

APROXIMACIÓN COMPARATIVA ENTRE EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN EN FRANCIA Y LA DEMANDA DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN VENEZUELA*



COMPARATIVE APPROXIMATION BETWEEN THE CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE ANNULMENT ACTION IN FRANCE AND THE JUDICIAL NULLIFICATION OF ADMINISTRATIVE ACTS IN VENEZUELA

Fecha de recepción: 13 de mayo de 2019 | Fecha de aceptación: 23 de septiembre de 2019

Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ**

Resumen

Se comparan las características primordiales del régimen del contencioso administrativo de anulación en Francia con la demanda de nulidad de actos administrativos en Venezuela.

Palabras clave: Contencioso administrativo de anulación-contencioso objetivo-contencioso revisor-revisión judicial

Abstract

The main characteristics of the contentious-administrative annulment action in France are compared with the annulment action of administrative acts in Venezuela.

Keywords: Contentious-administrative annulment action-contentious administrative objective- contentious-administrative review-judicial review.

*Este artículo se inscribe dentro de la línea de investigación: Estudio sobre algunas categorías del Contencioso Administrativo francés y su influencia en el Derecho Procesal Administrativo venezolano, beneficiaria de la Beca MQT para Profesores de Derecho de la UCV de la Fundación "En Plural".

**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. Universidad de La Coruña, España. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano, sobresaliente Cum Laude. Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Política Territorial y Urbanística. Universidad Monteávila. Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). Universidad Católica "Andrés Bello". Profesor en la Especialización en Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

SUMARIO: I. Introducción. La indudable impronta francesa en las regulaciones iberoamericanas de las pretensiones de nulidad de actos administrativos, y por tanto, en el ordenamiento procesal administrativo venezolano. II. Rasgos primordiales del contencioso administrativo de anulación francés a partir del Código de Justicia Administrativa de 2000. III. La demanda de nulidad de actos administrativos en la LOJCA venezolana. IV. Problemas primordiales que plantea el régimen de la demanda de nulidad de actos administrativos en la LOJCA y sus puntos de vinculación con el contencioso de anulación francés. Pretensiones y sentencias. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. LA INELUDIBLE IMPRONTA FRANCESA EN LAS REGULACIONES IBEROAMERICANAS DE LAS PRETENSIONES DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS, Y POR TANTO, EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Es un hecho indiscutible que el contencioso administrativo francés ha sido factor determinante en el origen y evolución del Derecho Procesal Administrativo iberoamericano¹. Y no podía ser de otra manera, si se considera que ese país es la cuna, tanto del Contencioso Administrativo como del Derecho Administrativo sustantivo, partiendo de las instituciones surgidas de la Revolución Francesa. Esto prescindiendo de antecedentes más remotos² y de las polémicas

1 Cfr. en lengua castellana por ejemplo los diversos trabajos de Eduardo García de Enterría, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, 55-61 (Thomson Civitas, 2007). Véase también entre otros: Luis Ortiz-Álvarez, *El contencioso administrativo francés y su incesante renovación (Crisis y grandes reformas de un paradigma. De la Revolución Francesa al nuevo "Code de Justice Administrative" del año 2000)*, 16 *Revista de Derecho Administrativo*, Editorial Sherwood, 211 (2003). Y dentro del contencioso francés, la proyección ha sido especialmente respecto al contencioso de anulación. De allí que se señala que la invención del recurso por exceso de poder ha sido una obra de alcance mundial. Elisabeth Esteban y Phillipe Esteban, *El concepto de exceso de poder en el derecho administrativo francés: Apología y decadencia de un mito jurídico-lingüístico*, 47 *Revista de llengua i dret*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1 (2007). Lo que sí luce más complejo es determinar el alcance concreto y modalidades de esa influencia en cada ordenamiento, al igual que nos parece discutible afirmar –sin matizaciones– que el recurso por exceso de poder se ha admitido en los ordenamientos iberoamericanos (*Id.*, nota al pie 6). No obstante que el asunto excedería el propósito de estas páginas, más adelante se volverá sobre el asunto para el caso venezolano.

2 En el caso de la doctrina francesa, por ejemplo, es clásica la referencia previa a las consecuencias que tuvo el Edicto de San Germán de 1641 en cuanto a la sustracción de las

doctrinarias surgidas en torno a la determinación de la fecha precisa de la génesis de ambos.

Así pues, surgido el contencioso administrativo como respuesta a la peculiar configuración del principio de separación de poderes “a la francesa”³, y por tanto de forma simultánea con el Derecho Administrativo, al buscar los otros países europeos de Derecho Continental un referente en el cual basar sus propios desarrollos, era lógico que miraran hacia Francia⁴. Y a su vez, un fenómeno similar

causas contra lo que hoy llamaríamos la Administración Pública, de la competencia del juez ordinario (Cfr. en la doctrina reciente, entre otros: Jaqueline Morand Deviller, Derecho Administrativo, 27 (Zoraida Rincón Ardila y Juan C. Peláez Gutiérrez trads., Universidad Externado de Colombia, 14^o edición, 2017); Didier Truchet, *Droit administratif*, 37 (PUF, 2012). Y en efecto, ya durante el Antiguo Régimen existía la tradición de crear jurisdicciones especializadas en conocer de asuntos administrativos, Jean Waline, *Droit Administratif*, 595-596 (Daloz, 26^o ed., 2016). Referencias aún más remotas pueden encontrarse, presentadas como precedentes del Antiguo Régimen, entre otros, en: Mattias Guyomar y Bertrand Seiller, *Contentieux administratif*, 7 (Daloz, 4^o edición, 2017). René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 5-6 (Montchrestien, 13^o edición, 2008).

3 La frase: “concepción francesa de la separación de poderes” ha sido empleada por el propio Consejo Constitucional, como destacan entre otros recientemente: Guyomar y Seiller, *supra* nota 2; Chapus, *supra* nota 2, 56, quien la califica de insólita. Para una visión de la doctrina española sobre esa concepción, descrita como “disidencia revolucionaria” puede verse entre otros: Eduardo García de Enterría, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 41-75 (Editorial Civitas, S.A, cuarta ed., 1994). Más recientemente, exponiendo los cuestionamientos pero apartándose de una posición crítica apriorística: Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 52-66 (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, cuarta ed, 2015).

4 Lo que no deja de resultar algo paradójico, puesto que la doctrina francesa, aunque repara en la influencia de su contencioso administrativo en la Justicia Administrativa de los países de su entorno, destaca que en estos últimos ella no está separada del Poder Judicial sino que es una competencia especializada, mientras que la situación francesa es única (Chapus, *supra* nota 2, 9). De hecho, el dualismo jurisdiccional en la estricta forma originaria es, según la doctrina francesa, paradójicamente importado hoy en día solo por Grecia y Colombia, por lo que la admiración intelectual por el sistema francés (que existe en muchos países incluyendo los de América Latina) no se corresponde con las realidades locales (Didier Truchet, *Le Rayonnement de la Jurisprudence Administrative Française*, 5 RJOI, 172.) A ello hay que añadir que de acuerdo con el Título VIII, Capítulo 3, artículos 236 al 238, de la Constitución Política de Colombia de 1991, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es especializada pero forma parte de la rama judicial del Poder Público. De allí que se ha señalado respecto a la comparación entre el Consejo de Estado Francés y su homónimo colombiano, que el último es una institución autónoma, inspirada pero no una simple copia del primero. Andrés Rodríguez Gutiérrez, *Une approche comparative entre le Conseil d'État colombien et le Conseil d'État français*, 1 Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi, 5 y 11 (2012). Véase la comparación entre ambas instituciones en *Id.*, 34-37. En similar sentido, entendiendo que el modelo dualista francés es minoritario incluso en Europa aunque los tribunales administrativos judiciales tienen también cierto grado de especialización como regla general: Jean Marc Sauvé, *Le dualisme juridictionnel: synergies et complémentarité*, Cycle approfondi d'études judiciaires, 8 (Ecole nationale de la magistrature, 2016). Otro tanto podría decirse de la influencia del contencioso en las Justicias Administrativas mexicana y chilena, muy acentuada al momento del surgimiento de estas, pero que hoy en día han seguido por otros derroteros apartándose del modelo

aconteció durante la segunda mitad del siglo XIX y el XX, en el caso de las jóvenes Repúblicas Iberoamericanas, en sus sucesivos –y muchas veces fallidos- intentos de establecer las bases de una institucionalidad que hiciera viables a sus Estados de Derecho⁵.

A este devenir no fue ajeno el ordenamiento procesal administrativo venezolano. Pero más aún, la doctrina administrativa que comentó nuestras incipientes normas reguladoras del contencioso administrativo, como se verá más adelante. Y también, al menos parcialmente, se ha sostenido que la influencia francesa del contencioso de anulación se proyectó en el régimen legal de las pretensiones de nulidad de actos administrativos, lo cual no deja de ser cierto.

Por ende, resulta útil continuar estudiando, siquiera someramente, las características generales del contencioso administrativo francés, sobre todo del llamado “contencioso de anulación”⁶, tanto en su origen⁷ como en su situación actual, esta última sobre todo a partir de las reformas legales de 2000⁸, para luego compararlas con las de la demanda de nulidad de actos administrativos regulada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA) venezolana. Ello no solo con un propósito meramente teórico, sino con el fin de revisar si esos caracteres originales pretendidamente definidores del contencioso administrativo de anulación (contencioso objetivo *versus* contencioso subjetivo,

originario (Cfr. respectivamente: Luis José Béjar Rivera, La Justicia Administrativa francesa y mexicana. Un análisis comparativo, en *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica*, 295-326 (Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Manuel García Pérez coords., Editorial Jurídica Venezolana, 2014) y Juan Carlos Ferrada Bórquez, La Justicia Administrativa en el Derecho chileno, 47-175, (Editorial Jurídica Venezolana, 2014).

5 Resaltando la influencia del Derecho Administrativo francés en nuestros países pero aclarando que no así la organización de la Justicia Administrativa separada de la rama judicial, puede verse entre otros, recientemente: Allan Brewer-Carías, *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado Latinoamericano*, 6 (Universidad de Murcia, 2019).

6 Hay que recordar que dentro del contencioso de anulación, el recurso por exceso de poder simboliza toda la originalidad del contencioso administrativo francés (Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 120).

7 Para un muy completo compendio en lengua castellana del contencioso administrativo francés clásico, antes de la ola de reformas de la segunda mitad del siglo pasado, puede verse: Jesús González Pérez, Consideraciones sobre el contencioso francés, 15 *Revista de Administración Pública*, 11-90 (1954). Una exposición también muy completa y más reciente en: Juan Cruz Alli Aranguren, *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo Francés*, 499-686 (Universidad Pública de Navarra, 2008).

8 Pues como bien señala reciente doctrina respecto a la evolución del Derecho Administrativo francés, las mutaciones se han dado con una intensidad sin precedentes, colocando como ejemplo el contencioso administrativo a partir de 1980 y también luego del 2000 (Morand Deviller, *supra* nota 2, 14), por lo que esta rama jurídica “...ya no se enseña de la misma manera que hace unos veinte años...” (*Id.*, 15). Refiriendo el impacto de la codificación del contencioso administrativo desde 1980, se expresa que este ha producido un efecto general de renovación del Estado de Derecho, que se manifiesta en el nivel de los principios de la justicia administrativa, tanto en sus reglas organizativas como en los procesos jurisdiccionales (Chapus, *supra* nota 2, 168 Núm. 180 A).

proceso al acto, carácter revisor, límites de los poderes del juez) se mantienen o no en la actualidad. Y luego de ello, si ese bagaje teórico se debe mantener hoy en día en nuestra legislación.

II. RASGOS PRIMORDIALES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN FRANCÉS A PARTIR DEL CÓDIGO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE 2000

Un punto previo que conviene aclarar, es que el contencioso de anulación no es un término absolutamente preciso ni siquiera en el caso del contencioso administrativo francés, pues existen diversos “recursos” que pueden conllevar como resultado la anulación del acto administrativo⁹. Por otra parte, también se distingue como género el “contencioso de anulación” de varios recursos como especie¹⁰. Y además, existen vasos comunicantes entre el exceso de poder (como emblema del contencioso de anulación) con el otro contencioso típico, el de plena jurisdicción¹¹.

Pero prescindiendo de estos detalles técnicos, lo cierto es que las características originales (y más resaltantes en cuanto a su influencia) del contencioso de anulación han ido cambiando a lo largo de su existencia¹², a saber, su naturaleza revisora, su carácter objetivo y sus límites en cuanto a los poderes del juez contencioso. Veámoslo con un poco más de detalle, haciendo énfasis en la doctrina actual.

1. En cuanto a la naturaleza revisora del contencioso

⁹ Un resumen del asunto en la doctrina reciente en: Guyomar y Seiller *supra* nota 2, 116-117, Núms. 223-227. Por su parte, Chapus, *supra* nota 2, 215 Núm. 232, distingue tres recursos distintos dentro del exceso de poder: el general, el especial y el *déféré* prefectoral (*Id.*, 215 Núm. 233 a) y luego se refiere al recurso por exceso de poder como subgénero, al de apreciación de la legalidad y al de declaración de inexistencia (*Id.*, 217-222), pero todos tendrían en común ser recursos objetivos (*Id.*, 222 Núm. 244 b).

¹⁰ Sería el contencioso de anulación el género, y como especie por ejemplo, el contencioso por exceso de poder (Morand Deviller, *supra* nota 2, 699), que suele señalarse como la principal manifestación de primero (Waline, *supra* nota 2, 675) o el recurso “de derecho común” contra todo acto administrativo (*Id.*, 676 y 679). Es decir, la regla general. Pero cabe recordar que el término “exceso de poder” es polisémico y el recurso del mismo nombre ha sufrido numerosos cambios en cuanto a su propia concepción (Cfr. Esteban y Esteban, *supra* nota 1, 23-38).

¹¹ Cfr. en la doctrina reciente, entre otros, comentando la relación entre ambos tipos de contenciosos: Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 143-154.

¹² El recurso por exceso de poder, como modalidad del contencioso de anulación, adquiere su autonomía del contencioso pleno en la llamada “*Belle Époque*” del Consejo de Estado (entre 1870 y 1920), según afirma por ejemplo Morand Deviller, *supra* nota 2, 701. Otro señalan como hitos fundamentales en su evolución, su paso de mero recurso jerárquico a recurso contencioso, además de la creación del Consejo de Estado, la Ley de 1872, la de 1953 y la de 1987 (Waline, *supra* nota 2, 681-682).

La naturaleza revisora del contencioso de anulación, cuya influencia y repercusiones han sido detalladamente cuestionadas para el caso español¹³, viene dada porque, al ser el juez contencioso parte de la Administración Pública –aunque actuando en función jurisdiccional-, el mismo se limita a examinar las ilegalidades o antijuridicidades denunciadas por el recurrente. Esto lo realiza mediante el contraste del contenido del acto administrativo objetado y de las alegaciones de las partes con el marco normativo aplicable. Y de llegar a considerarlo procedente –verificada la vulneración del ordenamiento- la sentencia se limitará a declarar la nulidad total o parcial del acto, expulsándolo del ordenamiento jurídico con efectos retroactivos para mantener la integridad de este¹⁴. Pero no tomará medidas adicionales para restablecer las situaciones jurídicas afectadas por los actos anulados¹⁵.

De allí por ejemplo, la necesidad de surgimiento de teorías como la de los “actos separables” en materia de contratación pública, para superar tales restricciones que permitían solo la defensa de los contratantes¹⁶.

13 Por todos: Juan Ramón Fernández Torres, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva* (Civitas, 1998).

14 Véase entre otros: Chapus, *supra* nota 2, p. 209 Núm. 228.2º y 1.103-1.108. Normalmente con efectos retroactivos y *erga omnes* (Cfr. en la doctrina reciente entre otros: Morand Deviller, *supra* nota 2, 679 y 700). Para Waline, *supra* nota 2, 705, la retroactividad de la anulación es consecuencia necesaria del efecto no suspensivo del recurso. Se trata, en gráfica expresión, de un “proceso al acto” (*Id.*, 677), aunque este último matiza la regla de que la única consecuencia es la anulación del acto, al referir que también genera los efectos consiguientes a tal anulación (*Id.*, 682). Esa es la llamada concepción clásica del contencioso de anulación (Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 116-117, Núms. 224 y 125, Núm. 263), que parte de la distinción formal de LA FERRIÈRE entre exceso de poder y plena jurisdicción según los poderes del juez (*Id.*, Núm. 223); Alli Aranguren, *supra* nota 7, 547-549). Un sector de la doctrina considera que esta característica es ínsita al carácter objetivo del recurso (Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 123, Núm. 252), carácter sobre el cual se volverá, así como que la consecuencia natural de la anulación es la retroactividad en tanto el acto anulado se tiene como que nunca existió (*Id.*, 462, Núm. 901). De allí que se afirma que la desaparición del acto anulado es conforme al principio de legalidad (*Id.*, 484 Núm. 986). Por su parte, Chapus, *supra* nota 2, 209 Núm. 228, distingue entre contencioso de anulación y contencioso de plena jurisdicción, partiendo de la misma distinción, al igual que Pierre-Laurent Frier y Jacques Petit, *Droit Administratif*, 493-494 (Montchrestien, 7º Edición, 2012) y Truchet, *supra* nota 2, 133.

15 Por eso se afirma que la solución del recurso es binaria radical: la desestimación de la demanda o la anulación del acto, rusticidad que limita la protección de las garantías individuales a pesar de su sofisticación formal (Morand Deviller, *supra* nota 2, 701-702). Otros vinculan esa característica con la objetividad del recurso por el hecho de que la ausencia de mandatos de condena se relaciona con la ausencia de partes propiamente dichas (Waline, *supra* nota 2, 703). Véase también: Anne Courrèges y Serge Daël, *Contentieux administratif*, 76-77 (Thémis droit, 4º édition, s.f). No obstante, ya desde 1987 el Consejo Constitucional, al aludir a “la concepción francesa de la separación de poderes” expresaba que era principio fundamental del ordenamiento francés el que la jurisdicción administrativa resultaba competente para “la anulación o la reforma” de las decisiones de la Administración Pública en ejercicio de prerrogativas de poder público (Chapus, *supra* nota 2, 160 Núm. 167).

16 Respecto a esta teoría, en los recientes manuales franceses, entre otros: Morand Devi-

Por consiguiente se señala que el juez contencioso francés “revisa” la legalidad del acto, y en caso de concluir en su contrariedad con el orden normativo, lo anula, preservando la incolumidad del Derecho, y en última instancia, el principio de legalidad^{17.z}

Por ello, aún la actual doctrina francesa se pregunta si en futuro se podrá ir hasta un procedimiento contencioso con una “acción de declaración de derecho”, en la hipótesis de que el juez constate que el demandante tiene fundamentos para solicitar a la Administración Pública profiera un acto individual favorable¹⁸.

No obstante, esa simplicidad de la decisión del recurso contencioso de anulación ya no es tal. Así pues, se ha pasado en las últimas décadas de la mera revisión de la legalidad al restablecimiento integral de esta¹⁹, partiendo de la premisa de que el juez contencioso tiene a su disposición medidas accesorias susceptibles de completar su fallo²⁰.

2. Respetto al carácter objetivo

Por su parte, la condición del recurso de anulación como “recurso objetivo” se expresa como contraste al de plena jurisdicción, el cual sería predominantemente subjetivo. Quiere decir que el primero es un recurso “en interés de la Ley”, en el cual no tienen especial relevancia las partes intervinientes²¹, y por tanto tampoco los derechos, intereses o situaciones jurídico-subjetivas en juego, sino la vulneración del orden normativo²².

ller, *supra* nota 2, 450-452 y 477-478; Courréges y Daël, *supra* nota 15, 79-82; Chapus, *supra* nota 2, 702-734.

17 En el contencioso de anulación: “se le solicita al juez pronunciarse respecto de la regularidad de un acto. Solo puede desestimar el recurso si se considera legal el acto o anular el acto por ilegalidad” (Morand Deviller, *supra* nota 2, 699).

18 *Id.*, 702.

19 Cfr. Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 155-157, Núms. 357-365.

20 *Id.*, 461, Núm 899. Puede verse en todo caso en lengua castellana una referencia a este asunto y a la evolución del contencioso hasta la actualidad, entre otros, en: García de Enterría, *supra* nota 1, 79-98; Ortiz-Álvarez, *supra* nota 1, 219-229.

21 Cfr. entre otros en la doctrina reciente: Waline, *supra* nota 2, 682. No obstante ese autor aclara que ese carácter objetivo ha sido fuertemente atenuado con la aceptación de la noción de partes procesales, en particular, con la introducción del tercero opositor y de la apelación (*Id.*, 682-683). Véase también: Chapus, *supra* nota 2, 210-211 Núm. 229. En lengua castellana puede verse, entre otros: García de Enterría, *supra* nota 1, 49-54.

22 Se señala que el recurso por exceso de poder (acción de nulidad) es intentado “en interés de la ley” con el fin de hacer prevalecer “el derecho” y no “los derechos”, proceso realizado a un acto y no proceso entre partes, por lo cual es objetivo (Morand Deviller, *supra* nota 2, 701). Este rasgo parte de la clasificación material entre contencioso objetivo y contencioso subjetivo, particularmente defendida por DUGUIT (Cfr. Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 117, Núms. 229-230; Chapus, *supra* nota 2, 210 Núm. 229.B; Alli Aranguren, *supra* nota 7, 549 y 637).

De tales premisas se deriva que al “recurrente” se le concibe básicamente como un colaborador de la Administración Pública, y por ello, verificada su legitimación para interponer el recurso²³, el procedimiento contencioso sigue su senda hasta su culminación sin mayores consideraciones para con las situaciones jurídicas de las partes²⁴.

Pero al igual que en el rasgo previo, con el que está muy vinculado, el carácter objetivo del contencioso de anulación se ha ido matizando con el tiempo, al atenuarse la *summa divisio* entre contencioso de plena jurisdicción y contencioso por exceso de poder²⁵. Hoy en día el juez tiene las opciones entre anulación plena, anulación parcial²⁶, anulación suspensiva, modulación de la retroactividad²⁷ y abrogación con efecto diferido²⁸, atenuando la mera anulación retroactiva de resultar sus efectos perjudiciales²⁹.

3. En lo atinente a los poderes del Juez, cautelares y definitivos

23 Legitimación interpretada cada vez de forma más liberal y amplia (Cfr. entre otros en la doctrina reciente: *Id.*, 646-648; Morand Deviller, *supra* nota 2, 704;), aunque luego, enfatizando el casuismo jurisprudencial, señala esa última autora que hay también una tendencia a restringir la legitimación para impedir el uso abusivo de los recursos (*Id.*, 505). Detalla el asunto, entre otros: Waline, *supra* nota 2, 684-687, al referir que el interés puede ser tanto personal como colectivo (este último entendido como de un ente privado e incluso público descentralizado), y suficientemente relevante.

24 Incluso se considera que el procedimiento es de tipo inquisitivo (Cfr. entre otros: Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 351-352, Núms. 715-717; Morand Deviller, *supra* nota 2, 681-682 y 686). No obstante, luego se destaca como elemento inquisitivo las iniciativas probatorias del juez que tienden a favorecer al demandante en inferioridad de condiciones frente a la Administración dado que esta dispone del material probatorio (*Id.*, 726), lo que en nuestro criterio no es un elemento decisivo en tanto el objeto de la controversia siga siendo determinado por las pretensiones de las partes. En todo caso, se considera que por su amplia legitimación y la amplitud de sus causales de procedencia, el exceso de poder es un medio procedimental democrático -diríamos nosotros que favorable al acceso a la jurisdicción- (*Id.*, 703). Véase también respecto a la naturaleza objetiva del exceso de poder, en la doctrina reciente, entre otros: Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 120, Núms. 237-239.

25 Al ponerse al recurso por exceso de poder, recordando a G. JEZE, al servicio de las libertades fundamentales, en los términos de Morand Deviller, *supra* nota 2, 702. De allí que se señala que la tendencia es hacia la unificación del contencioso de los derechos y el contencioso de anulación, enmarcado en la noción de los derechos públicos subjetivos (*Id.*, 703). Se ha llegado incluso a sostener que la distinción entre ambos tipos de contenciosos ha devenido obsoleta (Alli Aranguren, *supra* nota 7, 551).

26 Cfr. entre otros: Chapus, *supra* nota 2, 1.003-1.004 Núm. 1.121 b.

27 Cfr. en la doctrina reciente, entre otros: Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 472-474 y 484 Núm. 985; Alli Aranguren, *supra* nota 7, 561.

28 Cfr. entre otros: Morand Deviller, *supra* nota 2, 702; Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 125, Núm. 262 y 157, Núms. 366-370 y 462-466 Núms.900-913; Waline, *supra* nota 2, 705-706 y 734-736, quien enfatiza el carácter excepcional de la modulación de los efectos temporales de las anulaciones.

29 Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 462 Núm. 903. Véase una crítica a esta evolución jurisprudencial y legal sobre la base de que desnaturalizaría la esencia y propósito del recurso por exceso de poder en: Esteban y Esteban, *supra* nota 1, 35-38.

Por último, en cuanto a los poderes del juez contencioso, en el original contencioso de anulación estos, tanto en lo relativo a medidas cautelares como respecto al fallo definitivo, resultaban bastante limitados. Como ya se señaló, por la invocación del dogma revisor, solo podía limitarse a anular el o los actos impugnados, pero no restablecía situaciones jurídicas lesionadas por estos³⁰.

Pero además, el juez no podía imponer órdenes adicionales y distintas a la Administración Pública, ni en la fase declarativa (decisión) ni en la ejecutiva (ejecución forzada), consecuencia de la peculiar interpretación francesa del principio de separación de poderes. Tampoco contaba con mecanismos destinados a coadyuvar con el cumplimiento de sus mandatos judiciales. Por ello, la propia doctrina francesa mostró sus críticas a la eficacia de los mandamientos judiciales en materia de anulación de actos, puesto que muchas veces con la mera declaración jurídica formalizada de nulidad no se lograba alcanzar el fin de mantenimiento del orden jurídico. No digamos, el de la protección de las situaciones jurídicas subjetivas³¹.

Mas todo eso fue también cambiando de forma paulatina³². Así por ejemplo, para el caso de la sustitución ejecutiva (ejecución forzosa), a partir de 1980 comienzan a establecerse mecanismos coercitivos frente a la renuencia o mala fe de la Administración condenada a dar cumplimiento a la decisión. Astringencias, conminaciones u órdenes judiciales, incluso dentro del dispositivo de la decisión³³.

Esas conminaciones (*injonctions*)³⁴ conjuntamente con las astringencias (*astreintes*)³⁵, ha ido modificando el panorama de los mandatos de las sentencias en el recurso contencioso de anulación³⁶. El resultado es que la tradicional restricción

30 Ello sería consecuencia de la persistencia de la Justicia retenida hasta 1872 (Courrèges y Daël, *supra* nota 15, 337).

31 Cfr. Morand Deviller, *supra* nota 2, 701-702; Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 155, Núm. 359. No obstante, aclara Chapus, *supra* nota 2, 247-248 Núm. 268, que los vaticinios de HAURIUO respecto al declive del recurso por exceso de poder no se han cumplido. Una referencia a las obras contentivas de los cuestionamientos clásicos de la doctrina francesa puede verse, entre otros, en Ortiz-Álvarez, *supra* nota 1, 216-219.

32 Al punto de sostenerse que las recientes reformas han supuesto una nueva crisis del dogma del carácter no ejecutivo de la justicia administrativa (Alli Aranguren, *supra* nota 7, 683-684).

33 Véanse entre otros: Morand Deviller, *supra* nota 2, 481-482 y 695-696; Courrèges y Daël, *supra* nota 15, 339; Chapus, *supra* nota 2, 1.181-1.85.

34 Originariamente prohibidas, como describe Chapus, *supra* nota 2, 969-974.

35 Que se imponen a la Administración ante el retardo en dar cumplimiento al mandato judicial (Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 471 Núm. 931 y 494 Núm. 1022). Véase también Chapus, *supra* nota 2, 1.167-1.172 Núms. 1294-1297 y 1.179-1.881 Núms. 1303-1304.

36 Waline, *supra* nota 2, 705; Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 155-156, Núms. 357-360. Señalan estos últimos que a partir de la Ley del 8 de febrero de 1995 se deroga el principio de la prohibición de emitir órdenes a los entes públicos (*Id.*, 468, Núm. 923), que para el caso de los entes privados ya se había aceptado jurisprudencialmente a partir de 1960 (*Id.*, 483-484, Núm. 982). Véase también sobre el punto: Chapus, *supra* nota 2, 974-984.

impuesta *motu proprio* del juez contencioso para imponer mandatos concretos ha ido cediendo para establecer directrices que se derivan necesariamente de la anulación con el fin de hacer respetar la cosa juzgada³⁷.

Y en cuanto a lo que conocemos como medidas cautelares (similares a algunos de los *référé*s)³⁸, ellos implican por ejemplo el poder de reforma en materia de contencioso de los contratos además del usual poder de anulación³⁹. Así por ejemplo, suspensión provisional del acto (*référé-suspension*)⁴⁰, antecedido por el *sursis á exécution*⁴¹; imposición de órdenes de dar cantidades de dinero⁴² (también a través del *référé provision*)⁴³, o bien de hacer o no hacer (*référé-liberté*)⁴⁴, entre otros⁴⁵.

37 Cfr. Waline, *supra* nota 2, 732. Por ello se señala que ya las opciones no se limitan entre desestimar el recurso o anular retroactivamente el acto ilegal, sino que el juez puede sustituir “con mesura” a la autoridad Administrativa, si ello contribuye al restablecimiento de la legalidad (Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 156-157, Núm. 365), sustitución que se referirá fundamentalmente a los motivos (*Id.*, 465, Núm. 911). Véase sobre esto último también: Chapus, *supra* nota 2, 1.108-1.136.

38 Cfr. Morand Deviller, *supra* nota 2, 481-482; Chapus, *supra* nota 2, 1.356-1.373.

39 Cfr. Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 209-213.

40 Artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa (véanse entre otros: Morand Deviller, *supra* nota 2, 687-690; Waline, *supra* nota 2, 719-720; Courrèges y Daël, *supra* nota 15, 289-294; Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 192-199; Chapus, *supra* nota 2, 1386-1.422; Frier y Petit, *supra* nota 14, 512-513 Núm. 872; Truchet, *supra* nota 2, 140.

41 Cfr. Waline, *supra* nota 2, 716; Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, pp 181-182, Núm. 374; Chapus, *supra* nota 2, 1.512-1.516 Núms. 1709-1714.

42 Frier y Petit, *supra* nota 14, 520-521 Núm. 881.

43 Waline, *supra* nota 2, 723. Véase también entre otros: Courrèges y Daël, *supra* nota 15, 307-308; Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 207-209; Chapus, *supra*, 1.472-1.477.

44 Artículo L. 521-2 *eiusdem* (véanse entre otros: Morand Deviller, *supra* nota 2, 689-690; Waline, *supra* nota 2, 720-723; Courrèges y Daël, *supra* nota 15, 294-298; Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 202-207; Chapus, *supra* nota 2, 1.423-1.444; Frier y Petit, *supra* nota 14, 513-516 Núm. 873; Truchet, *supra* nota 2, 141.

45 Sobre otros tipos de *référé*s, véase: Morand Deviller, *supra* nota 2, 690-691. Véase también: Courrèges y Daël, *supra* nota 15, 343-351; Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 181-192; Chapus, *supra* nota 2, 1.444-1.472 y 1.479-1.512. Y en general, respecto a otros mecanismos o garantías para que el juez contencioso logre el cumplimiento de su fallo por la Administración, consúltese: Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 490-496. También puede consultarse, entre otros, sobre los *référé*s d'urgence: Paul Cassia, *Les référé*s administratifs d'urgence (L.G.D.J., 2003), quien destaca el origen de los mismos como una consecuencia necesaria del Derecho comunitario (*Id.*, 12). Un panorama en lengua castellana de las medidas cautelares y de urgencia en el contencioso administrativo francés luego del Código de 2000 puede verse en: François Julien-Laferrrière, *Los recursos de urgencia en el proceso contencioso-administrativo francés*, en *La protección de los derechos frente al poder de la Administración*, Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, 635-658 (Allan R. Brewer-Carías et al. coords., Editorial Jurídica Venezolana, 2014). Corina Duque Ayala, *El rol del juez administrativo de urgencia y los principales cambios en las líneas jurisprudenciales*, <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art7.pdf> (2018). Véase entre otros también un comentario recién vigente la reforma legal de 2000 de: Jean-Luc Rongé, *L'évolution du référé administratif*, en 207 *Revista Mensual de Derecho Juvenil*, 27-29 (2001). Y previamente a la reforma legal de 2000: Carmen Chinchilla Marín, *La tutela cautelar en la nueva Justicia Administrativa*, 65-101 (Editorial Civitas S.A., 1991).

Vista de forma breve la evolución de los tres principales caracteres del contencioso administrativo de anulación francés que más influyeron en la configuración del Derecho Procesal Administrativo Iberoamericano, y también por tanto del venezolano, corresponde examinar si esos rasgos se siguen reflejando, y de ser así de qué forma, en el diseño del procedimiento de las demandas de nulidad de actos administrativos de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

III. LA DEMANDA DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LOJCA VENEZOLANA

1. Antecedentes inmediatos

Antes de entrar a revisar el régimen legal vigente, resulta conveniente referir de forma somera su antecedente, a saber, la regulación contenida a este respecto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia –en lo sucesivo LOCSJ⁴⁶– (puesto que la LOTSJ de 2004 fue solo una desafortunada y muy defectuosa traslación de esta en lo que al tema que nos ocupa respecta)⁴⁷.

Así pues, la LOCSJ establecía dos procedimientos para la tramitación de pretensiones de nulidad. El correspondiente al “juicio de nulidad de los actos de efectos generales” (artículos 112 al 120), y el del “juicio de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares” (artículos 121 al 129). Para efectos de este estudio interesa resaltar los principales caracteres de este último, conocido también como “recurso contencioso administrativo de nulidad” de actos administrativos⁴⁸.

La propia denominación legal de “recurso” a la demanda, o mejor aún, a la pretensión procesal, evidencia de entrada la influencia francesa⁴⁹, muy vinculada

46 G.O. Núm. 1.893 Extraordinario del 30/07/76. Sobre esta Ley pueden verse, entre otros: Josefina Calcaño de Temeltas, *Aspectos generales del régimen legal de la Corte Suprema de Justicia*, en Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, 9-134 (Editorial Jurídica Venezolana, 2ª edición actualizada, 1991) y Allan Brewer-Carías, *Algunos aspectos del proceso contencioso-administrativo*, en *Id.*, 137-290.

47 Véase nuestro: *Manual de Contencioso Administrativo*, 62-64 (Editorial Texto, segunda ed., 2007). Con más detalle: Allan Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos* (Editorial Jurídica Venezolana, segunda ed., 2004); Luis Carrillo Artilles, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia* (Funeda, segunda ed., 2004).

48 La propia LOCSJ empleó el término recurso para referirse a pretensiones procesales administrativas en los artículos 42.24 (recurso de interpretación), 119 primer aparte, 122, 123, 124, 125, 132, 133, 134, 181, 183 y 185. Sobre el trámite del recurso puede verse, entre otros: José Araujo Juárez, *Principios generales del Derecho Procesal Administrativo*, 465-509 (Vadell Hermanos Editores, 1996).

49 Cfr. entre otros: Rafael Badell Madrid, *El recurso de nulidad*, en *Derecho Contencioso*

con la discusión –actualmente superada o al menos en vías de serlo- acerca de la pertinencia o no de trasladar la dicotomía clásica (que ya se vio previamente que hoy no es tal) entre contencioso por exceso de poder o de anulación *versus* contencioso de plena jurisdicción⁵⁰.

Ahora bien, prescindiendo de esos aspectos terminológicos, presentado el recurso, la LOCSJ disponía para el juez la posibilidad de solicitar al órgano autor del acto de los antecedentes administrativos correspondientes (aunque el artículo 123 lo establecía como una facultad tal pedimento era la regla⁵¹), es decir, la copia certificada del expediente administrativo en el cual se hubiera documentado el procedimiento administrativo llevado a cabo para la formación del acto cuestionado⁵².

Administrativo, 1-3 (Rafael Badell Madrid coord., Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2006). Este autor, siguiendo la tradición, califica a los antecedentes legales del recurso de nulidad como “recurso por exceso de poder” (*Id.*, 3) y admite –invocando jurisprudencia previa a la Constitución de 1961-la existencia de la dicotomía “exceso de poder-plena jurisdicción” en esos antecedentes (*Id.*, 4-5), que en su criterio habría sido superada por ese texto constitucional.

50 Véase entre otros, Torrealba Sánchez, *supra* nota 47, 103-123. A favor de mantener sin matizaciones la clasificación tomada del contencioso-administrativo francés (aunque la recepción es parcial puesto que la clasificación francesa incluye otras tipologías) estuvo Enrique Iribarren Monteverde, ¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?, 1 Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, 113-153 (1986). El análisis más detallado para desestimar tal posición, partiendo de la premisa de que para hablar de un contencioso de anulación y de un contencioso por exceso de poder en nuestro ordenamiento, primero habría que esclarecer a qué se refiere tal terminología y con qué propósito se planteaba, dadas nuestras diferencias en lo histórico, conceptual, organizativo y procedimental con el modelo francés originario, lo aportó en su oportunidad: Jesús Caballero Ortiz, Contencioso de plena jurisdicción y demás contra los entes públicos, 9-56 (Editorial Jurídica Venezolana, 1989). Más recientemente: 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*, en 147 Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 120-126 (2009). Incluso los autores que en algún momento emplearon tales términos han señalado que la clásica división entre anulación y plena jurisdicción ha quedado superada por la doctrina y jurisprudencia, al ampliarse el elenco de módulos procesales administrativos, hoy recibidos por la LOJCA [Jose Araujo Juárez, *La configuración constitucional del contencioso administrativo en Venezuela. Antecedentes, origen, evolución y consolidación*, en La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa, 36 (Víctor Rafael Hernández-Mendible dir., Editorial Jurídica Venezolana, 2012) y Allan Brewer-Carías, *Introducción general al régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, en Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 66 (Editorial Jurídica Venezolana, segunda ed., 2011)]. No obstante, hay que advertir que en Iberoamérica todavía se emplea con cierta frecuencia esta dualidad, sin que en la mayoría de los casos se señalen las necesarias matizaciones que habría que hacer en su adopción.

51 Cfr. Alberto Blanco-Urbe Quintero, La intervención adhesiva en el contencioso administrativo, 59-60, Revista de Derecho Público, 65 (Editorial Jurídica Venezolana, 1994).

52 Véanse al respecto en el Derecho Administrativo venezolano los recientes trabajos de, entre otros: Cosimina G. Pellegrino Pacera, *Algunas consideraciones sobre el procedimiento administrativo y el expediente administrativo*, en 64 Revista de la Facultad de Derecho

Recibidos los antecedentes, procedía el órgano judicial a pronunciarse sobre la admisión de la demanda, debiendo para ello revisar si esta no incurría en alguna de las causales de inadmisibilidad generales previstas en la LOCSJ (artículo 84) o en las específicas para el caso del juicio de nulidad de actos administrativos de efectos particulares (artículo 124)⁵³. La decisión, por tratarse de una sentencia interlocutoria que incluso podía tener fuerza de definitiva si declaraba inadmisibile la demanda, resultaba susceptible de apelación⁵⁴.

Admitida la demanda, se procedía a notificar a los interesados⁵⁵ para que se personaran en el proceso, como partes principales o terceros según el caso, dentro del respectivo plazo (artículo 125). Vencido este, solo a solicitud de parte se abría una fase probatoria (artículo 126), la cual, una vez concluida, daba lugar a la fijación de un acto de presentación de informes o conclusiones escritas que podían presentarse oralmente a solicitud de las partes (artículo 95). Es de hacer notar que tanto previa como posteriormente a ese acto, había una primera y segunda relación o estudio individual del caso (artículo 94).

Culminaba el trámite del juicio o recurso contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, con el pronunciamiento contentivo de la sentencia. Asunto que la LOCSJ regulaba escuetamente, pero aún así con mejor fortuna que el texto legal vigente, como se verá más adelante.

Expuesto brevemente el íter procesal de tramitación del “recurso contencioso administrativo de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares” en la LOCSJ, que no tuvo mayores cambios en la LOTSJ de 2004, procede ahora abordar la regulación legal vigente, contenida en la LOJCA. A tal fin, se comenzará por referir el argumento topográfico o de ubicación en el texto normativo, por cuanto es relevante en este caso.

2. Su ubicación en el “procedimiento común”

En efecto. La denominada ahora “demanda de nulidad de actos administrativos”

de la Universidad Católica Andrés Bello, 31-37 (2009); y *Otras consideraciones sobre el expediente administrativo*, en 6 Anuario de Derecho Público, 261-277 (Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, 2012); Jose Gregorio Silva Bocaney, *Anotaciones sobre las pruebas en el proceso administrativo (III)*, en Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Un balance a los tres años de vigencia, 55-82 (Fune-da, 2014); y, Cecilia Sosa Gómez, *Valor jurídico del expediente Administrativo*, en 5 Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano, 197-225 (2015).

53 Sobre el examen de las causales de inadmisibilidad de la LOCSJ y aspectos conexos, véase Torrealba Sánchez, *supra* nota 47, 140-234, así como la bibliografía allí citada.

54 Cfr. *Id.*, 213-217.

55 Asunto este de la legitimación que, al exigir un interés calificado (personal, legítimo y directo), revestía cierta complejidad y dio lugar a estudios doctrinarios y desarrollos jurisprudenciales, referidos en: *Id.*, 140-173, así como la bibliografía allí citada.

(artículos 23.5, 24.5, 25.3 y 76), -aunque la misma LOJCA vuelve a emplear en otras ocasiones el término recurso en los artículos 78 y 81, lo cual no es de extrañar dada la falta de rigor terminológico del texto legal, como ya hemos destacado en anteriores oportunidades⁵⁶- se ubica dentro del tercero de los procedimientos de primera instancia. Se trata del denominado “procedimiento común”, nombre curioso pues del texto legal no se infiere fácilmente la razón de su escogencia. No parece ser el común en el sentido de erigirse en el procedimiento ordinario, como hemos destacado en anterior oportunidad⁵⁷, ni tampoco en otro evidente⁵⁸.

Pero más importante aún, es que ese “procedimiento común” se basa, con algunos cambios menores -básicamente la inclusión de una suerte de audiencia de contestación de la demanda- en el esquema del juicio de nulidad de actos administrativos de efectos particulares descrito brevemente en el anterior sub-epígrafe⁵⁹. Lo cual pudiera justificarse parcialmente si solo se tratara de regular la tramitación de las pretensiones de nulidad de actos administrativos, pero al comprender también las “demandas de interpretación de textos legales de contenido administrativo” y las “controversias administrativas” (artículo 76 apartados 2 y 3 de la LOJCA), resulta absolutamente inidóneo para tal propósito, e inclusive un retroceso legal. Ello, habida cuenta de que ni las pretensiones

56 Miguel Ángel Torrealba Sánchez, La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano. España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela, 81 (CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, 2017). Publicado también como: Ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela) (Instituto Nacional de Administración Pública, 2017); Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *La enumeración de los entes y órganos sometidos al control contencioso-administrativo según el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (o cuando el Legislador sí se equivoca)*, en 10 Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 732-759 (2018).

57 Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Las demandas de contenido patrimonial*, en José Araujo-Juárez et al., Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 304-306 (Funeda, vol. II, 2011). Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (primera parte)*, en 128 Revista de Derecho Público, 218-221 (2011) En contra: Jorge Kiriakidis Longhi, El contencioso administrativo venezolano a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 48-52 (Funeda, segunda ed., 2013).

58 Aunque como luego se expondrá, en el caso de la acumulación de pretensiones de nulidad de actos administrativos y condena pecuniaria, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que se tramita por este procedimiento común, ha señalado también que el procedimiento de las demandas de contenido patrimonial de la LOJCA reemplaza al juicio ordinario de la legislación procesal civil. Véase por ejemplo la decisión Núm. 619 del 12/04/11.

59 Véase en el mismo sentido: Kiriakidis Longhi, *supra* nota 57, 216. Incluso se ha señalado que el procedimiento común tiene su inspiración conceptual en el proceso objetivo del recurso por exceso de poder francés. Véase: José Amando Mejía, *Las cuestiones e incidencias previas en el proceso administrativo y constitucional*, en El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales, 340, (Allan Brewer-Carías y Víctor Rafael Hernández-Mendible dirs., Editorial Jurídica Venezolana, 2011). Sobre ello se volverá más adelante.

de interpretación de textos legales, ni las que pueden plantearse aisladas o conjuntamente en una controversia administrativa, tienen demasiados elementos comunes con las de nulidad de actos administrativos⁶⁰.

Por tanto, el diseño procedimental de estas últimas pretensiones anulatorias, centradas en la revisión de los requisitos de forma y fondo del acto administrativo, inspirándose en el paradigma del contencioso de anulación, con independencia de su adaptabilidad o no a los actuales requerimientos de tutela judicial efectiva (asunto sobre el cual se volverá en el siguiente epígrafe), no resulta idóneo para aplicarse en el caso de pretensiones de tipo mero declarativo, constitutivo en cuanto a reconocimiento de derechos o potestades, y menos para el caso de las de condena a dar, hacer o no hacer⁶¹.

Esa es la principal objeción general al esquema regulatorio de la LOJCA en cuanto al cuestionablemente llamado “procedimiento común”. Pero además, existen otros asuntos de detalle que conviene destacar, en algunos casos comparando el régimen vigente con su antecesor. Ello pasa a hacerse de seguidas.

3. Principales –y limitadas– innovaciones en cuanto a la admisión, los antecedentes administrativos, las notificaciones-citaciones, la audiencia de juicio y la etapa probatoria.

Ya se anunció que el llamado “procedimiento común” de la LOJCA se basa en el diseño procesal contenido en la LOCSJ para el juicio de nulidad de actos administrativos de efectos particulares. Partiendo de tal premisa, y como complemento a lo expuesto en los capítulos precedentes, a continuación se expone la regulación vigente y se compara con el modelo previo, con el fin de esclarecer las diferencias y semejanzas, así como si fue o no superada la concepción original del “recurso contencioso administrativo”, anclada en el pretérito carácter revisor y objetivo que le caracterizó según la doctrina y jurisprudencia⁶², no tanto

60 De hecho, en criterio que no compartimos, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha llegado a afirmar, con posterioridad a la LOJCA, que la demanda de interpretación de textos legales de contenido administrativo *no* es un proceso contencioso por lo que no admite terceros (decisión 796 del 8/06/11). Siguiendo tal criterio, entonces cabe preguntarse cómo es posible que la ley establezca un proceso contencioso para su tramitación en el cual, incluso la falta de emisión de los carteles de notificación produce la nulidad del proceso según la misma Sala (decisión Núm. 41 del 24/01/13).

61 Ya lo destacamos previamente en: Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Consideraciones sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano*, en 43-44, Revista Aragonesa de Administración Pública, 474-475 (2014). Véase también la crítica a la asignación legal de procedimientos para las distintas pretensiones procesales de: Allan Brewer-Carías, *supra* nota 50, 67. Más recientemente: Daniela Urosa Maggi y Jose Ignacio Hernández G., *Las pretensiones procesales administrativas en el Derecho Venezolano*, en 1 Anuario Iberoamericano de Justicia Administrativa (2018).

62 En ese sentido, se señala que los antecedentes inmediatos de la demanda de nulidad

la legislación.

3.1. Presentación de la demanda

En este aspecto la vigente LOJCA establece pautas de forma más completa respecto al contenido de la demanda con relación a su antecedente, la LOCSJ. Ello es lógico si se considera que la primera es una ley enteramente procesal, destinada a regular única y exclusivamente el contencioso administrativo de forma integral, y no lo era la LOCSJ, que solo regía las competencias de la Sala Político-Administrativa de la CSJ, establecía algunos procedimientos para la tramitación de algunas pretensiones procesales administrativas, y transitoriamente organizaba a los otros tribunales contencioso-administrativos⁶³.

En efecto, el artículo 33 de las disposiciones generales aplicables a todo tipo de pretensiones (Título IV, Capítulo I), establece como requisitos formales de la demanda los usuales, atinentes a la identificación clara y precisa de los sujetos de la pretensión (partes procesales), objeto y causa. Es decir, de los elementos de la pretensión. No parece necesario ahondar al respecto pues es un asunto suficientemente tratado por la doctrina procesal en general⁶⁴. Y además, ha sido previamente estudiado los capítulos precedentes de esta obra.

3.2. Admisión y citaciones

Sí hay en la fase de admisión de la demanda un cambio en la legislación vigente en comparación con la LOCSJ. Nos referimos no tanto a las causales de inadmisibilidad, que si bien no son idénticas a las previstas en la legislación antecedente, se mantienen en general⁶⁵, y cuyo principal cambio sería la no inclusión de la legitimación, asunto que ya hemos comentado en anterior oportunidad⁶⁶.

de la LOJCA se encuentran en el recurso objetivo por exceso de poder, aunque luego se invocan los caracteres subjetivos de la primera. Véase: Rafael Badell Madrid, *La demanda de nulidad*, en XXXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar, Avances Jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela, 133 (Instituto de Estudios Jurídicos Ricardo Hernández Álvarez, 2013).

63 Como lo aclara Caballero Ortiz, *supra* nota 50, 15-16.

64 En todo caso, en la doctrina venezolana puede consultarse entre otros: Arístides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano* (Según el Nuevo Código de 1987), 107-115 (Editorial Arte, 1992).

65 Sobre las causales de inadmisibilidad en la vigente LOJCA, véase: Víctor Rafael Hernández-Mendible, *Las condiciones de admisibilidad de las demandas y el contenido del auto de admisión en el proceso administrativo*, en *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, *supra* nota 59, 267-304. Más recientemente: Carlos García Soto, *Notas acerca del pronunciamiento sobre la admisión de la demanda de nulidad en el contencioso administrativo*, en 71 *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 101-118 (2016-2017).

66 Véase: Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Problemas fundamentales del contencioso*

La modificación más trascendente ha sido la inclusión del Despacho subsanador o saneador, que coloca como deber procesal del juez contencioso administrativo el advertir al demandante de los defectos o deficiencias formales de su escrito libelar, asunto sobre el cual manifestamos en anterior ocasión nuestros reparos en lo que respecta a la redacción de los preceptos legales y a sus consiguientes dificultades interpretativas⁶⁷.

Por otra parte, en la citación de la parte demandada se han mantenido básicamente los criterios de la regulación de la LOCSJ, con algunos añadidos (artículos 125 de la LOCSJ y 78 de la LOJCA)⁶⁸. Así pues, admitida la demanda, se ordena la *notificación* de una serie de entidades o figuras subjetivas: 1) La representación del órgano que haya dictado el acto; 2) La Procuraduría General de la República y el Ministerio Público; y 3) Cualquier otra persona u órgano (la redacción incluye a los entes pero resulta redundante ya que se mencionó previamente a las personas) que deba ser llamado a la causa por imperativo legal o a criterio del órgano judicial (artículo 78 LOJCA).

Esas notificaciones deben realizarse mediante oficio entregado en la oficina receptora de la correspondencia de cada entidad (en la hipótesis de notificaciones a personas jurídicas, claro está), dejándose constancia de la persona (natural) que recibió la notificación (artículo 78 *in fine*).

Quizá lo más trascendente del asunto, es que la vigente Ley sigue refiriéndose a *notificaciones*, y no a *citaciones*, lo cual, aparte de demostrar la inercia legislativa respecto al modelo legal previo⁶⁹, parece resultar un contrasentido

administrativo venezolano en la actualidad, 83-91 (Funeda, 2013). Véase también, entre otros: José Luis Villegas Moreno, *La legitimación activa de los particulares en el proceso administrativo. Aproximación conceptual en ámbitos normativos y perspectiva ante la LOJCA*, en *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, *supra* nota 59, 165-184. Carlos Eduardo Herrera M, *Estado de Derecho, proceso y legitimación en la Justicia Constitucional venezolana*, en *Id.*, 213-218. Kiriakidis Longhi, *supra* nota 57, 56-59. La otra causal de importancia no incluida en la LOJCA es la del agotamiento de la vía administrativa, lo que es una consecuencia lógica de la interpretación jurisprudencial desarrollada en el año 2004, bastante discutible a nuestro entender, pero que quedó zanjada a partir de la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, en cuyo artículo 7 se eliminó la condición suspensiva establecida en hasta ese momento para la derogación de las norma que exigía tal agotamiento de forma obligatoria (artículo 93 de la LOPA). Véase al respecto Torrealba Sánchez, *supra* nota 47, 221-224.

67 Cfr. Torrealba Sánchez, *supra* nota 66, 91-100.

68 Sobre la legitimación pasiva en el proceso administrativo venezolano, pueden verse entre otros: Cosimina Pellegrino Pacera, *La representación judicial de los Poderes Públicos nacionales en el proceso administrativo y constitucional*, en *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, *supra* nota 59, 249-254. Michelle King Aldrey, *La legitimación pasiva en el proceso administrativo en Id.*, 219-232.

69 Específicamente al artículo 125 de la LOCSJ, puesto que el antecedente inmediato, a saber, el artículo 21 décimo primer aparte de la LOTSJ de 2004 se refería a "citación", asunto destacado por la doctrina (Brewer-Carías, *supra* nota 47, 246-247; King Aldrey, *supra* nota 68, 222). Hubo pues un retroceso legislativo en este asunto.

con el artículo 80 *eiusdem*, que establece el deber del Tribunal de ordenar también la notificación a los interesados mediante cartel, para su comparecencia en la audiencia de juicio con el fin de hacerse partes procesales, y en el caso del demandado, presentar su contestación. Este deber conlleva por otra parte, la carga procesal de los notificados para concurrir a la audiencia en cuestión, sea como partes o como interesados (entendemos que estos últimos como terceros coadyuvantes, pues todos los intervinientes son interesados dado que deben ostentar esa legitimación para estar en juicio según lo exige el artículo 29 *eiusdem*), conforme lo dispone el artículo 82. Se trata pues sin duda, de un llamamiento a juicio como manifestación de la garantía constitucional del Debido Proceso⁷⁰.

De ello cabe concluir que realmente no se trata de una *notificación*, sino de una verdadera *citación* -en la terminología procesal venezolana-, acto de comunicación procesal⁷¹ en el cual el órgano judicial pone en conocimiento de una de las partes no solo la ocurrencia de algún acto del proceso, sino la existencia de deberes y cargas procesales que deben cumplirse en los correspondientes plazos preclusivos mediante el apersonamiento y actuación del llamado a juicio (para empezar, la contestación de la demanda). Es por eso que se trata de un acto de comunicación que incluye un emplazamiento y que por tanto debe darse al inicio del íter procesal⁷².

Así lo ha entendido la doctrina⁷³, e inclusive, la práctica judicial de la Sala

70 En el caso del exceso de poder francés, justamente uno de los caracteres en su evolución que le han matizado su carácter originariamente objetivo ha sido la admisión de terceros en el proceso, lo que implica entonces una contienda entre partes (consúltese entre otros: Waline, *supra* nota 2, 682-683, y sobre la intervención de terceros en sus diversas modalidades -similares a las categorías al uso en el Derecho Procesal- en el contencioso francés, véase Chapus, *supra* nota 2, 776-789). Para la hipótesis de las demandas de nulidad reguladas en la LOJCA, el punto no dio lugar a dudas ya desde la vigencia de la LOCSJ, dado que la jurisprudencia [sentencia SPA de la CSJ caso Rómulo Villavicencio del 26/09/91, véase el texto en Allan Brewer-Carías y Luis Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso-administrativa (1991- 1996)*, 694-710 (Editorial Jurídica Venezolana, 1996)] admitió las distintas variedades de intervención de terceros, reenviando su régimen adjetivo al establecido en la legislación procesal civil (Véase: Torrealba Sánchez, *supra* nota 47, 149-156, así como la bibliografía allí citada). Posteriormente a la LOJCA, el criterio sigue vigente, como se comprueba por ejemplo en la decisión de la Sala Político-Administrativa Núm. 1.097 del 10/18/11.

71 Sobre los actos procesales de comunicación, véase en general: Hernaldo Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, 494-503 (Editorial Universidad, reimpresión de la tercera ed., 2004).

72 Véase al respecto, para el caso del proceso administrativo venezolano a partir de la LOJCA, entre otros: Ronarcy Guevara Martínez, *Entre la citación y la notificación*, en *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, *supra* nota 59, 321-336. Respecto al Derecho Procesal venezolano, véase entre otros: Rengel Romberg, *supra* nota 64, 227-231.

73 Inclusive, durante, la vigencia de la LOCSJ, la modalidad de emplazamiento por carteles era cuestionada por la doctrina. Cfr. entre otros: Araujo Juárez, *supra* nota 48, 486-487.

Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia⁷⁴.

De manera que debe entenderse entonces, en una interpretación correctiva del texto legal, que se trata de una verdadera *citación* de las partes y de los terceros interesados, quienes decidirán hacerse parte o actuar como coadyuvantes dependiendo de su condición. Y por ende, cada quien hará frente a la pretensión de acuerdo con su específica situación procesal.

3.3. *Solicitud y recepción de los antecedentes administrativos*

De conformidad con lo pautado en el artículo 79 de la LOJCA, con la notificación (*rectius*: citaciones), el tribunal ordenará la remisión del expediente administrativo o los antecedentes correspondientes, dentro de un plazo allí previsto. La omisión de tal deber procesal implica, aparte de la imposición de una multa, una serie de consecuencias procesales negativas para la Administración Pública. De ello se colige que se trata de un deber-carga para ésta, con importantes implicaciones probatorias, a pesar de que la Sala Político-Administrativa ha tendido a soslayar las implicaciones negativas de su incumplimiento procesal, ampliando las prerrogativas administrativas sin sustento legal y en detrimento de la igualdad y en última instancia del Debido Proceso⁷⁵.

La inclusión de esto evidencia la importancia que le otorga el texto normativo a los antecedentes o expediente administrativo, lo que puede justificarse para el caso de las pretensiones de nulidad de actos administrativos, pero no así en la hipótesis de la llamada “demanda de interpretación de textos legales”⁷⁶, ni tampoco en materia de controversias administrativas.

En efecto, en el caso de estas últimas “demandas”, destinadas a albergar otro tipo de pretensiones, no tiene sentido incluir de forma obligatoria la solicitud de unos antecedentes que incluso puede que no existan, y que de existir, no tendrán la importancia que ostentan en el supuesto de las pretensiones de nulidad.

Y es que en este último caso, el expediente administrativo, que debe recoger las diversas actuaciones que se dieron en la tramitación del procedimiento administrativo de formación del acto, será en muchas ocasiones de especial trascendencia para determinar la procedencia o no de la pretensión constitutiva

⁷⁴ La Sala Político-Administrativa ha señalado que a las notificaciones reguladas en el artículo 78 de la LOJCA le son aplicables las reglas de la citación del Código de Procedimiento Civil (decisión Núm. 1.069 del 03/18/11).

⁷⁵ Véase: Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Parte Final)*, en 129 Revista de Derecho Público, 275-278 (2012).

⁷⁶ Respecto de las cuales, ha llegado a afirmar la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que no se tramitan ante procesos contenciosos (decisión Núm. 796 del 08/06/11).

de nulidad interpuesta. Ello, toda vez que muchos de los vicios de nulidad o anulabilidad que pueden plantearse como *causa petendi* de la pretensión, tendrán como soporte probatorio el contenido (o la falta de este) del expediente administrativo. Así como por el hecho de que la conducta procesal que evidencie la falta de envío del expediente administrativo por parte de la Administración Pública que dictó el acto determina consecuencias procesales en su contra, al entenderse esta –reiterando lo ya señalado– como una carga procesal⁷⁷.

Se evidencia entonces, como ya se adelantó, que el llamado “procedimiento común” de la LOJCA, está concebido básicamente para la tramitación de pretensiones procesales de nulidad de actos administrativos, lo que no podía ser de otro modo si se toma en cuenta que su diseño se basa en el esquema del otrora “juicio de nulidad de actos administrativos” de la LOCSJ. Y por tanto, consideramos que queda igualmente demostrada su falta de idoneidad para la tramitación de pretensiones distintas a esta⁷⁸.

De tal suerte que en realidad no se está frente a un procedimiento “común”, sino ante un diseño procesal concebido para la tramitación de una pretensión específica (la constitutiva destinada a obtener la declaración de nulidad de actos administrativos), que sin razón aparente también debe emplearse para el trámite de otras⁷⁹.

Expuesto lo anterior, los artículos 80 y 81 de la LOJCA establecen las modalidades y plazos para la emisión, retiro, publicación y consignación del cartel de emplazamiento (y por tanto de citación y no de notificación) –como se describe en capítulos precedentes– imponiendo cargas procesales al demandante que por regla general acarrearán como sanción ante su falta de oportuno cumplimiento la terminación del proceso mediante una perención⁸⁰, impropriamente denominada –por partida doble– por la LOJCA “desistimiento del recurso”.

3.4. Audiencia de juicio

77 Cfr. Torrealba Sánchez, *supra* nota 47, 240-246. Más recientemente, entre otras, decisión de la SPA Núm. 1.707 del 07/12/11.

78 Ya lo sostuvimos en: Torrealba Sánchez, *supra* nota 47, 120-121.

79 Y es que la LOJCA, en lugar de partir de establecer un proceso ordinario y algunos especiales, mantuvo el esquema de la LOCSJ, en cuanto a fijar algunas vías procesales para determinadas pretensiones procesales administrativas. De allí que se ha señalado que la primera Ley: “...no se ha inspirado, explícitamente, un proceso administrativo ordinario para hipótesis generales. Sino que, por razones jurídico-materiales y por razones jurídico-procesales, se han creado un conjunto de procesos ordinarios para hipótesis especiales, diferenciados y catalogados, que tienen modulaciones adjetivas específicas y necesarias” (Amando Mejía, *supra* nota 59, 339-340). En nuestro criterio, la razón principal del mantenimiento de tal diseño procesal fue la inercia.

80 Una visión crítica de la aplicación de tales preceptos por los tribunales contencioso-administrativos puede verse en: Kiriakidis Longhi, *supra* nota 57, 73-75.

Una vez verificadas las citaciones⁸¹, los artículos 82 y 83 de la LOJCA establece la realización de una audiencia de juicio, denominación cuestionada por la doctrina⁸², dado que se trata de una oportunidad en la que la parte demandante se limita a reiterar lo ya planteado en su escrito libelar y la parte demandada en dar contestación a la demanda⁸³. No es tampoco una audiencia propia de un proceso oral, como también lo ha demostrado la doctrina⁸⁴.

Se trata entonces de un acto que se realiza oralmente, pero cuya trascendencia se limita a ser la oportunidad para la contestación de la demanda⁸⁵. Asunto que, además, no requería de oralidad, toda vez que ese acto suele ser escrito inclusive en los verdaderos procesos con audiencias. Incluso puede sostenerse que la oralidad en este caso no reviste mayor propósito, dado que se exige la presencia de un juez, pero este se va a limitar a escuchar los alegatos de las partes sin que haya interacción entre los sujetos procesales.

Esta afirmación puede ser corroborada a través del siguiente ejercicio hipotético: Si se elimina la audiencia de juicio y se sustituye por un acto o fase de contestación escrita de la demanda, el resultado será exactamente igual a los efectos que produce la realización de esa audiencia de juicio. Solo que si fuera una oportunidad para la contestación por escrito, el diseño procesal resultaría quizá más coherente, como se verá en el siguiente sub-epígrafe.

3.5. *Lapsos de pruebas*

Continuando con la última afirmación, la llamada audiencia de juicio del “procedimiento común” de la LOJCA, presenta una peculiaridad. Señala el artículo 83 *in fine*, que en esta “...las partes podrán promover sus medios de pruebas”.

No obstante, de seguidas el artículo 84, intitulado “lapso de pruebas”, dispone que dentro de los tres días de despacho siguientes a la audiencia de juicio, el tribunal admitirá las pruebas que correspondan y ordenará su evacuación en aquellos casos en que sea requerido, para lo cual establece un plazo de diez días

81 Respecto a los problemas interpretativos que podrían dar lugar las normas en cuanto a los lapsos de comparecencia de los interesados, puede verse: Víctor Rafael Hernández-Mendible, *El proceso administrativo por audiencias*, en Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, *supra* nota 50, 213-215.

82 Kiriakidis Longhi, *supra* nota 57, 75.

83 Sobre el potencial contenido de esa audiencia de juicio véase: Hernández-Mendible, *supra* nota 81, 216.

84 Cfr. Torrealba Sánchez, *supra* nota 66, 111-112; Hernández-Mendible, *supra* nota 81, 219-220; Ramón Alfredo Aguilar Camero, *La conciliación en el proceso contencioso administrativo*, en *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, *supra* nota 59, 695.

85 Así lo ha afirmado la propia Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en decisión 1.491 Núm. del 16/11/11.

de despacho, prorrogables. Y en el último apartado, establece que “...dentro de los tres días siguientes a la presentación de los escritos de pruebas, las partes podrán expresar si convienen en algún hecho u oponerse a las pruebas...” (en realidad, oponerse a la admisión de estas).

Varias interrogantes surgen de esta deficiente regulación, a saber:

Primero: Qué sentido tiene establecer que la promoción de las pruebas se realiza en la audiencia de juicio, si las fases probatorias siguientes se realizan luego, por escrito y fraccionadamente⁸⁶.

Segundo: Cómo puede haber una superposición de fases en el mismo lapso, a saber, la de admisión de las pruebas (dentro de los tres días de despacho siguientes a la celebración de la audiencia de juicio) y la de oposición a la admisión (dentro de los tres días siguientes a la presentación de los escritos de pruebas, que como ya se señaló se consignan justamente en la misma audiencia de juicio).

La primera interrogante tiene como única respuesta el hecho de que la LOJCA solo contiene remedos de oralidad, pero no la adoptó realmente, a pesar del correspondiente mandato constitucional (artículo 257) y de su recepción expresa como principio en el artículo 2 *eiusdem*.

La segunda, requiere de una interpretación correctiva de los preceptos, prescindiendo del elemento literal. Única forma de solventar la contradicción que se da en un mismo artículo, entre su inicio y su final. Debe pues entenderse, en virtud del principio jurídico y lógico del orden consecutivo de los lapsos procesales, que la fase de oposición a la admisión a las pruebas transcurre dentro de los tres días de despacho siguientes a la finalización de la llamada audiencia de juicio, y *transcurrido ese lapso*, es cuando comienza a contarse el de la admisión de las pruebas promovidas previamente. Es la manera de garantizar que el juez contencioso primero examine cualquier alegato de oposición a la admisión y luego proceda a pronunciarse, a la vez que permite a las partes ejercer su derecho a oponerse a la admisión de las pruebas de su contraparte⁸⁷, como manifestación de la garantía constitucional del Debido Proceso.

3.6. Informes

⁸⁶ Cuestionando la deficiente adopción de la oralidad en los procesos establecidos en la LOJCA, comenzando por la realización de las fases de pruebas de manera escrita, entre otros: Hernández-Mendible, *supra* nota 81, 193-194.

⁸⁷ La misma solución interpretativa propone José Gregorio Silva Bocaney, *Anotaciones sobre las pruebas en el proceso administrativo* en *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, *supra* nota 59, 393. Por su parte, Kiriakidis Longhi, *supra* nota 57, 77, advierte la contradicción legal pero entiende que se trata de tres días, tanto para que la contraparte se oponga a la admisión de alguna prueba como para que el órgano judicial admita. No compartimos tal solución, puesto que lo primero tiene que tener un lapso previo a lo segundo.

Dispone el artículo 85 de la LOJCA la presentación de los informes de manera oral –si así lo pide alguna de las partes– dentro de los cinco días siguientes a la conclusión del lapso de evacuación de pruebas, o si no hubiere tenido lugar este a la realización de la audiencia de juicio.

No parece haber mucho que comentar al respecto⁸⁸. Excepto que la presentación oral de estos informes no parece tener mucho sentido, toda vez que las siguientes fases del proceso, como las previas, son escritas. Se trata pues, de un acto de conclusiones muy similar al que regulaba el artículo 96 de la LOCSJ.

3.7. Tutela cautelar

En lo atinente a la tutela cautelar, el “procedimiento común” de la LOJCA no dispone nada particular. Así pues, hay que remitirse a la regulación general de las medidas cautelares en el mismo texto legal, asunto que ya hemos tratado en anterior oportunidad⁸⁹. En todo caso, aunque ya la suspensión de efectos del acto administrativo ha quedado como una medida más de todas aquellas que puede adoptar el juez contencioso administrativo (tanto anticipativas como conservativas) en virtud de su potestad cautelar general consagrada en el artículo 4, único aparte, de la LOJCA, sigue siendo la típica providencia que en muchos casos será la más acorde como pretensión cautelar accesoria de una pretensión constitutiva anulatoria de acto administrativo. Ello en el supuesto de que no se esté en presencia de una acumulación de pretensiones, asunto sobre el cual se volverá más adelante⁹⁰.

88 Véase en todo caso: Hernández-Mendible, *supra* nota 81, 218. Y para los aspectos procedimentales en la LOJCA: Kiriakidis Longhi, *supra*, nota 57, 175-181.

89 Miguel Ángel Torrealba Sánchez, La vía de hecho en Venezuela, 218-222 (Funeda, 2011).

90 Más recientemente, en materia de tutela cautelar en la LOJCA puede verse el análisis de Kiriakidis Longhi, *supra* nota 57, 181-203. A tal fin, cabe hacer referencia a la crítica que hace ese autor al requisito de procedencia de una solicitud de medida cautelar en cuanto a la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* y su vinculación con el mérito del asunto. En ese sentido, sostiene que su análisis debe versar únicamente sobre aspectos formales del escrito libelar, pues de otra forma implicará riesgo de adelanto de criterio por el juez toda vez que ese examen versará sobre el fondo del asunto (*Id.*, 188-191), de lo cual disintimos. No es esta la oportunidad para profundizar en el asunto, pero baste señalar que tal cuestionamiento ha sido abordado por la doctrina respectiva, comenzando por el clásico estudio de: Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, 77-87 (Santiago Sentís Melendo trad., Editorial Bibliográfica Argentina, 1945). Para el caso del proceso administrativo, entre otros: Eduardo García de Enterría, La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español (Editorial Civitas, S.A., segunda ed. ampliada, 1995). *in totum*; Chinchilla Marín, *supra* nota 45, 45-47. En el caso venezolano, entre otros: Luis Ortiz Álvarez, La protección cautelar en el Contencioso-administrativo, 423-471 (Editorial Sherwood, 1999). Víctor Rafael Hernández-Mendible, La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo, 24-25 (Editores Vadell Hermanos, 1998) y especialmente: Antonio Canova González, Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano, 307-316

3.8. Sentencia definitiva

Aunque resulte insólito, el Título IV, Capítulo II, Sección Cuarta, de la LOJCA, que regula el “procedimiento común”, no regula en modo alguno la sentencia que habrá de dictarse, salvo en lo que respecta a establecer el plazo para hacerlo (artículo 86). Pero en cuanto a lineamientos para dictarla, requisitos formales, contenido, efectos de la decisión, la ley nada dispone, como ya destacamos en anterior oportunidad⁹¹. Por ende, el asunto habrá de regularse tanto por las normas procesales generales, como por los Principios Generales del Derecho Procesal.

La insuficiencia regulatoria descrita apareja, aparte de una serie de consecuencias en materia de demandas de nulidad de actos administrativos -al ni siquiera mantener el régimen derogado- sobre las cuales se volverá más adelante, una demostración adicional en relación con la hipótesis que hemos planteado previamente. A saber, la improvisación, premura y falta de reflexión que privó en la elaboración del texto que terminó convirtiéndose en ley⁹².

Únicamente ello puede explicar que en un procedimiento aplicable no solo a las pretensiones de nulidad de actos administrativos, sino a las de interpretación de textos legales y controversias administrativas, nada se haya dispuesto respecto a los diversos tipos de sentencia y sus efectos jurídico-procesales y jurídico-materiales para cada clase de pretensiones⁹³. Así pues, ello parece apuntalar aún más la impresión de que el “procedimiento común” resultó ser una especie de cajón de sastre en el cual se incluyeron, aparte de las pretensiones tradicionalmente denominadas “contencioso de anulación”, otras menos usuales como las de controversias administrativas, y aún aquellas creadas originariamente por la jurisprudencia contencioso-administrativa con una precaria base legal, a saber, las de interpretación de textos legales.

Como puede verse, es justamente en uno de los asuntos de mayor importancia y que más han dado lugar a la evolución doctrinaria en el exceso de poder francés, como lo es el de los poderes del juez en la sentencia definitiva, en donde más se nota la deficiencia del régimen contenido en la LOJCA.

(Caracas, Editorial Sherwood, 1998). Consúltese igualmente, ya enfocado en la regulación de la LOJCA: Alejandro Canónico Sarabia, *Nueva regulación y tratamiento jurisprudencial sobre la tutela cautelar en el contencioso administrativo*, en Actualidad del contencioso administrativo y otros mecanismos de control del Poder Público. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013, 594-598 (Alejandro Canónico Sarabia comp., Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Adiestramiento Jurídico, 2013)

91 Torrealba Sánchez, *supra* nota 61, 271-272. Véase también sobre el contenido de las sentencias constitutivas, entre otros: Víctor Rafael Hernández-Mendible, *La ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano*, en 20 años de FUNEDA y el contencioso administrativo, 128-129 (Funeda, vol. II, 2015).

92 Torrealba Sánchez, *supra* nota 66, 102-107 y 120-121.

93 Respecto a estos efectos, véase Torrealba Sánchez, *supra* nota 61, 85-93, así como la bibliografía allí citada.

Así pues, luce conveniente incluir un epígrafe adicional en el cual se vuelva sobre los principales problemas interpretativos que genera el procedimiento común en lo atinente a la tramitación de las demandas de nulidad de actos administrativos, con una sucinta referencia comparatista respecto al actual régimen francés del contencioso de anulación. Ello con el propósito de revisar cuál es la situación legal venezolana y si sus problemas han encontrado solución en el modelo original y sus sucesivas evoluciones, lo que pasa a hacerse de seguidas.

IV. PROBLEMAS PRIMORDIALES QUE PLANTEA EL RÉGIMEN DE LA DEMANDA DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LOJCA Y SUS PUNTOS DE VINCULACIÓN CON EL CONTENCIOSO DE ANULACIÓN FRANCÉS. PRETENSIONES Y SENTENCIAS

1. Acumulación de pretensiones de anulación con otras de condena: “Exceso de poder-Plena jurisdicción”. ¿Regreso parcial del recurso paralelo?

El primero de los asuntos al cual consideramos necesario abordar con más detalle en este sub-epígrafe es el de las pretensiones que pueden acumularse en la demanda de nulidad de actos administrativos de la LOJCA. La doctrina lo notó prontamente⁹⁴, y ciertamente su importancia práctica es tal que la propia Sala Político-Administrativa del TSJ, tan proclive a no establecer criterios en sus decisiones con el fin de no autovincularse para futuros casos, se vio obligada a pronunciarse al respecto⁹⁵. Aunque esta última, como acostumbra, luego ha emitido decisiones en que parece desdecirse o al menos establecer excepciones respecto de sus previos fallos⁹⁶.

El problema se plantea porque el artículo 76 de la LOJCA, al referirse a las pretensiones que pueden plantearse en el procedimiento común, se refiere en su primer apartado a la nulidad de actos administrativos de efectos particulares y generales⁹⁷. Y al no tener la LOJCA una norma equivalente al artículo 131 de la

94 Brewer-Carías, *supra* nota 50, 138-142; Jorge Luis Suárez Mejías, *La acumulación de pretensiones de nulidad y condena en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, en *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, *supra* nota 50, 577-587. Daniela Urosa Maggi, *Las pretensiones procesales en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, en Araujo-Juárez *et al.*, *supra* nota 57, 222-223. Torrealba Sánchez, *supra* nota 66, 120; Badell Madrid, *supra* nota 62, 134, aunque este autor continúa usando la terminología francesa de “pretensiones de condena propias de la plena jurisdicción”. Más recientemente: Urosa Maggi y Hernández G., *supra* nota 61, 3.

95 Véase por ejemplo la decisión Núm. 398 del 27/09/16.

96 Cfr. la crítica doctrinaria de Urosa Maggi y Hernández G., *supra* nota 61, 4.

97 Hemos cuestionado la persistencia de esa terminología en: Miguel Ángel Torrealba

LOCSJ, que permitía la acumulación de pretensiones constitutivas de nulidad de actos administrativos con las de condena al pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios originados en la actividad administrativa, en este caso, en la ejecución de un acto administrativo antijurídico, así como en general el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas, genera la duda acerca de si es posible la acumulación, y sobre todo, bajo qué modalidades.

Al plantearse la doctrina si esa omisión legal implicaba la imposibilidad de acumular pretensiones de nulidad y condena en una misma demanda, la respuesta fue lógicamente negativa, partiendo de que los lineamientos constitucionales de tutela judicial efectiva y universalidad del control y tutela judicial contencioso administrativo resultan bastante categóricos al respecto. Sobre todo, a la luz de la contundente redacción del artículo 259 de la Constitución, basada en su antecedente de la Constitución de 1961, el artículo 206.

No obstante, vista la regulación actual, y retomando parcialmente pero bajo otro enfoque controversias doctrinarias ya superadas, parece necesario buscar alguna explicación a esta segmentación de las demandas de nulidad. Ello, más allá del hecho de que la inercia y el continuismo privaron en la configuración de la LOJCA, partiendo de su antecedente, la LOCSJ. Y en estos términos, pudiera resultar ilustrativo revisar si en el esquema francés actual, esta dualidad de anulación-plena jurisdicción sigue siendo una dicotomía, no solo en lo conceptual (ya quedó aclarado que no lo es del todo), sino en lo procesal. Veamos ello – sucintamente- a continuación.

El recurso “por exceso de poder” ha pasado de su original naturaleza subsidiaria a ser el emblema del contencioso administrativo francés⁹⁸, aunque como ya se señaló, hasta cierto punto tiende a aproximarse al contencioso de plena jurisdicción⁹⁹.

Concebido como un recurso objetivo “en interés de la Ley”, con el fin de hacer prevalecer el Derecho, se entiende entonces que no es un proceso entre partes sino un juicio a un acto administrativo¹⁰⁰. A su vez, se trata de poner en

Sánchez, *El ámbito objetivo de aplicación del control de la jurisdicción contencioso administrativa a la luz de la obra de José Araujo-Juárez Luces y sombras del artículo 8 de la LOJCA*, en *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia*, Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez, 653-657 (Víctor Rafael Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno comps., Cidep, 2018). Véase también la bibliografía allí citada. Puede consultarse también recientemente en general sobre el asunto: Víctor Rafael Hernández-Mendible, *Los actos administrativos: Generales e individuales*, en *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, *supra* nota 50, 109-111

98 Abierto frente a todas las decisiones ejecutorias, en términos de Waline, *supra* nota 2, 679.

99 Morand Deviller, *supra* nota 2, 701-702. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha sido determinante en ello, destacan Courrégés y Daël, *supra* nota 15, 83.

100 Morand Deviller, *supra* nota 2, 701; Waline, *supra* nota 2, 682, aunque esto queda ate-

manos del ciudadano un medio eficaz para el control de la legalidad de los actos administrativos, prueba de lo cual es la flexibilidad de las condiciones de admisibilidad y las causales de nulidad que pueden invocarse¹⁰¹.

Es así que en tal recurso contencioso administrativo, además de contener todos los requisitos formales propios de la demanda (identificación de la parte, objeto, fundamentos jurídicos y fácticos), esta debe presentarse con copia del acto cuestionado. La admisibilidad se vincula con el examen de la capacidad, cualidad e interés del demandante, la naturaleza del acto atacado (si es susceptible de ello) y los plazos¹⁰².

Por otra parte, la jurisprudencia permite la interposición del recurso para obtener la anulación de una decisión de índole pecuniaria que afecte al recurrente¹⁰³. Con ello, se modula la tradicional separación entre ambos contenciosos, toda vez que siendo el fin del requirente la obtención de una suma de dinero, aun así se admite el contencioso de anulación y no se impone el de plena jurisdicción, más oneroso y formalista y que devendría en obstáculo en la hipótesis de reclamos por cantidades mínimas¹⁰⁴. Este es el ámbito natural en el caso de reclamos pecuniarios en materia de función pública (v.g. anulación de un acto sancionador que a su vez ha generado consecuencias dañosas), pero también aplica incluso frente a controversias atinentes a pagos de subvenciones a personas privadas, y más recientemente, asimismo a cuestiones vinculadas con obligaciones laborales dinerarias de entes públicos, incluyendo la petición de conminación a hacer los pagos¹⁰⁵.

En ese sentido, empleando términos propios del Derecho Procesal, en cuanto al contenido de las pretensiones planteadas en el recurso, un asunto vinculado con esto se refiere a la causal de inadmisibilidad del recurso paralelo. O en términos inversos, la ausencia de recurso paralelo para no obstaculizar la admisión de la demanda. Ello implica que no debe existir otro recurso jurisdiccional ante el juez administrativo u ordinario que le permita al recurrente obtener el mismo resultado¹⁰⁶.

El fundamento de esta prohibición de existencia de recurso paralelo descansa en que no debe haber simultáneamente dos vías contenciosas a disposición del

nuado como se evidencia más adelante.

101 Cfr. Morand Deviller, *supra* nota 2, 703.

102 *Id.*, 703-706. Véase asimismo al respecto: Courrégés y Daël, *supra*, nota 15, 171-191; Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 313-325; Chapus, *supra* nota 2, 509-518.

103 Morand Deviller, *supra* nota 2, 706. Véase también: Chapus, *supra* nota 2, 744-747.

104 Morand Deviller, *supra* nota 2, 706. Véase también: Frier y Petit, *supra*, nota 14, 505-506.

105 Morand Deviller, *supra* nota 2, 706. Con detalle: Chapus, *supra* nota 2, 701-702.

106 Morand Deviller, *supra* nota 2, p. 706. Cabe recordar el original carácter “subsidiario” del exceso de poder. Sobre el recurso paralelo véase también, entre otros: Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 287 núm. 609.

recurrente, aunque ella ha sido objeto de sucesivas atenuaciones que actualmente restringen de forma considerable su aplicación¹⁰⁷. A lo anterior cabe agregar que hoy en día se entiende que este impedimento solo opera ante la hipótesis de que la vía alterna ofrezca una satisfacción igualmente integral al demandante que la que pone a su disposición el exceso de poder¹⁰⁸.

Esa es resumidamente la situación actual del régimen del contencioso de poder y la posible acumulación de pretensiones distintas a la simple declaración de nulidad del acto administrativo. Una regla general que admite matizaciones en diversos aspectos.

En el caso venezolano, el artículo 124.3 de la LOCSJ contemplaba como causal de inadmisibilidad del juicio de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, la existencia de recurso paralelo¹⁰⁹. Muy posiblemente como consecuencia de la adopción de la noción francesa del “exceso de poder”. A partir de la LOTSJ de 2004, y luego en la LOJCA, esa causal de inadmisibilidad no persiste. Pero el hecho de que la misma Ley, como ya se señaló, se refiera únicamente a las pretensiones de nulidad de actos administrativos, implica el riesgo de que surja una tesis que sostenga que únicamente pretensiones de esta índole pueden plantearse por esta vía, so pena de declarar la inadmisibilidad de la demanda¹¹⁰, aunque hasta ahora no ha sido el caso¹¹¹.

El segundo sub-epígrafe, que es una derivación lógica y jurídica de este, es el del contenido de la sentencia en la demanda de nulidad de la LOJCA.

2. La sentencia

Si ya el hecho de que el procedimiento “común” de la LOJCA se refiriera como posibles pretensiones a ventilarse en este a las demandas de nulidad de actos administrativos, sin aludir a la potencial acumulación de pretensiones de otra índole, constituye un retroceso incluso en el plano del Derecho positivo

107 Véase por ejemplo: Waline, *supra* nota 2, 688.

108 *Id.*, 689.

109 Véase un ejemplo de su tratamiento jurisprudencial en: Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa (1961-1996)*, 536-542 (Editorial Jurídica Venezolana, 1996).

110 Hay algunas tendencias jurisprudenciales que parecen apuntar a ello. Por ejemplo, la reviviscencia de una especie de teoría de los “actos separables” en materia de pretensiones frente a actos administrativos en procedimientos de contratación pública también de rai-gambre francesa. Sobre el punto puede verse el -a nuestro modo de ver- cuestionable desarrollo jurisprudencial del asunto luego de la LOJCA, en: Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *Las actuaciones bilaterales: Los contratos públicos y los convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, en La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *supra* nota 50, 251-254.

111 Hasta donde llega nuestro conocimiento, salvo lo planteado por Urosa Maggi y Hernández G., *supra* nota 61, 3.

venezolano, es quizá en el contenido de la sentencia en donde se nota más la ausencia regulatoria.

En efecto, como ya se puso de relieve, la LOJCA no contiene previsión en este asunto, salvo una mera referencia respecto al procedimiento breve del cual nos ocupamos en otra oportunidad¹¹². En el caso del procedimiento común, nada estatuye, lo que ni siquiera se solventa -siquiera parcialmente como es el caso de otro tipo de pretensiones- con el régimen de ejecución de la sentencia contenido en su Título IV, Capítulo VI¹¹³.

2.1. Carencia de regulación de sus potenciales mandatos. Alcance de la potestad de sustitución declarativa. El exceso de poder y el “juicio al acto”. La posible matización de la dicotomía nulidad absoluta-relativa y los consiguientes efectos ex tunc o ex nunc, inspirada tanto en la situación actual en Francia como en el marco regulatorio venezolano

En efecto, a diferencia de otras recientes leyes procesales administrativas iberoamericanas¹¹⁴, la LOJCA nada aporta respecto al alcance y límites de la potestad de sustitución declarativa en la sentencia que declara procedente una pretensión de nulidad de un acto administrativo. Asuntos tales como los efectos temporales de la decisión (retroactivos o no respecto a la anulación), el límite del control de los elementos discrecionales del acto administrativo, los marcos de la intervención del juez en la actividad administrativa formal (potestades o no de reposición del procedimiento, reforma o reemplazo del acto administrativo anulado), ente otras, no son abordadas legalmente.

Frente a tal vacío, una primera solución sería apegarse al modelo clásico del contencioso de anulación. Específicamente al exceso de poder en su concepción originaria, y entender que frente a la declaración de nulidad de un acto administrativo el efecto automático sería su expulsión del ordenamiento jurídico, teniéndose al mismo como inexistente y por consiguiente como si nunca hubiera producido efecto alguno. Efecto retroactivo o *ex tunc* que calzaría con el original prototipo anulatorio francés.

No obstante, nos inclinamos por una tesis más flexible y pragmática. A saber, la posibilidad de que sea el juez –dado que la ley no lo hizo y ni siquiera estableció lineamientos- quien determine los efectos de la sentencia anulatoria de un acto administrativo, respetando los principios generales del Derecho Administrativo y

¹¹² Torrealba Sánchez, *supra* nota 89, 231.

¹¹³ Véase al respecto: Torrealba Sánchez, *supra* nota 61, 476-477; Torrealba Sánchez, *supra* nota 56, p. 271-278, así como la bibliografía allí citada.

¹¹⁴ Véase *Id.*, 259-378. Más recientemente puede verse la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Salvadoreña, que entró en vigencia en 2018.

Procesal, y por supuesto, la posición constitucional de la rama Judicial del Poder Público frente al Ejecutivo.

Cuatro al menos son las razones que abonan a favor de esta tesis:

Primero: Ya era la tendencia legislativa antes de la LOJCA (artículos 119 y 131 de la LOCSJ y 21.17 de la LOTSJ de 2004), y si esta la abandonó no fue por una intención deliberada, sino por las carencias estructurales y formales que presenta.

Segundo: Luce aconsejable que no en todos los casos una sentencia anulatoria produzca efectos retroactivos. Piénsese por ejemplo en la anulación de un reglamento, o de un acto general que ha generado un conjunto de situaciones jurídicas consolidadas frente a terceros, incluso respecto a una colectividad. En tales hipótesis, hay que ponderar las consecuencias extremas de pretender erradicar de raíz una ilegalidad del ordenamiento jurídico con el necesario respeto a tales situaciones. Ello tanto por razones de seguridad jurídica y de salvaguarda de los derechos y expectativas de terceros, como eventualmente en atención a que el interés general así lo aconseje. Esto último porque quizá el vacío normativo termine resultando peor que la ilegalidad.

Tercero: Sostiene un sector de la doctrina -incluso la nacional-¹¹⁵ la tesis compartida por nosotros, de que la distinción entre nulidades absolutas o de pleno derecho y nulidades relativas o anulabilidades, si bien encuentra asidero en la doctrina del procedimiento administrativo, tiene su ámbito de aplicación natural en este, tanto en lo conceptual como respecto a sus consecuencias. De allí que somos del criterio de que tal dualidad y sus efectos (nulidad absoluta-reconocimiento *ex tunc* y nulidad relativa-declaración *ex nunc*), no obstante ser una guía a considerar por el juez contencioso administrativo, no lo vincularán al punto de impedirle llegar a soluciones distintas según el caso concreto lo amerite.

Cuarto: Dar amplias -no ilimitadas- potestades al juez contencioso al momento de determinar o matizar los efectos de una decisión anulatoria parece ser la tendencia en el Derecho Comparado. No solo en el caso iberoamericano¹¹⁶. Lo es también en el actual contencioso administrativo francés como ya quedó evidenciado previamente. Con mayor énfasis a partir de su Código de Justicia Administrativa de 2000.

En fin. No se está proponiendo nada distinto a la situación real del contencioso administrativo venezolano hasta la entrada en vigencia de la LOCSJ, y hasta donde tengamos conocimiento la solución planteada no encontró mayores

115 Cfr. Gustavo Urdaneta Troconis, Gustavo, *Los motivos de impugnación en la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana en las últimas tres décadas*, en Derecho Contencioso Administrativo, *supra* nota 49, 13-114 y 162; Víctor Rafael Hernández-Mendible, Estudio jurisprudencial de las nulidades, potestades de la Administración y poderes del juez en el Derecho Administrativo (1930-2016), 115-117 (Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2017).

116 Cfr. Torrealba Sánchez, *supra* nota 56, 298-305.

objeciones doctrinarias ni prácticas¹¹⁷. Y si no hay ejemplos recientes de ello, es

¹¹⁷ En contra: Gustavo Linares Benzo, *Ex Tunc: toda nulidad es retroactiva. La derogatoria de la potestad del juez contencioso de “determinar los efectos de la decisión en el tiempo”*, en 135 Revista de Derecho Público, 219-230 (2013). El autor parte de la hipótesis de que la eliminación en la LOJCA de un precepto similar al artículo 132 de la LOCSJ fue intencional, puesto que se encontraba en el texto de la primera discusión del texto normativo, por lo que el cambio tiene que ser tomado en cuenta. Disentimos de ese punto de partida, toda vez que el proceso de discusión de la LOJCA fue bastante irregular, al punto de que bien puede sostenerse la tesis de la nulidad íntegra de tal instrumento por contravención al marco constitucional y legal durante su proceso de formación, como señalamos en: Torrealba Sánchez, *supra*, nota 66, 102-107, así como la bibliografía allí citada, especialmente: Víctor Rafael Hernández-Mendible, *El Recurso Especial de Juridicidad, motivo de nueva batalla entre la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa*, en Araujo-Juárez et al., *supra* nota 57, 403-404. En todo caso, Linares Benzo se aparta de la línea ortodoxa de la doctrina del acto administrativo según la cual habría de concluir en que la declaración de nulidad absoluta o de pleno derecho implicaría el efecto retroactivo y la de nulidad relativa o anulabilidad no, para sostener que *toda* nulidad declarada judicialmente ha de ser retroactiva. Para ello argumenta: “Nadie discute que la convalidación tiene efectos retroactivos, ex tunc. Ese criterio es clave para el asunto que nos ha venido ocupando, la eficacia temporal de las sentencias de nulidad y específicamente los efectos de la declaratoria de nulidad relativa. En efecto, el derecho positivo declara expresamente que sólo son convalidables los actos anulables, no los afectados de nulidad absoluta (...) Pero como convalidar es dar efectos a lo que de otra manera no los tendría, debe concluirse también que lo no convalidado no produce efectos. Por esta vía habría que dar la razón a la solución civilista de que la declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos, ex tunc, en ambos casos, por nulidad relativa o por nulidad absoluta, porque obviamente se anula solamente lo no convalidado. Si se concluyera con la mayoría doctrinal venezolana que la nulidad relativa sólo tiene efectos ex nunc, hacia el futuro, la convalidación no tendría sentido. En otras palabras, la convalidación sería inútil, sería en realidad la emisión de un nuevo acto”. Debemos discrepar de la respetable tesis parcialmente transcrita, toda vez que—si la hemos entendido bien— el autor no estaría tomando suficientemente en consideración, entre otros asuntos: 1) Que la pretensión de nulidad de un acto administrativo viciado de nulidad relativa o anulabilidad se interpone justamente ante la hipótesis de que *no* se haya verificado su convalidación en sede administrativa; 2) Que la convalidación es propia del ámbito administrativo y no jurisdiccional, por lo que una vez declarada judicialmente la anulación, la primera no procede ni puede influir en los efectos de la sentencia; 3) Que —aunque aquí entramos en terreno fértil para las controversias doctrinales— la convalidación puede implicar el dictado de un nuevo acto que enmienda los vicios del original, pero que se distingue del simple reemplazo del acto viciado de anulabilidad por uno enteramente nuevo en que el segundo entra a formar parte del primero, completándolo si se quiere, y de allí su retroactividad; 4) Que llevar a sus últimos extremos su tesis implica sostener que también en vía administrativa —e incluso con más razón— la única consecuencia posible respecto a los efectos temporales de la anulación de un acto administrativo habrá de ser *siempre* su retroactividad, soslayándose así una de las principales consecuencias de la distinción entre las nulidades absolutas y relativas en el ámbito administrativo, que es donde esta tiene su operatividad. E incluso prescindiendo de tal distinción teórica, sin reparar en las implicaciones prácticas de cada caso concreto (contrariamente a lo planteado en nuestro Derecho Administrativo, entre otros, por José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General. Acto y contrato administrativo*, 173 (Ediciones Paredes, 2011). Y cabe recordar que en Derecho Administrativo la regla es la anulabilidad y no la nulidad absoluta, por lo que esta última debe estar legalmente tipificada, sobre la base de los principios de seguridad jurídica y eficacia administrativa (Cfr. entre otros: Muñoz Machado, *supra* nota 3, 170-177).

probable que parte de su causa radique en el escasísimo número de sentencias anulatorias que dictan los tribunales contencioso-administrativos venezolanos en la actualidad¹¹⁸. Y aquí se entra en el tema de la idoneidad profesional y ética del juez contencioso, asunto que excede el objeto de estas páginas y al que se ha hecho somera referencia en otras ocasiones¹¹⁹.

Respecto a la sustitución judicial declarativa, sus límites se encuentran en los principios de congruencia procesal y en la posición constitucional del juez contencioso frente a la Administración Pública. Asunto debatido por la doctrina y que no viene al caso reiterar¹²⁰, salvo para recordar que la sustitución plena solo podrá tener cabida en aquellas hipótesis en que frente a la actividad administrativa formal solo exista una única solución conforme a Derecho, toda vez que el juez es un operador jurídico y no político. Viene aquí a colación el debatido tema del control judicial y la discrecionalidad administrativa¹²¹. En los demás supuestos, que serán la mayoría, el juez podrá dictar lineamientos en el fallo de mérito, que habrá de complementar de ser requerido en la fase de ejecución de la sentencia.

2.2. Ausencia de regulación de su ejecución forzada. Alcance de la potestad de sustitución ejecutiva. Remisión a la teoría general del proceso

118 Véase al respecto: Antonio Canova González, *Perspectivas del contencioso-administrativo venezolano*, en *El contencioso-administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, 17-60 (Antonio Canova González et al., Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2009); y del mismo autor: *La realidad del contencioso-administrativo venezolano. Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008* (Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2009); José Ignacio Hernández G., *La interpretación jurisprudencial del primer año de aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, ponencia presentada en el Seminario sobre la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa organizado por FUNEDA y realizado en la ciudad de Caracas el 10 de junio de 2011; Daniela Urosa M. y José Ignacio Hernández G., *El estado actual de la Justicia Administrativa en Venezuela*, en *Justicia Administrativa*, Serie Primera, t. III, 39-40 (Fundación Estudios de Derecho Administrativo-Universidad Metropolitana, 2012); Henrique Iribarren Monteverde, *El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho Público Venezolano*, 114,173 (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2013); Jorge Kiriakidis, *El amparo constitucional contra los entes de la Administración Pública. (Cifras 2007 al primer semestre de 2011) de la Sala Constitucional y de las Cortes Contencioso-administrativas*, en *Crisis de la Función Judicial*, Tomo IX, 31-43 (Fundación Estudios de Derecho Administrativo-Universidad Metropolitana, 2012). Más recientemente: Antonio Canova González et al., *El TSJ al servicio de la Revolución*, 121-182 (Editorial Galipán, 2014).

119 Torrealba Sánchez, *supra* nota 66, 193-201. Para el caso español pueden verse por ejemplo los interesantes reflexiones de: Francisco González Navarro, *Derecho Administrativo español*, vol. I, 108-131 (EUNSA S.A, segunda ed., primera reimpresión, 1995).

120 En todo caso, un panorama de ello en: Torrealba Sánchez, *supra* nota 56, 118-137, así como la bibliografía allí citada.

121 Cfr. un resumen del tratamiento del asunto en la doctrina iberoamericana, en: *Id.*, 135-180.

Resta hacer referencia a la potestad de sustitución ejecutiva. Es decir, al poder del juez de ejecutar la sentencia por sí o a través de terceros ante la reticencia o renuncia de la parte perdedora, en el caso que nos ocupa, en el juicio contentivo de la demanda de nulidad de actos emanados de la Administración Pública¹²².

Tratándose de una actividad formal, los límites para la procedencia de esta ejecución sustitutiva ya han sido referidos. A saber, la congruencia entre la pretensión planteada y el contenido de la decisión y el llamado “núcleo” de la discrecionalidad, o quizá con más precisión: la discrecionalidad administrativa propiamente dicha.

Mas si con la pretensión anulatoria no se garantiza el cabal restablecimiento de la situación jurídica subjetiva vulnerada por la ejecución previa del acto administrativo declarado nulo, porque se requiera la materialización de mandatos judiciales que enerven o retrotraigan los actos consecuenciales del acto administrativo en cuestión, lo cual es bastante común, entonces –de acuerdo con lo pedido en las respectivas pretensiones- habrán de seguirse los principios y lineamientos que guían a la sustitución judicial ejecutiva frente a la actividad material¹²³ o inactividad administrativa¹²⁴, según corresponda. Piénsese, por ejemplo, en un acto administrativo sancionador que haya aparejado los consiguientes efectos perjudiciales para la esfera jurídico-subjetiva del destinatario.

Lamentablemente la LOJCA no aporta un ápice de directrices al respecto, por lo que habrá de acudir supletoriamente a la regulación procesal civil y a los principios de la Teoría General del Proceso. Y también, a la jurisprudencia contencioso administrativa surgida durante las últimas décadas del pasado siglo¹²⁵.

V. CONCLUSIONES

En el caso del contencioso administrativo francés, no se ha producido -como en algún momento se planteó- la desaparición del recurso por exceso de poder. Lo anterior, toda vez que al juez de este se le han dado mayores potestades, aunque aún limitadas, estando todavía proscrita la posibilidad de reformar actos administrativos, sancionar la contumacia de la Administración Pública u ordenar directamente y como regla general, el pago indemnizaciones.

122 Sobre tal instituto véase: *Id.*, 118, así como la bibliografía allí citada.

123 Cfr. *Id.*, 236-240.

124 Cfr. *Id.*, 202-212, así como la bibliografía allí citada. Especialmente: Daniela Urosa Maggi, Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano (Funeda, 2003).

125 Véase: Brewer-Carías y Ortiz Álvarez, *supra* nota 70, 960-1035.

De allí que se señala que este recurso:

“...conserva su misión primera de hacer respetar el derecho objetivo, un simple interés para actuar es suficiente para promoverlo y su anulación tiene un efecto absoluto de cosa juzgada”¹²⁶.

No obstante, el debate sobre la justificación de mantener la dualidad: contencioso de plena jurisdicción-contencioso de anulación (exceso de poder) sigue vigente¹²⁷. Y en todo caso, la originaria dicotomía ha perdido buena parte de sus extremos caracteres definidores. Así por ejemplo, es difícil sostener que en el caso del contencioso de anulación, únicamente se tutela la legalidad objetiva, si se toma en cuenta que hoy en día es un proceso en el que también se defienden derechos e intereses de las partes involucradas.

Si a eso se le agrega la posibilidad que tiene el juez contencioso en el recurso de anulación, de imponer órdenes a la Administración Pública y de incluso condenar a esta a realizar prestaciones de dar o hacer en orden a restablecer situaciones jurídicas infringidas, hipótesis admisibles en algunos casos, se deduce que la dicotomía que tuvo en su origen el contencioso de anulación respecto al de plena jurisdicción, ya no es tal.

Empero, se mantienen las categorías, pero en continua adaptación, e incluso en algunos supuestos reformulación¹²⁸. Los cambios no son espectaculares ni radicales, pues priva la medida y el sentido de dar continuidad a una tradición sin

126 Morand-Deville, *supra* nota 2, 702-703.

127 Cfr. por ejemplo: Waline, *supra* nota 2, 751-752.

128 Tal parece que ambos contenciosos habrán de seguir teniendo su propia individualidad, aunque cada vez con más conexiones. En ese sentido, vale la pena transcribir la siguiente opinión: “...a la hora actual una cuestión de naturaleza hace evolucionar a la justicia administrativa, pero susceptible de provocar serias controversias: ¿Continúa teniendo fundamento conservar la distinción entre el recurso contencioso de plena jurisdicción y el de exceso de poder? El recurso por exceso de poder es fruto de una evolución histórica bien conocida hecha por el Consejo de Estado, transformando progresivamente el recurso jerárquico presentado ante la autoridad administrativa en un verdadero recurso contencioso. Se afirma el rol histórico que ha tenido en la construcción de los derechos y libertades públicas de los administrados. Pero el tiempo también ha hecho su obra y se asiste cada vez más a aproximaciones importantes entre esas diferencias que permiten la diferenciación entre ambos recursos. Hace unos 15 años que J.M. Woehrling planteó: ¿Hacia el fin del exceso de poder?, respondiendo afirmativamente la pregunta. Es más, el mismo Vicepresidente del Consejo de Estado reconoció que los cambios en la actuación de los jueces podrían conducir a una perturbación de las grandes categorías del contencioso. No resulta posible, en el marco de esta conclusión, tratar el problema en toda su amplitud (...) En el fondo está la actividad judicial. Allí se le deben reconocer todos los poderes necesarios al juez para resolver el litigio. Naturalmente que una eventual fusión de los dos recursos tendría el problema de la actual dispensa de actuar sin abogado en el caso del exceso de poder. Pero ello podría solucionarse manteniendo la dispensa en el caso de que el recurso persiga únicamente la anulación del acto. Ello conllevaría la ventajas que resultarían de tal fusión” (traducción libre de: Waline, *supra* nota 2, 752).

que ello signifique permitir la obsolescencia o, peor aún, la petrificación de un instituto, al punto de hacerle perder o aminorar su utilidad práctica¹²⁹.

Conservadurismo y pragmatismo, respeto a la tradición pero flexibilidad y adaptabilidad, son caracteres aparentemente antagónicos del contencioso administrativo francés, pero que este logra armonizar. Y de ello da testimonio su continua evolución ya más que bicentenaria, producto de la jurisprudencia en primer término pero también del diálogo de esta con la doctrina. Lo que tiene mucho sentido, pues no hay que olvidar que dentro de esta última destacan también juristas que han desempeñado papel protagónico en la actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello explica en parte por qué hubo de aguardarse tanto hasta la primera codificación de la Justicia Administrativa francesa, que además, recoge los desarrollos jurisprudenciales. Y también, cómo la recepción de la jurisprudencia comunitaria europea no ha supuesto cambios drásticos, sino afinaciones de un mecanismo probado por el devenir en más de dos siglos de historia.

Semejante desarrollo, que además irradió en mayor o menor medida al entorno europeo occidental, debió deslumbrar, y todavía lo hace, a los juristas iberoamericanos, siempre en la búsqueda de un equilibrio entre la necesidad de una Administración poderosa y el indeclinable respeto a los derechos y garantías del particular. El contencioso francés hubo pues de presentarse como una fórmula modélica.

Ahora bien, esa fórmula no es la misma de hace doscientos años. De hecho, la evolución apunta al acercamiento de muchas de sus instituciones con las del Derecho Procesal tal como lo conocemos en estos países¹³⁰. Ello, en muchos casos como respuesta a las críticas o reparos frente a sus carencias o insuficiencias¹³¹.

Así las cosas, nuestras pretensiones de nulidad de actos administrativos no tienen por qué negar su raigambre francesa en el contencioso de anulación. Pero tampoco habrán de permanecer rígidamente ancladas a un modelo que ha sufrido modificaciones en su ya larga andadura, sino beber tanto de la fuente siempre en evolución (y aquí luce pertinente la referencia al baño en el río que nunca es el mismo según enseñó Heráclito, como no es la misma la Justicia

129 En elocuente expresión invocada por Courrèges y Daël, *supra* nota 15, 396: *Terminamos la revolución, no la reforma*.

130 Cfr. Alli Aranguren, *supra* nota 7, 554-557. De allí que, refiriéndose al contencioso francés, señala por ejemplo reciente doctrina brasilera, que en la década pasada ocurrieron una serie de benéficas transformaciones que terminaron por equiparlo con los sistemas de control de la actividad administrativa ejercidos por órganos judiciales ordinarios. Véase: Diogo Figueiredo, *Control de la actividad administrativa*, en *El control de la actividad administrativa*, Volumen I en homenaje al profesor Diogo de Figueiredo, 94 (L. Rodríguez dir., Víctor Rafael Hernández-Mendible y Eustaquio Jiménez Rodríguez trads., Instituto Internacional de Derecho Administrativo-Editorial Jurídica Venezolana-Editorial Temis, 2018).

131 Cfr. Alli Aranguren, *supra* nota 7, 651-652.

Administrativa Francesa en su origen que la que existe a inicios del siglo XXI) como de las instituciones que el Derecho Procesal ofrece al contencioso administrativo iberoamericano.

Reiterando pues lo ya sabido, la creación del Consejo de Estado y la conformación de la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia fueron productos de la historia y de los condicionamientos de ésta. Mas el contencioso de anulación ha ido perfeccionándose, hasta el punto de erigirse hoy en día como un medio procesal eficaz tanto para el control de la legalidad objetiva como para la tutela de los derechos e intereses de la persona frente a la “decisión ejecutoria”, es decir, las actuaciones formales de la Administración Pública. Ha sido un tránsito largo y con obstáculos, pero hoy puede sostenerse que -en líneas generales- ese contencioso de anulación pasa las pruebas más exigentes al respecto, comenzando por los requerimientos de la normativa comunitaria en materia de acceso a la Justicia y protección de los Derechos Humanos¹³².

En el caso que nos ocupa, careciendo nuestros ordenamientos iberoamericanos de la necesidad de establecer una dualidad jurisdiccional, y no habiéndola tenido nunca en el caso venezolano, el tránsito del contencioso de anulación, de su origen como recurso jerárquico a un verdadero proceso judicial con todas las garantías que impone los marcos constitucionales y convencionales¹³³, puede y debe hacerse de forma más pronta y con menores obstáculos. Queda a una futura reforma de la LOJCA, pero sobre todo a una judicatura digna de tal nombre, continuar por tales derroteros.

132 Cfr. Courrèges y Daël, *supra* nota 15, 368-372; Guyomar y Seiller, *supra* nota 2, 549-559.

133 Como fue el caso francés. Cfr. entre otros: Alli Aranguren, *supra* nota 7, 643.