

**LA SUFICIENCIA DEL TÍTULO EJECUTIVO  
PREVIO EN LA VÍA DE HECHO Y SU INCIDENCIA  
SOBRE LA AUTOTUTELA EJECUTIVA:  
ANÁLISIS ENFOCADO DESDE  
LA NULIDAD ABSOLUTA.**

**Jean-Denis Rosales Gutiérrez**

Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA) Mención Cum Laude (2004). Segundo de la Promoción. Especialista en Gestión de Tributos Nacionales de la Escuela Nacional de Administración y de Hacienda Pública (ENAHPI-IUT), cuyo Trabajo Especial de Grado fue Mención Publicación. Miembro Asovac, Capítulo Mérida. Idiomas Manejados: Inglés y Portugués. Correo electrónico: Jdrg\_adm@hotmail.com

**Resumen**

El presente artículo científico pretende estudiar la correspondiente configuración de la *vía de hecho* como vicio invalidatorio de las actuaciones materiales dentro de los lineamientos establecidos por la *evidenzethorie* para las nulidades de los actos administrativos. Discrepando así que, la vía de hecho implica necesariamente la nulidad de su acto administrativo formal previo. Esa afirmación es una media verdad. La nulidad de los actos administrativos es una consecuencia nacida de la constatación negativa del acto administrativo formal con los requerimientos del ordenamiento jurídico. Y la vía de hecho constituye un vicio invalidatorio de las actuaciones materiales. El único nexo existente entre ambas nociones jurídicas deviene cuando, la administración pública ejecuta un acto administrativo formal nulo. La vía de hecho es un vicio invalidatorio aplicable únicamente a las actuaciones materiales contrarias a derecho.

Palabras Claves: Nulidad Absoluta, Nulidad Relativa, Vía de Hecho, Acto Administrativo, Actuación Material.

**Abstract**

This scientific paper aims to study the corresponding channel configuration of a voie de fait as invalidate vice of materials proceeding within the guidelines established by the evidenzethorie for nullity of administrative decisions. Disagreeing so, the voie de fait necessarily imply the invalidity of his prior formal proceeding. That affirmation is a half true. The invalidity of administrative decisions is a consequence born of the negative finding of formal proceeding with legal requirements. And the voie de

fait is an invalidate vice of material proceedings. The only link between the two concepts becomes, when the public administration execute an unconstitutional order which applies an absolute nullity. The voie de fait as institution is an invalidate vice relevant only with material proceedings who contradicts the legal system.

**Key Words:** Void, Voidable, Voie de Fait, Administrative Decitions, Material Proceeding.

## INTRODUCCIÓN

En el Estado de Derecho, la nulidad de pleno derecho de los actos estatales viene a determinar manifiestamente el comienzo del deber de obediencia/desobediencia del ciudadano a los actos administrativos emanados de las autoridades estatales. Dentro de la doctrina jurídica más calificada de la materia, los estudiosos concluyeron, que resulta imposible deslindar del sistema de nulidades de los actos administrativos los caracteres que delimitan su consuntiva vida dentro de los sistemas jurídicos. Y ello es debido, inevitablemente, porque la teoría de las nulidades de los actos administrativos marca excepcionalmente, el límite supuestamente infranqueable de la imperatividad de los actos emanados por los órganos administrativos en el ejercicio de sus potestades, y que será demostrado como esta legitimidad infranqueable no puede ser así.

La necesidad de cumplir con el difícil presente objetivo planteado, respetando la natural función de conferir una seguridad y estabilidad en las relaciones jurídicas, viene determinada por lo establecido por el legislador que constituye la esencia misma del acto administrativo, quien funda y faculta potestades cuyo ejercicio confiere nacimiento jurídico a los actos administrativos. Lo anterior impone insoslayablemente, la reserva parlamentaria de las causales de nulidad de pleno derecho mejor conocidas como causas de nulidad absoluta, o *ipso iure*, con la finalidad de suspender la arbitrariedad y el abuso de la confianza conferida por el Congreso a los órganos administrativos en la gestión de los intereses generales para todas aquellas infracciones del ordenamiento jurídico que se caractericen por su especial gravedad y su carácter evidente (*La Evidenzetheorie Alemana*). Y ello se debe a una muy especial razón, de que en nuestro sistema jurídico, como también ocurre con el español, se parten de los mismos principios técnicos constitucionales que del sistema alemán. Así pues, la determinación de los supuestos de nulidad absoluta debe hacerse teniendo en cuenta todos los postulados de la teoría de la evidencia como técnicas o herramientas de redacción legal en la tipificación de las infracciones con mayores repercusiones en el ordenamiento, y de sus

respectivas consecuencias sobre la esfera de los administrados involucrados y de los intereses envueltos dentro de la acción administrativa.

En estos términos, la exigencia de que dicha infracción jurídica causante de la nulidad sea especialmente grave se consumará, cuando el acto administrativo desobedezca cualquiera de los principios fundamentales del sistema constitucional (García Luengo, pág. 59), pero mucho más allá de aquéllos supuestos que la Constitución Nacional configure en una concreta situación jurídica (artículo 25, indeterminada, y artículo 138 determinada); pero además por la definición, las causales de nulidad absoluta vienen determinadas por las exigencias de una garantía de seguridad jurídica, que obligan a una reinterpretación de los supuestos de nulidad, limitándolos tan sólo a aquéllos supuestos en que un ciudadano medio pueda apreciar la gravedad de la infracción cometida por el acto contra el ordenamiento. Lo cual plantea, un serio problema metodológico que todavía en el presente subsiste, pero especialmente con el último carácter, ante lo marcadamente subjetivo y poco depurado del criterio en la procura de un *numerus clausus* de causales de nulidad absoluta, como calamitosamente no ocurre en Venezuela con los artículos 19 LOPA y 240 COT.

La teoría de las nulidades descansa sobre el siguiente razonamiento: los actos administrativos esperados por el ordenamiento jurídico deben ser válidos, legítimos, eficaces y perfectos, esto es, un acto íntegramente apegado al bloque de la legalidad. En cambio, los actos nulos son inválidos, ilegítimos e ineficaces, porque así lo dispone ciertamente el ordenamiento al considerarlos como actos administrativos irregulares; en cambio los actos administrativos anulables son también inválidos, pero son legítimos y eficaces, mientras las autoridades no dispongan lo contrario, pues poseen vicios *menudos* que los convierten en actos administrativos regulares. Lo cual supone en el primer caso, que el acto administrativo es ineficaz por sí mismo, y sin necesidad de intervención alguna de autoridad; lo contrario acontece con la sola anulabilidad que es eficaz por sí misma al establecerlo a *contrario sensu* el ordenamiento jurídico (Art. 20 LOPA), trayendo por resultado de que las propias actuaciones posteriores que tengan por procedencia lo ya contenido en el acto administrativo, puedan ser consideradas legítimas sobre la base del principio legislativo: *favor acti o pro actionis*.

No ocurre así con los actos administrativos nulos, ya que de existir la posibilidad de llevar al terreno de los hechos a un acto administrativo que adolece de un vicio de nulidad absoluta, nos encontraríamos con una vía de hecho, yaciendo la sustancialidad de la actuación material

en la ejecución de un acto administrativo eficaz jurídicamente, con la finalidad de conferirle eficacia material al acto. Careciendo entonces el acto administrativo, “de un efecto regulador como elemento de eficacia” (Bocanegra Sierra, pág. 31), la actuación material no podrá cumplir con su función, pues debe ejecutar solo un acto administrativo eficaz, y nunca un acto administrativo ineficaz, pues estaría desviándose de su marco, espíritu, propósito o razón.

El acto administrativo nulo, no puede poseer ninguna virtualidad jurídica por ser ineficaz jurídicamente *ab-initio* por disponerlo así el propio legislador. Sin embargo, el acto administrativo nulo, no debe ser excluido del concepto de acto administrativo, ya que lo que se requiere es: “*que el acto haya sido dictaminado para la regulación, y no que efectivamente pueda regular, para ser considerado como tal*” (Erbguth, B. págs., 83 y ss. Citado por García Luengo)

## **1. Nulidad Absoluta de Pleno Derecho en los Actos Administrativos Formales y sus Efectos:**

### **1.1. La Evidenzethorie.**

**Laband** afirmaba en sus ensayos que la ausencia de base jurídica hace al acto administrativo ineficaz y no obligatorio, incluso cuando el mismo es conforme con los fines estatales, o lo que es lo mismo, que carece de eficacia y de un carácter vinculante. Y ello, dentro de la misma línea orientadora de pensamiento de autores como **Kormann**, **Mayer**, y especialmente de **Kelsen**: los autores más preeminentes del siglo pasado en la determinación de los límites materiales existentes entre la nulidad y la anulabilidad de los actos administrativos. **Kormann** planteaba como regla general, la anulabilidad, y como excepción, a la nulidad; **Kelsen** sostenía lo contrario, y refutando una ausencia de suficiencia en la justificación de su postura. Lo que en mi resuelta posición parece ser, la construcción de una legalidad dura y una legalidad dúctil con que debe contar el acto para que adquiera una mínima apariencia de derecho, y que no puede ser colmada solo con elementos formales, y obstaculice más de lo debido el funcionamiento estatal.

La nulidad absoluta es el grado máximo de invalidez de un acto administrativo, distinto de la anulabilidad que es el grado mínimo de invalidez del acto administrativo. La primera supone que el acto administrativo es intrínseca y extrínsecamente ineficaz, y que además, comporta una cadena de consecuencias jurídicas que se producen *ab-initio*

de modo: 1) *ipso iure*, 2) *inmediato*, 3) *erga omnes*, 4) *insubsanable e imperennemente*.

Lo primero equivale afirmar que el acto administrativo se origine sin necesidad de autoridad judicial alguna; lo segundo equivale que la consecuencia jurídica inmediata de la nulidad sea comprobada desde su emisión; la tercera que produce efectos generales cabiendo oponerla o tenerla en cuenta, y en contra, y en favor de cualquiera; en cuarto lugar, que versando sobre un vicio de gran trascendencia del ordenamiento jurídico no puede ser nunca subsanable, sino reconocido únicamente como flagrantemente contrario al ordenamiento jurídico.

La anulabilidad supone lo contrario a la nulidad absoluta, en tanto que la primera implica básicamente: 1) el libre arbitrio del afectado por buscar la invalidez del acto administrativo; 2) el principio de la seguridad jurídica que, encontrando en este marco su verdadero juego, resulta manifestado en la posibilidad de que el acto anulable pueda subsanarse con el transcurso de los plazos establecidos para atacar las irregularidades que lo logren invalidar parcialmente. Encontrándonos así, entonces, con un primer condicionante constitucional para la configuración de las nulidades, consistente en que los mandatos encaminados al administrado surtirán eficacia en la medida en que puedan identificarse como manifestaciones de un poder legítimo; argumento sobre el cual provienen los dos elementos fundamentales sobre los cuales descansa la *Evidenztheorie* formulada por los alemanes para el régimen de las nulidades: *la gravedad y la evidencia*.

La *gravedad* es el criterio jurídico que tiene mayor raigambre en la dogmática administrativa dentro de la teoría de las nulidades en los actos administrativos, y fue formulada por **Kormann** conforme con: si la nulidad es la excepción en el ámbito de los actos administrativos, entonces parece razonable que, dicha excepción, se base en el carácter insoportable para el propio ordenamiento jurídico de la irregularidad cometida por el acto administrativo, pero cuyos problemas prácticos empiezan precisando, que irregularidades pueden ser incuestionablemente graves, y cuales merecen únicamente la cuasi-sanción de anulabilidad.

Las distintas posturas doctrinales ofrecen criterios recargadamente abstractos, y que generan en serias imprecisiones sobre un número considerable de casos para la búsqueda satisfactoria de una solución posible. Lo único más o menos claro al respecto, y sobre las anulabilidades,

es el criterio residual para su configuración. Lo que sí es indudable, es que se parte para la definición de la gravedad de la irregularidad como criterio de nulidad, a la noción de orden público, como aquello indisponible, intocable, aquello que por principio no pueda admitir discusión en cuanto como una conquista histórica, lo que convertiría en intolerables esas infracciones jurídicas, motivando una reacción particularmente enérgica del ordenamiento.

Existen distintas posturas explicativas del anterior paradigma: el método lógico-formalista y el teleológico. El primero parte de la premisa de **Kormann**, que plantea la necesidad de determinar con ayuda de las fórmulas legales vigentes en su momento, de los supuestos más graves de infracción que darían lugar al grado máximo de ineficacia, dejando consecuentemente el restante grupo de irregularidades como meras causas de anulabilidad, y fundando un fuerte mecanismo jurídico de reforzamiento *a posteriori* de institucionalidad democrático-administrativa configurativa de una seguridad jurídica.

El problema de su postura recaía en la gran ausencia de un criterio general que pudiese facilitar su subsunción práctica, la amplia enumeración casuística de causales y la ausencia de proporcionalidad en la configuración de las causales de nulidad por una equivocación en la política-legislativa empleada; contradiciéndose en la práctica, ya que se parecería más a la posición de **Kelsen**. La postura doctrinal concluía en la necesidad de un sistema de lista bien estructurada y bien delimitada materialmente, que impidiese en la práctica un posible vaciamiento sustancial de los vicios invalidatorios.

El segundo método fue formulado por **Von Hippel** partiendo de las numerosas críticas de la postura de Kormann; criticando como la anterior postura era artificiosa y contraria a la naturaleza del acto administrativo. El método no puede ser *apriorístico*, sino empírico decía, basándose su nulidad *a posteriori*, al tomarse como orientación el fin perseguido por la norma implicada. Éste parte de la situación particular para sopesar las circunstancias implicadas para buscar mediante la interpretación jurídico-práctica, la solución adecuada al valor dominante en ese supuesto concreto, suprimiéndose la *aprioridad* con la despositivización de las causales de nulidad, y con ello entonces de la seguridad jurídica. El método sencillamente era retrogrado, pues es propia de una fase de inicio de una institución, con anterioridad de una fase consolidadora y cristalizadora.

## 1.2. El Efecto Fundamental de la Nulidad:

### La Ineficacia Ab-Initio.

Esta ineficacia debe necesariamente matizarse, como afirma la doctrina, pues la ineficacia del acto administrativo no supone tratarlo como si no tuviese existencia física, o ni siquiera negarle efectos reguladores, sino sencillamente negarle los efectos propios de cuya apariencia tiene ese acto nulo, ya que la invalidez es una calificación puramente teórica derivada de la constatación negativa de un desajuste lógico entre la estructura real del acto administrativo, y la estructura de tipo-normativo diseñada normativamente; mientras la ineficacia es un dato exclusivamente empírico, derivado de la comprobación de que el acto no produce efectos, con independencia del origen de la circunstancia.

**Santamaría Pastor** expone que en el Derecho Administrativo no existe pues, una correlación automática, ontológicamente necesaria entre validez y eficacia de un lado, y entre invalidez e ineficacia por el otro, ya que en armonía con la teoría de las nulidades, ello implicaría aseverar la existencia de actos validos y eficaces, inválidos e ineficaces (nulos), e inválidos y eficaces (anulables), ya que la tenue distinción de que un acto nulo no produce en ningún momento efectos jurídicos, y en cambio, un acto anulable si puede producirlos a plenitud, no tiene un reflejo posible en la realidad de los hechos. Verdaderamente, no existe un dogma de incondicional causalidad entre la invalidez y la ineficacia.

Para entender lo anterior, surge indubitablemente la necesidad de definir la eficacia, y la eficacia equivale como noción a la plasmación del contenido incrustado en el acto administrativo sobre la base de un reconocimiento de imperatividad revestido de una legalidad mínima calificada de legitimidad, como condicionamiento jurídico previo a su fundamental efecto regulador. No podemos desvincular a la eficacia como principio a cuya definición queda circunscrita en la producción de efectos con la ejecutividad, originándose un vínculo natural y consecencial entre la legitimidad jurídica, y la eficacia formal-material, o ejecutividad, que se acomodan como presupuestos prelativos, y además, concatenados de la ejecutoriedad de los actos administrativos.

Los actos administrativos producirán efectos reguladores desde el instante que sean dictados, salvo que en la normativa especial se disponga lo contrario. Ello no obsta de la mera realización física del acto, pero el concepto de eficacia solo puede manejarse en torno a la obligatoriedad del

contenido del acto administrativo, siendo un potencial y posible presupuesto suyo para la ejecución forzosa, pero que dependerá del contenido del acto, en donde su eficacia jurídica, o ejecutividad, se extingue con su mera emisión: el acto mero-declarativo; o con su realización física, o eficacia práctica o ejecutividad-ejecutoriedad: acto constitutivo.

En este sentido, el acto nulo nunca podrá ser ejecutivo ni ejecutorio, y por tanto, no podrá procederse a la práctica lícitamente, aunque todavía exista la posibilidad de procederse físicamente para su imposición por los medios de ejecución forzosa, y con las consecuencias jurídicas correspondientes compaginantes con la vía de hecho, pues resulta ser una realización física del acto administrativo nulo, contrario a derecho *per se*. Y así, lo establece el artículo 78 de la LOPA en Venezuela y 93.1 de la LPC Española, pues el fundamento de la mencionada postura se puede encontrar en la ausencia de un título jurídico, ejecutivo y suficiente que legitime un procedimiento ejecutivo, ya que al ser el acto nulo, éste será sustancialmente ineficaz *ab-initio*; razón suficiente para perder su obligatoriedad, y por consiguiente su exigibilidad, de ser el caso.

Por tanto, si la eficacia de un acto administrativo es un presupuesto innegable de su ejecutoriedad, y ésta última consiste entonces en la herramienta gestional fundante de la potestad ejecutiva forzosa de lo contenido en el acto administrativo, lo normal será aseverar que la ausencia de esa eficacia no podrá nunca significar la realización física de lo contenido en el acto administrativo, pues el contenido básico de eficacia es asimilable a la noción de la vigencia de las leyes, y la ausencia de eficacia en el acto administrativo nulo implica una ineficacia, y por consecuencia, en una ineficacia.

Con el acto administrativo válido, legítimo y eficaz devendría una obligatoriedad tanto para la propia administración como para los administrados. En cambio, con el acto nulo, no sobrevienen efectos obligatorios de ningún tipo. Distinto ocurriría en el plano de la realización o no en el terreno de los hechos que implica una cosa distinta, pero la actuación material no produce efectos jurídicos en la realidad, sino que sencillamente el funcionario público posee la potestad y decide indebidamente contrariando al bloque de la legalidad, darle cabida a la materialización del acto nulo. Las actuaciones materiales no pueden producir efectos jurídicos, ya que son *a-jurídicos*.

De pretenderse, la ejecución del acto nulo por los funcionarios públicos se puede incurrir en responsabilidad penal, civil y disciplinaria

conforme con el artículo 25 de la Constitución, y con diferencia de los actos administrativos anulables, pues la presunción de legitimidad del acto administrativo debe tener un límite en el Estado de Derecho, y ese límite es precisamente la excepcional nulidad absoluta del acto administrativo, tanto en beneficio del administrado, como por el mismo funcionario público (artículo 79 y 86.4 LEFP). Con lo cual no se pretende que los ciudadanos puedan verse obligados al cumplimiento de cualquier decisión administrativa estatal, por más notoria y grave que sea la irregularidad que la afecta, puesto que esa pretensión sería contraria al concepto de la dignidad de la persona y de cualquier sistema democrático. También es importante subrayar, que tampoco cabe que el responsable administrativo de la ejecución de un acto se vea obligado a emplearla con independencia de la manifiesta y grave anti-juridicidad de su mismo contenido regulador. Aunque, no obstante, y con carácter excepcional, los actos que adolezcan de una irregularidad cuya gravedad sea tan evidente que no pueda ser tolerada por el ordenamiento, deben ser considerados carentes de cualquier efecto jurídico, incluso provisional. Esta excepción tiene la finalidad de preservar un equilibrio entre las dos exigencias fundamentales, pero a veces contrapuestas que debe satisfacer un ordenamiento: la estabilidad de las relaciones jurídicas y el respeto de la legalidad.

## **2. La Importancia de la Teoría de las Nulidades en los Actos Administrativos como Herramienta Cuasi-Punitiva y de Perfeccionamiento de la Gestión Administrativa.**

El ordenamiento jurídico recoge justificadamente una presunción de legitimidad de la actividad administrativa casi de manera ilimitada por el interés que representa: el interés legítimo, valga la acotación. Generalmente, el acto administrativo anulable no es harto suficiente para justificar una presunción de legitimidad jurídica bastante amplia, que pudiese comprender también el acto nulo, en tanto que no engendren consiguientemente una transformación de los comportamientos administrativos de los componentes orgánicos-funcionales integrados dentro de la administración pública, pero además, porque no pueden producir efectos jurídicos según interpretación *a contrario sensu* del artículo 20 LOPA por las razones ya andadas, y que terminaré de ahondar más adelante.

La existencia de éste principio jurídico se debe también a la imposibilidad de los funcionarios de cumplir con el difícil quehacer cotidiano de tomar decisiones colmando con todos los extremos exigidos

por el ordenamiento. Lo importante debe ser, que ellos puedan cumplir con todos los elementos cuya inobservancia no generen los obstáculos que acarreen las consecuencias de su subsunción dentro de los artículos 19 LOPA y 240 COT en los actos administrativos, aunque no alcancen obedecer ocasionalmente a los restantes elementos creadores de irregularidades no-invalidantes que no quitan validez, ni legitimidad a los actos, y que pueden ser subsanados en cualquier momento.

En efecto, no siempre pueden ser respetadas todas las garantías procedimentales, ni los derechos fundamentales involucrados, así como las más elementales normas competenciales, que pueden afectar entonces *apriorísticamente* a la expresión del acto administrativo que fundadamente puedan afligir los derechos de los administrados. Y esto obedece entonces, a puras necesidades de carácter práctico que flexibilizan el buen funcionamiento de la administración pública. La actividad administrativa produce una cantidad gigantesca de actos administrativos que hacen imposible la revisión constante de la administración de sus propias decisiones, y que impone además, una necesidad objetiva de que, transcurrido un precedero período, resulten convalidados los actos inválidos, pero legítimos, logrando así adquirir firmeza, y con ello, seguridad jurídica, indistintamente que se trate de los derechos de los administrados o de los órganos, como conclusión de un procedimiento formalizado de determinación del derecho aplicable en el caso concreto.

La función de la firmeza como herramienta garantística de la seguridad jurídica, y por ende, de la referida política general de la presunción de legitimidad, o de la anulabilidad, ha sido destacada partiendo de los mismos presupuestos constitucionales que presiden en nuestro ordenamiento. El fundamento cardinal sobre el cual descansa la presunción de legitimidad como política, apunta primariamente, como sanción aplicable para las infracciones menos significativas del ordenamiento jurídico.

Tenemos entonces, que los órganos administrativos no siempre fundamentan de forma suficientemente amplia en los hechos y en el derecho aplicable al caso concreto. Sencillamente, el ordenamiento considera tácitamente que un grupo mayoritario de los vicios que logran afectar a los actos pueden ser subsanables con suma posterioridad a la emisión del acto mediante variadas modalidades: la revocación unilateral, la revocación rogada, la motivación tardía de la decisión, la defensa del administrado en los tribunales competentes, entre otras, etc.

De tal manera, que nos topamos con una apreciación más o menos considerable de la magnitud de los vicios del acto administrativo con base a criterios cualitativos y cuantitativos determinados por la misma naturaleza del vicio incorporado en la lista de causales establecidas por el ordenamiento, y que será determinante para distinguir entre la anulabilidad y la nulidad del acto administrativo. Tal distinción se buscará realizar legislativamente en sumo beneficio del acto administrativo dictado: *principio pro acti*; distinto será con los casos de nulidad del acto administrativo formal que serán menos, y a su vez, menos defendibles, con la finalidad de imposibilitar una rápida, oportuna y efectiva respuesta de los órganos en la solución de los problemas diarios y habituales de la colectividad. Con razón de lo anterior, resulta ser que el principio de legitimidad del acto puede aceptarse de manera limitada, pero no puede hacerse también con aquéllos actos que tengan dentro de su existencia unos vicios que puedan importunar seriamente los intereses objetivos de la administración pública cuando se encuentra al servicio de los ciudadanos.

Esa afirmación lapidaria de que los actos administrativos se presumen legítimos por ser sólo tales, debe ser radicalmente abandonada por recurrir con una definición tautológica justificativa de la legitimidad de los actos administrativos. Estos actos no pueden ser legítimos porque si, sino con ocasión de un reconocimiento legislativo anterior del marcado interés general que representa la actividad administrativa para la colectividad, y que alcanzará a ser desconocido apriorísticamente a su revisión jurídica, y de manera sumamente excepcional, cuando carezcan de los elementos taxativamente señalados como causal de nulidad, atendiendo a diversas razones de conveniencia cuya razonabilidad deberían ponderarse, conforme con criterios de sana política legislativa en la configuración de los actos administrativos, porque técnicamente, *todo aquello que está señalado en el artículo 19 LOPA son elementos de la principal manifestación de la actuación jurídica de la administración: los actos administrativos.*

Pero además, el acto administrativo nulo de pleno derecho procede precisamente de la norma legal dictada para garantizar al administrado unas condiciones mínimas de legalidad: competencia, respeto de derechos adquiridos, posibilidad de cumplimiento, el procedimiento; frente a la imperatividad de sus actuaciones jurídicas, y de una suerte de privilegios adjetivos derivados de su considerable y formidable posición de superioridad como responsable directo del interés general: legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad. Sería contradictorio aseverar entonces, que en función de

los basamentos normativos y principistas transgredidos en los supuestos antecedentes, que el acto administrativo deba suponerse descaradamente como si fuese legítimo, habiendo total ausencia en el mismo.

La auténtica razón de la presunción de legitimidad de los actos administrativos como principio favorecedor e impulsor de la actividad administrativa, habrá de asumirse entonces en el cumplimiento de lo mencionado anteriormente, pero no precisamente en su incumplimiento, porque eso sería increíblemente falso. Una persona afectada por una decisión administrativa ilegítima no puede considerarla entonces como si fuese legítima, conociendo de antemano que no posee todos los requerimientos mínimos exigidos para considerarlo como supeditado íntegramente al ordenamiento.

Carece de sentido entonces pues, que el afectado deba reputar legítimo un acto administrativo nulo conociendo ya de antemano su estado al margen del ordenamiento jurídico, *tras constatar lo contrario subsumiéndolo negativamente en el artículo 19 de la LOPA, aunque su nulidad no haya sido concertada*. Confusión que se origina con la doctrina jurisprudencial, pues no requiere de su juzgamiento, sino sólo de su posterior reconocimiento administrativo o judicial, como tal. Aunque cabe acotar en mi opinión, que no siempre deberá ser así, con razón de la prescindencia total del procedimiento legalmente establecido, o cuando sean de imposible ejecución, porque en esas causales no podremos encontrar verdaderamente el carácter evidente de la irregularidad del acto administrativo quien conoce únicamente el administrado por sus condiciones personales dentro del caso. Distinto acontece con la manifiesta incompetencia, que no requiere de un reconocimiento posterior.

El ordenamiento sólo debe establecer los lineamientos básicos que deben ser cumplidos para suponer a los actos administrativos como legítimos. Quedando sólo para los intérpretes (funcionarios-administrados) determinar, si en verdad la decisión administrativa puede considerarse entonces legítima con la contrastación negativa del acto administrativo con el ordenamiento, y su igual constatación negativa con los artículos 19 LOPA, propósito que busca precisamente el legislador con la consolidación de las causales de nulidad como un muro de contención hermético para impedir que la administración abuse de la confianza pública al considerar, que sus medidas puedan reputarse en todo momento como legítimas con presencia de deficiencias jurídicas de cualquier índole y sin revisión alguna, degenerando entonces en una completa inseguridad jurídica por la falta de una confianza legítima de los administrados con los actos administrativos dictados.

La nulidad de un acto administrativo elimina desde un inicio su imperatividad. Y esa imperatividad aparece *ab initio* por tratarse de un acto concebido con ocasión del ejercicio de una potestad pública que se presume disponible al servicio objetivo de los ciudadanos. Si el administrado descubre que esa premisa teleológica del ejercicio de las potestades no se cumple acabadamente, entonces la consecuencia jurídica esperada por el legislador a quien se confió la regulación de esa potestad para la consecución de una capital faena de interés general, consistirá en que el acto perderá indiscutiblemente su obligatoriedad, y dejará entonces de reputarse que la decisión administrativa fue dictada en representación del interés general por la misma lógica inmanente del ordenamiento.

Concluir lo contrario implicaría, que la administración pública puede maniobrar con total libertad y en ausencia de limitaciones formales y materiales delimitadoras de las potestades que ostentan todos los órganos administrativos para destinarlas al servicio objetivo de los ciudadanos. La Administración sería una descarada al aseverar que una decisión suya pueda establecer menoscabar el derecho fundamental de la vida de una persona, y asimismo considerarla legítima, y completamente apegada al ordenamiento jurídico, inclusive su misma ejecución sin considerarla entonces como una vía de hecho.

Sostener, “la ausencia de un sistema de nulidades de los actos administrativos en el sistema venezolano implicaría aceptar, un pensamiento político estatista, arbitrario y autoritario” (Gordillo pág. V-5), que buscaría revestir con meras apariencias de legitimidad, actos que no guardan consonancia alguna con los sistemas modernos de salvaguarda de los derechos humanos incorporados en la legislación interna por naciones con verdaderos sistemas democráticos, con la finalidad de humanizar inclusive al mismo ser humano, y especialmente para recordarle a las autoridades de turno, acerca de la búsqueda de la procura mínima existencial de salvaguarda del disfrute de esos derechos fundamentales del ciudadano, y que posee sencillamente, por ser humano.

### **3. Los Fundamentos de la Presunción de Legitimidad como Basamento Dogmático de la Gestión Administrativa.**

Tanto el acto administrativo válido como el acto administrativo válido-anulable, poseen la naturaleza de ser unos actos administrativos legítimos por producir los efectos esperados por el derecho positivo, en función de contar con los requisitos mínimos de legitimidad requeridos

por el ordenamiento jurídico. No ocurre así entonces, con el acto administrativo nulo, pues resulta considerado ilegítimo.

El principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos constituye entonces, *un límite máximo de tolerancia* del cuerpo legislativo a la operatividad de un acto anulable por transgresiones graves a la legalidad sobre la base de que, las mismas carencias puedan ser subsanadas debido a la insuficiente gravedad del vicio incurrido. Sin embargo, cuando sea un acto administrativo nulo, el ordenamiento considerará que entonces, no puede presumirse legítimo, porque la infracción al ordenamiento jurídico resultó ser demasiado grave. A tal punto, que no sólo se descarta la legitimidad del acto administrativo, sino también de la posibilidad jurídica de que pueda ser convalidada por la misma gravedad del vicio, pues no debe ser reconocido como jurídicamente existente por la carencia de cualquier elemento, ya que de consentirla, traería la consecuencia de que protegería y patrocinaría a la arbitrariedad administrativa, facilitando los excesos y dificultando la efectiva vigencia de los derechos fundamentales del individuo.

En cambio, en el caso del acto administrativo nulo no sería posible llegar a esa misma línea de pensamiento. Sin embargo, en el mismo orden de ideas anteriormente explanado, ello conseguiría fomentar arbitrariedades y excesos administrativos, porque nos encontraríamos con un acto administrativo insubsanable por la especial naturaleza del vicio cometido. Careciendo de sentido cumplir, exigir, o en tal caso, de ejecutar, un acto administrativo que jurídicamente debe desaparecer por razones de ilegitimidad.

Ahora bien, la incógnita del riesgo de que una posible merma de la presunción de legitimidad del acto administrativo pueda tener efectos tan nefastos y negativos sobre la eficiencia y la continuidad de la actividad administrativa parece poco probable ante una posible amenaza de la desobediencia legítima por parte de los administrados. La desobediencia de los ciudadanos a los efectos ulteriores de una suposición de los actos administrativos nulos, no alteran el punto de vista del orden jurídico, ya que los límites de lo legal o lo ilegal son establecidos directa y exclusivamente por el derecho positivo con completa y plena independencia de las representaciones de los ciudadanos del orden jurídico, en tanto que ello mismo supone, la desobediencia objetiva, y no subjetiva de un acto administrativo considerado nulo por el ordenamiento.

El administrado sólo concluye en su posición, tras la constatación positiva del acto administrativo con las causales de nulidad creadas por

el ordenamiento; distinto es, que tales causales puedan prestarse para abusivas interpretaciones extensivas por la gran ambigüedad con que éstas son formuladas (Artículo 19.4 LOPA y 240.4 COT), con la finalidad de librarse impunemente de la imperatividad de la actividad administrativa.

Claro que, todo esto traería serias repercusiones sobre el funcionamiento de la administración, pero nada puede hacerse, porque ésta debe conducirse forzosamente ponderando los distintos intereses presentes, tanto de la administración pública como de los mismos administrados. No se trata de conferir una recompensa al administrado que desobedece el acto administrativo viciado, sino del legítimo derecho a la resistencia de los actos incontestablemente contrarios al sistema de garantías constitucionales, así como de las condiciones jurídicas que deben intervenir para imponerle o no una sanción al administrado, porque “ello no puede basarse en el propósito de rendir un homenaje perpetuo a la autoridad, incluso a la abusiva” (García Luengo pág. 260, Dromi pág. 131, Kelsen pág. 159). De ahí que, podamos afirmar entonces una desobediencia legítima como derecho fundamental, como supuso la tributaria en Venezuela en el año 2.003 (Belisario Rincón pág. 201).

La falta de efecto vinculante del acto nulo tiene una importancia vital en un Estado de Derecho, ya que supone que ni el ciudadano ni los funcionarios o autoridades administrativas tienen la obligación de obedecer cualquier acto, con independencia de su contenido. La respuesta frente a la orden nula puede ser su desobediencia. Desobediencia que estará amparada por el derecho. Por supuesto, cabe destacar aquí, y es aconsejable que el ciudadano impugne y pida la suspensión de los efectos del acto por la propia administración. Suspensión que debe ser vista como una declaración provisional y general de falta de eficacia justificada por motivos de seguridad, pero lo importante, es destacar que, a diferencia de lo que ocurre con el acto anulable, ni la administración, ni sus funcionarios y autoridades en general, están obligados a respetar el acto nulo, aún cuando dicho acto no haya sido todavía objeto de suspensión o de declaración formal de nulidad.

Pero además, si se pretende la ejecución del acto nulo por parte de los funcionarios o autoridades, éstos, pueden incurrir como establece el ordenamiento constitucional en una seria responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria y civil ante los administrados afectados. La presunción de legitimidad del acto administrativo debe tener un límite en un estado de derecho, y ese límite es precisamente la nulidad absoluta del

acto administrativo. Afirmar lo contrario implica someter al ciudadano y a los propios agentes públicos de la administración a una obediencia ciega, no al ordenamiento jurídico, sino a las personas encargadas de ejecutar las decisiones.

De hecho, **Kelsen** planteaba que la doctrina alemana (principalmente con **De Wolf**) desde hace ya bastante tiempo, que el individuo perturbado podía considerarse legitimado por su cuenta y riesgo (teoría del riesgo) para la desobediencia de un acto administrativo nulo, pues no podría escapar de una sanción administrativa, si el órgano competente no participa a su manera de ver, y tiene el acto administrativo por válido. Por ello, las consecuencias que se derivan de reconocer al acto administrativo una sana presunción de legitimidad *iuris tantum*, cuando cuenta con algunos vicios ostensibles, no persigue sugestionar la desobediencia de los actos administrativos. Si una persona no obedeciera un acto administrativo por considerarlo nulo, entonces la administración podría ejecutarlo considerándolo como válido, pero con sus respectivas consecuencias jurídicas; y esto es muy poco probable de que así sea por el mismo carácter manifiesto del vicio. Y tocará entonces, en última instancia, a los órganos judiciales, pronunciarse acerca de la misma constitucionalidad e ilegalidad de la actuación material derivada de un acto administrativo reputado como nulo, y que sobrellevará a una vía de hecho por ser una actuación material contraria a derecho.

En caso de que fuese demostrado en definitiva que el administrado tenía razón, se degradará a sin efecto la sanción, y resultará indemnizado. De suceder lo contrario, entonces el administrado desobedeció indebidamente la decisión, y la actuación material contaba con el respaldo jurídico requerido para considerarla como legítima, concretando el interés público con la actuación material de la decisión. *Teniendo entonces así, una actuación material cónsona con el derecho.*

En ningún momento, las nulidades afectan indebidamente la continuidad de la acción administrativa, ni el efectivo cumplimiento de las decisiones válidas, o inválidas, pero igualmente legítimas, ni supedita el cumplimiento de los actos administrativos a la sola voluntad de los administrados, sino todo lo contrario, pues lo que verdaderamente sobreviene, es que esa decisión se supedita a la voluntad legislativa específicamente determinada en las causales de nulidad “taxativa” y exclusivamente establecidas por el cuerpo legislativo, prohibiendo entonces toda posibilidad de revestir legitimidad a un acto administrativo que se separe de los

postulados esenciales sobre los cuales descansa el entero funcionamiento del ordenamiento en un Estado de Derecho. El principio de legitimidad es el criterio general, mientras que la nulidad es la excepción. *Recordemos al Estado de Derecho como un sistema de garantías salvaguardadora de la efectividad de los derechos fundamentales de la persona humana.*

Ahora bien, la descuidada formulación de las causales de nulidad absoluta puede llegar inclusive a permitir poner en cuestión la anterior afirmación, razón por la cual resultará obligada para evitarse esa situación, una interpretación auténtica, *pero ceñida a las cardinales exigencias institucionales de la nulidad de pleno de derecho de los actos administrativos*, cosa que tampoco ha ocurrido, por ejemplo: con la desviación de poder, conforme con los últimos criterios jurisprudenciales de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

En palabras mucho más extremas, “la ausencia de un sistema de nulidades bien articulado equivaldría a aseverar que no existe Dios, ni Justicia, ni valores universales de la sociedad internacional” (Gordillo pág. V-18), pues resulta inconcebible dentro de un derecho administrativo constitucionalizado, la ejecución forzosa de un acto administrativo nulo, pues es un derecho subjetivo reconocido como principio generalmente aceptado por las naciones civilizadas: “el planteamiento de inejecutividad del acto administrativo carente de legitimidad por contradecir expresamente el ordenamiento constitucional” (Vedel pág. 69).

Todo sería mucho más sencillo entonces, si los funcionarios gozaran de un grado de instrucción más elevado, y además estuvieran dispuestos a sujetarse plenamente a la legalidad y al derecho (Artículos 141 Constitucional, 15 de la LEFP y 8 de la LOAP), pues de conducirse como los agentes públicos que son, dictarían actos administrativos dentro de la esfera de sus competencias, con un cumplimiento cabal del procedimiento, y con el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales.

El anterior enfoque de las nulidades apunta precisamente al impacto de que la teoría de las nulidades puede suponer en la potestad de autotutela que los particulares no disponen, pues el órgano administrativo que emite el acto administrativo nulo si puede ejecutarlo inmediatamente por sí mismo, y sin colaboración alguna de las autoridades judiciales, y empleando inclusive, la amplia gama de medios coactivos administrativos de la potestad de ejecución forzosa, con independencia de que dogmáticamente se pueda reconstruir la norma básica de la ineficacia

*ab initio* del acto nulo. Pero es cierto que, *de facto*, si el afectado por un acto administrativo nulo no quiere que la misma realidad refleje el contenido del mismo, deba entonces proceder a impugnarlo, irónicamente, solicitando en su caso, la suspensión de sus efectos, aunque se presuma *iure et de iure*, ilegítimo, aunque originalmente, teóricamente, no venga planteado así, pues, aunque el acto administrativo nulo pueda ser ineficaz, y no pueda obligar a nadie por carecer de la obligatoriedad o ejecutividad exigida, el administrado deberá impugnarlo con la finalidad de impedir que la administración pública pueda materializar físicamente por la vía de las actuaciones materiales, el contenido del acto administrativo irregular.

#### **4. La Incidencia de la Ilegitimidad del Acto Administrativo Sobre la Autotutela y Especialmente sobre la Legitimidad de la Actuación Material.**

De la presencia de legitimidad de los actos se deriva la ejecutividad de los actos, pues cuentan con la cualidad jurídica necesaria para producir efectos jurídicos, lo cual acarreará inmediatamente que los administrados afectados en calidad de destinatarios tengan el compromiso de cumplirlo, y en caso contrario, que el administrado considere ilegítimo al acto administrativo, deberá entonces éste alegar y probar su contrariedad a derecho en sede administrativa o judicial, con la finalidad de que sea revocada, o en tal caso sea declarada con posterioridad, su nulidad.

Todos los actos administrativos formales dictados, salvo aquellos que expresamente la Constitución, la Ley, los Tribunales y la Administración Pública concluyan negando, son ejecutivos, aunque otro sujeto de derecho público o privado cuestione su legalidad. Esta cualidad jurídica de los actos administrativos se predica originariamente con aquellos que sólo cumplen con los requerimientos mínimos demandados por el ordenamiento jurídico para surtir efectos satisfactoriamente.

De esa presunción de legitimidad de los actos administrativos se derivan una serie de consecuencias jurídicas vivamente importantes como las siguientes: 1) la nueva situación jurídica es instaurada inmediatamente, y 2) la presunción de legalidad del acto administrativo es tipo *iuris tantum*. Tenemos entonces, que la legitimidad jurídica como regla general, consiste en una técnica formal para imponer el inmediato cumplimiento de los actos administrativos, glorificando entonces una suerte de capacidad de autotutela dispensándola de la necesidad de obtenerla previamente de las autoridades judiciales. Es mucho antes, que la misma potestad de autotutela como un basamento gestionarial del moderno funcionamiento

de la administración pública, un formidable privilegio adjetivo posicional en sus relaciones con los administrados.

La potestad de autotutela ejecutiva o, potestad ejecutiva, *que puede ser inclusive administrativa o judicial*, se refiere a la ejecución de los actos administrativos cuyo contenido implique realizar una actividad material conferitiva de eficacia al contenido regulador incrustado en aquél, a diferencia de la declarativa que se manifiesta en una declaración puramente reconocedora de derechos y deberes. Sin embargo, esa misma actividad material del acto administrativo, no implica necesariamente una consecuencia del incumplimiento voluntario del administrado de lo contenido en aquél, sino una actividad material *sui generis*, destinada para un *específico acto administrativo*. De tal manera, que no todos los actos administrativos formales pueden ser sujetos a ejecución, *sólo los actos administrativos formales constitutivos* consiguen ser sujetos a ejecución.

En tal sentido, su fundamental aplicación no descarta el conocimiento de las autoridades judiciales (26 y 259 Constitucional) de la correspondiente validez, y de la legitimidad del acto administrativo, como de la legitimidad jurídica de la actuación material ejecutiva del contenido del acto administrativo formal, valga el afincamiento; planteándose la posibilidad de afirmar “la posibilidad de una presunción de legalidad de las ejecuciones administrativas, o de su misma actividad material, o de sus actuaciones materiales con el mismo carácter expuesto anteriormente con los actos administrativos” (García De Enterría pág. 506). Y ello sobre la base de tratarse de actuaciones que material y por tanto, formal, y *verticalmente*, están sujetas a lo dispuesto en los actos administrativos, en tanto que las actuaciones materiales son el producto del ejercicio de una potestad ejecutiva, o de autotutela ejecutiva, cuyo objeto consiste en conferirle eficacia material al acto administrativo, esto es, la potestad ejecutiva maniobra como un título jurídico potestativo preponderantemente ejecutivo del acto administrativo, a diferencia de la potestad administrativa formal, o de autotutela declarativa, cuyo ejercicio trae consigo una declaración unilateral de índole administrativa cuya finalidad consiste en resolver solicitudes privadas o públicas tendentes a la producción de actos jurídicos reguladores: *la potestad de autotutela declarativa*, como “el poder de creación e imposición unilateral de obligaciones y derechos, la potestad que tiene la administración pública de dictar actos administrativos ejecutivos y ejecutorios para satisfacer de manera directa e inmediata algún interés público general, o más o menos general, cuando la ley lo prescriba” (Herrera Orellana pág. 184); ambas como potestades administrativas con fines predeterminados, atribuidas por el ordenamiento dentro de un determinado

sistema administrativo, con el fin de mantener la existencia de una relación jurídico-administrativa en la fase ejecutiva del acto en que puede todavía juridificarse, procedimentalizándose.

Se trata de una relación jurídica con posicionamientos jurídicos recíprocos en los que existe todavía un objeto específico, de hecho, el mismo objeto específico del acto administrativo, pero con la latencia de una cadena indefinida de relaciones que en su momento nacieron con el ejercicio de una potestad administrativa, pero no de cualquier potestad, sino de una potestad administrativa formalizada que se encuentra estructurada con la finalidad de resolver una solicitud con la manifestación de un acto administrativo formal tutelador del interés general, equivalentemente con los derechos subjetivos, pero encerrados dentro de una determinada y específica situación jurídica, que luego deberá ser consumada con los medios técnicos-materiales adecuados dentro de *las deduccas jurídicas standards* de la razonabilidad y de proporcionalidad. Nos encontramos con unas potestades administrativas entrelazadas, la primera: la formalizante o de autotutela declarativa, será el objeto ejecutivo decisor de la segunda, la ejecutiva o de la autotutela ejecutiva, que tiene por objeto materializar a la primera operativamente, donde ambas condescienden en la actividad administrativa concretizadora: la actividad administrativa formalizada y la actividad administrativa material. La primera inicia con una solicitud. La segunda con la existencia plena de una virtualidad jurídica del acto administrativo como producto de una actividad administrativa ya formalizada. La primera distinguida como la potestad de la autotutela declarativa, la segunda conocida entonces, como la potestad de la autotutela ejecutiva. No se puede evitar o prohibir que la administración dicte un acto administrativo formal regulador de una situación jurídica concreta. Enunciado en forma positiva: “únicamente, la administración pública podrá intervenir cuando la autotutela declarativa esté ya producida” (De Enterriá-Fernández pág. 501), esto es, nuevamente, cuando exista un acto administrativo formal previo definitivo, así, y solo así, será posible ejercitar la autotutela ejecutiva por la administración pública, o los tribunales de manera impropia, como ocurre con la materia tributaria con el cobro de las sumas de dinero adeudadas por el contribuyente.

En este sentido, podemos considerar a las actuaciones materiales como un nuevo elemento integrador de los actos administrativos, por ser necesarios para que puedan obtener alguna significancia jurídica necesaria dentro del orden fáctico real y efectivo, de donde la actuación material se encuentra supeditada sustancial, teleológica y procedimentalmente, del acto constitutivo expresado en función del que operan. Sin la actuación

material, el acto constitutivo formal no conseguiría ser perfecto conforme con la teoría general del acto administrativo.

La correspondiente actuación material acabará siendo aplicada en bloque con el acto administrativo conforme con un principio jurídico que podemos denominar como **el principio de la unidad de acción de la actuación material**, en virtud de que el acto administrativo constitutivo previo y la actuación material son expresiones ejecutantes del ordenamiento jurídico simultáneamente, en función de que constituyen potestades administrativas conjuntas -Función Ejecutiva- y consecuenciales. La una sobreviene a la otra. De allí, que la misma potestad administrativa formal incorporada con una potestad administrativa ejecutiva en la consecución de los cometidos estatales, trascienda como una potestad administrativa concretizadora. ¿Pero, qué quiere decir ese **Principio de la unidad de acción**? Pues sencillamente, que la actuación material no puede contradecir ni directa ni indirectamente el contenido regulador del acto administrativo formal, sino que la actuación material debe acondicionarse *ensamblándose* rectilíneamente con el contenido regulador incrustado dentro del acto administrativo formal, con el propósito de que concurren en una correspondencia administrativa singular única. De lo contrario, la actuación material quedaría convertida como una manifestación material contraria a derecho por haber sido generada de un ejercicio desbocado de la competencia, de la atribución, de la potestad atribuida, predeterminadamente por el ordenamiento jurídico, con la finalidad de poder implementarlo siempre en el interés de los terceros, con la obligación incorporada, no sólo, de una mera actuación, sino también, **de la obligación de realizarla**, cuando se dan todas circunstancias previstas en la normativa: la expresión de un acto administrativo formal constitutivo: el cumplimiento de la condición, o del término incorporado en el mismo, y el transcurso integral de los lapsos impugnatorios.

Ahora bien, que la potestad administrativa se ejerza en interés de una persona distinta de su titular es fácil de comprender, puesto que existe otra figura para identificar la protección jurídica de los intereses propios como el derecho subjetivo, pero más importante aún que lo que acaba de señalarse, es la necesidad de que la potestad tenga como todo poder jurídico, un pleno título justificativo, algo en que pueda apoyarse para reconocerse su razón de ser como una concretización normal del ordenamiento jurídico como una vía de hecho: la actuación material contraria a derecho sucedida del ejercicio de una potestad de autotutela ejecutiva; y la forma en que éste poder se integra en el ordenamiento

que lo autoriza, puesto que la configuración general de la potestad como un concepto jurídico, no incorpora sólo a una posibilidad de actuación legítima, sino también de la obligación de conducirse en función de las circunstancias establecidas en la “*norma*” que termina concediéndola: *la ejecución de un acto administrativo formal constitutivo definitivo y previo* (Artículo 78 LOPA), como exteriorización de ese poder jurídico tutelador de todas las situaciones jurídicas mediante el acogimiento de medidas dentro de lo que cabe creer como pertenecientes de la función administrativa, y que contienen por autoridad de la legislación, unas pretensiones dirigidas a convertir una potestad jurídica en un acto administrativo formal constitutivo, innovando así el *status quo*, y turbar las situaciones jurídicas subjetivas de otros sujetos del ordenamiento, forjándose las situaciones como aquéllas en las que está comprometido un interés público general cuya custodia ha sido encomendada por la Ley.

De donde a la potestad de la autotutela no podemos relacionarla equivocadamente con la legalidad y la legitimidad de los actos administrativos dictaminados por la administración pública con la mera idea, *de que fuese inevitable admitirle a la potestad de autotutela por igual con la mayoría de los contenidos de la actividad administrativa*, estuviera o no procurando la satisfacción de forma directa e inmediata algún interés general, lo contemplare o no la Ley. En tanto que sólo de éste modo podría la autotutela satisfacer el interés público, y realizar en la práctica, la igualdad material de los ciudadanos, ya que conteste con el panorama teórico-doctrinal y jurisprudencial dominante sobre la potestad ya acotada, la más importante resulta de la autotutela, es la ejecutividad de los actos administrativos.

En vista de lo anterior, los poderes más matizados de los órganos administrativos según la legislación son la autotutela, la revocación, la corrección, la anulación y la convalidación. Todas potestades productoras de actos administrativos formales, y que trabajan los actos administrativos, porque las potestades anteriormente acotadas poseen por objeto a *un acto administrativo*, y como tales, ellos adquieren un fundamental contenido regulador administrativo, derivado de una suerte de superposición de los órganos administrativos sobre los administrados por ser la gran vicaria de los intereses públicos generales, y que deben prevalecer sobre los derechos subjetivos encerrados sobre la base de la *mínima legalidad*, *legalidad dura*, o de *legitimidad*, en que se han de fundamentar como formas jurídicas medidoras del orden institucional envuelto dentro del sistema administrativo venezolano.

## 5. La Vía de Hecho como Vicio Invalidatorio Dentro de la Teoría General del Acto Administrativo.

Ahora bien, el concepto jurídico de la vía de hecho es tradicionalmente una vieja construcción jurisprudencial y doctrinal del Derecho Administrativo con el Consejo de Estado Francés sin texto expreso, y que viene reconociendo históricamente una dual simplificación de los vicios de las actuaciones materiales como unas actuaciones *no-jurídicas* ulteriores de los actos administrativos que conforman *el inseparable binomio jurídico-funcional: acto administrativo constitutivo-actuación material*.

La primera modalidad de la vía de hecho consiste, en el ejercicio de un poder ejecutivo del cual legalmente se carece por ausencia del título ejecutivo que lo sustenta, mejor llamado como: *manque de droit o ausencia de derecho*; la segunda modalidad de la vía de hecho consiste en el clandestino ejercicio de una potestad ejecutiva con que legalmente se cuenta, pero con ausencia plena del procedimiento ejecutivo legalmente establecido para ello: *manque du procedure, o ausencia de procedimiento ejecutivo, o ausencia de derecho suficiente*).

En este sentido, la vía de hecho son aquéllas irregularidades de las actuaciones materiales cometidas por la administración en el ejercicio de sus potestades ejecutivas, cuando procede a la realización de una acción material careciendo de un acto previo que fundamente a su actividad material sustantiva, o adjetivamente, que la administración proceda a la realización material de un acto administrativo que jurídicamente no existe, o que existiendo el acto administrativo previo, la administración proceda materialmente, desconociendo el procedimiento ejecutivo legalmente establecido para ello.

La primera modalidad reposa sobre “*la base de la exigencia general del acto previo*” (De Enterría-Fernández pág. 765) conocido en Venezuela como: “*el principio proscriptivo de las vías de hecho*” (Art. 78 LOPA-Brewer-Carías pág. 240) lo que quiere decir, que cualquier actuación material será contraria a derecho, cuando no exista un acto previo en que se fundamente, conforme con el viejo aforismo jurídico: *nulla executio, sine praevia título*.

De la primera modalidad puede desglosarse a su vez dos modalidades de vías de hecho. Una actuación material con ausencia de un acto administrativo formal previo, y una actuación material con la

existencia de un acto administrativo formal previo, pero que carece de la debida suficiencia exigida por el ordenamiento jurídico para conferirle legitimidad a la actuación material como producto del ejercicio de la potestad ejecutiva.

De la actuación material con ausencia de un acto administrativo previo pueden derivarse siete maneras claramente distinguidas: 1) una actuación material con ausencia de procedimiento y acto administrativo previo; 2) una actuación material con existencia de un procedimiento, pero con la ausencia de un acto administrativo previo; 3) una actuación material con la existencia de un procedimiento y de un acto administrativo previo, pero con ausencia de notificación, o con la existencia de una notificación, pero siendo ésta defectuosa; 4) actuación material con existencia de procedimiento y acto administrativo notificado, pero revocado con posterioridad a la realización de la actuación material (vía de hecho sobrevenida); 5) actuación material con procedimiento y acto administrativo perfecto, pero que terminó decayendo en sus efectos, bien porque el supuesto fáctico desapareció, o bien porque el supuesto jurídico más tarde se esfumó por una derogación (Legal-Reglamentaria), o una anulación (Sentencia de SC-SPA-TSJ), o una abrogación normativa (Voluntad Popular Manifestada por Referéndum); 6) una actuación material realizada con procedimiento y acto administrativo perfecto, pero suspendido por una medida cautelar judicial o administrativa suspensiva; 7) y por último, una actuación material realizada con procedimiento y acto administrativo perfecto, pero suspendido constitucionalmente de manera *ex lege* -normas 49.2-115 actos administrativos sancionadores y expropiatorios, respectivamente. Todo acorde con una interpretación precisa de la regla anterior.

Y para no agotar con ejemplificaciones, pienso mencionar un caso adicional. La desproporcionalidad de la actuación material en la actividad material, con relación al acto administrativo previo dentro de la actividad administrativa inspeccionarial.

De la actuación material con la existencia de un acto administrativo formal previo, pero que carece de la suficiencia requerida por el ordenamiento -actos nulos-, no existe en mi entender una doctrina consolidada, debido a las imprecisiones que existen dentro de los conceptos jurídicos sobre los que la figura descansa para diferenciarse de las demás vías de hecho.

En este sentido, la vía de hecho puede subdividirse conforme con la carencia de los actos administrativos de: 1) unos requisitos mínimos

de legitimidad requeridos por el ordenamiento jurídico en la formación de actos administrativos formales “*válidos, legítimos y eficaces;*” 2) la publicidad requerida para un acto administrativo formal de surtir efectos (notificación-publicación); 3) de la aprobación ulterior de un órgano superior, o 4) de la firmeza derivada del mero transcurso de los lapsos impugnatorios. Si en todos los casos mencionados, los órganos administrativos efectúan una actuación material careciendo el acto de esas condiciones, o estando en esas condiciones, nos encontraríamos con una indiscutible vía de hecho.

Tenemos entonces, la existencia de tres elementos necesarios para su efectiva configuración. En primer lugar, que debe tratarse inexcusablemente de una actuación material; en segundo lugar, que esa misma actuación material cuente con algunas de las irregularidades anteriormente delineadas (ausencia del título ejecutivo suficiente); y en tercer lugar, de que “la actuación material como habrá de ser obvio, deba ser imputada a la administración pública” (Hernández González pág. 238).

Sin embargo, todo esto, no resulta suficiente, pues se requiere necesariamente de la trasgresión “*objetiva*” de un derecho subjetivo cualquiera, pero que sea predominante “la trasgresión de un derecho fundamental del ciudadano” (Laubadere pág. 417, Vedel pág. 54, Rivero pág. 197, De Enterría-Fernández p. 513, Araujo Juárez pág. 651, Canova González pág. 73, Hernández González pág. 242, Rondón de Sansó pág. 223, como autores principales de la doctrina calificada en la materia); “indistintamente del consentimiento del administrado afectado, pues no se requiere de su resistencia y de la consecuente violación del derecho constitucional” (Araujo Juárez pág. 91) para encontrar configurada a la vía de hecho como un vicio invalidatorio de las actuaciones materiales.

Es por ese oscurantismo doctrinario que existe acerca de la figura invalidatoria, que en el fondo todavía subsisten problemas con la defensa frente a las vías de hecho, debido a la poca precisión del concepto, como también de las dudas que se suscitan de la elección de la articulación procesal idónea para reaccionar efectivamente en contra de ella. Y todo ello ocasionado, porque el concepto de la vía de hecho, “ha sido una construcción de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera que ha derivado de una interpretación a *contrario sensu* de la misma providencia prohibitiva de los interdictos en contra de la administración en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública-social” (De Enterría-Fernández pág. 796, López Menudo págs. 322-323, Sainz Moreno págs.

65, Rachadell pág. 151, Hernández González págs. 252-253); cabiendo añadir además, la insuficiencia normativa de la vía de hecho como la figura invalidatoria exclusiva de las actuaciones materiales que parte de la premisa del requerimiento de un título ejecutivo previo que acabe autorizando, el debido proceder material concretizador de la voluntad, en consonancia con los *canales ejecutivos procedimentales idóneos con el contenido del acto administrativo* en las relaciones de la autotutela ejecutiva con los intereses generales del ciudadano.

La doctrina más calificada explica, que el concepto de vía de hecho constituye “un límite jurídico de la potestad administrativa de coacción, y de la expropiación forzosa” (De Enterría/Fernández pág. 771); o, como “la desaparición del principio jurídico de ejecutoriedad de la acción administrativa por una grave irregularidad de su actuación material; o por un gravísimo atentado al derecho de propiedad, o a los restantes derechos primordiales de los ciudadanos” (González Pérez pág. 802); o, como “una actuación realizada sin competencia, o sin alcanzar concordarse al procedimiento administrativo legalmente establecido para cumplir con esa determinada finalidad” (López Menudo pág. 149).

En estos términos, la vía de hecho viene determinada como una figura jurídica invalidatoria que recoge a una infinidad de contrariedades a derecho que puede acaecer una actuación material nacida del ejercicio de la potestad ejecutiva cuando se encuentre desprendida del ordenamiento. No ocurre como en el acto administrativo: usurpación de competencia, extralimitación de atribuciones, inmotivación, falso supuesto, desviación de poder, etc. Ello no es relevante para el presente ensayo. Relevante para el presente ensayo son todas las imbricaciones concernientes con esa contrariedad a derecho, una contrariedad autónoma de la actuación material y distinta de la del acto administrativo formal definitivo, pero fundamentalmente: ¿Contrariedad contra qué?

La contradicción con el ordenamiento viene aparejada por la desvinculación con el acto administrativo que fundamenta y justifica su existencia dentro del mundo de lo jurídico, pues la actuación material involucra a la ejecución del contenido regulador del acto administrativo. Así pues, la ocupación de la actuación material dentro de la teoría del acto administrativo consiste en ejecutar, en materializar, en consumir concretamente el contenido regulador del acto administrativo incrustado en su cavidad sustancial: la cobranza de una suma pecuniaria, la ejecución de una orden administrativa, la privación forzosa de un derecho real.

En cambio, el acto administrativo encuentra su fundamento directo en el ordenamiento jurídico, por consecuencia, la actuación material correspondiente encontrará su fundamento en el ordenamiento jurídico, indirectamente. Si la actuación material resulta contraria al acto administrativo, o ambos son conjuntamente contrarios a derecho como unidad de acción administrativa, entonces son contrarias al ordenamiento jurídico, esto es, que sean contrarios a derecho, y por consecuencia, la actuación material constituya una vía de hecho.

De ahí, *que la mera existencia de una decisión contraria a derecho no baste* para configurar una vía de hecho, sino que haga falta que la administración pública haya pasado a la ejecución (Rivero pág. 193), o, que al menos consiga amenazar con ello (Rivero pág. 193), ultimo concebir, con que humildemente no me apunto, aunque dicha postura doctrinal cuente con un respaldo mayoritario de la doctrina al subsumirlo dentro del artículo 19.4 de la LOPA con el **Caso Ganadería El Cantón C.A.**, proceso que versó prácticamente sobre los artículos 19.2 y 19.4 de la LOPA. Ver Sentencias del 06/09/1.990 de la CPCA y Sentencia 08/03/1.991 de la SPA-CSJ.

En este sentido, la vía de hecho se vincula estrictamente con la protección de los administrados contra *un uso excesivo de las prerrogativas ejecutivas*; cierto es, que esa actuación material no debería responder a la autotutela ejecutiva, ya que el ejercicio de la referida autotutela como potestad, no solo debe venir en representación del interés general, sino paralelamente apegada con el ordenamiento, ya que sustancialmente las exigencias del accionar administrativo que vienen orientados para la consecución de un resultado acorde con el interés público debe imponer sin lugar a dudas, la presunción de legitimidad de la actividad administrativa por medio de la cual se depura negativamente, el fruto final del ejercicio de la potestad administrativa, acotando una serie de supuestos de gravedad máxima conforme con la premisa jurídica de la cobertura del interés público, y que en consecuencia aplica la sanción máxima de la nulidad absoluta.

Careciendo el acto administrativo en que se fundamenta la actuación material de su efecto regulador, la actuación material carece de justificación jurídica alguna, porque *no existe virtualidad jurídica* alguna que deba materializarse por encuadrar dentro de las causales de nulidad, y especialmente ocurre con el vicio invalidatorio de la manifiesta incompetencia, que envuelve una ausencia de apoderamiento para *la producción de un determinado acto administrativo constitutivo en su*

*singular actuación material*. Sencillamente, el ordenamiento estableció expresamente que el acto administrativo formal no alcance producir resultado regulador alguno, y por consecuencia anule, o desautorice visiblemente, cualquier posibilidad de proceder ejecutivamente, ***aunque la actuación material esté en consonancia con el acto administrativo, y pueda representar algún interés general***, al encontrarse carente del presupuesto teórico necesario para respaldar a la actividad material derivada de un acto administrativo formal: su consonancia con el ordenamiento jurídico.

En palabras conclusivas, esa anulación de la acción administrativa material esta cristalizada de manera genérica en el mencionado artículo 78 LOPA que destierra por completo la existencia de actuaciones materiales desvinculadas de un título jurídico, ejecutivo y suficiente que las respalde, bien sea la firmeza, o la condición, o el término suspensivo (ejecuciones simples), o el incumplimiento voluntario por el administrado del gravamen contenido en la decisión (ejecución forzosa). No ocurre así, cuando el acto cuenta con los requerimientos mínimos de legitimidad del ordenamiento, pues la presunción de legitimidad esgrime para que la administración pueda hacer usanza de sus potestades de ejecución, simple o forzosa, paralelamente con la posibilidad del afectado de anular por medio de los medios correspondientes, el acto administrativo.

## CONCLUSIONES

**Primero**, la dogmática de los efectos devenidos de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo está sumida en nuestro país en la más absoluta de las confusiones. De una parte, nos encontramos con que los efectos de los actos nulos, queda desautorizado desde la perspectiva de la teoría general del derecho, cuando la nulidad es configurada como una institución puramente procesal cuyo alcance sería únicamente la posibilidad de enjuiciamiento de oficio, y la falta de un plazo de prescripción para la acción. Obteniéndose así, que la institución quedara privada de alguno de sus caracteres esenciales, como la ineficacia *ab-initio*. Por la otra, debe situarse la jurisprudencia sobre los elementos esenciales de la figura de la nulidad desde la perspectiva de la *evidenztheorie*. En buena medida, la doctrina académica no es responsable de la presente situación de desidia, sino que parte de la falta de preocupación del órgano legislativo por no dotar a la nulidad de pleno derecho de un régimen jurídico claro y riguroso, que se corresponda con la tarea de relevancia constitucional, que la figura de la nulidad tiene en todo el ordenamiento constitucional democrático, que no es otra más que fijar el margen máximo

de obediencia del ciudadano frente a la administración, pero también, falta un esfuerzo de interpretación y comprensión del fin de una institución tan importante como ésta por las autoridades tribunales competentes como la Sala Político-Administrativa y la Sala Constitucional, quienes desdibujaron la institución de la nulidad con vicios invalidatorios como la desviación de poder. La ineficacia *ab-initio* debe matizarse muchísimo más por los tribunales cuando conoce de los conflictos de los administrados con los órgano y entes públicos. Es una observación general.

**Segundo**, la vía de hecho es un vicio invalidatorio autónomo de las actuaciones materiales, como producto contrario a derecho del ejercicio de las potestades administrativas ejecutivas, esto es, transgresoras del ordenamiento constitucional, legal, reglamentario o, de su acto administrativo formal constitutivo previo. En tanto que tal actuación, confiere eficacia material al contenido regulador del acto administrativo formal previo y, que conjuntamente con él, conforman una acción concretizadora, donde hallamos al acto administrativo formal, definitivo y previo, y a la actuación material, como un componente funcional de acción unitario aplicado en bloque. En este sentido, podríamos ejemplificar en materia de tributos internos que, las Resoluciones Culminatorias de las Fiscalizaciones contenedoras de los dictámenes de “Clausura Temporal del Establecimiento Comercial del Contribuyente por un Día,” que la actuación material no puede mantener penado temporalmente el establecimiento por un período dado superior –justamente de un día– por contravenir directamente, lo indicado en el título ejecutivo previo: *la orden de clausura por un día* y, no una orden de clausura temporal con un periodo superior al indicado, por cuanto ello supone la configuración de una extralimitación de atribuciones por el órgano ejecutivo con su potestad ejecutiva, que implica la iniciación de una vía de hecho. Careciendo entonces su proceder material de una conforme, unidad accionarial-procedimental: acto administrativo constitutivo previo y actuación material dentro del procedimiento administrativo ejecutivo conforme con *el principio de la unidad de acción*. De tal manera, que el acto administrativo formal pudo haber sido emitido con completo apoderamiento legal, con su supuesto fáctico-jurídico bien fundamentado, con su contenido material, natural, implícito o eventual, en total anuencia con el interés general, pero apartándose libremente de lo comprendido en el ordenamiento jurídico, o asimismo, del acto administrativo.

La vía de hecho atiende en primer lugar, a la actuación material de la Administración Pública que entrañará siempre una actividad

administrativa cualquiera de índole ejecutiva. Por ello, la vía de hecho quedará equiparada como una actuación material contraria a derecho, con la advertencia de que no toda actuación material terminará siendo contraria a derecho. En efecto, es también consustancial a la figura de la vía de hecho, que la actuación material “*ejecutiva*” del órgano o ente sea contraria a derecho, cuando contraría al ordenamiento constitucional, al legal, al reglamentario, a los principios generales del derecho, e inclusive, al acto administrativo constitutivo, conforme con el principio de la juridicidad. Así mismo, como no todas las actuaciones materiales son contrarias a derecho, la infracción termina siendo centrada en la ausencia de un título ejecutivo que resguarde dicha actuación material, sirviéndole de conexión con el ordenamiento jurídico. De tal manera, que la referida actuación material como forma de manifestación de la voluntad concretizadora de la administración, no consuma su existencia estando completamente desvinculada *ad integrum* del mundo jurídico.

El artículo 86.4 de la LEFP contiene implícitamente el mandato a los funcionarios públicos de solucionar conforme las situaciones de la vida diaria, conforme con los requisitos mínimos de legitimidad requeridos por el ordenamiento jurídico. Si el órgano o ente resuelve de manera contraria a derecho alguna situación, se materializa la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos con la imposición de sanciones disciplinarias destitutorias, con la finalidad de corregir dentro del personal administrativo del órgano o ente, la predisposición a resolver los asuntos de manera equivocada, y con ello, que el departamento de ejecuciones administrativas según el autor español Alejandro Nieto, acabe inevitablemente enfrentando a la actuación material con el ordenamiento jurídico conforme con el artículo 78 de la LOPA, pues los referidos actos administrativos nulos no constituyen un título ejecutivo suficiente del proceder material. Podemos decir lo mismo del artículo 25 Constitucional progresivamente con el artículo 86.4 LEFP, pero ésta vez con las actuaciones materiales y con los actos administrativos como binomio, que de descubrirse de manera inequívoca la expresión *las ordenes...nulas... que sean ejecutadas, generarán responsabilidad*. En este sentido, la vía de hecho crea responsabilidad penal, civil y disciplinaria en los funcionarios públicos, cuando se configura la figura delictiva del abuso de poder prevista en el Código Penal.

Pero cabe complementar también, la posibilidad anexa de una *determinada actuación material* dentro de los numerosos contenidos de la actividad administrativa (Limitación, Sancionadora, Expropiatoria,

Calificadora) sea contraria a derecho, de manera independiente a la declaración unilateral previa como título ejecutivo, pero contando con que, estando la declaración unilateral previa a la actuación material, ésta acabe excediéndose del contenido regulador incrustado en aquél, de manera diferenciada y conteste con el contenido regulador existente dentro de la declaración.

En **tercer** lugar, la actuación material atiende del mismo modo, a que la actividad administrativa material confiere eficacia material al contenido regulador, y no de una manera distinta, pues la vía de hecho no puede originarse únicamente de un acto administrativo formal manifiestamente ilegal, sino por el contrario, la vía de hecho se origina de la ejecución que la administración pública pretende hacer con la actuación material de ese acto administrativo nulo; o independientemente de los vicios invalidatorios que consiguiera acarrear el acto administrativo, nos encontraríamos con una vía de hecho cuando la actuación material termine excediéndose de lo contenido en el acto administrativo.

De allí, que sumándonos a un determinado sector doctrinario, entendemos, como termina imponiéndose en primer término, el redimensionamiento del instituto objetivo de la vía de hecho, partiendo necesariamente de que, si se quiere establecer una categoría distinta y claramente deslindada del acto administrativo, habrá de partirse de limitar, la noción de la vía de hecho, a las actuaciones materiales que carecen de cobertura jurídica ante la ausencia de un acto administrativo legitimador, o en el supuesto de que exista un acto administrativo, que el mismo no produzca efectos por carecer de eficacia, o se exceda del contenido incrustado dentro de la declaración. Tal es el sentido exacto, que puede proponerse con esas variables la vía de hecho dentro del derecho público moderno. Es la ejecución de un acto administrativo formal incivilmente contrario a derecho del órgano o ente lo que constituye una infracción al ordenamiento jurídico. La vía de hecho en sí según Rivero. De ahí, que debamos corregir el antiguo alcance de la noción con publicaciones actualizadas sobre la materia, y con una legislación moderna de procedimientos administrativos –procesal administrativa inclusive, que amplíe *adecuadamente* las potestades invalidatorias del Juez- cónsona con la teorización conseguida de la referida noción, que impida cualquier estado de indefensión ante los órganos de la justicia administrativa venezolana, conforme con el principio proscriptivo de los estados de indefensión con el derecho de la tutela judicial efectiva señalado por el artículo 24.1 de la Constitución Española –no señalado en nuestro artículo 26 constitucional.

Aquél, el título ejecutivo previo, es el fundamento en que sobreviene el vicio invalidatorio de la actuación material contraria a derecho como un grave ejercicio, e indebido, de la potestad ejecutiva de un acto administrativo, y con ello, de la actuación material como el producto *a-jurídico de la potestad ejecutiva, en función del acto administrativo*. Teniendo entonces, que careciendo el acto administrativo constitutivo de los requisitos mínimos de legitimidad demandados por el ordenamiento, la actuación material, consecuentemente, carecerá de una legitimidad jurídica, deviniendo en una actuación material irregular que se convertirá en contraria a derecho.

En **cuarto** lugar, como análisis adicional, y complementario acerca del tratamiento judicial de la vía de hecho, debo decir que la LOJCA termina enmarañando el tratamiento procesal contra las vías de hecho como actuaciones materiales contrarias a derecho, cuando separa el tratamiento procesal de juridicidad de los elementos configurativos de la noción –acto administrativo formal constitutivo y actuación material– al ubicarlos en procedimientos judiciales distintos, conforme con la legislación española imperante en materia procesal administrativa. Estos elementos constituyen un binomio jurídico funcional unitario aplicado en bloque. No puede revisarse su juridicidad separadamente.

La copiosa ley venezolana estando colmada de muy buenas intenciones, no termina solucionando rigurosamente nada con relación a la figura de la vía de hecho como noción invalidatoria en un sentido sustantivo, así como procesal administrativo con relación a idoneidad de las articulaciones procesales necesarias para determinar su antijuridicidad, y las inalteradas potestades del Juez competente en la resolución del problema entablado conforme con el lineamiento de la tutela judicial efectiva de las pretensiones de los ciudadanos con proscripción de cualquier estado de indefensión. La solución legislativa procesal correcta con las vías de hecho, consiste en la incorporación dentro del debate procesal de la legitimidad de la actuación administrativa a las dos nociones: acto administrativo formal constitutivo y actuación material, cuando justamente la segunda confiere eficacia material al contenido regulador alojado dentro del acto administrativo formal constitutivo. Indico nuevamente, la actuación material es la materialización física del acto administrativo formal. Naturalmente, conforme con lo anterior, nos encontramos insofismablemente con un mismo fenómeno, y siendo un mismo fenómeno, las caras de una misma moneda, debe tratarse dentro de un mismo proceso judicial con la finalidad impeditiva de decisiones

definitivas discordantes de manera yuxtapuesta. La nueva LOJCA cuenta con una sistemática procesal sumamente incoherente para el ejercicio, la tramitación y la decisión de los recursos contra las vías de hecho al establecer arbitrariamente un procedimiento llamado breve, que ni siquiera terminó siendo especial para la vía de hecho, sino que fue formalizado para la totalidad de las pretensiones de carácter no patrimonial y no anulatorio. En otras palabras, y de manera decepcionante: lo consideraron vulgarmente, el resto diferente de la nulidad.

Realizar un análisis de conjunto de la LOJCA es una experiencia que confirma y amplía las expresiones dubitativas que la doctrina ha venido vertiendo acerca de los preceptos de la LOPA y la LOTSJ dedicados a la vía de hecho, cuya redacción simplista ofrece todavía un panorama doctrinal muy harto problemático como es acostumbrado que ocurra ya en Venezuela con otras nociones. Verán, el intento de una regulación legislativa de la vía de hecho como noción jurídica, como un vicio invalidatorio genéricamente englobante de los vicios invalidatorios del proceder material, ha proyectado un resultado tan manifiestamente bienintencionado como inequívocamente confuso a nivel legislativo. Todavía no se define la noción. No se desarrolla indicativamente cuando una actuación material constituye una vía de hecho. Sólo enuncia la premisa general sobre la cual descansa la noción jurídica: que, lo que constituye una vía de hecho, es una actuación material con ausencia de título ejecutivo justificativo del proceder ejecutivo; una interpretación cabal del artículo 78 de la LOPA. *Única interpretación legislativa posible.* Y ya vimos conforme con el anterior capítulo, las imbricaciones del proceder ejecutivo frente al título ejecutivo. No existe una única vía de hecho, sino varias, contadas, pero varias. La vía de hecho entonces, sigue siendo una mera construcción doctrinal, y en un futuro no muy lejano, una construcción jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa (SPA-TSJ) conjuntamente con las Cortes Primera, Segunda y Tercera de lo Contencioso-Administrativo.

En este sentido **quinto**, podemos explicar dos ideas fundamentales y diferenciadoras, además de esclarecedoras con relación a lo anteriormente mencionado, como que: 1) la Ley Orgánica Sobre Amparo de Derechos y Garantías Constitucionales (LOSADYGC) todavía vigente menciona en su cardinal artículo 5: “La acción de amparo procede contra todo acto administrativo formal, actuaciones materiales, vías de hecho...” Y la Vía de Hecho es una actuación material contraria a derecho. La Ley menciona como objeto de tratamiento procesal constitucional primero, a la actuación material misma estando conteste con el ordenamiento jurídico, luego, a la misma actuación material, pero cuando es contraria al ordenamiento

jurídico. Una regulación indiscutiblemente carente de sentido, ya que apunta en la conclusión de que se trata de nociones distintas, cuando emplea múltiples vocablos para referirse a un mismo fenómeno. La impugnación de la actuación material deviene cuando ella entra en contradicción con el ordenamiento jurídico, no cuando aparece bajo su forma pura. Nótese como el artículo 25 de la **Ley Ordinaria 29 del 13 de Julio de 1998 de España**, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española coincide completamente con la anterior premisa, cuando indica como objeto de impugnación de la articulación procesal idónea para ello, a la actuación material constitutivas de vías de hecho. Eso significa, sólo actuaciones materiales contrarias a derecho, no algún otro tipo de actuación material. El legislador tenía sencillamente dos opciones. O colocaba como ámbito de aplicación del control judicial directamente a la vía de hecho como noción, o colocaba la descomposición de la noción “vía de hecho” como: actuaciones materiales contrarias a derecho.

Debo decir además, **sexto**, con relación a la vía de hecho como noción jurídica, que la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP) recoge una noción de la vía de hecho completamente distinta a la expuesta dentro del ensayo, la señala como una infracción disciplinaria castigable con una sanción administrativa disciplinaria destitutoria, cuya definición radica en la violencia generada por el funcionario público hacia sus allegados de la dependencia o, de los administrados con quienes se relaciona cuando ejerce las atribuciones conferidas; cosa inaudita, pues carece de lógica que una misma noción jurídica aparezca en dos leyes distintas, pertenecientes a un único sistema jurídico posean significados completamente distintos. Esto debe ser considerado científicamente inaceptable desde la perspectiva de la Ciencia Jurídica. Cada hecho distinto debe tener un nombre científico propio.

**Séptimo**, la impecable voluntad legislativa de ampliar el perímetro, por no decir, el ámbito objetivo de garantías constitucionales de los administrados involucrados dentro de las situaciones jurídicas, terminó traducéndose de manera paradójica, inadecuada, incoherente e incomprensible, en un régimen legislativo atiborrado de interrogantes y ambigüedades, que de no ser terminantemente salvadas mediante una interpretación razonable, puede convertir lo que se ha intentado que fuera un instrumento legislativo procesal privilegiado, de control administrativo material, más bien en una fuente inagotable de indefensiones serias para administrados “muy confiados,” de nuestro sistema judicial al no definirse legislativamente: ¿Qué es finalmente una vía de hecho?

La primera impresión que suscita lectura conjunta de los preceptos legislativos de la LOJCA concerniente con la mera impugnación de las actuaciones materiales contrarias a derecho, es la ausencia de una articulación procesal típica de la justicia administrativa cuya substancia sea conseguir *una declaración judicial original invalidatoria* de las actuaciones materiales contrarias al ordenamiento constitucional, legislativo, reglamentario o, al título formal ejecutivo previo concomitantemente con el reconocimiento de la antijuridicidad del acto administrativo formal, como binomio jurídico funcional. Me explico, un sistema peculiar de pretensiones para la suma de las actuaciones administrativas, menos con relación a las actuaciones materiales. Hay entonces una ausencia en el tratamiento procesal de la actividad administrativa material irregular. Antes bien, el propio legislador venezolano parece haber ambicionado plasmar un agregado de ideas indefinidas de diverso origen doctrinal, cuyo ensamblaje ofrece notorias deficiencias.

De una parte, terminó ampliándose el ámbito de la vital actividad administrativa impugnabile estableciendo respecto de la misma, un régimen parcialmente contrario a derecho, cuando según el ordenamiento constitucional indicaba como insuperable objeto a la actividad administrativa formal: actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares, excluyendo tácitamente a la actividad administrativa material, inclusive en un segundo plano como el legislativo, la LOTSJ menciona únicamente las actuaciones materiales contrarias a derecho (Vías de Hecho), pero no a las operaciones técnico-materiales como producto también del ejercicio de la potestad de la autotutela ejecutiva. Hasta aquí, la intención legislativa parece haberse circunscrito a establecer entre otras cosas un ignorado conjunto de articulaciones procesales para la justicia administrativa, o *ouverture* del proceso contencioso-administrativo francés -tomando prestada así, la expresión del derecho administrativo europeo en tiempos del antiguo Consejo de Estado, con el recurso por exceso de poder- Pero la delineación de la nueva articulación procesal terminó realizándose con una formidable imprecisión: por un lado, su objeto, su mera esencia, su substancia terminó invocando a un concepto jurídico indeterminado como la vía de hecho, que pese a su tradición y empleo habitual, posee contornos sustantivos y adjetivos profundamente indefinidos; y por otro, la LOJCA anuda a la noción de vía de hecho un conjunto de especialidades procesales esparcidas a lo largo de todo su texto y, construidas con un ostensible abandono y, que sobre todo no permiten formular una conclusión pacífica acerca de si originalmente se pretendió instituir un proceso judicial específico o, si sencillamente, otro aglomerado con el tratamiento judicial de la antijuridicidad de un acto administrativo, previo con el ordenamiento jurídico. Sencillamente un proceso autónomo, lo

cual comportará naturalmente serias dudas en torno a su coincidencia con el proceso judicial ordinario administrativo de carácter anulatorio.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1\_. **Eduardo García De Enterría y Tomás R. Fernández.** *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I y Tomo II*, ed. 2.000. 10º Edición. Editorial Thomson Civitas S.A. Madrid, España.
- 2\_. **Jesús González Pérez.** *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos Española*. 2º Ed. Madrid, 1.988. Dialnet. Madrid, España.
- 3\_. **Francisco López Menudo.** *Vía de Hecho Administrativo y Justicia Civil*. Primera Edición. 1.988. Editorial Civitas. Madrid, España.
- 4\_. **Juan Alfonso Santamaría Pastor.** *Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Tercera Edición. Colección Ceura*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- 5\_. **Fernando Sainz Moreno.** *La Defensa Frente a la Vía de Hecho. Recurso Contencioso-Administrativo, Acción Interdictal y Amparo*. 1.989. Dialnet. Madrid, España.
- 6\_. **Juan A. Santamaría Pastor.** *La Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*. IEA, 1.972. Madrid, España. Monografías.
- 7\_. **Raúl Bocanegra Sierra.** *Lecciones Sobre el Acto Administrativo*. Ediciones Civitas. 2004. Madrid, España.
- 8\_. **Javier García Luengo.** *Nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos*. Editorial Thomson-Civitas. 2.002. Madrid, España.
- 9\_. **Manuel Rachadell.** *La Defensa del Ciudadano Frente a las Vías de Hecho de la Administración*. I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (Derecho Procesal Administrativo) en Honor a Brewer-Carías (1.996) Tomo II.
- 10\_. **José Ignacio Hernández González.** *La Pretensión Procesal Administrativa Frente a las Vías de Hecho*. Libro Homenaje al Profesor Luís Henríque Fariás Mata: Derecho Contencioso Administrativo. (2.006) Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, Estado Lara.

11\_ **José Ignacio Hernández González.** *Vía de Hecho y Contencioso Administrativo.* Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 Autores en Homenaje al Post-Grado de Derecho Administrativo de la UCAB. Año 2009. Caracas, Venezuela.

12\_ **Luís Alfonso Herrera Orellana.** *La Potestad de Autotutela Administrativa: Ejecutividad y Ejecutoriedad de los Actos y Contratos Administrativos.* Serie Cuadernos, Ediciones Paredes. Año 2008. Caracas, Venezuela.

13\_ **José Rafael Belisario Rincón.** *La Desobediencia Tributaria como Derecho y Garantía de los Contribuyentes Frente a la Administración Tributaria.* VII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Tema II. Facultades de la Administración Tributaria y Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

14\_ **Antonio Canova González.** Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso-Administrativo Venezolano. Editorial Sherwood. Caracas, 1.998. Colección Del Contencioso-Administrativo N° 1.

15\_ **Allan R. Brewer-Carías.** Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina. Legis: Literatura Jurídica. Año 2.002. Bogotá, Colombia.

16\_ **Agustín Gordillo.** Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III: El Acto Administrativo. Primera Edición Venezolana. FUNEDA. Año 2002. Caracas, Venezuela.

17\_ **José Araujo Juárez.** *Los Derechos Fundamentales y los Medios de Protección Procesal: La Teoría de la Vía de Hecho Administrativa.* FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana (EJV). Caracas, Venezuela. Año 1997.

18\_ **Roberto Dromi.** *Acto Administrativo.* Buenos Aires 2.000. Ediciones Ciudad Argentina.

19\_ **Jean Rivero y Jean Waline.** *Derecho Administrativo.* Editorial Dalloz. 1994.

20\_ **George Vedel.** *Derecho Administrativo.* Editorial Desconocida. 1937.

- 21\_. **Marcel Waline.** *Droit Administratif.* París. Sirey, 1993
- 22\_. **André De Laubadère.** *Traité de Droit Administratif.* Tomo I. París L.G.D.J. 1990.
- 23\_. **Hans Kelsen.** *Teoría Pura del Derecho.*

### REFERENCIA NORMATIVAS

- 1\_. **Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.** Gaceta Oficial 2818. Extraordinaria de Fecha del 01 de Julio de 1981.
- 2\_. **Código Orgánico Tributario.** Gaceta Oficial 37305. Ordinaria de Fecha del 17 Octubre de 2001.
- 3\_. **Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.** Gaceta Oficial N° 1893. Extraordinario de Fecha del 30 de Julio de 1976
- 4\_. **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.** Gaceta Oficial N° 37942. Ordinaria de Fecha del 20 de Mayo de 2004.
- 5\_. **Ley Orgánica de Procesos Electorales.** Gaceta Oficial N° 5.928 de Fecha 12 de Agosto de 2.009
- 6\_. **Ley del Estatuto de la Función Pública.** Gaceta Oficial N° 37522. Ordinaria de Fecha del 06 de Septiembre de 2002.