre los órganos administrativos y éstos con los particulares, pero también ante los organismos de jurisdicción de carácter administrativo, ya sea que estos últimos estén situados formalmente dentro de la esfera del Ejecutivo, o bien incorporados al Poder Judicial.*

*La distinción es conveniente, debido a que los mecanismos jurídicos para la defensa de los derechos y los intereses jurídicos de los particulares frente a una administración pública cada vez más poderosa, son muy amplios y complejos y no se conocen en toda su extensión ni se analizan de manera suficiente, a pesar de su importancia en la vida contemporánea. Para no citar sino dos ejemplos evidentes, no siempre se comprenden dentro del concepto amplio de justicia administrativa los organismos no jurisdiccionales que siguen el modelo escandinavo del ombudsman, no obstante su desarrollo espectacular a partir de la segunda posguerra en la mayoría de los ordenamientos del mundo, ni tampoco se le otorga la debida atención necesaria a las leyes de procedimiento administrativo, que constituyen el antecedente necesario para la solución jurisdiccional, debido a la gran dispersión que muy frecuentemente se advierte en las leyes administrativas especiales que se han multiplicado en sentido geométrico, en especial en los últimos años...*

*Por tanto, en sentido propio, la justicia administrativa está constituida por un conjunto bastante amplio y crecientemente complejo de instrumentos jurídicos para la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los particulares frente a la actividad de la administración pública o de la conducta en materia administrativa de cualquier autoridad, por medio de los cuales se resuelven los conflictos que se producen entre la administración y los administrados.”*

Así, la previsión legal de la posibilidad de control de conductas del Estado, gobierno o Administración, no contribuye *per se* a considerar la existencia de un contencioso, así como tampoco lo hace la existencia de tribunales especializados; sino que resulta necesario la noción de un sistema que com-

prenda unos y otros, así como el elemento teleológico de ese sistema, que conjuge por una parte, la intención de resolver la situación del particular, el respeto a situaciones subjetivas, y reorientar y ajustar la conducta de la Administración en los términos que la ley le impone, lo cual se fundamenta en la noción de jurisdicción que soporta el contencioso administrativo y exige el equilibrio entre derechos individuales y la necesidad de cubrir y satisfacer el interés general, dentro de un proceso que se rige por sus propios principios y que a diferencia del procesal ordinario, que no depende de ninguna disciplina *per se*, el contencioso nace, forma parte y depende del derecho Administrativo.

Por ello, resulta cuestionable pretender que el contencioso administrativo pueda o deba considerarse como formando parte del Derecho Procesal, o como una disciplina de éste, siendo que los que sostienen tal posición, pretenden una autonomía o escisión entre el contencioso y el Derecho Administrativo trasladándolo al Procesal. Por su parte, soy partidario de que el Contencioso Administrativo forma parte del Derecho Administrativo y por ende, una disciplina de éste, que resulta indisoluble y conforma una visión compleja que trasciende al proceso.

#### IV. DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

Corresponde revisar las nociones del contencioso venezolano, entendiendo que independientemente del origen que pretendamos atribuirle, en lo cual hay posiciones encontradas de distintos autores, desde su nacimiento ha mantenido rasgos propios y en su “volución<sup>12</sup>” ha mutado. Por esa razón

---

12 Reconozco la inexistencia del término, al cual he hecho referencia en anteriores trabajos, sin embargo, lo que para algunos ha significado una evidente mejora, otros lo pueden considerar como graves e injustificados atrasos, incluso, el desconocimiento o destrucción de la institución

debemos partir de los inicios del Derecho Administrativo en Venezuela, para luego derivar en el contencioso, pues como se indicara anteriormente, no es posible escindir en el Derecho Administrativo, lo sustantivo de lo adjetivo, toda vez que el segundo nace del primero, lo sostiene, justifica su existencia y en especial lo protege, que forma un todo en la noción de “régimen administrativo”<sup>13</sup>.

- 
- 13 Al respecto señala el Maestro Moles, en su trabajo del Principio de legalidad, ya identificado que:

*“Ha de comenzarse afirmando que el principio de legalidad propiamente dicho, se refiere únicamente a un tipo de Estado concreto, el Estado de régimen administrativo cuya configuración corresponde al modelo doctrinal y organizativo de la revolución francesa y sus epígonos –bonapartismo, restauración y liberalismo– caracterizado por la concurrencia de cuatro notas distintivas.*

*1º Emerge una nueva rama del Derecho Público, el Derecho Administrativo, precisamente para regular la administración pública, o dicho con mayor exactitud, para hacer jurídicamente correctas las actividades funcionales de la administración.*

*2º Aparece la categoría de los derechos subjetivos con un contenido público, llamados también derechos públicos subjetivos, entre los cuales se encuentran, además de los derechos de libertad, aquellos otros dimanantes de distintas fuentes creadoras del orden administrativo. A ellos se añaden los denominados ‘intereses legítimos’ que tanta relevancia llegan a adquirir en el Derecho Italiano, según se verá más adelante.*

*3º La tutela de semejantes derechos e intereses queda atribuida a una jurisdicción especial, la contenciosa administrativa, que asimismo corrige las irregularidades de la administración constitutivas ‘d’ excés de pouvoir’ (recurso objetivo).*

*4º La Administración-sujeto puede ser patrimonialmente responsable por determinadas faltas –aun cuando no constituyan actos ilícitos– con independencia de la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa).*

*Este tipo estructural de Estado, el Estado de régimen administrativo tiene una amplia área geográfica pues comprende a Francia, Bélgica, Holanda, España, Portugal, Alemania, Austria, Suiza, Italia..., etc., y sobre todo los países Latinoamericanos. Claro está que, dentro de cuanto representa la unidad del tipo, existen también matices diferenciales e inclusive, no pocas formas irregulares.*

*Ahora bien, solamente ellos tienen establecido el principio de legalidad, o expresado, en otros términos: el principio de legalidad no es propio de todos los lugares como tampoco de todos los tiempos”*

Así, Venezuela como República, nació bajo las influencias sobre el Derecho Público que marcaron las revoluciones, que tal como lo señala el profesor José Ignacio Hernández<sup>14</sup>:

*"El proceso de emancipación iniciado en 1810 como un movimiento de adhesión a los derechos de «nuestro Rey» depuesto por el Gobierno intruso, dio paso a la introducción de principios de nuevo cuño, como la separación de poderes (reconocida ya en el reglamento de elecciones y reunión de diputados de 1810) y luego, finalmente, a nuestra total independencia en 1811. Desde entonces, la configuración del nuevo Derecho Público se basó en el principio de legalidad y consecuentemente el control judicial de todos los Poderes Públicos, con lo cual, como ha puesto en evidencia Allan R. Brewer-Carías, puede acusarse una influencia directa de los principios asentados por la Revolución Americana. No tanto, observamos, de la Revolución Francesa, pues faltó el elemento básico, la quinta esencia del Derecho administrativo de tal Revolución, cual es la dualidad de jurisdicciones a la cual se somete la administración y, como consecuencia de ello, la dualidad de regímenes jurídicos que le resultan aplicables".*

Señala posteriormente el profesor Hernández, en el trabajo citado que posteriormente, para 1944, se introduce la noción de contrato administrativo y caracterizó nuestro Derecho administrativo a semejanza del francés, con la particularidad (recalca el autor) que en Francia se caracteriza por la dualidad de jurisdicciones, mientras que en Venezuela se puede hablar de dualidad de regímenes, dualidad de figuras jurídicas, pero unidad de jurisdicción.

---

14 José Ignacio Hernández G. "Una Mirada al derecho administrativo en el centenario de su enseñanza", en *100 años de la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela 1090-2009*. Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2011.

Por su parte, el mismo autor sostiene en otro trabajo monográfico<sup>15</sup> que:

*"Por ello, cuando se sitúa el origen del Derecho administrativo en la Revolución Francesa, en realidad, se está identificando los orígenes del régimen administrativo, que es tan solo una de las variaciones del Derecho administrativo. Para los países que no adoptaron el régimen administrativo, por ello, la referencia a la Revolución Francesa tiene –a estos efectos– poca utilidad..."*

*Llegamos entonces a una conclusión fundamental: el presupuesto del Derecho administrativo es el Estado, o más precisamente, el Estado moderno, entendido como la forma más perfeccionada de la organización del poder único y unificador... Nuestra posición puede ser cuestionada pues entiende que existió un Derecho administrativo, incluso, en el Estado absoluto. Conscientes de lo relativo de esta conclusión, podemos afirmarla. El Estado absoluto conoció de un Derecho administrativo, simplemente, pues como Estado moderno contaba ya con una Administración, entendida como el "asiento del poder", y sujeta a reglas básicas de funcionamiento. El advenimiento del Estado de Derecho reformuló hondamente esas reglas, de acuerdo con los principios del régimen representativo: división de poderes, principio de legalidad, supremacía de la Constitución y reconocimiento de derechos fundamentales, entre otros. La Administración modificó sus técnicas de actuación, asumió, en fin, nuevas conductas. Pero no se trató –se insiste en ello– de una nueva Administración. Allí está el ejemplo paradigmático observado por Tocqueville, que comprobó cómo la Administración que surge de la Revolución Francesa hunde sus raíces en el absolutismo."*

Ciertamente, las nociones en Venezuela, de República y sus instituciones propias del Derecho Público, nacieron imbuidos

---

15 José Ignacio Hernández G. "Los orígenes de la doctrina de Derecho Administrativo en Venezuela" en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 7*, Caracas 2015. Revisado en <http://redav.com.ve/redav-7/> 14.05.2018

de cierta amalgama de ideas, aportadas por ilustres conciudadanos como Francisco de Miranda, Andrés Bello, Juan Germán Roscio y el mismo Simón Bolívar, por citar sólo 4, cuyas influencias devenían de diversas fuentes e inspiraciones.

Por su parte, autores señalan que la noción de justicia administrativa nace de una forma determinada en la Gran Colombia y luego se transforma a raíz de la separación. Así, el profesor colombiano Libardo Rodríguez<sup>16</sup>, sitúa el origen de la jurisdicción contenciosa administrativa para la Gran Colombia, en el Decreto de Simón Bolívar, expedido en Angostura el 30 de octubre de 1817<sup>17</sup>, en el que se indica, que ante la imposibilidad de crear un buen gobierno representativo, y una Constitución eminentemente liberal, se crea el Consejo de Estado, conformado por secciones, para ejercer funciones meramente consultivas o de asesoría. Dicho Decreto contempla, que todo individuo de una sección, puede proponer en ella cuantos planes, reglamentos, providencias, etc. estime conveniente al bien público, pero sólo el presidente de la sección podrá proponerlo al Consejo de Estado, quienes no tendrán más que voto consultivo y entre sus funciones ordinarias estará la de la administración civil y de justicia, entre otras. Tal como lo indica el citado autor, considerando las ideas y la formación intelectual y filosófica de Bolívar, y el fervor en las ideas libertarias de la Revolución Francesa puede entenderse que el Consejo de Estado creado por él, sea a semejanza del francés; sin embargo, como el francés del Antiguo Régimen, sin funciones jurisdiccionales.

Para 1828, el Libertador expide el Decreto orgánico del 27 de agosto, cuyo título 3 trata del Consejo de Estado, con fun-

16 Libardo Rodríguez Rodríguez. "Origen y Evolución de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina", en *Memorias del Coloquio Conmemorativo del Bicentenario del Consejo de Estado Francés*. Editorial Temis S.A., Bogotá 1999.

17 Decreto recogido en el Libro *Las Constituciones de Venezuela*, Compilador Allan Brewer-Carías. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997.

ciones disminuidas. Para la Constitución de 1830 y posteriores, desaparece la institución del Consejo de Estado.

Sin embargo, se consideran en ellas la existencia o reconocimiento de acciones aisladas de control judicial de ciertas conductas de la Administración, como en la Constitución de 1811 que en sus artículos 199 y 227 se estableció la nulidad absoluta de cualquier ley que se expidiese en contra de la Constitución, y que algunos autores, entre los que se encuentra Brewer-Carías lo considera como germen del contencioso, mientras otros lo establecen en la Constitución de 1864, que atribuía competencia a la Alta Corte Federal para declarar la nulidad de todo acto del Congreso o del Poder Ejecutivo que viole los derechos garantizados a los Estados o ataque su independencia, así como la competencia para conocer de los juicios civiles cuando sea demandada la Nación, tal como lo indica la profesora Daniela Urosa <sup>18</sup>:

*"Siguiendo nuevamente a Brewer-Carias, puede afirmarse que si en 1830 surgió en Venezuela el ámbito contencioso administrativo de las demandas contra los entes públicos, específicamente contractuales, fue en 1925 cuando surgió el contencioso de anulación de actos administrativos. Asimismo, si en 1811 y con más énfasis en 1830 surgió la garantía de control judicial de los actos del Poder Público, fue en 1925 cuando se distingue claramente el control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del Poder Legislativo, respecto del control de la legalidad de los actos administrativos y demás actuaciones del Poder Ejecutivo. Primer esbozo, pues, de la distinción actual entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa".*

---

18 Daniela UROSA MAGGI. *Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela. ¿influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio*. Revisado en [http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2009/BolACPS\\_2009\\_147\\_113-138.pdf](http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2009/BolACPS_2009_147_113-138.pdf). 16.05.2018

Es el caso que, a mi entender, para considerar que se trata del germen o inicio del contencioso administrativo, no puede observarse en base a la existencia o previsión de acciones aisladas que permitan un control del Poder en cuanto una actuación concreta, sino en un sistema que contemple como fundamento, el control del Poder en sus distintas manifestaciones.

Así, el Consejo de Estado que se previó en las Constituciones y Decretos previo a la separación de Venezuela de la Gran Colombia, dentro de la amplitud de sus funciones, podrían tener las mismas que tuvo en su origen el Consejo de Estado Francés, más no se desprende que se haya creado como forma de control del Estado en su actuar, ejercido como tal, o que esa intención de creación haya sido la intención en su creación. Por otra parte, la mención aislada de acciones o de pretensiones de control de Poder, en Constituciones posteriores, tampoco demuestran ese talante que busca un efectivo control de la Administración, que nos permita considerar como “contencioso administrativo” o “justicia administrativa” que se hace **patente** en la Constitución de 1961. Por otra parte, como considera Urosa en el trabajo citado, *“Nótese que, sea en uno u otro caso, la doctrina ha opinado, casi unánimemente, que el control contencioso administrativo y en general, todo el control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela, se ha constituido desde su origen como un orden judicialista, esto es, un control residenciado exclusivamente en el Poder Judicial”*.

Así, el sistema que parte de la Constitución de 1961, que contemplaba la noción de jurisdicción, de un verdadero sistema, incorporó en él, a través de la Ley orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la imposición del necesario agotamiento de la vía administrativa para la impugnación judicial de los actos administrativos por una parte, que subsistió hasta mediados de la primera década del siglo XXI, así como la exigencia obligatoria como condición de procedencia del agotamiento de la vía administrativa para las demandas de contenido patri-

monial -que aún subsiste-, en una simbiosis necesaria donde la propia Administración debía emitir de alguna forma su opinión previa, para poder proceder judicialmente<sup>19</sup>. No se trata de la posibilidad del poder de autocontrolarse por parte de la Administración, que muchas veces no hace más que reforzar el talante autoritario, sino de la imposición legal de agotar la reclamación ante la propia Administración, para poder continuar la reclamación ante el contencioso administrativo.

De forma tal que ante esa obligatoria conducta de ejercer un recurso en sede administrativa, previo al ejercicio de alguna acción judicial, ante cuya respuesta podía hacerse innecesario el recurso de la acción judicial (cuando el administrado se satisface con la respuesta de la Administración), cuyo fin era permitir a la administración, conocer de sus propios actos y de ser necesario, reconocer la nulidad de un acto viciado de nulidad absoluta, corregir un vicio en un acto viciado por anulabilidad y en general, que la Administración pueda corregir su acto o en todo caso, corregir a la Administración, cuando de actividad y actos administrativos se tratara y en general ajustar la actividad de la administración dentro del debido cauce que marca la ley, que fue el fundamento del contencioso francés.

Por su parte, al igual que en la mayoría de los países de régimen administrativo, la jurisprudencia fue artífice de gran parte de los aportes al Contencioso, algunos de tal magnitud, que implicaban un giro radical de las ideas que en un momento regían. De tal forma que mientras el órgano legislativo -muchas veces paquidérmico-, tardaba en reaccionar para

---

19 Aun cuando dichas normas encuentran en la actualidad un fuerte rechazo frente a la noción de tutela judicial efectiva, que tal como lo ha sostenido al Corte Interamericana de Derechos Humanos “Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”.

acoger los cambios<sup>20</sup>, la doctrina y la jurisprudencia se encargaba de incorporar nuevas tendencias, acciones e interpretaciones que necesariamente mantenían vigentes los criterios y su aplicación, permitiendo que con el cambio, se adaptase el contencioso a las necesidades que se imponían y a los nuevos criterios generales procesalmente considerados, o particulares en cuanto al contencioso se refieren. Venezuela no fue excepción a dicho actuar, dictando criterios jurisprudenciales que muchas veces marcaban pauta en el foro jurídico internacional, y cuya capital fue centro de importantes eventos que concentraban lo más granado del Derecho Administrativo hispanoamericano principalmente, y donde se adicionaban grandes juristas franceses, norteamericanos, italianos y de otras nacionalidades.

Esos criterios jurisprudenciales permitieron ser sustento válido en la enseñanza del Derecho administrativo, que, junto a la calificada doctrina, permitían esbozar los principios que acoge y soporta la disciplina. Y como no confiar en la prudencia de quienes por años ejercieron la magistratura, quienes eran dignos y probos hombres y mujeres, sobre quienes pesaba el gran honor de impartir justicia, y en ello ponían el mejor empeño, haciendo gala de sabiduría y especialmente, conocedores de los principios y postulados que rigen la disciplina. Muchos de ellos profesores universitarios, para quienes el honor de la academia galardonaba más que el cargo eventual que podían ejercer en la judicatura; o en otros casos, el punidor de impartir justicia basado en los principios que rigen la materia, prelab a cualquier otra consideración, sobre todo las de índole política, lo cual fue el común denominador en Venezuela, y buena parte de otros países.

---

20 Quizás, el mejor ejemplo es el francés, cuyo prurito que dejó la Revolución Francesa, tardó casi dos siglos en abandonar criterios que la modernidad no soportaba.

Lamentablemente, tal como lo acota el profesor José Guillermo Andueza<sup>21</sup>, 1999 trae un cambio importante en la práctica y ejercicio del Derecho Público en cuanto el litigio se refiere, y especialmente, en los últimos 15 años en quienes tienen del deber de impartir justicia. Así, tomando en cuenta lo que indica el citado autor, y si bien es cierto, la Constitución de 1999 no hace más repetir el postulado constitucional de 1961, que constitucionalizó la justicia administrativa e implicó un importante avance, a partir de 1999:

*"se produce una regresión en la justicia administrativa. Ella ha perdido la imparcialidad y la altura científica que tuvo anteriormente. Hoy es más bien un instrumento al servicio del gobierno y de la administración pública. Estudios recientes revelan que la Sala Político Administrativa, en su actividad judicial, se inclina poderosamente a favor de los intereses del gobierno. ¿Qué decir entonces de los derechos e intereses de los particulares cuya garantía es uno de los propósitos de esa jurisdicción? Esta situación nos permite recordar épocas pretéritas en las que las instituciones de control existían pero nadie acudía a ellas porque no infundían confianza. Pese a todo ese acontecer, en las universidades se sigue enseñando derecho administrativo como un instrumento al servicio del estado social de derecho y como una institución que garantiza el principio de legalidad y los derechos de los particulares".*

Quizás el problema sea entender en la actualidad criolla, que el Derecho administrativo sea instrumento del Estado Social de Derecho, lo cual deviene desde los orígenes franceses, que pueden revisarse en el trabajo del Profesor Farías Mata<sup>22</sup>, cuyo título es bastante elocuente: "Consejo de Estado... garante de la continuidad revolucionaria", que se explica, en tanto y

21 José Guillermo Andueza. "Cien años del Derecho administrativo en la universidad venezolana". En *100 años de la enseñanza...* ob. cit.

22 Luís Henrique Farías Mata. "El Consejo de Estado Francés: Juez de la Administración Pública y garante de la continuidad revolucionaria" en *Revista de la facultad de Ciencia Jurídicas y Políticas* No. 78. Universidad central de Venezuela, Caracas.

en cuanto, el Consejo de Estado, si bien venía como Consejo de Gobierno o Consejo del Rey en el Antiguo Régimen, que se mantuvo a su manera a raíz de la Revolución, buscaba consolidar no solo los postulados y aportes de la Revolución, sino que los mismos se mantuvieran en el tiempo, como forma igualmente de garantizar la estabilidad del régimen.

Lamentablemente, en la Venezuela de nuestros días de la que habla en su trabajo Andueza, y se plasma en obras como la de los profesores Rafael Chavero<sup>23</sup>, Carlos Ayala<sup>24</sup>, Francisco Delgado<sup>25</sup> y Antonio Canova<sup>26</sup> y otros, el contencioso administrativo se ha convertido –indebidamente– en el fuero de la Administración, en la cual, independientemente de la magnitud del vicio del que pueda adolecer el acto, no se le dará la razón al administrado, salvo muy contadas excepciones, al punto, que tomaron como bandera irredimible, el principio de conservación del acto administrativo, aún ante los más evidentes vicios, al extremo, que la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hubo de intervenir, para corregir tal aberración. Así, el Derecho se convierte más bien en instrumento político y escapa al servicio ciudadano, demostrando lo que Moles Caubet<sup>27</sup> señalaba en su trabajo acerca del principio de legalidad y la justicia administrativa en los diferentes sistemas, quien, comparando, distingue entre el Estado de régimen administrativo, el Estado judicialista (*common law*) y el Estado socialista, indicando para éste último:

---

23 Rafael Chavero Gazdik. *La justicia revolucionaria*. Editorial Aequitas, Caracas 2011.

24 Carlos Ayala Corao y Rafael J. Chavero Gazdik. *El Libro Negro Del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017.

25 Francisco Delgado. *Chavismo y Derecho*. Editorial Galipán, Caracas 2017.

26 Antonio Canova González, Luis A. Herrera Orellana, Rosa E. Rodríguez Ortega. *El TSJ al servicio de la revolución*. Editorial Galipán, Caracas 2014.

27 Antonio Moles Caubet. *El principio de legalidad y sus implicaciones*. Ob. cit.

*“El Estado de régimen socialista cuenta con un Derecho Administrativo sumamente desarrollado pero, en cambio, carece de una auténtica condición contencioso administrativa, excepto en Yugoslavia. Los derechos subjetivos de cualquier índole no tienen un fin en sí mismos, sino subordinados siempre al cumplimiento de ordenaciones objetivas. En este tipo de Estado rige el principio de legalidad socialista”.*

Lamentablemente, luego de ser pioneros en el contencioso administrativo; un país que, si se quiere, impartió cátedra en la materia, pasó a ser un palo seco en el desierto de la ignorancia y la ignominia, con un sistema judicial<sup>28</sup> subordinado a un hombre, su idea y su partido, que se funde en un solo ser. Pero no se trata de algo causal, sino que estaba predestinado según el cauce que se seguía: una noción marxista del derecho. Dicho derrotero era posible alertar tempranamente, entendiendo, tal como lo señala Francisco Delgado en su libro anteriormente citado, que:

*“No hay duda que esta noción marxista del derecho como instrumento de dominio ha tenido una influencia apreciable en la praxis del chavismo. Ni el derecho ni el respeto del derecho o la obediencia al derecho son fines en sí mismos. El valor que tienen dependerá de si pueden o no realizar los fines a los que sirven. Si el medio jurídico ya no es útil para el cumplimiento del fin político ¿qué sentido tiene mantenerse aferrado a él? Habrá que cambiarlo, o si no es posible ignorarlo o, legado el caso, violarlo abiertamente. La arbitrariedad, la violencia, el trato desigual o la crueldad pueden ser justificados a partir de ‘leyes históricas’ y la necesidad de abolir el dominio de aquellos a los que se consideran explotadores”.*

El mismo autor, refiriéndose al marcado activismo judicial, indica:

---

28 Salvo contadas excepciones.

*"El activismo supone o conduce a un orden de gobierno de jueces, en el que estos remplazan al titular del poder legislativo, y sentencian según la premisa de que únicamente ellos conocen la verdadera justicia. Tercero, porque al tomar partido políticamente respecto de las cuestiones sociales más sensibles, y decidir conforme a su posición y no conforme al derecho, el juez renuncia a la cualidad que distingue la función judicial desde la antigüedad: la imparcialidad. Al decidir particularmente, el juez anula en la práctica la idea básica de un Estado de derecho que no es otra que la igualdad de los ciudadanos ante la Ley".*

A eso ha de añadirse otro ingrediente que tocan ampliamente otros autores. Muchas veces los jueces no actúan guiados por su conciencia ni por sus convicciones, sino por el temor de no poder complacer a sus superiores; de herir susceptibilidades políticas; o sencillamente, no poder continuar en sus cargos. Tal conducta luce deplorable y grave en el ejercicio de cualquier competencia judicial, pero que sucede en el contencioso.

Si entendemos correctamente que el contencioso, lejos de ser instrumento del Estado, es el instrumento que la ley le otorga al particular para luchar contra el Poder, para evitar que el poder le arrope y lograr que la administración se someta al cauce que el impone la ley; en el cual el juez ha de ponderar la actuación de la Administración frente al derecho, y en caso de observar que no compaginan, dictar sentencia, conforme el mandato del 259 Constitucional, ordenando lo necesario para restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad de la Administración, lo cual lleva a proteger intereses particulares, representados en derechos individuales y derechos subjetivos, aun cuando se encuentre imbuido el interés general.

Pero esta sistemática eliminación del Estado de Derecho no ha sido causal; por el contrario, fue anunciada. En este marco, desmontar la noción de separación de poderes no se encausó

como algo sobrevenido, sino que se trató de una conducta aviesa, orquestada desde el “partido de gobierno” y puesta en práctica por sus operadores políticos o “ministros” sui generis, como la entonces Presidente (Presidenta, como pretenden imponer desde el gobierno, desconociendo y contrariando todas las leyes, incluyendo las de la física y especialmente la gramática) del Tribunal Supremo de Justicia, Luisa Estela Morales, el día 05 de diciembre de 2009, quien se pronunció a favor de una nueva modificación de la Constitución de la República, indicando que **“la división de poderes es un principio que debilita al Estado”<sup>29</sup>**, señalando que una “cosa es la separación de poderes y otra es la división”, siendo que pocos días después, el 09 de diciembre de 2009<sup>30</sup>, la misma funcionaria amplió sus declaraciones, cuando indicó que el nuevo “constitucionalismo” nace en la República Bolivariana de Venezuela “con la modernidad de la participación popular y, sobre todo, el nacimiento de un nuevo pacto social”, al tiempo que enfatizaba en que la autonomía de los poderes públicos debía ser interpretada de una manera “lógica y racional”, distinta del “aislamiento”. Manipulando las ideas, quiso hacer entender que la noción de separación de poderes aislabía los poderes, mientras que habría que reinterpretarlos.

Tal posición fue sustentada en las mismas bases programáticas del Partido Socialista Unido de Venezuela, tal como lo hace constar en su trabajo en el Diario El Universal el Periodista Francisco Ollarves, por lo que no se trató de una conducta solapada y de sorpresa, pues tal como lo indica en su trabajo publicado en fecha 18 de julio de 2010<sup>31</sup>, entre las bases del Partido Socialista Unido de Venezuela, aprobado en el Congreso de dicho partido del mismo año 2010, se sostiene:

29 <http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/124782/presidenta-del-tsj-dice-que-la-division-de-poderes-debilita-al-estado-y-pide-reformarlo/>

30 Recogido en la página oficial de la Dirección Ejecutiva de la magistratura <http://190.202.80.209/noticias/detalle.do?id=17486>

31 [http://www.eluniversal.com/2010/07/18/imp\\_pol\\_art\\_el-manifiesto-del-ps\\_1973534](http://www.eluniversal.com/2010/07/18/imp_pol_art_el-manifiesto-del-ps_1973534)

*«Es necesario eliminar la falsa dicotomía entre espacio público y privado, pues los aspectos más importantes de la formación del carácter y la escala de valores que sirven de soporte a la dominación política se forjan en el llamado espacio de la vida privada, colonizado por los aparatos mediáticos en defensa de la propiedad privada. Necesitamos un Estado fuerte que vaya asumiendo progresivamente diversas esferas de la economía y la vida social y cultural. Surgirá así un nuevo Estado socialista que terminará de desplazar al Estado burgués» (...) «La comuna, como forma organizada de la comunidad, será la célula fundamental de la nueva sociedad».*

En el trabajo anteriormente citado, quien revisando el documento dimanado del primer Congreso del PSUV, detalla que el mismo indica:

*“en el camino para controlar todos los poderes públicos se señala: «El ejercicio intransferible de la soberanía, de la cual emanan y a la cual están subordinados todos los poderes públicos (Legislativo, Judicial, Ejecutivo, Electoral y Moral), implica necesariamente que «el pueblo los concentre en sus manos» como forma de superar a la concepción liberal burguesa de la separación formal de poderes».*

Esta situación nos da la idea de la situación actual de los aportes en Venezuela de las Revoluciones Norteamericana y Francesa, y en especial, el contencioso administrativo. Si recapitulamos en los aportes:

A. De la primera:

1. Forma de estado federal y se asientan los principios de Estado;
2. Separación de poderes;
3. Democracia;

4. Control del poder por la constitución y reconocimiento de derechos y libertades ciudadanas, soberanía popular, y control de la constitucionalidad;
5. Independencia de los jueces a través de la Suprema Corte.

B. De la segunda:

6. El cambio en la noción de soberanía, que se traslada del rey a la noción de -verdadera- soberanía popular, ejercida a través de los designados representantes del pueblo por medio de la elección;
7. Se otorga un nuevo papel al pueblo en general, y no limitado a los detentadores del Poder, amparado por la idea de la existencia de una Constitución, no solo como carta política, sino que representa verdaderos límites al poder.
8. La noción de Constitución, que en el mismo sentido que la Revolución Norteamericana, y sus antecedentes en la Carta Magna, Cartas Leonesa entre otros, que sentó el criterio de la supremacía y el carácter normativo de la Constitución; prevé el principio absoluto de separación de poderes;
9. el respeto absoluto a la ley, estableciendo el “reino de la Ley”, concentrado en la noción de principio de legalidad, que somete la Administración a la Ley, entendiendo que el Rey gobierna por la fuerza de ésta, que a su vez gobierna al rey y le impone marcados y conocidos límites;
10. la noción del contencioso administrativo y el sometimiento de la Administración Pública y el Poder en general, no sólo al imperio de la ley, sino la posibilidad de juzgar los actos y las conductas de la Administración.

Tenemos que:

**1.** Si bien, Venezuela no ha sido verdaderamente un Estado federal, sino un estado federal *sui generis*, hemos visto como estos últimos años se ha perdido sin pudor el poco resto de federalismo, pues vulgarmente se han arrebatado competencias municipales y estadales para incorporarlas al Poder central; los alcaldes o gobernadores son depuestos por órdenes del Presidente y se colocan sucesores impuestos por éste o por el partido de gobierno, que a la sazón, siguen un mismo fin y una misma línea. Por otra parte, se designan “protectores” en los estados gobernados por opositores que ejercen la misma competencia asignada a los gobernadores y es a estos funcionarios *sui generis* a quienes se les asignan los recursos.

**2.** Ya se señaló como la eliminación del principio de separación de poderes fue sistemática y aviesamente premeditada. Así, el resto de los poderes que se presumen autónomos, se convierten en ministerios del gobierno y de su partido.

**3.** Si entendemos por democracia el sistema político que defiende la soberanía del pueblo y el derecho del pueblo a elegir y controlar a sus gobernantes, vemos que la noción de soberanía del pueblo se ha convertido en una farsa mediática, donde un grupúsculo de personas aplaude las “brillantes” decisiones del gobernante y éste dice que el pueblo clama por sus decisiones. Por otra parte, el derecho a elegir y el imperativo de alternabilidad se ha visto secuestrado y los representantes populares, elegidos libremente se han visto impedido de cumplir sus fines y propósitos por sentencias que le han anulado cualquier actuación y castrado en cualquier intención.

**4.** En cuanto al control del poder por la Constitución, se tiene, que tal como lo señala Delgado<sup>32</sup>, el derecho deja de ser un fin en sí mismo, para convertirse en un medio de control por parte del poder, lo que igualmente alcanza a la Constitución y la interpretación que de ella se haga. La soberanía popular se

---

32 Francisco Delgado. *Derecho y...* ob. cit.

instituye en un parapeto vacío y el control de la Constitucionalidad, por un tribunal que se convirtió en ministerio de justicia del poder, sencillamente la va a adaptar a los intereses de ésta. El reconocimiento de libertades ciudadanas no son más que expresiones plasmadas “en el librito azul” como lo denominó en alguna oportunidad el mentor el proceso.

5. La noción de independencia de los jueces a través de la Suprema Corte, se convirtió prácticamente en ofensa. En alguna oportunidad muchos jueces, en la apertura de un año judicial, corearon consignas políticas a favor del presidente, su gobierno y su partido, a lo cual el Profesor Francisco Delgado le dedica todo un capítulo del libro comentado, denominado “los jueces: entre la sujeción y el activismo”. Del mismo modo, el sugestivo título del libro de Canova y otros resulta altamente ilustrativo: “El TSJ al servicio de la revolución”, lo cual se adereza con los comentarios de quien fuera presidente del TSJ y coreado por los presidentes de las Cortes de lo Contencioso Administrativas del momento, indicando que la separación de poderes debilita al Estado.<sup>33</sup>

6. El cambio en la noción de soberanía, heredado de la Revolución Francesa, donde se traslada del rey a la noción de soberanía popular, ejercida a través de los designados representantes del pueblo por medio de la elección, fue revertida, ya no en cabeza del rey, sino de tiranuelos absolutistas que secuestraron el poder, las costumbres, los símbolos, colores, destruyeron familias y todo un país, quienes redujeron el parlamento a un cascarón vacío de competencias y voluntades.

7. El nuevo papel otorgado al pueblo se convirtió en mera retórica, que solo es válido cuando avala la voluntad de la caterva de tiranos que dirigen el partido y el gobierno, en los

---

33 Hemos podido desarrollar el tema en el trabajo: *Venezuela. Del absolutismo plural a la tiranía colegiada*, publicado en linkedin: <https://www.linkedin.com/pulse/venezuela-del-absolutismo-plural-la-tiran%C3%ADa-colegiada-silva-bocaney/>

cuáles no hay una sola voz que llame a la cordura y sindéresis. Por su parte, la Constitución volvió una mera carta, donde aun cuando se prevea formalmente un límite al poder, el mismo no se aplica y no consigue restitución por el órgano llamado a tal fin, como es el tribunal, en un contencioso judicializado.

8. Como se indicara, la noción de Constitución fue sistemática eliminada desde el mismo momento en que se impone como meta la eliminación del principio de la separación de poderes.

9. El respeto absoluto a la ley se pierde, cuando se le ha otorgado potestades absolutas al presidente para dictar "leyes", sin ningún tipo de pudor ni límite. Que se puede esperar de un producto cuyo fin es limitar el poder del gobierno, elaborado por el mismo gobierno. Peor aún, elaborando leyes a su medida y antojo, sin control alguno, las mismas le quedan cortas y son sucesivamente reformadas. Tal como indica Delgado<sup>34</sup> "*Dado que lo decisivo es el comportamiento frente a la exigencia que la regla hace, el horror se expresará bajo la forma de una evasión de la norma en casos concretos, o su modificación a conveniencia*".

10. No cabe duda que si se ha perdido todo lo demás, y la autonomía del Poder judicial como órgano de control, el contencioso administrativo no sirve más que como mampara, para aparentar la existencia de órganos de control y un Estado de Derecho, más sin embargo, implica su absoluta desaparición (solo se mantiene en lo formal), en el Estado socialista que definió Moles y que anteriormente citamos, tiene "...un Derecho Administrativo sumamente desarrollado pero, en cambio, carece de una auténtica condición contencioso administrativa". No es más que un parapeto jurídico con visos de legalidad, dirigido –salvo contadas excepciones– por una sarta que han de seguir los lineamientos que se imponen aguas arriba. Y en caso que

---

34 *Derecho y chavismo*, ob. cit.

un juez de instancia restablezca la situación, siempre podrá ser “corregido” por su superior.

Si traspolamos la situación francesa y la venezolana, nos encontramos:

- A. En Francia, en la actualidad, dado lo consolidado del sistema, no existe temor alguno que se pierda esa noción del contencioso, a través de un Consejo de Estado que actúa como un verdadero Juez, con la independencia y autonomía que le son propios a los órganos judiciales; y si bien es cierto, esa misma consolidación le permitiría judicializar de manera absoluta (aun cuando el Consejo de Estado actúa como verdadero juez, está inmerso en la Administración) el contencioso, la solidez del sistema lo hace innecesario, demostrando que el sistema funciona a la perfección, y lo que se trató en un principio, de actuar como garante o guardián de los postulados de la Revolución Francesa, se perdió en el tiempo para connotar un sistema que es garantía de la legalidad.
- B. Venezuela se pierde en una araña retórica, donde una *pseudo* revolución se alza democráticamente con el Poder, y se impone de forma tal que todo juez o funcionario se ve obligado, bien por presiones externas o intereses propios a validar los desmanes del Poder.

Nótese que no puede darse el mismo tratamiento a quienes pretenden proteger los postulados filosóficos de la Revolución, a través de la Buena Administración, la sujeción irrestricta de ésta a las normas y el respeto a la legalidad, a quienes pretenden justificar la actuación de una Administración que luce arbitraria. Por el contrario, si el Derecho Administrativo ha sido siempre la lucha por sujetar el poder y que siga por su justo cauce, el caso venezolano destaca por su actuar contrario, toda vez que lejos de sujetarlo, lo avala a ultranza.

## V. CONCLUSIONES

Parece que no podría entenderse que el fundamento del Consejo de Estado Francés, se mantiene en Francia, en cuanto defensor de los postulados de la Revolución como momento histórico y filosófico; sin embargo, su influencia ha calado de tal forma en Francia y el resto de los países de régimen administrativo que resulta imanente. Por su parte, en Venezuela, en sentido contrario, el sistema ha servido para apuntalar al gobierno y encubrir, tolerar o justificar sus desmanes, pero no por ello puede considerarse que el Derecho Administrativo o el sistema contencioso administrativo falló, o se desvió; sino que en la situación actual no existe contencioso administrativo como sistema efectivamente funcional; sencillamente porque una dirigencia política se empeñó en que dejáramos de ser un país sometido al régimen administrativo, para incorporarnos al régimen socialista, donde la existencia de tribunales especializados en la materia y hasta una novedosa ley, no son más que un parapeto para otorgar una falsa apariencia.

Sin embargo, no todo está perdido, a lo que voy a traer las palabras finales de un trabajo próximo a publicarse en un Líber Amicorum:

- Estamos transitando la cuerda floja y no tenemos red.
- Los vientos huracanados de la pretendida revolución nos azotan ferozmente y con constancia.
- Algunos han sucumbido, bien por desanimo, por la muerte, por cansancio o llamados por los cantos de sirena.
- El transitar ha sido largo, que alcanza prácticamente una generación.

Pero pese a todo, vemos en las generaciones que nos siguen, en las aulas universitarias, que el germen de la democracia y

la institucionalidad persiste, aun cuando en su mayoría, no la conocieron en su esplendor, y se les ha presentado sólo una mueca deformada de lo que alguna vez fue y lo que ello implica.

Caracas, mayo 2018.

# VÍA DE HECHO E INJUSTICIA ADMINISTRATIVA.

## COMENTARIOS AL CASO INVERSIONES JULLRAFFE, C.A. CONTRA INSTITUTO AUTÓNOMO CÍRCULO DE LA FUERZA ARMADA NACIONAL BOLIVARIANA (IACFANB)

**Miguel Ángel Torrealba Sánchez<sup>1</sup>**

*Resumen: A partir de varias decisiones recaídas en un procedimiento breve, se analiza lo que ha sido interpretado como una vía de hecho, desconociéndose el criterio que ha venido imperando, a la vez que se expone el deficiente funcionamiento de la actividad judicial a pesar de cualquier avance que haya podido suponer el haberse dictado la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*

*Palabras clave: Vía de hecho. Jurisdicción. Procedimiento breve. Actuación material. Acto administrativo.*

*Summary: The article examines, derived from several decisions on brief procedure, what has been interpreted as unlawful acts which had ignored the prevailing criterion while exposing the malfunctioning of judicial activity in spite any advance that should have taken place by the issuance of the Organic Law of the Administrative Litigation Jurisdiction.*

---

<sup>1</sup> Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Abogado Magna Cum Laude y Especialista en Derecho Administrativo. Profesor Ordinario (Asociado) de Derecho Administrativo. Ha sido Profesor de la Especialización en Derecho Procesal del Centro de Estudios de Postgrado de esa Facultad. Universidade da Coruña, España. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano, sobresaliente Cum Laude. Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Política Territorial y Urbanística. Universidad Católica “Andrés Bello”. Profesor en la Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Monteávila. Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

**Key words:** *Unlawful Acts. Jurisdiction. Brief procedure. Material Acts. Administrative act.*

Recibido: 3 de agosto de 2018 | Aceptado: 28 de agosto de 2018

## SUMARIO

### Preliminar

- I. El caso: La demanda y la solicitud de medida cautelar de “suspensión de efectos”
- II. La admisión de la demanda y la motivación contradictoria, insuficiente e impertinente de la decisión interlocutoria respecto a la competencia para conocer de la causa y de desestimación de la solicitud de medida cautelar
- III. La tramitación de la causa. Una audiencia oral que no fue ni oral ni fue audiencia y cuya utilidad no se ve
- IV. La decisión de primera instancia. Un pronunciamiento tardío en cuanto al fondo y tardío en lo procesal, así como contradictorio con la jurisprudencia
- V. La decisión en segunda instancia. En lugar de corregir los desvíos, más de lo mismo
- VI. Final. ¿Qué hay de la Constitución de 1999 y de la propia LOJCA?

### PRELIMINAR.

#### NOCIONES SOBRE LA VÍA DE HECHO, SU TRATAMIENTO EN LA LOJCA Y LA DESNATURALIZACIÓN POR VÍA JURISPRUDENCIAL DEL PROCEDIMIENTO BREVE

Con ocasión de este número especial de la REDAV dedicado a la Justicia Constitucional y a la Justicia Administrativa, retomamos un tema al que hace algunos años dedicamos nuestra atención. A saber, el instituto de la vía de hecho en el Derecho Administrativo venezolano<sup>2</sup>. De tal labor –con antecedentes en previa doctrina<sup>3</sup>– concluimos, muy resumidamente:

2 Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: *La vía de hecho en Venezuela*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011.

3 Véanse la bibliografía citada en la obra referida en la anterior nota al pie, especialmente en cuanto a la coincidencia con nuestros planteamientos, los previos trabajos de José Ignacio Hernández González.

**Primero:** La conveniencia de concebir a la vía de hecho en nuestro ordenamiento jurídico como una actuación material administrativa ilegítima por carecer de título que la sustente, a diferencia de la concepción francesa que también incluye dentro de tal concepto a ciertos supuestos de actos administrativos nulos de pleno derecho<sup>4</sup>.

**Segundo:** El mantenimiento en la jurisprudencia actual de la concepción de la vía hecho a la francesa, más por inercia que por reflexión, partiendo de la sentencia líder (decisión de la SPA-CSJ Núm. 190 del 08/05/91 caso Ganadería El Cantón), aunque ni siquiera se la cite<sup>5</sup>.

**Tercero:** La inoperancia de la regulación procesal de la vía de hecho hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA)<sup>6</sup>.

**Cuarto:** El –en líneas generales– afortunado tratamiento de la vía de hecho en la LOJCA, partiendo de su distinción con el acto administrativo<sup>7</sup>.

**Quinto:** La muy desafortunada aplicación de la LOJCA en lo que respecta al procedimiento breve –destinado a la sustanciación, entre otras, de las pretensiones frente a la vía de hecho–, que desnaturaliza en muchos casos los aciertos legislativos, incluso a contravía de los mandatos constitucionales<sup>8</sup>.

4 Cfr. Torrealba Sánchez, *La vía de hecho...*, pp. 37-48.

5 Cfr. Ibídem, pp. 83-113; Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: "Las demandas contra las vías de hecho en la jurisdicción contencioso-administrativa". En: AA.VV.: *La Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa como garante de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución. III Congreso de Derecho Procesal Constitucional y I de Derecho Administrativo en homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA*. Universidad Monteávila-Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013, pp. 373-397.

6 Torrealba Sánchez, *La vía de hecho...*, pp. 125-162.

7 Cfr. Ibídem, pp. 193-231.

8 Cfr. Ibídem, pp. 234-235. Véase también: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: "Oralidad y pruebas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso

Finalmente, colocamos un ejemplo de la aplicación del nuevo régimen procesal de la vía de hecho por parte de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (caso vía de hecho Mercado Municipal de Chacao)<sup>9</sup>, que evidenció que el procedimiento breve dejaba de serlo por obra de sus pionerales operadores jurídicos. Esto es, los jueces contencioso administrativos.

En esta oportunidad de nuevo hemos seleccionado otro ejemplo de aplicación judicial, esta vez tanto de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (tribunal que sigue existiendo en violación de la LOJCA<sup>10</sup>) como de su alzada, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

---

Administrativa: Notas a propósito de la sentencia de la Sala Político-Administrativa 1177 del 24 de noviembre de 2010". *Revista de Derecho Público* N° 124. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 229-239.

9 Cfr. Torrealba Sánchez, *La vía de hecho...*, pp. 235-238.

10 Véase nuestro trabajo: *Problemas fundamentales del contencioso administrativo venezolano en la actualidad*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013, pp. 143-145. Ello es tan evidente que incluso no puede ocultarlo la propia Corte Primera, al asumir la competencia para conocer de la causa que aquí se analizará en la decisión 215-767 del 21/07/2015, en la cual expresa: "Del contenido de la norma parcialmente transcrita, se desprende que corresponde a los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conocer de las vías de hecho generadas por autoridades distintas a las que se le atribuye a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela y a los Juzgados Superiores Estadales. Así pues, esta Corte mantiene la competencia que ostentaba antes de la publicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en virtud de su «Disposición Final Única», la cual establece lo siguiente: «Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, salvo lo dispuesto en el Título II, relativo a la Estructura Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que entrará en vigencia a partir de los cientos ochenta días de la referida publicación». Siendo ello así, resulta esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal COMPETENTE en primera instancia para conocer de la presente causa. Así se decide". Una simple lectura del texto evidencia que la Corte NO puede "mantener" competencia alguna pues, ni la tenía ya que ese órgano judicial dejó de tener cobertura legal en el 2004 y mucho menos está prevista en la LOJCA, entre tanto que el plazo para la creación de la estructura judicial que ese último instrumento ordena establecer tiene más de siete años de vencido y sigue sin materializarse en su totalidad.

(SPA). El resultado muestra que nuestras expectativas más pesimistas no solo han sido confirmadas sino incluso excedidas<sup>11</sup>. Veámoslo brevemente a continuación.

## I. EL CASO: LA DEMANDA Y LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE “SUSPENSIÓN DE EFECTOS”

La pretensión se planteó básicamente motivada a que la parte demandante, la sociedad mercantil Inversiones Jullraff, C.A arrendataria (concesionaria según afirma) de un local comercial en el que prestaba servicio de restaurante ubicado en la sede física de la parte demandada, a saber, lo que se conoce como “Círculo Militar”, recibió una orden de desocupación de la representación de la parte demandada, concedente. Ante ello, presentó una demanda frente a lo que calificó como “vía de hecho”, solicitando su cese y ordenando el restablecimiento de la situación jurídica. Ello, toda vez que la orden emanada de la Administración Pública, en este caso, el Instituto Autónomo Círculo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (IACFANB), no se atenía a lo dispuesto en las cláusulas contractuales celebradas entre las partes, ya que no había base contractual para la terminación anticipada del vínculo convencional. Adicionalmente, la actora solicitó como medida cautelar la “suspensión de efectos de la orden de desocupación”.

Para fundamentar su calificación, la parte actora sostiene que el acto objeto de la pretensión resulta una vía de hecho por ausencia de procedimiento para su emisión. Ello, dado que la orden de terminación del vínculo contractual emanada de la parte demandada no fue precedida de procedimiento ni de la correspondiente tramitación en la que se comprobara el

---

11 Teniendo algún conocimiento de la situación real de la Justicia Administrativa venezolana, no resultaba difícil avizorar los resultados de aplicación de la LOJCA. Para el caso del tratamiento jurisprudencial de la vía de hecho, véase previamente, entre otros: Torrealba Sánchez, *Las demandas contra las vías de hecho...*, 373-397.

incumplimiento contractual por parte de la demandante, vulnerando así su derecho a la defensa.

Aunque el punto volverá a retomarse, de entrada puede adelantarse que la categorización del acto objeto de la pretensión procesal interpuesta como vía de hecho encuentra sustento en una de las dos vertientes de ese instituto manejadas habitualmente por la jurisprudencia venezolana. A saber, el acto administrativo dictado con prescindencia total y absoluta del procedimiento, supuesto de nulidad de pleno derecho a tenor de lo pautado en el artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

No se trata en cambio de una vía de hecho para la concepción más estricta que propugnamos, toda vez que se está ante una manifestación de voluntad de la Administración Pública expresada a través de un documento escrito, mientras que la vía de hecho se configura como actuación material. No obstante, cabe insistir, para la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana *sí* se está ante una posible manifestación de vía de hecho.

## II. LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y LA MOTIVACIÓN CONTRADICTORIA, INSUFICIENTE E IMPERTINENTE DE LA DECISIÓN INTERLOCUTORIA RESPECTO A LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA CAUSA Y DE DESESTIMACIÓN DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Aunque la demanda fue presentada el 25 de junio de 2015, fue el 21 de julio (casi un mes después) que esta fue admitida, a la vez que declarada improcedente la solicitud de medida cautelar planteada.

Antes de revisar la motivación del pronunciamiento interlocutorio en sede cautelar, vale la pena destacar que en la oportunidad de admitir la demanda se apela a la siguiente invocación normativa para fundamentar la competencia judicial:

“En consideración a lo antes referido, resulta necesario citar el artículo 24 numerales 3 y 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual establece:

“Artículo 24. Los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para conocer de:

(...)

3. La abstención o la negativa de las autoridades distintas a las mencionadas en el numeral 3 del artículo 23 de esta ley y en el numeral 4 del artículo 25 de esta ley.
4. **las reclamaciones contra las vías de hecho** atribuidas a las autoridades a las que se refiere el numeral anterior” (resaltado añadido).

Como puede verse, la CPC invoca la norma que otorga competencia (no a ella, supuesto imposible porque la referida Corte carece de base normativa incluso para su existencia desde hace 14 años), sino a los Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativo, para conocer de “las reclamaciones contra las vías de hecho”. Pudiera pensarse que la referencia inocua normativa es inocua, pero luego se verá que en este caso en modo alguno lo es.

En cuanto a la motivación para desestimar la solicitud de medida cautelar, expone la Corte Primera:

“Ahora bien, siendo que la presunta desocupación constituye el único alegato expuesto por la parte accionante para

sustentar la medida cautelar solicitada, este Órgano Jurisdiccional dando cumplimiento a la obligación de velar porque la decisión se fundamente no sólo en un simple alegato de perjuicio, sino en la argumentación y la acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la presunción de buen derecho, observa que no existen en este estado y grado del proceso elementos de pruebas suficientes que permitan demostrar los requisitos exigidos para acordar la cautelar solicitada, pues **si bien, podría considerarse de la lectura de las documentales enunciadas, la eventual existencia de una presunción de derecho que se reclama, no existe presunción grave de quedar ilusoria la ejecución del fallo como consecuencia de hechos concretos desplegados por la parte demandada destinados a burlar o desmejorar la efectividad de la anhelada sentencia en el presente proceso”** (resaltado añadido).

Prescindiendo de considerar si efectivamente los alegatos expuestos por la parte demandante respecto al peligro en la mora son aceptables para configurar éste y han sido o no demostrados -solo se señalará que una orden de desocupar un local comercial que presta servicio de alimentación y bebidas una vez consumada pareciera susceptible de causar un perjuicio de difícil reparación así como que, mediando un contrato, es dable presumir el incumplimiento, aunque nada de esto fue considerado en la decisión-, el órgano judicial señala expresamente -aunque no sin cierta ambigüedad- que puede considerarse demostrada la “eventual” existencia de la presunción de buen derecho alegada. Para inmediatamente agregar que el otro requisito exigido a los fines de acordar la tutela cautelar, a saber, el peligro en la mora, no está probado.

No obstante, añade seguidamente la misma decisión:

“En este sentido, aprecia esta Corte que desde la fecha en que fue notificada la Sociedad Comercial accionante, de las irregularidades que se presentaban en el local objeto de con-

cesión, esto es el 27 de mayo de 2015 (ver folio 29), hasta la fecha 2 de junio de 2015, cuando fue notificado de la orden de desocupación (ver folio 17), transcurrieron íntegramente seis (6) días, en los cuales del expediente no se observa que haya emitido alguna comunicación donde expresara sus razones, en defensa de las irregularidades imputadas por la parte demandada.

Igualmente, tampoco aprecia este Órgano Colegiado prima facie que el demandante haya traído pruebas que permitan evidenciar que las irregularidades comunicadas, hayan sido solventadas o estuviesen en proceso de reparación.

En consecuencia, estima esta Corte y sin perjuicio de la convicción contraria a que se pudiera llegar, una vez que se sustancie la demanda, **que en el presente caso no se configuran los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, que convine al Juez a suspender los efectos jurídicos de la actuación material delatada en la presente causa.** Así se decide" (resaltado añadido).

Este segundo razonamiento tiene como propósito señalar que tampoco hay presunción de buen derecho, con lo que de entrada luce parcialmente contradictorio con lo antes afirmado. Y decimos parcial, porque la redacción de la sentencia es notablemente ambigua, como lo suelen ser las decisiones de la Justicia Administrativa venezolana desde hace casi dos décadas.

En todo caso, resultan altamente cuestionables los argumentos invocados para llegar a tal conclusión, toda vez que poco tiene que ver con la violación a los derechos constitucionales del demandante con ocasión de la realización de una vía de hecho -o de un acto administrativo nulo incluso-, con el hecho de que este haya o no presentado en sede administrativa defensas frente a tal actuación para responder las pretendidas "imputaciones" que habrían constituido la motivación

invocada por la parte demandada para justificar su actividad material o formal<sup>12</sup>.

Se trata pues, de una típica falacia de atinencia en la cual se confunde el todo (la garantía constitucional del Debido Proceso en sus múltiples modalidades) con una manifestación de esta (el derecho a defenderse de las imputaciones una vez realizadas), usual en los criterios de la actual Justicia Administrativa venezolana. Y la finalidad de acudir a tal falacia es desestimar cualquier alegato vinculado con los derechos constitucionales procesales bajo el falso argumento de que si hubo posibilidad de recurrir o de defenderse con posterioridad a la actuación, no hay vulneración alguna de estos<sup>13</sup>.

Con ello se soslaya el examen del cumplimiento o no de las garantías procedimentales *antes* de la actuación administrativa, sobre todo de aquellas que se traducen en actos ablatorios o sancionadores, que lógicamente deben ir precedidos de un procedimiento que permita al destinatario defenderse desde el inicio, a la vez que ponga a disposición de la Administración Pública todo el material fáctico y jurídico necesario para decidir si hay o no méritos para sancionar, en atención a que las garantías constitucionales adjetivas imperan en cualquier estado y grado del procedimiento y del proceso<sup>14</sup>.

- 
- 12 Asunto que, además, para el momento de pronunciarse sobre la medida cautelar, no podía formar parte del *thema decidendum* pues no había intervenido la parte demandada. No obstante, la Corte Primera da por ciertos unos argumentos ¡no alegados! para desestimar la solicitud de la actora.
- 13 Sobre el punto puede verse recientemente: Pesci Feltri, Flavia: *Violaciones del derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Estudios para la Integración y el Derecho Público. Caracas, 2018, pp. 119-134, 163-166 y 205-220.
- 14 Véase en general sobre las garantías en el procedimiento administrativo venezolano, entre otros: Rachadell, Manuel: "Las garantías de los administrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos". En: *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración: El procedimiento administrativo*. Vol. VII. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1983, pp 83-106. Disponible en línea en línea en: <http://derechoadministrativoucv.com.ve/bibliotecav/archivo04.html>; Urosa Maggi, Daniela: "Inicio y sustanciación del pro-

Aún más sorprendente es el segundo argumento sostenido por el órgano judicial. Se concluye que no hay presunción de buen derecho por cuanto la parte demandante no ha demostrado haber “solventado” o estar en el proceso de “reparar” las irregularidades señaladas por la parte demandada. Sin un mínimo de razones, la CPCA da por cierto lo que habría invocado la Administración Pública contratista –por cierto, no en el juicio, pues para ese momento ni siquiera había sido citada– como pretendido fundamento de su actuación (material o formal, sobre ello se volverá). Ello, obviando que no solo esa motivación está siendo cuestionada justamente con la pretensión interpuesta<sup>15</sup>, sino que, incluso aunque resultase cierta, al invocarse la violación a los derechos constitucionales procesales (prescindencia total y absoluta de procedimiento), seguirían estando presentes los vicios denunciados, toda vez que se trata de transgresiones esenciales a las formas.

No duda la Corte pues, en invertir la carga de la prueba y en presumir –sin fundamento alguno por supuesto– que los hechos invocados por la Administración Pública son ciertos, obligando a la parte actora a demostrar que corrigió o enmendó sus incumplimientos contractuales, cuando justamente tales señalamientos están siendo objetados como falsos. Y ello, aunque una mínima lectura de los alegatos del actor

---

cedimiento administrativo ordinario. Las garantías de los particulares durante estas fases”. En: *Actualización en procedimiento administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2007, pp. 5-39; Araujo-Juárez, José: *Derecho Administrativo General. Procedimiento y Recurso administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 180-220; Hernández G., José Ignacio: *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2012, pp. 225-238; Brewer-Carías, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. El procedimiento administrativo*. Volumen IV. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 299-308, 404-417, 463-473 y 891-900.

15 Téngase en cuenta además que la regla en materia de responsabilidad contractual es la presunción de culpa ante el incumplimiento (Cfr. Domínguez Guillén, María Candelaria: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, 2017, p. 286), incumplimiento denunciado en este caso por la demandante.

demuestre que tal pirueta procesal era innecesaria y sea además impertinente, porque el hecho primordial invocado como fundamento de la pretensión se refiere a graves violaciones de las formas procedimentales que a su vez determinan vulneraciones a los derechos constitucionales procesales, por prescindencia del procedimiento administrativo previo a la formación de voluntad de la Administración Pública.

Se trató pues de un fallo además incongruente, al no haber examinado el verdadero *thema decidendum* en sede cautelar, que no era otro que comprobar si existía o no presunción de buen derecho y peligro en la mora respecto a la existencia o no de una vía de hecho por parte de la Administración Pública demandada. Vía de hecho que se configura -a tenor de lo sostenido por la jurisprudencia- de dos diversas formas. Nada de eso fue analizado por el Tribunal *a quo*, quien procedió a suplir defensas no invocadas y a dar por ciertos hechos cuestionados, lo que sería suficiente para censurar la actividad judicial acaecida en este proceso incluso desde su admisión.

Pero dejemos hasta aquí el análisis de la precariedad de los argumentos invocados por el tribunal de primera instancia para desestimar la solicitud de tutela cautelar, y continuemos en el examen de la controversia, esta vez en lo que respecta a la tramitación del proceso.

### **III. LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA. UNA AUDIENCIA ORAL QUE NO FUE NI ORAL NI FUE AUDIENCIA Y CUYA UTILIDAD NO SE VE**

El 26 de enero de 2016, es decir, más de seis meses después de presentada la demanda, tuvo lugar la audiencia oral en el procedimiento que la propia LOJCA denomina “breve”. En ella intervinieron ambas partes, luego de lo cual se ordenó remitir el expediente al Juzgado de Sustanciación de la CPCA, con el fin de que se emitiera pronunciamiento sobre la admisión de

las pruebas promovidas en esa audiencia. Pruebas que fueron admitidas luego de la correspondiente tramitación (es de suponer que por escrito) el 17 de febrero de 2016.

El 4 de agosto de 2016, según se señala en la narrativa de la sentencia, culminada la sustanciación de la causa, se ordenó la remisión del expediente a la Corte, la cual abrió el lapso para la presentación de los informes, plazo que venció el 22 de septiembre de 2016. En esa última fecha, se ordenó pasar el expediente a la ponente a los fines de dictar la decisión correspondiente.

Resumido el íter procesal, puede concluirse que durante la “audiencia oral” las partes debieron de exponer sus alegatos, y nada más. Cualquier otra finalidad propia de una audiencia única en un proceso oral fue soslayada. Llamar a la conciliación a las partes, resolver puntos previos o defectos de procedimiento (como por ejemplo dos alegatos previos, incluyendo uno de inadmisibilidad que fue planteado por la parte demandada y sobre el cual se volverá luego), fijar el *thema decidendum*, entre otros, no fue planteado. Por supuesto, tampoco se sustanciaron las pruebas, por obra de un ya referido criterio jurisprudencial contrario no solo a la letra sino al propósito del procedimiento breve y a los principios de inmediación y concentración procesales, consustanciales con la oralidad<sup>16</sup>.

---

16 Sobre el contenido deseable de la audiencia oral en el procedimiento breve, puede verse: Torrealba Sánchez, *La vía de hecho...*, pp. 226-228; Kirakidis Longhi, Jorge: *El contencioso administrativo venezolano a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. 2º edición. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013, pp. 102-105; Pernía Reyes, Mauricio Rafael: “El control jurisprudencial de las vías de hecho. Breve aproximación conceptual, evolución y perspectiva ante la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. En: Hernández-Mendible, V.R. (Dir.): *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Colección Estudios Jurídicos N° 96. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 314-315; Ghazzaoui, Ramsis: “El control contencioso administrativo sobre las vías de hecho”. En: Canónico Sarabia, A.: *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros mecanismos de control del Poder. V Congreso Internacional de Derecho Admi-*

De hecho, en la narrativa de la decisión del *a quo* se constata que al referirse a los alegatos de la parte demandada, la fuente para obtener estos es denominada “escrito de contestación a la demanda”. Así las cosas, la audiencia no solo es que no cumplió ninguna de las finalidades que debió tener según la LOJCA, sino que cabe preguntarse cuál fue su propósito, aparte de que las partes resumieran sus alegatos. Y es que ninguna actividad judicial tuvo lugar en ella, más allá de la mera presencia de los jueces y del resumen de los alegatos de la demanda y contestación a ella por cada parte.

No se trató pues de un acto oral, y por tanto, no fue una audiencia ni en el sentido etimológico (se habló pero no se escuchó atentamente a nadie pues incluso en la sentencia, dictada mucho tiempo después, se hace referencia es a los escritos) ni procesal.

Incluso, luce que la pretendida audiencia no tuvo ninguna utilidad. Si pareciera exagerado, bastaría con señalar que los planteamientos del demandante ya estaba en su escrito libelar, y en cuanto a las defensas del demandado, fueron obtenidas de su escrito presentado en esa misma fecha. No se menciona tampoco réplica, contrarréplica o intervenciones de los jueces, y si las hubo, no fueron registradas ni mucho menos consideradas en la decisión de fondo.

Esta desnaturalización de la audiencia del procedimiento breve a que hemos hecho referencia en previas ocasiones, tuvo consecuencias contundentes en el desarrollo subsiguiente del proceso. Y por supuesto, en la orientación de la sentencia dictada. No podía ser de otra manera, porque al restarle al acto

---

nistrativo Margarita 2013. Editorial Jurídica Venezolana. Centro de Adiestramiento Jurídico. Caracas, 2013, pp. 484-485. Respecto al contenido en general de las audiencias establecidas en los procedimientos de primera instancia de la LOJCA, puede consultarse: Hernández Mendible, Víctor R.: “El proceso administrativo por audiencias”. En: Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Colección textos legislativos N° 47. 2<sup>a</sup> edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 197-219

fundamental del proceso oral su verdadera finalidad, el procedimiento breve deja de ser concentrado y presidido por la inmediación. Veamos el caso concreto con más detalle.

#### IV. LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. UN PRONUNCIAMIENTO TARDÍO EN CUANTO AL FONDO Y TARDÍO EN LO PROCESAL, ASÍ COMO CONTRADICTORIO CON LA JURISPRUDENCIA

Mediante decisión número 2016-0666 del 13 de octubre de 2016, es decir, más de diez meses después de realizada la audiencia oral y casi año y medio luego de presentada la demanda, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia definitiva en el caso. Con lo que es evidente que el procedimiento ni fue oral ni fue breve.

Curiosamente, el fallo contiene en su dispositivo un pronunciamiento respecto de la competencia del Tribunal para conocer de la causa, lo cual resultaba innecesario (más allá de que inmediatamente resulta contradicho). Luego de ello, entra a pronunciarse sobre un punto previo, a saber, la alegada falta de representación de los apoderados actores (que el órgano judicial confunde en varios párrafos con la falta de cualidad o legitimación). Y en este punto cabe preguntarse qué hubiera pasado de haber prosperado un argumento que debió haber sido ventilado y resuelto en la audiencia oral, y no en la oportunidad de dictar la sentencia definitiva.

En todo caso, la Corte de seguidas afirma pasar a "...dilucidar la situación controvertida objeto de la presente causa...", con lo cual todo parece indicar que va a pronunciarse sobre el fondo de la pretensión y defensas interpuestas. Pero no es así. En realidad, el Tribunal entra a revisar un segundo punto previo planteado por la parte demandada en la audiencia oral, o al menos en el escrito presentado en la misma fecha. A saber, la alegada *inadmisibilidad* de la demanda interpuesta por no ser la

pretensión frente a la vía de hecho la vía procesal idónea para cuestionar la actuación objeto de esta<sup>17</sup>.

Lo anterior demuestra una vez más, tanto la desnaturalización de la audiencia oral, relegada a ser una suerte de acto en la que las partes exponen sus argumentos (en el caso de la actora los reitera), sin que ello tenga consecuencia alguna, como la inutilidad práctica de ésta, producto de su errado tratamiento jurisprudencial. Y también la vulneración de la regla de la oralidad en el procedimiento breve, convertido en un proceso escrito por obra de tales decisiones y de la práctica judicial.

Resultado de ello es que un alegato de *inadmisibilidad* de la demanda viene a ser examinado al momento de dictar la sentencia definitiva, más de un año después de presentada la primera y más de seis meses de alegado. Una muestra de que no es la concentración sino el fraccionamiento lo que impera en

---

17 En efecto se trata de un punto previo que como tal debió haberse resuelto en la audiencia, una vez desecharo el argumento de falta de representación o legitimidad de la parte actora. Basta con leer la transcripción que realiza el órgano judicial al respecto, a saber: «Adujo, que «...las vías de hecho constituyen un acto material, consecuencia de un hecho administrativo, o de una norma que avale su proceder o bien proviene de un acto irregular por no observar los procedimientos correspondientes y a su vez lesiona un derecho o garantía constitucional». Opinó, que «...tal comunicación [de fecha 2 de junio de 2015] constituye una manifestación de voluntad de la administración (sic), la cual no es otra cosa que un acto administrativo con el cual la parte accionante muy bien puede no estar conforme y asimismo atribuirle los vicios que esta considere que aquél adolece, pero es el caso, que dicha actuación no puede ser verificada a través de un procedimiento como ante el que nos encontramos, es decir, la demanda por Vías (sic) de Hecho (sic), sino a través del Recurso (sic) Contencioso (sic) Administrativo (sic) de Nulidad (sic), pues es ese procedimiento el que permitirá por su naturaleza, constatar mediante la correspondiente actividad probatoria, la veracidad de las denuncias en torno a los vicios que según los accionantes adolece el mismo, resultando inadmisible el pretendido e inexistente 'Recurso (sic) de Nulidad (sic) por Vías (sic) de Hecho (sic)' anunciado por la recurrente durante la Audiencia de Juicio...» (Corchetes de esta Corte). Finalmente apuntó, que «... la demanda por vías de hecho interpuesta conjuntamente con medida cautelar de suspensión de efectos (...) debe ser declarada 'INADMISIBLE' y así lo solicitar[ó] respetuosamente...» (Corchetes de esta Corte y mayúsculas de la cita)».

la tramitación del proceso, y de que la celeridad es suplantada por la demora, además innecesaria. Y por supuesto, constitucional.

Antes de examinar tal argumento, cabe recordar que ya tanto en el momento de pronunciarse sobre la admisión de la demanda como en previos párrafos de la misma decisión de fondo, el órgano judicial basa su competencia para conocer de la pretensión interpuesta en la invocación expresa de las normas aplicables a la tramitación de las demandas frente a las vías de hecho. Así pues, un previo pronunciamiento ya hay al respecto, dada la precalificación jurídica a la pretensión planteada, necesaria para su tramitación.

Pero en todo caso, se insiste, era la audiencia oral la oportunidad lógica para resolver sobre el asunto<sup>18</sup>. Y de llegarse en esa oportunidad a la conclusión de que la demanda estaba mal planteada en cuanto a la calificación jurídica del objeto de la pretensión, pues disponer lo necesario para corregir tales defectos. Por ejemplo, ordenando la corrección de los defectos del escrito libelar para su correspondiente tramitación por el cauce procesal idóneo<sup>19</sup>.

En cambio, el pretendido examen de fondo realizado por el Tribunal *a quo* en el presente caso, se limitó a verificar si lo que el demandante calificó como una “vía de hecho”, era o no susceptible de encuadrarse en esa categoría jurídica.

18 En realidad, al consagrarse el artículo 36 de la LOJCA la figura del despacho subsanador de la demanda cuando el órgano judicial se pronuncie sobre la admisión de esta, la audiencia oral era la *segunda* oportunidad para advertir cualquier defecto formal en el planteamiento de la pretensión, ordenando su correspondiente corrección.

19 Esa fue una de las posibilidades de solución que planteamos frente al eventual surgimiento de una controversia respecto a si en un procedimiento breve de la LOJCA se está no en presencia de una verdadera vía de hecho o bien de una actuación formal con su consiguiente ejecución material (Véase nuestro trabajo: *La vía de hecho...*, p. 189).

Y para ello, el órgano judicial se aparta del criterio jurisprudencial imperante desde hace más de 27 años, ya referido previamente, en cuanto a que la vía de hecho se configura en dos vertientes: 1) El acto administrativo nulo de pleno derecho por las causales de nulidad establecidas en el artículo 19.4 de la LOPA; y 2) La actuación material administrativa que no encuentra respaldo en título jurídico alguno, y sostiene que la vía de hecho se limita al último supuesto.

En efecto, señala la decisión, que la vía de hecho se configura en:

“...la actuación material de la Administración que no encuentra sustento en un acto expreso. Asimismo, participan dentro de esa concepción, los actos irregulares en el cumplimiento de una actividad material de ejecución”.

De allí concluye que:

“...la argüida vía de hecho atribuida al General de Brigada y Presidente del Instituto Autónomo Círculo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, no ostenta tal carácter, toda vez que la actuación de la Administración reposa sobre un acto administrativo concreto, el cual se encuentra contenido en la comunicación de fecha 2 de junio de 2015, signada con el serial N° 128, dirigida por el prenombrado, a la ciudadana Jully Virginia Pérez Villamizar, en su carácter de Representante Legal de la compañía tantas veces enunciada, contra la cual debió dirigir la parte demandante su pretensión de nulidad, siendo el recurso contencioso administrativo de nulidad la vía idónea para restar existencia jurídica al aducido acto administrativo”.

Es llamativo el hecho de que la Corte Primera no invoque precedente jurisprudencial alguno para sustentar su concepción de la vía de hecho, mucho más, tomando en cuenta que ella contraría los criterios de la jurisdicción contencioso-

administrativa. Igualmente, resalta el que en el razonamiento judicial se invoquen primeramente precedentes jurisprudenciales que, al menos en el plano de los principios, se refieran a la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia, el principio *pro actione* que incluye según expresamente se enfatiza “...que los requisitos procesales se interpreten en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales”. Invocación que es justamente desvirtuada con la siguiente desestimación de una pretensión procesal sobre la base de un criterio que es contrario a la doctrina jurisprudencial venezolana, y que es frontalmente contrario al principio *pro actione*.

Quizá justamente que el criterio sostenido por la Corte Primera vaya a contravía de la jurisprudencia explica una omisión tan inusual en la práctica judicial de hoy en día, en la que la invocación mecánica, acrítica y muchas veces exagerada e innecesaria de fallos del máximo tribunal, pretende por lo general cubrir la falta de argumentación y estudio de las circunstancias de los casos concretos que se plantean ante los juzgados de instancia.

Por último, cabe acotar que la parte dispositiva de la sentencia declara Improcedente la pretensión, siendo que en todo caso el alegato planteado se refería a la inadmisibilidad de la misma. Y en ese sentido, parece conveniente puntualizar:

**Primero:** La decisión se pronuncia por la improcedencia de la pretensión, es decir, sin haber examinado nunca el fondo de la causa. Pero lo cierto es que el impedimento para entrar a conocer el mérito es que se trató, en todo caso, de un mero defecto de calificación formal del objeto de la pretensión. Carencia que debió haber sido advertida al demandante al momento de pronunciarse sobre la admisión de la demanda, y en todo caso, en la audiencia oral, para su inmediata corrección y consiguiente tramitación de la causa por el procedimiento “común”, de ser lo decidido.

Lo contrario, que es lo que sucedió, evidencia que el inadecuado uso de un término acarreó para el demandante que su pretensión fuera desestimada, pero ni siquiera en las fases previas del proceso, sino en la sentencia definitiva. Un ejemplo de formalismo inútil y de uso harto cuestionable del proceso por parte del órgano judicial para fines distintos a los constitucionalmente previstos. Máxime, si se considera que el “error” en la calificación había sido compartido por el propio Tribunal en la sentencia que admitió la demanda, y de forma harto insólita, también en la previa motivación del fallo en el que luego se llega a la solución contraria.

Lo antes expuesto se agrava si se toma en cuenta que la regla del *iura novit curia* debió haber obligado al órgano judicial a prescindir de la calificación jurídica del actor y a darle la que consideraba adecuada. Regla que se tornó más imperiosa en el caso bajo análisis una vez que en la audiencia oral la parte demandada alegó entre sus defensas el error en la calificación como una pretendida causal de inadmisibilidad.

Un defecto formal –en el caso concreto meramente terminológico, toda vez que el objeto y causa *petendi* se destinan a cuestionar la actuación sobre la base de su contrariedad a derecho de la forma usual en que se objeta la legalidad de un acto administrativo– que, además, no encuadra como causal de inadmisibilidad, ni tampoco de improcedencia, pues no es un presupuesto procesal sino en todo caso una imprecisión, oscuridad o confusión del libelo que pudo y debió haber sido subsanada en previas oportunidades procesales.

**Segundo:** Valgan las comillas antes empleadas con relación al pretendido “error” en la calificación de la actuación como vía de hecho en el caso bajo análisis, toda vez que como ya se señaló, conforme al criterio jurisprudencial vigente desde hace décadas, la calificación jurídica aportada por el demandante sí encuadra en la noción de vía de hecho, en este caso, como acto administrativo nulo por prescindencia total y absoluta de pro-

cedimiento legalmente establecido (artículo 19.4) de la LOPA, y así fue expuesto por la parte actora en su escrito libelar.

De tal suerte que se está ante una declaración de improcedencia cuestionable en su oportunidad, cuestionable conforme a la jurisprudencia, y sobre todo, cuestionable habida cuenta de que se trató en todo caso de una omisión o defecto formal que a todo evento debió haber sido advertido y corregido, incluso de oficio, aunque además fue alegado, en el curso de la causa. Mal podía pues, dar lugar pues a una decisión de fondo desestimatoria sin haber examinado el mérito de lo planteado.

**Tercero:** Incluso aceptando que la parte demandante erró en la calificación del objeto de su pretensión como “vía de hecho”, y por tanto la tramitación de ella por el procedimiento breve de la LOJCA no resultó la legalmente prevista. ¿Había alguna razón jurídico-procesal para no pronunciarse sobre el fondo del asunto? ¿Es que acaso el trámite por un procedimiento distinto al que le correspondía le generó indefensión a alguna de las partes? ¿Se dejó de realizar alguna fase procesal, por ejemplo, de alegaciones o de pruebas, requerida en el procedimiento común y no en el procedimiento breve? ¿Se omitió alguna formalidad sustancial que implicara la omisión de un presupuesto procesal para la válida constitución del juicio o para la emisión de una sentencia definitiva favorable al demandante?

Téngase en cuenta además que el procedimiento breve regulado en la LOJCA, al haber sido desnaturalizado por obra de la jurisprudencia de la SPA, termina siendo básicamente así: Presentación de la demanda, admisión, citaciones y solicitud de un informe a la parte demandada, audiencia oral, pruebas, e informes (este último plazo creado también por práctica judicial, pues no está legalmente previsto). Basta una comparación con el íter procesal del procedimiento común (que sería el

aplicable a la tramitación de las demandas de nulidad de actos administrativos) para ver sus evidentes similitudes<sup>20</sup>.

No había impedimentos de verdadera entidad jurídica para que la Corte Primera entrara a revisar los alegatos de fondo planteados. Pero para ello el Tribunal hubiera tenido que tener la intención de decidir conforme a derecho y según lo alegado y probado en autos, y no escudarse en ritualismos sin fundamento para desestimar la pretensión sin examinar su mérito

## V. LA DECISIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA. EN LUGAR DE CORREGIR LOS DESVÍOS, MÁS DE LO MISMO

Resta por aludir a la sentencia de segunda instancia, dictada por la Sala Político Administrativa (SPA), con número 378 del 5 de abril de 2018. La apelación interpuesta por la parte demandante se refiere a la falta de pronunciamiento sobre el mérito de proceso, además de que el criterio emitido por la primera instancia desconoce la jurisprudencia en materia de vía de hecho.

Frente a tal alegato, la respuesta de la SPA comienza haciendo referencia a la jurisprudencia tradicional en la materia, que viene desde el fallo Ganadería El Cantón (aunque no se le cite). En ese sentido señala:

“...considera la Sala necesario hacer referencia al criterio sostenido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en la sentencia Nro. 912 del 5 de mayo de 2006, ratificada por esta Sala entre otras decisiones, en la Nro. 00693 del 14 de mayo de 2014, donde señaló respecto a la vía de hecho lo siguiente:

<sup>20</sup> La única diferencia de importancia podría ser la de la necesaria solicitud de los antecedentes administrativos. Pues bien, ello ha podido requerirse por auto del órgano judicial antes de la decisión.

*“La peculiaridad de la coacción directa o inmediata, es la no precedencia de un procedimiento formal; la intimación previa, cuando hay lugar a ella, la orden de ejecución y la ejecución misma se refunden en una sola manifestación externa, la conducta coactiva inmediata lanzada directamente sobre los hechos cuya modificación se pretende. La legitimidad del empleo de esa coacción depende de la existencia de una cobertura suficiente, si tal cobertura no existe, si la cadena de la legalidad (norma habilitante, acto previo, ejecución material) se rompe totalmente, el empleo de la coacción administrativa constituye una vía de hecho.*

*El concepto de vía de hecho es una construcción del Derecho administrativo francés, en el que tradicionalmente se distinguen dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar los procedimientos establecidos por la norma que le ha atribuido ese poder (manque de procédure).*

*Este concepto de vía de hecho comprende todos aquellos casos en que la Administración Pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídico, y en aquellos otros casos, en los que en el cumplimiento de una actividad material de ejecución comete una irregularidad grosera en perjuicio de los derechos de otro u otros.*

*A la vista de esta definición, los supuestos de vía de hecho pueden incluirse en dos (2) grandes grupos:*

- 1. Inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura y;*
- 2. Exceso en la propia actividad de ejecución en sí misma considerada.*

*En cuanto al primer punto, el artículo 78 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece el principio general de la exigencia del acto previo, cuando señala que '[N]ingún*

*órgano (sic) de la administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos'. Este principio general puede resultar infringido, al menos, de dos formas: la primera, cuando la Administración pasa a la acción sin interponer acto alguno, es decir, con falta absoluta de decisión o acto previo; y segundo, cuando existe el acto pero fue dictado fuera de la competencia o al margen del procedimiento establecido por la ley.*

*Respecto al segundo punto, también existe vía de hecho en aquellos supuestos en los que aun existiendo acto previo y siendo éste perfectamente regular, la actividad material de ejecución excede del ámbito cubierto por el acto en cuestión cualitativa y cuantitativamente. En estos casos existe una falta de cobertura, equivalente a la inexistencia del acto previo".*

De acuerdo a la jurisprudencia anteriormente citada, la vía de hecho se configura con falta absoluta de decisión o acto previo, y *cuando la actuación no tiene cobertura legal, o se hizo al margen del procedimiento establecido por la ley;* así como también cuando hay un acto previo y siendo éste perfectamente regular, la actividad material de ejecución excede del ámbito cubierto por el acto en cuestión cualitativa y cuantitativamente" (resaltados añadidos).

Hasta ahora la sentencia se mantiene dentro de los cauces usuales para definir a la vía de hecho a la usanza francesa, recibidos en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa. Esta categoría se configura pues, tanto por incompetencia (*manque de droit*) como por prescindencia del procedimiento (*manque de procédure*). Es decir, las causales de nulidad absoluta del acto administrativo establecidas en el artículo 19.4 de la LOPA. Agrega la segunda vertiente de la vía de hecho, la actividad material sin cobertura legal.

No obstante, al comenzar a analizar el caso concreto, pasa a aseverar:

"Ahora bien, en el caso de autos observa la Sala que el apoderado judicial de la empresa accionante alegó que el Presidente del Instituto demandado le ordenó "*sin soporte alguno y sin haber oído previamente la posición de LA EMPRESA, (...) 'la DESOCUPACIÓN TOTAL' en 'diez (10) días' del inmueble, y por 'no haberse podido llegar a un acuerdo en cuanto al mantenimiento y conservación del centro de servicio'* (sic).

Igualmente señaló la actora que la vía de hecho se configuró al no haberse verificado con soportes probatorios, el incumplimiento de la empresa a las obligaciones contractuales.

Siendo lo anterior así considera la Sala, tal como lo señaló el *a quo*, que contrariamente a lo expuesto por la empresa demandante, sí existió una manifestación de voluntad por parte de la Administración al informar a la empresa demandante a través de la comunicación de fecha 2 de junio de 2015 (...)".

Resulta curioso el inicio de este giro argumentativo, pues la parte demandante nunca cuestionó que existiese la referida manifestación de voluntad escrita, sino que, apegándose a la jurisprudencia tradicional, señaló que la misma, al haberse dictado sin procedimiento previo alguno configuró una vía de hecho. Pero continuemos con el texto de la decisión:

"Adicionalmente se observa que previamente a la notificación de "*desocupación*", la Consultora Jurídica del Instituto Autónomo Círculo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana por oficio s/n de fecha 27 de mayo de 2015, hizo del conocimiento de la accionante la preocupación existente en cuanto al "*estado en que se encuentra el establecimiento comercial...*", así como también se le informó que "deberá tomar acciones a fin de efectuar el mantenimiento general de roda

el área utilizada por los usuarios que frecuentan sus espacios”.

Lo anterior pone de manifiesto la existencia de un acto por el que la Administración hace del conocimiento de la accionante de su voluntad de dar por concluida la relación arrendaticia existente en virtud del contrato de concesión celebrado entre la empresa Inversiones Jullraff, C.A. y el Instituto accionado, con ocasión del presunto “*incumplimiento*” de la concesionaria de las obligaciones contractuales, lo cual perfectamente puede ser impugnado a través del ejercicio de una demanda contencioso administrativa de nulidad, en la cual las partes tendrían la oportunidad de exponer sus defensas y presentar las pruebas que sustenten sus afirmaciones”.

Ya la pirueta argumentativa es manifiesta. La vía de hecho es distinta del acto administrativo (en lo cual coincidimos mas no así la jurisprudencia, incluso la que acababa de citar la SPA para darle pretendido sustento a sus afirmaciones ulteriores, como puede constatarse en las líneas resaltadas). Y no duda en hacer esa aseveración, aunque el precedente que cita afirme precisamente lo contrario, en consonancia con el criterio jurisprudencial imperante. El propósito es evidente: confirmar el criterio del *a quo* a los fines de no entrar a revisar el mérito del asunto.

Es aún más notoria esa intención en los siguientes párrafos. Veamos:

“Cabe resaltar que una vía de hecho no puede fundamentarse, tal como lo señaló la parte actora, en que la Administración no demostró “*con soportes probatorios, el incumplimiento de la empresa a las obligaciones contractuales*”, pues conforme antes se indicó, **para que exista dicha figura se requiere de la falta absoluta de una decisión o acto previo que sustente su actuación.**

En razón de lo cual debe desecharse la denuncia expuesta por la parte apelante relativa a la incongruencia negativa. Así se declara".

Coincidimos plenamente con esa concepción restrictiva de la vía de hecho. El problema es que no así la jurisprudencia previa de la SPA desde hace al menos veintisiete años. Y no parece tratarse de un cambio jurisprudencial como tal, que de por sí implicaría la necesidad de que no se aplicara al caso en que se produce, sino en el futuro, en obsequio a la seguridad jurídica y la confianza legítima. Y no parece porque el criterio invocado es el tradicional, que se cita pero no se sigue.

En todo caso, a la falta de aplicación del pretendido cambio jurisprudencial (que no es tal y por eso nada señala al respecto) al caso bajo análisis obligaría también el principio *pro actione*, visto que la nueva tesis interpretativa desfavorece al demandante.

Pero cabe insistir en que se está en presencia, más bien, de una solución para el caso concreto, aunque ella no se ajuste siquiera al sentido y orientación del fallo citado justamente como precedente. Una solución inicua y que pretende camuflarse bajo el manto de la autoridad de los fallos anteriores, aunque los contradice abiertamente.

De allí que, y esto también contribuye a considerar que no se trata de un cambio de criterio jurisprudencial (si puede hablarse de jurisprudencia refiriéndose a la actual SPA), de haberse acogido una noción restrictiva de la vía de hecho, el *ad quem*, en último extremo y de insistir en aplicarlo al caso bajo análisis, debió haber ordenado la reposición de la causa al estado de admitir la demanda y tramitarla por el procedimiento común, puesto que la falla en la calificación jurídica debió ser advertida y corregida en reiteradas oportunidades por la Corte Primera. O mejor aún, entrar a decidir el fondo, salvo que encontrara un impedimento jurídico-procesal que

solo el examen de los autos podría haber arrojado. En cambio, se limitó a confirmar la sentencia de primera instancia que declaró “improcedente” lo que había sido alegado como causal de inadmisibilidad, y que en todo caso no lo era, como ya quedó demostrado.

Por ello, frente a la incongruencia denunciada entre lo alegado por la demandante y lo decidido, que sí existió y fue producto de la errada tramitación procesal de la pretensión, resulta injustificado señalar, como lo hace la SPA, que:

“Respecto a tal denuncia considera la Sala que ciertamente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no realizó un análisis pormenorizado de los alegatos y pruebas presentados por la parte actora; no obstante, ello no significa que se le haya violado el debido proceso a la empresa demandante, toda vez que **al haber declarado el *a quo* que en el caso de autos la actuación del Presidente del Instituto Autónomo Círculo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana no podía considerarse como una vía de hecho, pues la misma reposaba en un acto administrativo concreto como lo es la comunicación del 2 de junio de 2015, contra el cual debió dirigir la parte demandante su pretensión de nulidad, siendo el recurso contencioso administrativo de nulidad la vía idónea para restar existencia jurídica al aducido acto administrativo, no resultaba necesario entrar a conocer los argumentos de fondo expuestos en el escrito de demanda**” (resaltados añadidos).

Si quedaran dudas respecto a que todas las sentencias fueron producto de un prejuicio, y no de un razonamiento emitido luego de un análisis objetivo de las actas, los siguientes párrafos de la decisión del *ad quem* resultan sumamente reveladores:

“Adicionalmente, esta Alzada estima necesario señalar que si la sociedad mercantil accionante considera que las presuntas actuaciones realizadas por la máxima autoridad del

Instituto Autónomo Círculo de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, tales como el haber ingresado “*en forma violenta, rompiendo los candados, cambiando cerraduras y prohibiendo la entrada de [su] representada y todos los trabajadores tanto al local comercial como al recinto militar*”, así como el hecho de que “*hasta la fecha no se sabe de los bienes de [la accionante]; después de conocer (...) del desvalijamiento del local (...)*”, las cuales se encontraban dirigidas a desalojarla del local comercial objeto del contrato de arrendamiento celebrado entre ambas partes, le causaron algún daño a su patrimonio, ésta podrá ejercer la respectiva demanda por daños y perjuicios a los fines de reclamar las indemnizaciones a que hubiere lugar. (Añadido de la Sala)”.

En otros términos, la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa señala que si el demandante considerara que la actuación objeto de su pretensión le causó algún daño patrimonial, la solución será que esta interponga la respectiva pretensión de condena pecuniaria por daños y perjuicios, a fin de ser indemnizada. Olvida el órgano judicial muchas cosas, comenzando porque ya la actora había interpuesto una pretensión destinada, no a obtener una reparación frente a un daño, sino a impedir que este continuara consumándose, e incluso, a retrotraer sus efectos. Olvida por supuesto el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 26) en sus múltiples vertientes, así como que entre las potestades del juez contencioso administrativo, también por mandato constitucional, está la de restablecer las situaciones jurídicas infringidas por la actividad administrativa (artículo 259), por obra de la universalidad del control judicial.

Olvida también que la indemnización mediante la condena pecuniaria no es otra cosa que la forma de reparar un daño en la hipótesis de que no ha sido posible prevenirlo o detenerlo. Olvida, en fin, para qué sirve -o debe servir- la Justicia Administrativa, que tiene entre sus principales cometidos la

protección y defensa de los derechos e intereses del particular frente a la Administración Pública.

Pero aún más esclarecedor es el siguiente extracto de la misma decisión:

“Por otra parte, alegó el apoderado judicial de la empresa accionante que en virtud de la declaratoria de improcedencia de la vía de hecho, el *a quo* debió establecer que a partir del fallo impugnado empezarían los lapsos para intentar el recurso de nulidad correspondiente, pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la defensa de su mandante y de acceder a la justicia para el reclamo de sus derechos; por lo que solicitó que en caso de declararse sin lugar la apelación, se abra un lapso para intentar la acción de nulidad correspondiente.

En relación a tal alegato debe la Sala señalar que la caducidad es un lapso que corre fatalmente, sin que la misma pueda ser interrumpida o suspendida en modo alguno; en razón de lo cual, **no puede pretender la parte actora que el hecho de haber equivocado el medio de impugnación contra una actuación de la Administración que considere lesiva de sus derechos, ello implique que deba concedérsele el beneficio de abrir nuevamente dicho lapso para el ejercicio de la acción correspondiente, lo que significaría suplir los errores de las partes.** En consecuencia, se debe desestimar tal alegato. Así se declara” (resaltados añadidos).

Causa estupor la lectura de esas afirmaciones. La pretendida equivocación de la parte demandante en cuanto a calificar la actuación objeto de su pretensión como una vía de hecho –y es falso el equívoco porque la calificación es acorde con la jurisprudencia como ya se señaló– determina la invención de una causal de improcedencia no prevista en la Ley, causal obtenida a su vez de un alegato de inadmisibilidad que no fue resuelto por el tribunal *a quo* cuando debió serlo. Y que no constituía

una causal de inadmisibilidad, primero por no estar legalmente previsto, y segundo por no ser un presupuesto procesal.

En cambio, para la SPA, esa equivocación en calificar al acto administrativo como vía de hecho, determina entonces, no solo una decisión que desestima la pretensión interpuesta, sino que el actor no puede pretender replantear su pretensión esta vez por la vía que los órganos judiciales –no la jurisprudencia– consideran adecuada. A saber, la interposición de una pretensión de nulidad de acto administrativo por el procedimiento común.

La omisión en los deberes procesales del juez al no haber advertido el pretendido yerro terminológico en la fase de admisión de la demanda, ni haberse pronunciado sobre el mismo en la oportunidad en que fue alegado y debió ser resuelto, a saber, en la audiencia oral, acarrean la pérdida de los derechos constitucionales del demandante. Curiosa forma de entender el principio *pro actione* (invocado mecánicamente en uno de los fallos comentados) a la manera inflexible y solemne del Derecho Romano de las primeras fases con sus *legis actiones*, en las que una palabra mal empleada determinaba la pérdida del proceso. Parece tratarse pues de una lectura constitucional en clave quiritoria por parte de la Justicia Administrativa, tanto de la primera como de la segunda instancia.

Antes de finalizar este epígrafe, no puede dejar de advertirse el tono del párrafo antes citado. El demandante no puede tener la osadía de pretender que se reabra un lapso luego de haber cometido el error (pecado mortal), de haber “equivocado” el “medio de impugnación” (llamando vía de hecho a un acto). No, en modo alguno puede “concedérsele” tal gracia, en cuanto a beneficiarlo de la oportunidad de entablar el medio adecuado, porque ello significaría suplir los errores del demandante. Aparte del impropio trato a una parte por quien debería ser un tercero imparcial, luce pertinente preguntarse si alguna vez el redactor del texto de la decisión ha dado lec-

tura, no digamos a varios preceptos constitucionales, sino a las potestades (irrenunciables en tanto son precisamente eso) del juez contencioso administrativo en la tramitación de las pretensiones que le confiere la LOJCA, y a las cuales ya se hizo referencia.

## VI. FINAL. ¿QUÉ HAY DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y DE LA PROPIA LOJCA?

Casi veinte y siete años han transcurrido, respectivamente, desde la entrada en vigencia de la Constitución y de la LOJCA. No obstante, uno de los mayores defectos del contencioso administrativo venezolano preconstitucional no solo se ha mantenido, sino que se ha acentuado. Nos referimos al formalismo injustificado e inútil en la determinación del “medio de impugnación idóneo” legalmente previsto para cuestionar la juridicidad de la actividad administrativa.

Ello pudo haber tenido alguna explicación -mas no justificación- hasta 1999, durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), y bajo la influencia de una peculiar interpretación del modelo original del contencioso administrativo francés, centrado en la dualidad recursiva “exceso de poder-plena jurisdicción”. Entonces era común que se dedicara tiempo y esfuerzo al tema de la selección del “recurso” frente al tipo de “actividad administrativa impugnable”, y que una errada selección del medio pudiera conllevar incluso la inadmisibilidad del primero. Criterio rígido harto objetable en retrospectiva comenzando porque no se ajustaba a los parámetros del pretendido modelo<sup>21</sup>, pero presente.

21 El antiformalismo ha estado siempre presente en el contencioso administrativo francés, lo que hace que el juez prescinda de términos inadecuados empleados por las partes y haga sus propias calificaciones jurídicas. Y es que el rechazo al formalismo ha sido considerado una de las bases de la Justicia Administrativa francesa (cfr. entre otros: Courregés, Anne et Dael, Serge: *Contentieux administratif. Thémis droit*. Presses Universitaires de France - P.U.F. 4e édition. Paris, 2013, p. 381).

Mas por obra del Derecho positivo, de la doctrina, e incluso de algunas declaraciones principalistas de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la década pasada, ya no es posible seguir dándole importancia a ese asunto. Plenamente aceptado que el contencioso administrativo es Derecho Procesal Administrativo, y que por tanto le resultan aplicables las normas y principios de la Teoría General del Proceso, este asunto pierde buena parte de su importancia teórica y práctica.

Partiendo del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con todas sus implicaciones y de la concepción constitucional del proceso, así como del principio de globalidad o universalidad del contencioso-administrativo, habría de bastar con interponer una pretensión procesal administrativa frente a cualquier tipo de manifestación de la actividad (o inactividad) administrativa con un mínimo de claridad y que cumpla con los presupuestos procesales del caso –no con formalismos plenamente subsanables–, para que entre en juego la actividad jurisdiccional en orden a tramitar tal pretensión por el cauce adjetivo correspondiente. Y de ser el caso, a impartir primero tutela cautelar para permitir la eventual ejecución del fallo de mérito, decisión que también de requerirse, dispondrá lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, siguiendo la elocuente y diáfana expresión que nos viene de los redactores del artículo 206 de la Constitución de 1961.

Bajo esas premisas, incluso con todas las carencias de la LOJCA, la simple existencia del despacho subsanador en la oportunidad de la admisión de la demanda, así como las audiencias en los tres procesos de primera instancia, evidencia cómo esa regla de subsanación o corrección de defectos formales encuentra plena cabida en el diseño procesal. Y si no la encontrara, sería labor del juez suplir las deficiencias legales, mas no es el caso. De allí que el mantenimiento de criterios contrarios al principio pro actione y apegados a una concepción absurdamente formalista del contencioso administrativo

demuestran que el problema fundamental de este es su primer operador jurídico, a saber, el Juez.

De poco valen pues unos principios constitucionales y una Ley procesal más o menos aceptable en este aspecto, si el juzgador se dedica con denuedo -y cabe preguntarse si con mala fe- a hacer del proceso una carrera de obstáculos para la contraparte procesal de la Administración Pública, con el fin de no tener que dictar una sentencia condenatoria en contra de esta última.

Las páginas anteriores han pretendido dar un ejemplo más de ello. Mientras se carezca de jueces imparciales, autónomos e independientes, es decir, de verdaderos jueces, seguirán sin respuesta las interrogantes formuladas en el título de este epígrafe. Pero por fortuna nada es eterno en la evolución de las sociedades. Y mucho menos el poder al que se aferran algunos y al cual otros se prestan a servir incondicionalmente sin el menor disimulo, incluso aunque para ello haya que hacer escarnio del Estado de Derecho.



# LAS PRETENSIONES PROCESALES ADMINISTRATIVAS EN EL DERECHO VENEZOLANO

**Daniela Urosa M.**

*Profesora en la Universidad Católica Andrés Bello.  
Visiting Scholar Boston College Law School*

**José Ignacio Hernández G.**

*Profesor en la Universidad Central de Venezuela  
y la Universidad Católica Andrés Bello.  
Visiting Fellow, Center for International Development,  
Harvard University*

**Resumen:** *Se analiza la evolución del contencioso-administrativo venezolano con el objeto de revisar los diversos procedimientos contenidos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la luz del paradigma del sistema de pretensiones procesales administrativas.*

**Palabras clave:** *Contencioso-administrativo. Procedimientos. Pretensiones.*

**Summary:** *It analyzes the evolution of the Venezuelan contentious-administrative litigation with the objective of reviewing the different proceedings contained in the Organic Law of Contentious Administrative Jurisdiction in light of the paradigm of the procedural administrative claims system.*

**Key words:** *Contentious-Administrative. Process. Claims.*

Recibido: 31 de mayo de 2018      Aceptado: 9 de agosto de 2018



## SUMARIO

### Introducción

- I. El paradigma del contencioso administrativo venezolano:  
El sistema tasado de recursos
- II. El cambio de paradigma en el contencioso administrativo venezolano: el sistema abierto de pretensiones

## INTRODUCCIÓN

La jurisdicción contencioso-administrativa comenzó a formarse en Venezuela durante el siglo XIX. En efecto, desde en 1830 el constitucionalismo venezolano ha admitido expresamente el control judicial del Poder Ejecutivo, en un sistema que fue perfeccionándose en las distintas Constituciones venezolanas. Primero, distinguiendo el control de legalidad del control de constitucionalidad en la Constitución de 1929, hasta el hito alcanzado con la Constitución de 1961, la cual otorgó rango constitucional a la jurisdicción contencioso-administrativo, definiendo sus premisas fundamentales, las cuales están actualmente recogidas en el artículo 259 de la Constitución de 1999<sup>1</sup>.

La esencia de este sistema contencioso administrativo forma parte del proyecto nacional que comenzó a labrarse en Venezuela desde 1808 y que llevó a la formación de la República liberal en la Constitución de 1811. Es decir, el reconocimiento del principio de legalidad, la interdicción de la arbitrariedad, la separación de poderes y el control judicial del Poder público. Pues más allá de su heterogénea influencia extranjera, el sis-

---

1 La completa referencia de este punto, en Urosa Maggi, Daniela, "Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio", A.A.V.V., *La Formación del Derecho Administrativo en Venezuela desde el Derecho Comparado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010.

tema contencioso administrativo venezolano ha sido históricamente un sistema judicialista, de control judicial sobre la Administración.

A partir de 1980, y por obra de la jurisprudencia y doctrina, se consolidó la jurisdicción contencioso-administrativa a favor del principio de universalidad de control de la actividad e inactividad administrativa y la afirmación del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos frente a la Administración. Como en 1992 resumiera Allan R. Brewer-Carías<sup>2</sup>:

“Bajo este ángulo, entonces, la jurisdicción contencioso-administrativa debe verse básicamente como un instrumento judicial destinado a asegurar la protección del administrado frente a la Administración y contra las arbitrariedades de los funcionarios, y no como un instrumento judicial para proteger a la Administración frente a los ciudadanos”.

Particularmente la década de los noventa del pasado siglo expresó el descontento de la doctrina por un sistema de Derecho Administrativo que, según se juzgaba entonces, había dado mayor preponderancia a los privilegios y prerrogativas de la Administración, en especial reflejado en el contencioso administrativo. Antonio Canova planteaba así las críticas a tal sistema<sup>3</sup>:

“Ante la fuerza de nuestros principios constitucionales, y con el aval de la descripción precedente, luce improrrogable la transformación de nuestro contencioso administrativo (...) el control jurisdiccional de la Administración, como en

2 Brewer-Carías, Allan, “Consideraciones sobre el contencioso-administrativo como un derecho constitucional a la tutela judicial frente a la administración”, en *Revista de Derecho Público* N° 49, Caracas, 1992, pp. 5 y ss.

3 Canova, Antonio, “Bases actuales del control de la Administración Pública”, en *Revista de Derecho administrativo* N° 1, Caracas, 1997, pp. 68 y ss. Véase asimismo su trabajo *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Caracas, 1998.

definitiva sucede con todo el Derecho administrativo, debe esforzarse por lograr el equilibrio entre la posición privilegiada de la Administración como benefactora del interés general, y los derechos de los ciudadanos”.

Sin embargo, para finales de los noventa del pasado siglo, y sin negar los muchos avances que el sistema contencioso administrativo evidenciaba, éste seguía estructurándose sobre el modelo francés, o sea, a partir de un sistema cerrado de recursos, con materias para impugnar también tasadas, y en las cuales resaltaba el protagonismo del acto administrativo. Esta fue una de las críticas que certeramente apuntó Antonio Canova, al destacar cómo era necesario pasar a un sistema abierto de pretensiones.

Así, la doctrina administrativista de la época se enfrascó en un debate sobre el carácter “subjetivo” del contencioso administrativo, que, para nosotros, partió de un enfoque un tanto limitado. Así, la principal discusión entonces fue debatir en torno a las competencias del juez contencioso administrativo, señalándose que éste no podía limitarse al control de legalidad (o control objetivo), sino que además debía adoptar todas las medidas para el restablecimiento de la situación jurídica lesionada (o control subjetivo). Pero incluso aceptándose la competencia del juez para establecer la situación jurídica infringida, el sistema contencioso administrativo giraba en torno al acto administrativo, cuya impugnación era posible a través del recurso contencioso administrativo de nulidad. Por ello, sin acto administrativo expreso, el acceso al contencioso administrativo quedaba severamente limitado<sup>4</sup>.

Tal carácter “subjetivo” no depende de la posibilidad de solicitar el restablecimiento de la situación jurídica infringida, además de la nulidad del acto administrativo impugnado. En

---

<sup>4</sup> Vid. Hernández G., José Ignacio, “Treinta años de justicia administrativa en Venezuela”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 149, Caracas, 2010, pp. 147 y ss.

realidad, lo que resulta relevante es aclarar que el ciudadano tiene derecho a la acción a fin de enervar cualquier pretensión contra la Administración, que ha de ser conocida por el juez contencioso administrativo. Pues mientras la justicia administrativa se mantenga anclada en un sistema tasado de recursos en el cual predomine el acto administrativo, será siempre, empleando la terminología al uso, un sistema “objetivo” y revisor, al margen que se pueda solicitar también el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

La estructuración del contencioso administrativo sobre un sistema de pretensiones es todavía tarea pendiente en el Derecho venezolano. El reconocimiento expreso de este sistema por la jurisprudencia, con pronunciamientos por demás expresivos, no encontró claro reflejo en la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con todo, como se desarrolla en este trabajo, es posible proponer que el estudio de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela sea efectuado desde la óptica de la pretensión procesal administrativa, y no desde la visión de los “recursos contencioso-administrativos”.

## I. EL PARADIGMA DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO: EL SISTEMA TASADO DE RECURSOS

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el paradigma es un ejemplo, un modelo. El sistema contencioso administrativo venezolano se articuló, en el siglo pasado, en torno al siguiente paradigma: la justicia administrativa se compone de un número determinado de “medios de impugnación” o recursos, en el cual existe un objeto que se recurre, un sujeto que recurre, unos específicos motivos de impugnación y unas específicas peticiones que dan lugar a sentencias congruentes con estas peticiones limitadas. Objeto de revisión que, salvo contadas excepciones, se corresponde con el acto administrativo, expresión típica de la Administración

Pública. Paradigma muy cercano al modelo del recurso por exceso de poder francés, con el agregado que, en Venezuela, se permitió al ciudadano solicitar, además de la nulidad del acto, el restablecimiento de la situación jurídica infringida, lo que permitió a la doctrina debatir sobre la pertinencia de trasladar la figura del recurso de plena jurisdicción, también de cuño francés<sup>5</sup>. Y como sucede con los paradigmas, tal sistema fue aceptado, procurándose tan sólo su perfeccionamiento a través de la ampliación del catálogo de medios de impugnación, de la afirmación del principio de universalidad del control y luego, del principio de la tutela judicial efectiva. Las bases, sin embargo, quedaron incólumes.

En esta sección repasaremos las bases de este paradigma, desde su formulación hasta su posterior evolución, atendiendo principalmente al análisis de las ideas expuestas en este sentido.

### **1. El modelo del acto administrativo y el debate sobre el carácter objetivo o subjetivo del contencioso administrativo**

La tesis francesa del acto administrativo como eje sobre el cual gira el contencioso administrativo fue asumida tempranamente en Venezuela, no precisamente por la legislación pero sí por la jurisprudencia y doctrina. Hildegard Rondón de

---

5 Sobre ello, vid. Caballero Ortiz, Jesús, *Contencioso de plena jurisdicción y demandas contra los entes públicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 157 y ss., así como Iribarren, Henrique, “¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?”, en *Estudios de Derecho administrativo*, Ediciones Liber, Caracas, 2004, pp. 74 y ss. En general, vid. Pérez Luciani, Gonzalo, “Los recursos contencioso-administrativos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 147 y ss.

Sansó<sup>6</sup>, resumió así el paradigma del contencioso administrativo venezolano:

“...otra característica que ha sido vista como esencial del contencioso administrativo es el hecho de que el mismo esté constituido por un proceso contra un acto formal de la Administración. Se dice que es contencioso-administrativo todo procedimiento en el cual se impugne un acto administrativo”.

Junto al recurso de nulidad, H. Rondón de Sansó reconocía que también el sistema contencioso administrativo podía conocer de otro tipo de recursos, como el recurso por abstención o carencia o las demandas, con un claro sentido marginal. Luis H. Farías Mata, por ello, al tratar en 1983 la *materia del recurso*, se enfocó en el acto administrativo<sup>7</sup>.

Aquí se aprecia marcadamente la influencia del modelo francés, por la configuración del contencioso administrativo como un sistema revisor del previo acto administrativo, de lo que devino lo que es, para nosotros, una deformación conceptual, a saber, la definición del acto administrativo a partir del ámbito de competencia de la justicia administrativa<sup>8</sup>. De allí la necesidad de asumir el concepto de acto administrativo despojado de su vertiente procesal. Raúl Bocanegra ha señalado, con razón, que el acto administrativo surge como criterio delimitador de la justicia administrativa, con lo cual debe

---

6 Sansó, Hildegard, “Medios de procedes por la vía contencioso-administrativa”, en *Contencioso Administrativo en Venezuela*, cit., pp. 89 y ss.

7 Farías Mata, Luis Henrique, “Introducción general”, Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa. *Trabajos para las Octavas Jornadas “Dr. Domínguez Escobar”*, Barquisimeto, 1983, pp. 59 y ss.

8 Es decir, que un concepto sustantivo (acto administrativo) se asumió adjetivamente, es definir acto administrativo sólo era importante a fin de negar o afirmar la competencia de la justicia administrativa. Deslastrar al acto administrativo de todo contenido procesal es todavía tarea pendiente en el Derecho venezolano.

asumirse, actualmente, un concepto desligado al contencioso administrativo<sup>9</sup>.

Es decir, que el concepto de acto administrativo, que es sustantivo, se asumió desde una perspectiva procesal: calificar a un acto del Poder Público como acto administrativo era necesario a fin de extender el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, la afirmación del principio de universalidad del contencioso administrativo pasó por la elaboración del concepto global de acto administrativo, formulado por Allan R. Brewer-Carías. Un concepto que impera hasta nuestros días. La sentencia de la Sala Político-Administrativa de 11 de agosto de 1993, resume esta idea, al recordar que la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido establecida para revisar si la Administración ha permanecido fiel a su eje, el principio de legalidad; en consecuencia, abarca sin excepción, a todos los actos administrativos<sup>10</sup>. Por ello, sin acto administrativo expreso no cabe el recurso contencioso administrativo, y sin éste, la justicia administrativa queda prácticamente vacía<sup>11</sup>. Más todavía al afirmarse el dogma del acto previo, en el doble sentido de la exigencia de un acto expreso y del agotamiento de la vía administrativa<sup>12</sup>.

- 
- 9 Bocanegra, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 21-29. El autor apuesta por la “desconexión de los actos administrativos del acceso al contencioso”, lo que permite la “construcción técnica de una figura jurídica de acto administrativo con perfiles propios (...) al servicio de la seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos” (p. 28).
- 10 *Revista de Derecho Público* N° 55-56, Caracas, 1993, pp. 389 y ss.
- 11 Lo resume así María Amparo Grau: como el objeto del contencioso administrativo es siempre un acto administrativo, la jurisprudencia ha procurado la ampliación de la competencia judicial atendiendo a la noción misma de acto administrativo. Grau, María Amparo, “La materia contencioso administrativa”, en *I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 1995, p. 131.
- 12 Araujo-Juárez, *Principios generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos, Valencia, 1994, pp. 405 y ss. La idea es así resumida: “el recurso contencioso-administrativo no puede ser ejercido sino contra un acto jurídico”.

El correctivo de esta tendencia revisora fue el debate planteado para afirmar el carácter “subjetivo” del sistema contencioso administrativo. Un planteamiento abordado a partir del régimen francés, como recordó Gustavo Linares Benzo, en 1993<sup>13</sup>. Ello de entrada supone, para nosotros, una visión no adecuada, pues se trata de adaptar a Venezuela una distinción –carácter objetivo o subjetivo– que es típicamente francesa<sup>14</sup>.

Bajo este modelo francés, y siguiendo a Eduardo García de Enterría<sup>15</sup>, Linares Benzo observó que el sistema contencioso administrativo venezolano era judicialista y que por ello, resultaban plenamente aplicables las disposiciones constitucionales que regulan el derecho a la defensa. Por ende, el contencioso administrativo no se limita al control objetivo de la legalidad sino también a la defensa de posiciones subjetivas y es, por ello, un proceso intersubjetivo. En estos términos, con variaciones ligeras y ampliando la noción de derecho a la defensa a la del derecho a la tutela judicial efectiva, se ha venido reiterando el carácter subjetivo del contencioso administrativo<sup>16</sup>.

En nuestra opinión, se trata de un planteamiento que no atiende a la esencia del paradigma de nuestro sistema. En efecto, que el juicio contencioso administrativo sea un proceso intersubjetivo en el cual los ciudadanos puedan ejercer el derecho a la defensa de sus situaciones subjetivas, solicitando medidas cautelares y en general, sentencias de condena, no resulta

13 Linares, Gustavo, “El carácter subjetivo del procedimiento Contencioso Administrativo”, en XVII Jornadas ‘J.M Domínguez Escobar’, *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Tomo I, Institutos de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 1993, p. 97.

14 Véase el resumen de esta visión francesa en Duguit, León, *Las transformaciones del Derecho Público*, Francisco Beltrán (tr.), Madrid, 1926, pp. 262-263. En general, vid. Delvolvè, Pierre, *Le droit administratif*, Dalloz, Paris, 2006, p. 112

15 Inicialmente en *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 59 y ss. Recientemente del autor vid. *Las transformaciones de la justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 125 y ss.

16 Las referencias en Torrealba, Miguel Angel, *Manual de contencioso administrativo*, Caracas, 2006, p. 31.

en realidad relevante, desde que esta posibilidad misma, con mayor o menor acierto, ha quedado recogida en las normas adjetivas que irregularmente disciplinaron durante décadas al sistema contencioso administrativo (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). De nada sirve admitir este carácter “subjetivo” si se continúa limitando el contencioso administrativo al recurso de nulidad del acto administrativo. Y así ha sucedido, incluso, por quienes postulan este carácter subjetivo. Gustavo Linares Benzo, por ejemplo, en el trabajo ya citado de 1993, limita la tutela judicial efectiva siempre al recurso de nulidad de actos administrativos<sup>17</sup>. La primacía del recurso de nulidad es tal, que él se ha extendido incluso a la “impugnación” de la vía de hecho de la Administración<sup>18</sup>. En 1987, Brewer-Carías observaba que *“aun cuando puedan formularse pretensiones de condena anexas a las pretensiones de anulación de un acto administrativo, el contencioso de los actos administrativos se concibe como un proceso objetivo, en el cual el objeto principal del mismo es un acto administrativo”*<sup>19</sup>.

## **2. El paradigma del sistema basado de recursos administrativos cuyo objeto es la Administración**

Además de basarse en la preponderancia de la revisión posterior del acto administrativo como manifestación típica de la Administración, el sistema contencioso administrativo venezolano se ha basado en el paradigma del sistema cerrado de recursos. Los ciudadanos tienen, así, un sistema cerrado de “recursos” o “medios de impugnación”, que operan como compartimientos estancos en los cuales sólo cabe deducir un determinado recurso para un determinado objeto de impugna-

17 Linares Benzo, Gustavo, “El carácter subjetivo del procedimiento Contencioso Administrativo”, cit., pp. 97 y ss.

18 Badell Madrid, Rafael, “El recurso de nulidad”, en *Derecho contencioso administrativo. Libro homenaje al profesor Luis H. Farías Mata*, Barquisimeto, 2006, pp. 26 y ss.

19 Brewer-Carías, Allan, *Estado de Derecho y control jurisdiccional*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, p. 246.

ción, a fin de obtener una también específica sentencia. Como consecuencia de ese sistema cerrado o “encarrilado”, toda falta de adecuación entre el medio de impugnación y el objeto de control, devendrá en la sanción de inadmisibilidad del recurso.

Hildegard Rondón de Sansó, en su trabajo antes citado, acotó con acierto que en Venezuela no podía limitarse la justicia administrativa al recurso de nulidad, en tanto caben también otros medios de proceder, tal y como había destacado en 1979 Antonio Moles Caubet<sup>20</sup>. Pero aún dentro de esta amplitud, la autora mantiene la existencia de medios específicos definidos en función a cada materia: impugnación de actos administrativos; acciones contra la abstención o carencia; acciones contra la responsabilidad administrativa y acciones declarativas, de interpretación. Medios de proceder cuyo objeto es la Administración Pública, y que, al ser limitados, no logran cubrir todas las aristas de la actividad e inactividad administrativa.

De allí el uso común del lenguaje recursivo y de impugnación, en el cual los recursos tendrían siempre por objeto la impugnación del acto administrativo y, en casos tasados, la impugnación de otras manifestaciones, como la abstención o carencia. La excepción a este sistema tasado y revisor de medios fueron las demandas contra los entes públicos. Pero lo cierto es que el sistema contencioso administrativo tradicionalmente se basaba en recursos que tienen un específico objeto de impugnación (actos administrativos y abstención o carencia); demandas contra entes públicos y el recurso de interpretación. De allí los problemas del ciudadano que se enfrenta a una manifestación atípica –la vía de hecho<sup>21</sup>– o a una manifestación mixta de la Administración, como son los llamados actos separables, es

20 Moles Caubet, Antonio, “Rasgos generales de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela*, cit., pp. 68 y ss.

21 Véase lo que al respecto: Hernández G., José Ignacio, “Breves notas sobre la vía de hecho en la actualidad de la justicia administrativa en Venezuela”, *El contencioso administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 165 y ss.

decir, actos administrativos unilaterales dictados en el marco de los llamados contratos administrativos<sup>22</sup>. El riesgo es que si el ciudadano yerra en la selección del recurso, se enfrentaría a la sanción de inadmisibilidad, como suele suceder, por ejemplo, con la interposición del recurso de nulidad directamente contra el silencio administrativo de primer grado. Si no hay “acto que recurrir”, el recurso deviene en inadmisible.

## II. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO: EL SISTEMA ABIERTO DE PRETENSIONES

El paradigma del contencioso administrativo, elaborado en el siglo XX y que aparece ya consolidado en las postrimerías de este siglo, tiene, por lo pronto, una clara deficiencia: la ausencia de su adecuado tratamiento procesal. Quizás por trasladar el sistema francés, propio de una justicia administrativa no judicial, olvidamos que entre nosotros la jurisdicción contencioso-administrativa la ha ejercido siempre el Poder Judicial, como gráficamente dispuso el artículo 206 de la Constitución de 1961, y que por ello, esta jurisdicción conoce de procesos, nacidos con ocasión del ejercicio de la acción, en la cual la parte actora, mediante el libelo de la demanda, deduce una pretensión procesal, pretensión que podría ser de condena, declarativa o constitutiva, como es la de nulidad.

Ahora bien, en nuestro criterio, es errado hablar de “recursos”, de “medios de impugnación”, y de la Administración o del acto administrativo como “objeto del recurso”. En realidad, desde el Derecho Procesal, el sistema contencioso administrativo tiene por objeto las pretensiones procesales, que versarán sobre cualquier manifestación de la actividad o inactividad de la Administración Pública. Este es el verdadero cambio de

---

22 Aquí se han venido planteando criterios jurisprudenciales contradictorios, producto de la traspisión de una tesis -los actos separables- ajena a la realidad venezolana.

paradigma que debe darse en Venezuela, y no la reiteración de un pretendido carácter subjetivo del contencioso administrativo que, bien visto, no hace más que limitar su función a la revisión posterior, por lo general, de un previo acto administrativo.

## 1. El concepto de pretensión procesal administrativa

Es preciso recordar dos nociones básicas: pretensión procesal y pretensión procesal administrativa. Por pretensión procesal entendemos “*la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta al autor de la declaración*”<sup>23</sup>. En otras palabras, la pretensión procesal viene a ser lo que se pide en juicio, la petición que se formula ante un juez para que sea realizada u otorgada por la contraparte. Partiendo de esa definición general de pretensión, podríamos definir entonces la pretensión procesal administrativa como “*la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a la Administración pública o frente a otro sujeto de Derecho público o privado que ejerza actividad administrativa*”<sup>24</sup>.

De allí surge que *la pretensión procesal administrativa constituye el objeto del proceso administrativo*. Así, la pretensión procesal es el objeto del proceso pues en torno a la pretensión giran todos y cada uno de los acontecimientos del proceso: su iniciación, su instrucción y su decisión. En su *inicio*, es fundamental el planteamiento claro de cuál o cuáles son las pretensiones de las partes en juicio; en su *instrucción*, el proceso deberá dirigir los alegatos y pruebas de las partes en torno a la procedencia y comprobación de esa pretensión, y en su *decisión*, el proceso deberá ajustarse en un todo al principio de congruencia y, por tanto, el juez contencioso administrativo deberá resolver sobre

23 Esta noción de pretensión procesal es la aportada por Guasp D., Jaime, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, segunda edición, 1985, p. 62.

24 Urosa Maggi, Daniela, “La pretensión procesal administrativa”, en *El contencioso administrativo hoy*, FUNEDA, Caracas, 2004.

todas las cuestiones –ni más ni menos– que plantearon las partes, pero nunca podrá modificar la pretensión formulada, pues la sentencia sucedería en el vicio de incongruencia. Asimismo, siendo la pretensión el objeto del proceso, es evidente que su desaparición sobrevenida o bien su satisfacción extraprocesal, dará lugar a la extinción del proceso judicial.

Ahora bien, ¿por qué analizar el contencioso administrativo como Derecho Procesal? No ignoramos que tradicionalmente se ha entendido en nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo muy de cerca las bases del contencioso administrativo francés –ajeno, vale destacar, al origen y naturaleza de nuestro sistema contencioso administrativo–, que el objeto del juicio contencioso administrativo es el acto administrativo, es la actuación administrativa supuestamente lesiva que se impugna, como anteriormente explicábamos. No obstante, en nuestra opinión, el contencioso administrativo es Derecho Procesal por dos razones:

(i) En primer lugar, por su carácter judicialista, en el sentido de que, en Venezuela, desde 1830, es decir, desde nuestra primera Constitución como República independiente y desde el nacimiento mismo del control jurisdiccional de los Poderes Pùblicos, el contencioso administrativo ha estado inserto en el Poder judicial, nunca en el Poder Ejecutivo. Es, por ende, una jurisdicción judicial –no administrativa– y por tanto le son aplicables y exigibles todos los principios generales del Derecho Procesal y del proceso judicial<sup>25</sup>.

---

25 La doctrina venezolana ha opinado, casi unánimemente, que el control contencioso administrativo y en general, todo el control jurisdiccional de las Poderes Pùblicos en Venezuela, se ha constituido desde su origen como un orden judicialista, esto es, un control residenciado exclusivamente en el Poder Judicial. En ese aspecto la diferencia con el sistema francés, de doble jurisdicción o jurisdicción administrativa, es radical y precisamente por ello el profesor Antonio Moles Caubet fue enfático al afirmar que “en Venezuela no tuvo lugar ninguna recepción del sistema francés, ni “ratio imperii”, como sucedió en Italia, ni “imperio ratio” como en tantos otros países. Los fundamentos fueron distintos y el desenvolvimiento se produjo de diferente manera”. Moles Caubet, Antonio, “El sistema conten-

(ii) En segundo lugar, porque la propia Constitución de 1961, y posteriormente la de 1999, por influjo directo de la legislación española<sup>26</sup>, realza la institución de la pretensión procesal como objeto que caracteriza a los recursos contencioso-administrativos, al establecer enunciativamente las pretensiones procedentes contra la Administración Pública.

Así, el artículo 259 de la Constitución venezolana de 1999, en idénticos términos a los del artículo 206 de la Constitución de 1961, reconoce la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa y otorga rango constitucional a dos vertientes de ésta: su vertiente *orgánica*, cuando hace referencia a los tribunales a los que corresponde el ejercicio de las competencias contencioso-administrativas; y su vertiente *procesal*, cuando hace referencia a las distintas pretensiones que pueden plantear los particulares ante dichos tribunales: la nulidad de actos administrativos generales y particulares; la condena al pago de sumas de dinero; la reparación de daños originados en responsabilidad de la Administración; las reclamaciones por la prestación de servicios públicos y, por último, el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa<sup>27</sup>.

- 
- cioso administrativo venezolano en el Derecho Comparado”, A.A.V.V. *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, tercera edición, Caracas, 1993, p. 10.
- 26 Tal como afirma el propio Moles Caubet “la clave del sistema contencioso administrativo venezolano, cuyo núcleo se encuentra en el artículo 206 de la Constitución, es una traslación el modelo español, tal como resulta configurada en la Ley Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de Diciembre de 1956 (...) en suma, el artículo 206 de la Constitución venezolana contiene en germe todo el sistema del contencioso de actos español, adoptando inclusive su misma terminología”, en “El sistema contencioso administrativo venezolano en el Derecho Comparado”, *Contencioso Administrativo en Venezuela*, cit., p. 10.
- 27 Téngase en cuenta que al analizar esta disposición de la Constitución venezolana, Jesús González Pérez ha destacado que, en su opinión, “...no es buena técnica legislativa tipificar las pretensiones procesales administrativas, pues siempre existirá el riesgo de olvidar algún supuesto, riesgo que en vuestro caso está cubierto por la fórmula general del artículo 27, que consagra con una fórmula bellísima el derecho a la tutela judicial efectiva...”. De allí que el rango

Ahora bien ¿cuáles son las pretensiones que pueden plantearse en el contencioso administrativo? En el marco del proceso administrativo pueden plantearse todas las pretensiones que proceden en Derecho Procesal: (i) **constitutivas**, entendidas como aquellas pretensiones mediante las cuales lo que se pide del órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídico-administrativa, entre las cuales la más destacada en la pretensión de nulidad; (ii) **mero declarativas**, que serían aquellas mediante las cuales se pide al juez la declaración de existencia o inexistencia de una situación jurídica, que en el marco del proceso administrativo se reflejaría en la pretensión de interpretación de leyes, así como cualquier otra en la que se pretenda una declaración de voluntad; y (iii) **de condena**, que han sido definidas, en el contexto contencioso administrativo, como aquellas mediante las cuales el demandante pide al órgano jurisdiccional que ordene a la Administración la realización de una determinada conducta<sup>28</sup>, bien sean condenas de hacer –frente a las abstenciones o inactividades de la Administración, condenas de no hacer, frente a vías de hecho y condenas a dar, por ejemplo condenas al pago de sumas de dinero como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual de la Administración; por último, (iv) pretensiones **ejecutivas**, que conllevan una declaración de voluntad dirigida al órgano judicial y formulada frente al ejecutado, a fin de que realice determinada actuación concreta, para satisfacer un derecho ya declarado<sup>29</sup>,

---

constitucional de la vertiente procesalista del contencioso administrativo no debe entenderse, en modo alguno, como una manera de catalogar taxativamente o de limitar las pretensiones admisibles en el proceso administrativo. Vid. la opinión del autor en su estudio “Contencioso Administrativo de los Servicios Públicos”, *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Funeda, Caracas, 2002, pp. 201 y ss.

28 Definición aportada por Huergo Lora, Alejandro, *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 25.

29 Es esta la definición aportada por Moreno Catena, Victor en Cortés Domínguez y Moreno Catena (Coord.) *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, Tecnos, Madrid, 2000, p. 57; asimismo vid. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2000, p. 685. Sobre la pretensión ejecutiva en

cuya utilidad en el marco del contencioso administrativo sería la posibilidad de ejecución directa de actos administrativos firmes en sede judicial, aunque no exista en nuestra legislación un proceso acorde a dicha pretensión<sup>30</sup>.

La procedencia de todas esas pretensiones es posible en el contencioso administrativo, dado el carácter enunciativo del artículo 259 de la Constitución, y su tramitación deberá realizarse a través de medios procesales idóneos a la naturaleza de la pretensión, en atención al principio de efectividad inherente al derecho a la tutela judicial, exigible sin duda en el contencioso administrativo dado su carácter judicialista, como ya dijimos. En este sentido es de suma relevancia la sentencia de la Sala Constitucional de 1 de febrero de 2006, caso *BOGSIVICA*, que es analizada más adelante. En ese caso, se analizó el criterio tradicional de la jurisprudencia contencioso-administrativa y se establece enfáticamente la necesidad de dar un enfoque procesalista a la justicia administrativa, y que el juez contencioso administrativo de tutela judicial directa a toda pretensión fundada en Derecho Administrativo, sin restricción, a través del medio procesal más idóneo para lograr la efectividad de esa tutela<sup>31</sup>.

## 2. La pretensión procesal administrativa en la jurisprudencia

Más allá de la distinción baladí entre el carácter objetivo o subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa (como se dijo antes, la contraposición es errada pues el sistema participa de ambos), lo relevante es reformular el sistema

- 
- el marco del proceso administrativo, vid. García Pérez, Marta, *El Objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 107 y ss.
- 30 Sobre este punto nos remitimos a Urosa Maggi, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano*, FUNEDA, Caracas, 2003, pp. 359 y ss.
- 31 La misma Sala ha reiterado esa sentencia en sus fallos posteriores n° 457 de 10 de marzo de 2006, n° 1323 de 4 de julio de 2006, y n° 1328 de 4 de julio de 2006, entre otros.

contencioso administrativo a partir de la idea de la pretensión procesal administrativa, trabajada por González Pérez<sup>32</sup> y en Venezuela, por Canova González<sup>33</sup>, Torrealba<sup>34</sup> y Urosa Maggi<sup>35</sup>, entre otros.

Así, fue la jurisprudencia venezolana la que, retomando los avances relacionados con la proyección del derecho a la tutela judicial efectiva, reconoció que la enumeración de un catálogo “cerrado” de recursos contencioso-administrativos no podía obstaculizar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la concreta manifestación de la actividad o inactividad de la Administración Pública cuestionada no encajaba en el “objeto” del catálogo “cerrado” de recursos.

Así, la sentencia de la Sala Constitucional de 23 de octubre de 2002, caso *Gisela Anderson* recordó que la justicia administrativa es concebida en la Constitución como un sistema de restablecimiento pleno de situaciones jurídicas infringidas. No es, pues, una justicia precaria, limitada, sino plena y universal. Por ende, el listado cerrado de recursos no puede ser óbice para el ejercicio amplio del derecho de acceso a la justicia.

Luego, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 27 de mayo de 2004, caso *Elizabeth Morini Morandini*, volvió sobre este aspecto, para sostener que “*al margen de que la denuncia encuadre en los recursos tradicionales establecidos en la ley o que haya construido la jurisprudencia, pues, la tendencia compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva con-*

---

32 González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, 2001, pp. 53 y ss.

33 Canova González, Antonio, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, cit., pp. 197 y ss.

34 Torrealba, Miguel Angel, “El acto administrativo como objeto de la pretensión procesal administrativa y su tratamiento jurisprudencial a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, en *El contencioso administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, 2009.

35 Urosa Maggi, Daniela, “La pretensión procesal administrativa”, en *El contencioso administrativo hoy*, cit., pp. 103 y ss.

*sagrado en el artículo 26 constitucional, es a darle recibo y trámite a todo tipo de demandas en tanto subyazca un conflicto de orden administrativo, derivado de una relación jurídica entre un particular y un órgano o ente investido de potestades públicas, que exija el examen judicial respectivo".* Con ello, pues, se acepta que no existe un sistema "cerrado" de recursos, sino en realidad, la pluralidad de pretensiones que podrán ser invocadas.

Asimismo, la sentencia de la Sala Constitucional de 1 de febrero de 2006, caso *Bogsivica*<sup>36</sup>, extendió este criterio al llamado recurso de abstención o carencia, procedente frente a específicas omisiones de la Administración Pública. De acuerdo con esta sentencia "*toda pretensión fundada en Derecho Administrativo o que tenga como origen una relación jurídico-administrativa, debe ser atendida o amparada por los tribunales con competencia contencioso-administrativa, pues el artículo 259 constitucional no es, en modo alguno, taxativo, sino que, por el contrario, enumera algunas –las más comunes– de las pretensiones que proceden en este orden jurisdiccional (pretensión anulatoria y pretensión de condena a la reparación de daños) y enunciativamente permite, como modo de restablecimiento de las situaciones que sean lesionadas por la actividad o inactividad administrativa, la promoción de cuantas pretensiones sean necesarias para ello*". De allí la reformulación del principio de universalización: no abarca solamente la sujeción de todo acto del Poder Público al control judicial. Además, como dispone la decisión, tal principio también exige la "*integralidad o universalidad de procedencia de pretensiones procesales administrativas*"<sup>37</sup>.

Posteriormente, la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de diciembre de 2007, caso *Alfredo Gruber*, indicó que el objeto de control de la justicia administrativa no son sólo

36 Revista de Derecho Público N° 105, Caracas, 2006, pp. 185 y ss. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, "¿Hacia la construcción de un nuevo modelo del contencioso administrativo? La sentencia de la Sala Constitucional de 1 de febrero de 2006, Caso: BOGSIVICA", en Revista de Derecho Público N° 105, Caracas, 2006, pp. 229 y ss.

37 Criterio reiterado en la sentencia de la Sala Constitucional de 1º de julio de 2016, caso Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda.

los actos administrativos, sino también, las inactividades, omisiones y vías de hecho. Incluso, se sostiene que la inexistencia de un acto expreso no es óbice para acceder al juicio contencioso administrativo de anulación “pues ello es posible en los casos en los cuales la voluntad de la Administración deriva de una ficción legal que atribuya un efecto jurídico determinado a la inactividad de la autoridad administrativa, así como en los casos en los cuales la voluntad administrativa es deducible de otras actuaciones positivas de la Administración”, o sea, los actos tácitos y presuntos.

Estos criterios jurisprudenciales marcaron un cambio importante, pues la jurisdicción contencioso-administrativa dejó de pivotar en torno al recurso de nulidad. Por el contrario, se reconoció que el derecho a la tutela judicial efectiva permite formular cualquier pretensión relacionada con cualquier manifestación de la actividad o inactividad de la Administración Pública. Ejemplo de este cambio es la transformación conceptual operada con el llamado recurso de abstención o carencia: de un recurso limitado a la inactividad concreta y específica de la Administración en producir un acto nominado, se ha pasado a la pretensión de condena frente a cualquier inactividad de la Administración<sup>38</sup>.

### **3. La pretensión procesal administrativa en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**

El análisis del tema de las pretensiones procesales administrativas a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa venezolana en 2010 exige partir de

---

38 Cfr.: Urosa Maggi, Daniela, “Avances recientes y situación actual de la tutela judicial frente a la inactividad administrativa en Venezuela”, en *El contencioso administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Funeda, Caracas, pp. 183 y ss. El mismo criterio sostuvo la Sala Constitucional en la sentencia 547 de fecha 6 de abril de 2004 (Caso Ana Beatriz Madrid).

una premisa fundamental: esta Ley no hizo referencia alguna a las pretensiones procesales administrativas ni diseño de los medios procesales desde la pretensión procesal, es decir, según la naturaleza y características de las distintas pretensiones procedentes en el marco del proceso administrativo. Solo en tres oportunidades se utiliza el término en todo el texto de la Ley<sup>39</sup>. La Ley se fundamenta, al igual que lo hacían la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en un sistema contencioso impugnatorio, porque los medios procesales se determinan y regulan en torno al acto administrativo y, en general, en torno a la actuación administrativa supuestamente lesiva, y no en torno a la pretensión procesal.

Así, la Ley trae como supuesta innovación la reordenación de los medios procesales contencioso-administrativos tradicionales en tres nuevos procesos: el de las demandas patrimoniales, el procedimiento breve y el procedimiento común a los juicios de nulidad, controversias administrativas y recursos de interpretación de leyes, no obstante, no pasa de ser una reagrupación o simplificación en la cantidad de medios procesales pero manteniendo la naturaleza impugnatoria del proceso contencioso administrativo venezolano en el cual, se insiste, la ordenación y tramitación del juicio gira en torno al acto administrativo, abstención administrativa, contrato administrativo,

---

39 La Ley solo utiliza el término pretensiones en tres oportunidades: (i) en el artículo 9, numeral 4 cuando incluye entre las competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa “*Las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados por responsabilidad contractual o extracontractual de los órganos que ejercen el Poder Público*”; (ii) en el artículo 23, numeral 23 cuando establece la competencia de la Sala Político-Administrativa para “*Conocer y decidir las pretensiones, acciones o recursos interpuestos, en el caso de retiro, permanencia, estabilidad o conceptos derivados de empleo público del personal con grado de oficiales de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana*” y (iii) en el artículo 35, numeral 2, cuando establece como causal de inadmisibilidad de la demanda la “*acumulación de pretensiones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles*”.

o vía de hecho lesivas y no en la pretensión procesal es decir, en la petición de las partes en juicio.

Tal esquema adjetivo resulta, en nuestro criterio, continuista respecto del sistema impugnatorio tradicional del contencioso administrativo en Venezuela, separándose radicalmente del proyecto que había incluso sido aprobado en primera discusión por el Parlamento Nacional en 2007 y que aun durante el año 2009 fue sometido a discusión, proyecto que establecía una regulación procesal fundada en la pretensión procesal y que ordenaba los medios procesales según la naturaleza de ésta: en procedimiento ordinario, sumario y ejecutivo.

En efecto, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 suprimió la sección que se incluía en el proyecto que había sido aprobado en primera discusión en el año 2007 relativo a la regulación de los aspectos “*De las pretensiones contencioso-administrativas*”.

Esa inclusión de una sección dedicada a la pretensión procesal administrativa y sus distintos contenidos sí resultaba, ciertamente, novedosa y necesaria, e implicaba el gran giro que requería nuestra jurisdicción contencioso-administrativa a fin de superar definitivamente el clásico esquema impugnatorio que ha caracterizado al sistema contencioso administrativo venezolano desde sus inicios y al que hacíamos referencia en páginas anteriores, fundamentado en un catálogo de distintos medios procesales (recurso contencioso administrativo de nulidad, recurso por abstención o carencia, demanda patrimonial, entre otros) que pueden plantearse, respectivamente, frente a determinadas formas de actividad administrativa (acto administrativo, abstención o carencia, contratos administrativos, etc.) para hacer valer determinada pretensión (pretensión de nulidad, pretensión de condena a un hacer o no hacer, pretensión indemnizatoria, etc.), esquema impugnatorio que encasilla de manera formalista las demandas contencioso-administrativas, otorga excesiva relevancia al acto o actuación

administrativa “objeto del recurso” y resta importancia al verdadero objeto del proceso administrativo: la pretensión procesal administrativa. Ese sistema tradicional, sin lugar a dudas, fue un impulso para el asentamiento y desarrollo del sistema contencioso administrativo venezolano durante décadas, pero amerita ser adaptado a las nuevas tendencias y necesidades de la justicia administrativa.

Ahora bien, en el marco de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa venezolana, que circumscribe la procedencia de determinada pretensión respecto de determinado medio procesal, ¿es posible que las partes en juicio interpongan otras pretensiones distintas a las tipificadas en la Ley respecto del medio procesal escogido, o deben limitarse a las que la norma dispone?

Como respuesta a esta interrogante hay que partir de la premisa de que, si bien la Ley, como se dijo, no gira su regulación en torno a la pretensión y los medios procesales se determinan según la actuación que se impugne, aun así, *toda pretensión procesal es deducible, es admisible en el contencioso administrativo.*

La Ley, sin embargo, partió de una confusa distinción de procesos, dentro de los cuales pueden ser deducidas diversas pretensiones procesales. Por ello, debe analizarse cuáles son los medios procesales contenidos en la nueva Ley y cuáles son las pretensiones que la Ley considera procedentes según cada uno de dichos medios procesales<sup>40</sup>.

#### *A. Demanda de contenido patrimonial*

La demanda de contenido patrimonial es regulada en los artículos 56 y siguientes de la Ley, mediante este medio procesal podrán plantearse, si bien la Ley no lo determina expresamente.

---

40 Véase a Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen VI, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 833 y ss.

mente, aquellas pretensiones de condena a dar, específicamente al pago de sumas de dinero, que se intenten de manera autónoma, es decir, sin que se acumulen a pretensiones de nulidad o de condenas a hacer o no hacer frente a actos, inactividades o vías de hecho. Estas pretensiones de condena al pago de sumas de dinero podrán referirse a pretensiones fundamentadas en la responsabilidad contractual o extracontractual de la Administración.

#### *B. Procedimiento breve*

El procedimiento breve es una novedad de la Ley de 2010, y se establece a fin de dar cabida a (i) pretensiones de condena a la prestación debida de servicios públicos, (ii) pretensiones de condena a no hacer, frente a vías de hecho y (iii) pretensiones de condena a hacer, ante abstenciones o inactividades de las Administraciones Públicas.

Importa detenernos aquí en una breve mención que realiza el artículo 65 de la Ley venezolana, según el cual las “demandas” (*rectius pretensiones*) que se planteen a través de ese procedimiento breve, *no podrán tener contenido patrimonial o indemnizatorio*, lo cual pareciera llevar a la conclusión que no puede plantearse una pretensión de condena frente a una abstención administrativa o frente a una vía de hecho de forma acumulada con una pretensión indemnizatoria.

De asumir esa postura, habría que concluir que aquel particular que se vea lesionado en su esfera jurídica a causa de una deficiente prestación de servicios públicos, o de una inactividad o de una vía de hecho, una vez concluido el procedimiento breve, deberá intentar, ahora, una demanda de contenido patrimonial a fin de hacer valer la indemnización de los daños y servicios que le fueron causados por esa deficiente prestación de servicios, esa inactividad o esa vía de hecho.

Tal interpretación surge, a todas luces, inconstitucional, pues la misma Constitución en su artículo 259, como lo dijimos ya, establece como competencia del juez contencioso administrativo el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa, *pretensión de restablecimiento que procede conjuntamente con cualquier pretensión contencioso-administrativa* (de nulidad, de condena a hacer, a no hacer o a dar, entre otras) y que no puede limitar el legislador ni supeditar a una demanda posterior, so pena de violar el derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, esa coletilla del artículo 65 deberá ser interpretada conforme a la Constitución o sometida al control constitucionalidad, bien a través del control concentrado o bien del control difuso de las leyes, a fin de que puedan acumularse pretensiones de restablecimiento en el marco de procedimientos breves.

### C. Demandas de nulidad

El procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas, regulado en los artículos 76 y siguientes de la Ley contencioso-administrativa venezolana, puede dar cabida a (i) pretensiones de nulidad de actos administrativos, bien de efectos generales, bien de efectos particulares, (ii) pretensiones mero declarativas de interpretación de leyes, (iii) pretensiones constitutivas o de condena en el marco de controversias administrativas y (iv) agregamos nosotros, cualquier otra pretensión que quiera hacerse valer en el marco de relaciones jurídico-administrativas que no esté expresamente prevista en ninguno de los otros procesos, por ejemplo, el resto de las pretensiones mero declarativas.

Importa recalcar esa afirmación: si el artículo 259 de la Constitución, como dijimos, no establece un catálogo taxativo de pretensiones procesales en el contencioso administrativo, menos aún puede ser taxativa la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en consecuencia, *cualquier pretensión fundada en Derecho Administrativo puede plantearse en*

*el contencioso administrativo*, tanto por el demandante como por el demandado, y su tramitación, si es que no encuadra en los casos previstos expresamente en la ley, deberá efectuarse bien mediante este procedimiento común, bien a través del que el juez “considere más conveniente para la realización de la justicia” según dispone el artículo 31 de la nueva Ley.

Retomando el análisis de las pretensiones procedentes en ese procedimiento común de nulidad, debe señalarse que tampoco indica la Ley, en este caso, si es procedente o no la acumulación de pretensiones de nulidad y de condena al pago de sumas de dinero como modo restablecimiento de la situación jurídica infringida, tal como sí lo hacía la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 131) y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 21, párrafo 21), no obstante, por las mismas razones expuestas, es imperante la procedencia de esa acumulación de pretensiones y así deberá ser determinado por la jurisprudencia.

**4. La vuelta al paradigma impugnatorio y la restricción de la tutela judicial efectiva en recientes criterios de la jurisprudencia administrativa venezolana.  
A propósito del desmantelamiento de la justicia administrativa en Venezuela**

Según señalábamos en páginas anteriores, la legislación de 2010 mantuvo un sistema impugnatorio, si bien intentó dar un barniz procesal que diese la idea de un cambio de fondo al tratamiento de las pretensiones procesales administrativas. Las consecuencias de ese continuismo están también claramente reflejadas en la jurisprudencia, como lo demuestran recientes sentencias contencioso-administrativas.

Así, por ejemplo, la sentencia 450 de 14 de abril de 2016 de la Sala Político-Administrativa declaró inadmisible una demanda de nulidad de un acto administrativo a la que se acumuló una pretensión de condena al pago de suma de dinero.

Si bien ambas pretensiones las planteaba el demandante en contra del mismo demandado y era la Sala Político-Administrativa la competente para conocer de ambos casos, se declaró inadmisible la demanda por inepta acumulación de pretensiones bajo el argumento de que la condena solicitada no era consecuencia directa de la pretensión de nulidad y, por ende, los procedimientos a seguir –demanda de nulidad de actos administrativos y demanda de condena patrimonial– eran “incompatibles” entre sí e impedían el tratamiento conjunto de ambas pretensiones:

“En este sentido, a juicio de esta Sala, de lo establecido en el citado artículo 259 Constitucional y del referido pronunciamiento de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, se desprenden dos aspectos relevantes: i) los amplios poderes otorgados al juez contencioso administrativo en su actividad jurisdiccional y ii) el derecho de los particulares a reclamar en vía judicial la nulidad de los actos administrativos y el resarcimiento de los daños y perjuicios. Sobre este último particular, cabe mencionar que el ejercicio simultáneo de las demandas de nulidad y de condena patrimonial ha sido calificado tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia como “el recurso de plena jurisdicción”, con el cual se persigue la anulación de un acto administrativo y, a su vez, la indemnización al demandante de los daños generados por el acto impugnado.

Siendo ello así, *la reclamación pecuniaria correspondiente a la reparación de daños y perjuicios se fundamenta en la ilegalidad de la acción administrativa denunciada por la parte interesada, de manera que la condena patrimonial únicamente procedería en caso de declararse la nulidad del acto administrativo impugnado, siempre que se verifique la relación de causalidad entre dicha actuación y el daño.*

*(..) la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dispone procedimientos diferentes para la tra-*

*mitación de ambas acciones*. Así, para el caso del recurso contencioso administrativo de nulidad, el iter aplicable se encuentra previsto en los artículos 75 y siguientes de la pre-  
dicada ley, y es el procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas.

(...) Con fundamento en lo expresado y visto que en el caso bajo estudio *la parte accionante interpuso en un mismo libelo dos pretensiones cuya tramitación se realiza a través de procedimientos distintos y, por tanto, incompatibles, resulta forzoso para esta Sala, declarar la presente demanda inadmisible* con arreglo a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se decide". (Destacado nuestro).

Del extracto transcritto se desprende cómo la Sala Político-Administrativa, máxima instancia contencioso-administrativa en Venezuela, mantiene el criterio del sistema tasado de recursos administrativos, al punto de seguir denominando "recurso de plena jurisdicción" a la demanda patrimonial, manteniendo infelizmente el criterio de distinción francés que, como antes se explicó no se aplica ni ha sido nunca aplicable al sistema contencioso administrativo venezolano.

Ese criterio de sistema tasado o compartimientos estancos atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva y contra el principio de economía procesal al culminar en la inadmisibilidad de la demanda por plantearse pretensiones que corresponden a medios procesales distintos -demanda de nulidad y demanda patrimonial- sin analizar la identidad de sujetos, objeto y causa, que es lo que podría dar lugar, eventualmente, declarar la inepta acumulación de pretensiones.

Un segundo ejemplo nos da la jurisprudencia venezolana en relación al rígido sistema de recursos contencioso-adminis-

trativos, alejados del criterio de la pretensión procesal como único objeto del proceso administrativo.

Es el caso de las demandas por inactividad administrativa y demandas contra vías de hecho en las que, como antes se señaló, la Ley prohíbe la acumulación de pretensiones de indemnización o condena patrimonial a la pretensión principal de condena a hacer o no hacer. En estos casos, la jurisprudencia venezolana no sólo no ha dado una interpretación extensiva al artículo 65 de la Ley, en los términos que explicábamos en páginas anteriores, sino que, además, los tribunales de la justicia administrativa han incluso extendido la prohibición a cualquier pretensión pecuniaria y no solo a las de indemnización de daños y perjuicios.

Entre otras, en sentencias de la Sala político-Administrativa N.º 499 de 28 de mayo de 2013 y 1013 de 6 de octubre de 2016 se declaró la improcedencia de cualquier pretensión de pago de sumas de dinero mediante la demanda por abstención, señalándose que en tales casos deberá acudirse a la vía de la demanda patrimonial, la cual se tramita mediante un medio procesal mucho más largo y engorroso que el procedimiento breve de la demanda por inactividad o abstención.

En consecuencia, aquel ciudadano lesionado por una inactividad administrativa -por ejemplo, la falta recurrente de prestación de un servicio público- o por una vía de hecho -por ejemplo, el cierre de su establecimiento comercial por la fuerza, sin procedimiento ni acto previo- no podrá reclamar los daños y perjuicios causados en el mismo juicio en el que demande la condena al cese de la vía de hecho o bien la condena al cumplimiento de la actividad de prestación debida, sino que deberá, atentando contra la efectividad de la tutela judicial y la economía procesal, demandar dos veces para ver satisfecha, en segundo término y largo tiempo después, su pretensión de reparación de los daños y perjuicios causados, a pesar de la identidad de sujetos, objeto y causa de la demanda.

Todo lo anterior, en todo caso, debe considerar que más allá de la vigencia formal de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la justicia administrativa no es, hoy día en Venezuela, una herramienta efectiva de protección del ciudadano frente a la Administración Pública. Como resultado de un largo proceso de desmantelamiento de la autonomía del Poder Judicial<sup>41</sup>, la jurisdicción contencioso-administrativo ha venido adoptados criterios que parten de un grado importante de deferencia hacia la Administración Pública y sus “privilegios y prerrogativas”, reduciendo la tutela judicial efectiva del ciudadano frente a la actividad e inactividad administrativa<sup>42</sup>. Junto a ello, se aprecia una clara tendencia por favorecer a la Administración Pública, como lo demuestran las estadísticas de los Tribunales que conforman a la justicia administrativa<sup>43</sup>. Tal y como resume Allan R. Brewer-Carías<sup>44</sup>:

“Ha sido entonces en este contexto contradictorio de un Estado autoritario que como tal no admite control, que en 2010 entró en vigencia la largamente esperada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con la cual puede decirse que culminaba la etapa de formalización legal de la misma, luego de un largo proceso que tuvo como base, por una parte, la labor jurisprudencial de la antigua Corte Federal en los años cincuenta, y luego, de la antigua Corte Suprema de Justicia en los años sesenta y comienzos de los setenta; y por la otra, a partir de 1976, con la regulación transitoria de la Jurisdicción en la Ley Orgánica de

41 Cfr.: Chávero, Rafael, *La justicia revolucionaria*, Editorial Aequitas, Caracas, 2011, pp. 203 y ss. y Laura Louza, *La revolución judicial en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 28 y ss.

42 Canova, Antonio, *La realidad del contencioso administrativo venezolano*, Caracas, 2009, pp. 12 y ss., así como Urosa M, Daniela y Hernández G., José Ignacio, “El Estado actual de la justicia administrativa en Venezuela”, en *Justicia administrativa*, Colección Estado de Derecho, Tomo III, FUNEDA, Caracas, 2012. pp. 34 y ss.

43 Canova, Antonio, et al, *El TSJ al servicio de la revolución*, Editorial Galipán, Caracas, 2014.

44 Brewer-Carías, Allan, “Justicia y Administración en Venezuela a comienzos del siglo XXI”, 2011, consultado en original.

la Corte Suprema de Justicia de 1976 y, luego, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, la cual fue modificada en 2010, precisamente para con eliminar las regulaciones sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa...”.

Más allá de las deficiencias de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la insistencia de ciertas decisiones jurisprudenciales por enfocar el sistema contencioso administrativo a partir de un modelo cerrado de recursos contencioso-administrativos anclados en el acto administrativo, la principal deficiencia que hoy día presenta la justicia administrativa en Venezuela es que ella no cumple con uno de sus roles constitucionales, cual es servir de límite a la Administración Pública para prevenir su abuso.

El modelo de pretensiones administrativas no entra en contradicción con ese rol. Por el contrario, como fue explicado, el modelo de pretensiones administrativas amplía el ámbito de la justicia administrativa, pues allá de la existencia de un acto administrativo expreso, el ciudadano podrá formular cualquier pretensión respecto de cualquier manifestación de la actividad e inactividad administrativa. Al ampliar el ámbito del control contencioso-administrativo, el modelo de pretensiones favorece al mayor y mejor control de la Administración Pública.

Pero para lograr ese objetivo es necesario que la justicia administrativa esté conformada por jueces preparados y, lo que es más importante, con autonomía e independencia, lo que hoy día no existe en Venezuela. Muestra palpable de ello es que la organización de la justicia administrativa prevista en la Ley de 2010 no ha sido aplicada, al punto que se mantiene la existencia de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso-

Administrativo, pese a que la Ley de 2010 suprimió esos Tribunales al crear los Juzgados Nacionales<sup>45</sup>.

Hasta tanto no exista en Venezuela una justicia administrativa autónoma, independiente y con jueces seleccionados con base en méritos, no será posible implementar el modelo de pretensiones procesales administrativas.

Boston, mayo 2018

---

45 Asimismo, es necesario recordar que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, máxima instancia de la justicia administrativa, está conformada irregularmente, por la designación en diciembre de 2015 de magistrados a través de una vía de hecho inconstitucional. Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 107 y ss.



## ÍNDICE

Presentación .....	11
--------------------	----

### Estudios

#### COMENTARIOS SOBRE LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA REFORMA DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE EL SALVADOR DE 2017: UNA VISIÓN DESDE EL EXTERIOR

<i>Allan R. Brewer-Carías</i> .....	19
-------------------------------------	----

I. Motivaciones de la reforma.....	22
II. La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa .....	24
1. La delimitación de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.....	25
2. Los poderes del juez contencioso administrativo.....	28
III. Los diversos procesos contencioso administrativos .....	30
IV. El proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos.....	33
1. El proceso contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos .....	34
2. El proceso contencioso administrativo de anulación y condena contra los actos administrativos.....	36
3. El proceso contencioso administrativo de anulación y amparo contra los actos administrativos .....	38

#### LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

<i>Juan Carlos Cassagne</i> .....	41
-----------------------------------	----

I.	Sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad en el derecho argentino.....	43
II.	La triple faz de la tutela judicial efectiva (mandato vinculante, derecho y garantía).....	45
III.	El desarrollo del principio.....	46
IV.	Fundamento del principio de la tutela judicial efectiva en el derecho argentino .....	51
1.	En el orden nacional.....	51
2.	En el orden provincial .....	53
3.	La admisión de la acción declarativa de inconstitucionalidad de las leyes y la superación de los escollos constitucionales.....	56
4.	La acción declarativa directa de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos: la causal de arbitrariedad....	59

PRINCIPIO GENERAL DE LA JUSTICIABILIDAD  
PLENARIA Y UNIVERSAL DE LA CONDUCTA  
ADMINISTRATIVA

<i>Ernesto Jinesta L.</i> .....	67	
Introducción.....	69	
I.	Justicia administrativa.....	74
1.	Posición en el Estado constitucional de Derecho de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa: De principio general del Derecho Administrativo Constitucional a Derecho fundamental y humano .....	75
II.	Superación de la justicia administrativa objetiva o revisora por una plenaria y universal.....	79
1.	Vigencia del principio independientemente del modelo nacional de justicia administrativa adoptado .....	79

2. La necesaria ampliación tipológica de las pretensiones deducibles .....	82
3. Agotamiento facultativo u optativo de la vía administrativa previa .....	84
4. El reto de una justicia administrativa más informal .....	88
5. Capacidad procesal y legitimación: Una justicia administrativa más democrática y accesible .....	89
6. Medidas cautelares en la justicia administrativa.....	90
7. Tipología de sentencias en la justicia administrativa.....	93
8. Instrumentos para la ejecución de sentencias en la justicia administrativa.....	94
III. Discrecionalidad administrativa y control por la justicia administrativa .....	98
IV. La cuestión del “acto político o de gobierno” .....	101
V. El control de constitucionalidad de la conducta administrativa por la justicia constitucional .....	103
1. El amparo y el control de la conducta administrativa.....	104
2. Cuestiones de constitucionalidad y control de la actuación administrativa .....	106
Conclusión general .....	108

**EL DISTINGUISHING COMO TÉCNICA PARA  
LA INAPLICABILIDAD DE LAS CONSECUENCIAS  
DEL PRECEDENTE VINCULANTE A LAS ACTUACIONES  
DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 2017**

Pier Paolo Pasceri S. ....	109
Introducción.....	111
I. Brevísima referencia respecto del transitar interpretativo de la Sala Constitucional al momento de la convocatoria constituyente .....	113

II. Doctrina judicial de los actos constituyentes y su inaplicabilidad para las actuaciones de la Asamblea Constituyente de 2017.....	116
1. De las implicaciones inmediatas de la doctrina de los “actos constituyentes” .....	119
2. De las decisiones dictadas en el segundo período de transitoriedad .....	123
Aproximación conclusiva.....	129

## LA INCONSTITUCIONAL INTERVENCIÓN DE LOS CONSEJOS COMUNALES EN EL CONTENCIOSO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

<i>Carlos Reverón Boulton</i> .....	133
Introducción.....	135
I. El contencioso de los servicios públicos .....	137
1. Situación previa a la LOJCA.....	138
2. Objeto de las demandas de prestación de servicios públicos.....	140
3. Procedimiento establecido en la ley .....	144
II. Los Consejos Comunales .....	146
1. Los Consejos Comunales como medio de participación .....	149
2. Los Consejos Comunales como prestadores de servicios públicos.....	152
III. Intervención de los Consejos Comunales en juicio .....	159
1. Los Consejos Comunales como demandados .....	161
2. La opinión de los Consejos Comunales sobre lo debatido en juicio .....	162
A. Notificación de los Consejos Comunales .....	164
B. Representación de los Consejos Comunales.....	167
Recapitulación .....	167

# ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN URUGUAYA Y SU CONTROL JURISDICCIONAL ANULATORIO

<i>Felipe Rotondo</i> .....	171
I. Introducción.....	173
1. Función administrativa .....	173
II. Jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso	
Administrativo (TCA): aspectos generales.....	176
1. Regulación .....	176
2. Competencia.....	177
III. Actos procesables ante el TCA: aspectos básicos.....	177
1. Actos comprendidos .....	177
2. Acto administrativo (estatal) .....	178
3. Acto administrativo definitivo: presupuesto procesal.....	179
4. Acto administrativo impugnado: el originario .....	180
5. Acto administrativo “cumplido” / emitido.....	181
6. Actos administrativos unilaterales, convencionales, etc.....	182
IV. Actos administrativos procesables en relación a su contenido.....	183
1. Actos generales / actos con efectos subjetivos .....	183
3. Actos con discrecionalidad .....	185
4. Actos relativos a la relación estatutaria .....	185
V. Actos administrativos procesables en relación a su forma.....	186
1. Actos expresos .....	186
2. Actos presuntos .....	187
3. Actos tácitos.....	187
VI. Actos administrativos procesables en relación al procedimiento.....	188
1. Actos final y preparatorio.....	188

2. Actos provisionales y cautelares .....	189
3. Actos principal y accesorio.....	190
4. Actos de trámite.....	190
VII. Actos jurídicos excluidos del TCA por su naturaleza no administrativa .....	191
1. Actos del Estado-legislador o del Estado-juez.....	191
2. Actos de la Administración no administrativos.....	192
3. Actos de la Administración “ <i>regulados por el Derecho privado</i> ” .....	193
VIII. Actos administrativos excluidos por su contenido .....	194
1. Acto reiterativo.....	194
2. Actos de gobierno.....	195
4. Actos de mandos militares.....	199
5. Denuncia de defraudación tributaria.....	200
IX. Anotaciones finales .....	201

**REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL CONTENCIOSO.  
¿SE PUEDE MANTENER SUS FUNDAMENTOS  
ORIGINARIOS?**

<i>José Gregorio Silva Bocaney</i> .....	205
I. Introducción .....	207
II. De los antecedentes revolucionarios y su aporte al contencioso administrativo .....	208
1. De las revoluciones de los siglos XVII, XVIII y XIX.....	208
A. Antecedentes pre revolucionarios.....	208
B. De las revoluciones.....	211
a. La Revolución en Estados Unidos de Norteamérica.....	211
b. De la Revolución Francesa .....	212
III. Del Contencioso Administrativo.....	215

IV. Del Contencioso administrativo en Venezuela .....	221
V. Conclusiones.....	241

**VÍA DE HECHO E INJUSTICIA ADMINISTRATIVA.  
COMENTARIOS AL CASO INVERSIONES JULLRAFF, C.A.  
CONTRA INSTITUTO AUTÓNOMO CÍRCULO  
DE LA FUERZA ARMADA NACIONAL BOLIVARIANA  
(IACFANB)**

<i>Miguel Ángel Torrealba Sánchez .....</i>	243
Preliminar. Nociones sobre la vía de hecho, su tratamiento en la LOJCA y la desnaturalización por vía jurisprudencial del procedimiento breve.....	245
I. El caso: La demanda y la solicitud de medida cautelar de “suspensión de efectos” .....	248
II. La admisión de la demanda y la motivación contradictoria, insuficiente e impertinente de la decisión interlocutoria respecto a la competencia para conocer de la causa y de desestimación de la solicitud de medida cautelar.....	249
III. La tramitación de la causa. Una audiencia oral que no fue ni oral ni fue audiencia y cuya utilidad no se ve.....	255
IV. La decisión de primera instancia. Un pronunciamiento tardío en cuanto al fondo y tardío en lo procesal, así como contradictorio con la jurisprudencia .....	258
V. La decisión en segunda instancia. En lugar de corregir los desvíos, más de lo mismo.....	265
VI. Final. ¿Qué hay de la Constitución de 1999 y de la propia LOJCA? .....	275

**LAS PRETENSIONES PROCESALES ADMINISTRATIVAS  
EN EL DERECHO VENEZOLANO**

<i>Daniela Urosa M., José Ignacio Hernández G.....</i>	279
--	-----

Introducción.....	281
I. El paradigma del contencioso administrativo venezolano: El sistema tasado de recursos .....	284
1. El modelo del acto administrativo y el debate sobre el carácter objetivo o subjetivo del contencioso administrativo .....	285
2. El paradigma del sistema tasado de recursos administrativos cuyo objeto es la Administración ..	289
II. El cambio de paradigma en el contencioso administrativo venezolano: el sistema abierto de pretensiones .....	291
1. El concepto de pretensión procesal administrativa.....	292
2. La pretensión procesal administrativa en la jurisprudencia .....	296
3. La pretensión procesal administrativa en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.....	299
A. Demanda de contenido patrimonial .....	302
B. Procedimiento breve .....	303
C. Demandas de nulidad .....	304
4. La vuelta al paradigma impugnatorio y la restricción de la tutela judicial efectiva en recientes criterios de la jurisprudencia administrativa venezolana. A propósito del desmantelamiento de la justicia administrativa en Venezuela .....	305



**Revista Electrónica de  
Derecho Administrativo Venezolano**

**N° 13 septiembre - diciembre 2017**



