

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 Sánchez¹

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.

1 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 venezolano². De tal labor –con antesala en previa doctrina³– 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 derecho⁴.

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 cite⁵.

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)⁶.

Cuarto: El –en líneas generales– afortunado tratamiento de la vía de hecho en la LOJCA, partiendo de su distinción con el acto administrativo⁷.

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 constitucionales⁸.

4 Cfr. Torrealba Sánchez, *La vía de hecho...*, pp. 37-48.

5 Cfr. *Ibidem*, 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. *Ibidem*, pp. 193-231.

8 Cfr. *Ibidem*, 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)⁹, que evidenció que el procedimiento breve dejaba de serlo por obra de sus primordiales 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 LOJCA¹⁰) 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 excedidas¹¹. 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 CPCA 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 por que 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 conmine 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 formal¹².

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 estos¹³.

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 proceso¹⁴.

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 interpuesta¹⁵, sino que, incluso aunque resultase cierta, al invocarse la violación a los derechos constitucionales procesales (prescendencia 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 oralidad¹⁶.

16 Sobre el contenido deseable de la audiencia oral en el procedimiento breve, puede verse: Torrealba Sánchez, *La vía de hecho...*, pp. 226-228; Kiria-kidis Longhi, Jorge: *El contencioso administrativo venezolano a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. 2ª 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° 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 segundas 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 esta¹⁷.

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 desechado 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 aquel 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 inadmisibile 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 solicit[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, inconstitucional.

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 asunto¹⁸. 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 idóneo¹⁹.

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 consagrar 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 194 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 hartamente 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 hartamente 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 similitudes²⁰.

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:

20 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, acarrear 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 quiritaria 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 impugnabile”, 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 modelo²¹, 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 principialistas 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.