

UNAM
POSGRADO
Derecho



Estudios Jurídicos Sobre Administración Pública

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ
Coordinador

MÉXICO, 2012





ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ
Coordinador

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
COORDINACIÓN DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

MÉXICO, 2012

| | |
|--|-----|
| Presentación | 1 |
| IT y la modernización de la administración pública Agustín Gordillo | 1 |
| Algunos principios generales del derecho administrativo en Venezuela, en particular, sobre el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo Allan Randolph Brewer Carías | 13 |
| El nuevo código administrativo de Colombia, carta de derechos ciudadanos Augusto Hernández Becerra | 45 |
| Desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios de la responsabilidad del Estado por actos terroristas en el derecho colombiano Ciro Nolberto Güecha Medin | 57 |
| Un nuevo paradigma en administración pública: el derecho humano a la buena administración pública Daniel Márquez Gómez | 79 |
| Mecanismos de defensa en el sistema jurídico mexicano frente a actos de la administración pública en materia de acceso a la información David del Ángel Moreno | 95 |
| Imposición de sanciones a los servidores públicos Elías Polanco Braga | 121 |
| La buena administración pública, como un derecho humano Francisco Eduardo Velásquez Tolsá | 133 |
| Requisitos de procedibilidad en la responsabilidad patrimonial del Estado Gabino Castrejón García | 149 |
| Transparencia pública y protección de datos personales en Chile Gladys Camacho Céspedes | 167 |
| Órganos constitucionales con autonomía funcional en Honduras Héctor Martín Cerrato | 181 |
| Régimen jurídico del derecho de acceso a la información pública en El Salvador Henry Mejía | 195 |
| Excursus sobre la forma de los contratos administrativos o la necesidad de modernizar la licitación pública en Argentina Isaac Augusto Damsky | 205 |

| | |
|---|-----|
| El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo Jaime Rodríguez-Arana | 229 |
| Responsabilidad pública y dignidad humana Javier Sheffer Tuñón | 253 |
| El derecho humano a una buena administración pública Jorge Fernández Ruiz | 267 |
| La protección a los usuarios de los servicios públicos José Francisco Pedro Pérez Hernández | 287 |
| El silencio de la administración José Luis Meilán Gil | 303 |
| La nueva administración pública del estado de Michoacán José René Olivos Campos | 319 |
| La fuerza mayor como causa de exención de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria cuando la ciencia o la técnica no ha evolucionado lo suficiente Juan Francisco Pérez Gálvez | 327 |
| Proyecto de ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común Karlos Navarro | 353 |
| El fortalecimiento de la responsabilidad patrimonial del estado en Colombia Libardo Rodríguez Rodríguez | 363 |
| La información como herramienta democratizante Luis Gerardo Rodríguez Lozano | 385 |
| La deferencia a favor de las administraciones públicas en el derecho administrativo contemporáneo Manuel E. Ventura Rodríguez | 405 |
| La participación de la mujer en la toma de decisiones en la administración pública federal y en la administración pública del Estado de Sonora María Inés Aragón Salcido | 421 |
| Responsabilidad del servidor público y el derecho a una buena administración pública Marina del Pilar Olmeda García | 435 |

| | |
|--|-----|
| Administración pública: la participación social en la refundación del concepto soberanía | |
| Mario Aguilar Camacho | 449 |
| Silencio administrativo y derecho de petición | |
| Miriam Mabel Ivanega | 467 |
| El régimen jurídico de acceso a la información pública en la Republica Dominicana | |
| Olivo Rodríguez | 479 |
| La acción directa de responsabilidad patrimonial en contra del Estado en la prestación de servicios públicos concesionados | |
| Sergio Flores Navarro..... | 493 |

ALGUNOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA, EN PARTICULAR, SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LOS EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Allan R. Brewer-Carías

El principio de legalidad y el Estado de derecho

El derecho administrativo en Venezuela, como ha ocurrido en todos los países de América Latina, se ha conformado conforme a las tradiciones del derecho civil romano germánico,¹ que condicionaron el desarrollo del derecho en Europa continental. Ello es cierto particularmente, respecto de los principios generales aplicables al procedimientos administrativo, es decir, el régimen legal que rige la actividad de la administración pública en sus relaciones con los administrados, que se conformaron de acuerdo con las mismas reglas y principios generales desarrollados durante el último siglo en Alemania, Francia, Italia y España.²

Entre estos principios, el primero que debe mencionarse es el de la legalidad, basado además en el de la supremacía de la Constitución.

La Constitución venezolana de 1999,³ en efecto, establece expresamente que “la Constitución es la norma suprema y el fundamento del orden legal,” a la cual se encuentran sometidas todas las personas y entidades públicas (artículos 7 y 131).⁴ Sólo en la materia relativa a los derechos humanos se condiciona el principio de supremacía de la Constitución, ya que el mismo texto constitucional otorga prevalencia a las provisiones de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos sobre el sistema legal interno, si estos contienen disposiciones más favorables para su disfrute y ejercicio (artículo 23).

La supremacía de la Constitución también se confirma con la declaración que se hace del Estado en la Constitución de 1999, como un Estado Democrático y Social de Derecho siguiendo el modelo que ya adoptado se había adoptado en la Constitución de 1961.⁵ Esto implica que todas las actividades de todas las entidades públicas deben someterse a la Constitución, leyes, reglamentos y demás disposiciones adoptadas por las autoridades competentes; lo que no es otra cosa en relación con la actividad administrativa

¹ Véase Mary Ann Glendon, Michael W. Gordon y Paolo G. Carozza, *Comparative Legal Traditions*, West Group, St. Paul, Minn. 1999, p. 13 ss.

² Sobre el desarrollo del derecho administrativo en Venezuela, véase la reciente publicación de Víctor Hernández Mendible (Coord.), *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, 2 Vols., Ediciones Paredes, Caracas 2010, pp. 1473. Para un panorama del sistema venezolano, véase Allan R. Brewer-Carías, “Panorama general del derecho administrativo en Venezuela (2004),” en Santiago González-Varas Ibáñez (Coordinador), *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, No. 9, Ministerio de Administraciones Públicas (INAP)-Instituto de Investigación Urbana y Territorial, Granada, España 2005, pp. 745-791

³ Véase la *Gaceta Oficial* No. 5.453 del 24 de marzo de 2000. Véase en general en la Constitución de 1999, Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, 2 Vols., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

⁴ Véase sobre la redacción de esta disposición en la Asamblea Nacional Constitucional de 1999, Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. II, (9 de septiembre – 17 de octubre de 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, p. 24.

⁵ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela. Contribución al estudio del Estado democrático y social de derecho*, Editorial Tecnos, Madrid 1975.

del Estado que el principio de la legalidad, es decir, la obligación que tienen todos los organismos y entidades de administración pública de actuar sometidos a la ley.⁶

A tal efecto, el Artículo 137 de la Constitución declara que “la Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos del Estado, a las que deben sujetarse;” y el Artículo 141 de la misma Constitución sobre los principios que rigen la administración pública, establece que esta debe actuar “con sometimiento pleno a la ley y al derecho.” En consecuencia, todas las actividades del Estado y, en particular, de los órganos y entidades de la administración pública deben realizarse de acuerdo a las disposiciones de ley, y dentro de los límites que la misma establece.

Además, el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP)⁷ expresamente repite el principio de la legalidad respecto a la misma al declarar que:

“La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.”

La consecuencia de estos principios de supremacía constitucional y de la legalidad es la disposición en la Constitución de un sistema integral para su control judicial de las actuaciones del Estado: por una parte, a través de un completo sistema de control de constitucionalidad de carácter mixto, que combina los métodos difuso (Artículos 334) y concentrado de control judicial, éste último, atribuido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo (artículo 336) (Jurisdicción Constitucional);⁸ y por otro lado, a través de un sistema de control judicial de acción administrativa (Jurisdicción Contencioso Administrativa) (artículos 259 y 297).⁹

Los poderes y competencias de órganos y entes estatales

Una de las consecuencias más importantes del principio de legalidad es que los poderes y competencias asignadas a todas las entidades públicas y organismos estatales siempre deben estar expresamente provistos en una ley. Esta asignación de competencias, en el caso

⁶ Véase Antonio Moles Caubet, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Caracas 1974; Allan R. Brewer-Carías, *Principios Fundamentales del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, p. 33.

⁷ Véase la *Gaceta Oficial* No. 5.890 Extra. del 31 de julio de 2008. Véase en Allan R. Brewer-Carías, Rafael Chavero Gazdik y Jesús María Alvarado Andrade, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, p. 17.

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000; *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007; Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, p. 9 ss.

de Venezuela, conforme a la forma federal del Estado adoptada en la Constitución (Artículo 136), se conforma primaria y básicamente a través de la distribución territorial de los poderes estatales entre el Estado nacional (Poder Público nacional), los estados de la federación (Poder Público estatal) y los municipios (Poder Público Municipal).¹⁰

En esta materia, debe recordarse que Venezuela fue uno de los países del Continente que desde principios del siglo XIX adoptó la modalidad federal de gobierno,¹¹ aún cuando en la práctica se haya venido progresivamente conformado como un sistema de "federación centralizada."¹² No obstante esta tendencia centralizadora, en cuanto a la formal organización del Estado, la consecuencia legal de la distribución vertical o territorial de poderes y competencias en un marco federal, es la existencia de tres niveles de entes públicos y de administración pública: Administración Pública Nacional, Administración Pública Estatal y Administración Pública Municipal.¹³

Estos tres niveles de administración pública están todos sujetos a los principios generales establecidos en la Constitución nacional respecto a la organización de la administración pública central (artículos 236 y 20) y la administración pública descentralizada (artículos 142 y 300); la actividad administrativa (artículo 141); los funcionarios públicos (artículos 145 al 149) y sus responsabilidades (artículos 139); los bienes del Estado (artículos 12, 181 y 304); el acceso a información pública (artículo 143); los contratos públicos (artículos 150 y 151); la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 140); y el control fiscal sobre la administración (artículos 62, 66, 287 y 315).

Como se mencionó, una de las consecuencias del principio de la legalidad, particularmente respecto a la administración pública, es que para proteger las libertades públicas en un Estado democrático, los organismos y entidades de la administración pública siempre tienen que estar habilitados de manera expresa a través de una ley (competencia)¹⁴ de manera que cuando se emiten actos administrativos que podrían afectar de alguna forma los derechos e intereses de los particulares (artículo 4 de la LOAP), deben siempre hacerse

¹⁰ Véase sobre esta norma Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. II, 9 de septiembre-17 de octubre de 1999, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999, pp. 161-164.

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales, Vol. II: El Poder Público: Nacional, Estatal y Municipal*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, p. 111 ss.

¹² Véase en general, sobre la federación en la Constitución de 1999, Allan R. Brewer-Carías, "La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva)," en el *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 138, Año LXVIII, Enero-Diciembre de 2001, Caracas 2002, pp. 313-359;

¹³ Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999," en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García (Eds.), *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Vol. II, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 107-136; Allan R. Brewer-Carías, "Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos," en *Revista Derecho y Sociedad de la Universidad Monteávila*, No. 2 (Abril), Caracas 2001, pp. 135-150.

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, p. 47 ss.

mención expresa, en su motivación, de la base o causa legal específica que auto póliga la actuación.¹⁵

Pero además, los actos administrativos, incluso los que se dictan en ejercicio de poderes discrecionales, de acuerdo al Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)¹⁶ siempre deben emitirse conforme al determinado presupuesto de hecho previsto en la misma ley que motiva la actuación de la administración, y de acuerdo con los fines previstos en la disposición legal que autoriza la actuación administrativa; y siempre deben mantener la debida proporcionalidad entre el fin perseguido y la decisión adoptada, lo cual implica la aplicación de los principios de razonabilidad, lógica, coherencia, igualdad, e imparcialidad, todo conforme a los principios de la confianza legítima y de la buena fe, y siempre cumpliéndose con todas las condiciones y formalidades establecidas por su validez y eficacia de dichos actos.¹⁷

La base esencial de la relación jurídica administrativa: la buena fe y la confianza legítima

Todos los principios que se derivan de la Constitución y la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos y que rigen la actividad administrativa, se complementan con los establecidos en el Artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en el cual se indica que la actividad de la administración pública se debe basar en los principios de economía, celeridad, simplicidad, responsabilidad, eficacia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, accesibilidad, uniformidad, modernidad, honestidad, transparencia, buena fe, paralelismo de las formas, responsabilidad, sometimiento a las leyes y supresión de formalidades no esenciales.

De particular importancia es el principio de la buena fe, al cual se vincula el principio de la confianza legítima y que ha sido reconocido como uno de los que rigen la actividad administrativa, en el sentido de que cuando en las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración y los administrados, se ha creado expectativas de actuación legítimas, la misma debe respetar tales expectativas.¹⁸ Los principios de buena fe y de la confianza legítima, por otra parte, están conectados con el de seguridad jurídica que debe también regir la actividad de la administración del Estado, protegiendo las relaciones entre el Estado y los administrados.¹⁹

Acerca del principio de la confianza legítima, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que las acciones reiteradas de la

¹⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 169-175.

¹⁶ Véase la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en *Gaceta Oficial* No. 2.818 Extra. del 1 de julio de 1981. Véase en esta Ley, Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 12th Ed., Caracas 2001.

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 176-178.

¹⁸ En general, sobre el principio de la confianza legítima Véase Caterina Balasso Tejera, "El principio de protección de la confianza legítima y su aplicabilidad respecto de los ámbitos de actuación del poder público," en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 745 ss.

¹⁹ Véase Federico A. Castillo Blanco, *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons Editores, Madrid 1998, pp. 273-274.

administración pública crean expectativas legales para los particulares que el juez debe tomar en cuenta, ya que los criterios administrativos derivados de las actuaciones reiteradas de la administración, a pesar de que sean susceptibles de ser cambios, pueden crear dichas expectativas.²⁰ Al establecer esta doctrina, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo se basó en el Artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,²¹ declarando que dicha disposición:

“..No es más que la aplicación del principio de la irretroactividad de las disposiciones generales a situaciones nacidas con anterioridad a su pronunciamiento. La norma establece igualmente, que la modificación de los criterios no es motivo para la revisión de los actos definitivamente firmes. El artículo 11, brevemente analizado, es considerado como uno de los ejemplos más significativos en la legislación venezolana, del principio de la confianza legítima, con base en el cual, las actuaciones reiteradas de un sujeto frente a otro, en este caso de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas que han de ser apreciadas por el juez y justamente, los criterios administrativos, si bien pueden ser cambiados, son idóneos para crear tales expectativas...”²²

Consecuentemente, si la administración pública actúa en forma tal que vaya contra las deducciones lógicas que derivan de sus propias acciones previas, existe una violación del principio de confianza legítima ya que “...cuando se alude a la conducta que fomenta la expectativa, la misma no está constituida tan sólo de actuaciones, sino que también se conforma con abstenciones y manifestaciones denegatorias u omisiones voluntarias...”²³

La base de este principio recae, como la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia ha declarado, en la confianza que el comportamiento de la administración pública genera en el ciudadano, comportamiento que debe seguir el marco legal y estar orientado a la protección del interés público.²⁴

En resumen, el principio de protección de la confianza legítima rige la relación entre los administrados y el Estado, y por consiguiente éste último debe reconocer la naturaleza legítima de las expectativas basadas en sus propias acciones reiterativas previas, así como respetar dichas expectativas, prohibiéndosele que las modifique irracional, abrupta o repentinamente y sin advertir sobre los efectos que dichas modificaciones podrían causar.

²⁰ Véase la sentencia No. 514 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 3 de abril de 2001 (Caso de *The Coca-Cola Company v. Ministerio de la Producción y el Comercio*), en *Revista de Derecho Público*, Nos. 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 231-232.

²¹ Este artículo dispone: “Artículo 11. Los criterios establecidos por los distintos órganos de la Administración Pública podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes.”

²² Véase la sentencia No. 514 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 3 de abril de 2001 (Caso de *The Coca-Cola Company v. Ministerio de la Producción y el Comercio*), en *Revista de Derecho Público*, Nos. 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 231-232.

²³ Véase Hildegard Rondón de Sansó, *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*, Caracas 2002, p. 3.

²⁴ Véase la sentencia No. 98 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 1 de agosto de 2001 (Caso de *Asociación Civil “Club Campestre Paracotos”*), en *Revista de Derecho Público*, Nos. 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 232-238.

Conforme a este principio de la confianza legítima vinculado a la buena fe, por tanto, el administrado, esencialmente debe confiar en que cuando la Administración adopta una decisión, por ejemplo, autorizando una conducta y el ejercicio de ciertos derechos, la misma está actuando de buena fe y no en fraude al administrado. Por lo tanto, en la relación jurídica que se establece con la Administración, el administrado debe poder confiar en el acto administrativo, y en lo que el mismo otorga, permite o autoriza. Los administrados no pueden iniciar una relación jurídica con la Administración con la idea de que ésta ha actuado de mala fe y no va a cumplir y respetar sus decisiones, o las que resultan de las mismas. El administrado tiene que actuar con la legítima confianza de que la administración va a adoptar las subsiguientes decisiones que derivan de su acto anterior, y no pueden partir del supuesto de que la administración simplemente no va a actuar de manera acorde a lo que ha autorizado o permitido anteriormente.

Esto implica que no es posible pretender que un administrado titular de una autorización administrativa, por ejemplo, deba comenzar la ejecución de las actividades autorizadas o permisos, demandando a la Administración por cualquier demora que pueda ocurrir en la emisión de cualquier acto administrativo subsecuente que sea consecuencia del anterior. Por el contrario, en sus relaciones con la Administración Pública, los administrados deben basarse en la confianza y la buena fe y, por lo tanto, confiar en que la Administración va a cumplir con aquello que ha prometido legalmente.

En el marco de la Administración Pública de nuestro tiempo, una relación administrativa en la que un particular deba fundar sus actuaciones en la presunción de que la Administración no va a cumplir con las obligaciones que ha asumido, es completamente inconcebible.

Los poderes discrecionales de la administración y sus límites

Por otra parte, la ley, al otorgar determinadas competencias a la Administración, puede hacerlo básicamente en dos formas: fijándole con precisión los parámetros para su actuación, u otorgándole determinada libertad para apreciar, a su juicio, la oportunidad o conveniencia de la decisión a tomar. En este último caso, se está en presencia del denominado poder discrecional, el cual puede ejercerse sólo cuando la ley le otorga al funcionario público dicha libertad de elegir entre las diferentes posibilidades o medidas – todas justas –, de acuerdo a una evaluación de la oportunidad y conveniencia de la acción a ser adoptada.²⁵

Asimismo, en el caso de actividades administrativas discrecionales, es la ley la que otorga a la administración pública la posibilidad de evaluar la oportunidad o conveniencia de su acción en armonía con el interés público, lo que ha sido definido como “la libertad de elegir entre diferentes alternativas, todas ellas justas.”²⁶ La actividad discrecional, por tanto,

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los límites a la actividad discrecional de las autoridades administrativas,” en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Uppsala, agosto 1966)*, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1966, pp. 255-279, y en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 2, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1966, pp. 9-35.

²⁶ Véase la sentencia No. 100 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 19 de mayo de 1983 en *Revista de Derecho Público*, No. 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, p. 69, así como Providencia No. 177 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia fechada el 1 de agosto de 1991, en Caterina Balasso Tejera, *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, pp. 209 ss.

debe distinguirse de la que resulta de la aplicación de lo que se ha venido denominado como la aplicación de “conceptos jurídicos indeterminados,” – a lo cual nos referimos más adelante –, en cuyo caso lo que corresponde al funcionarios públicos es sólo pueden determinar el sentido de la disposición legal respectiva que contiene el concepto, la cual sólo permite una única solución justa y correcta, que no es otra sino la obtenida de acuerdo con el espíritu, razón y propósito de la norma.²⁷

Ahora bien, en relación con las actividades propiamente discrecionales, cuando una ley las autoriza adecuadamente, las mismas siempre están sometidas a límites expresamente establecidos por el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,²⁸ en el cual se dispone:

“Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.”

En efecto, de acuerdo al derecho administrativo venezolano, las actividades administrativas discrecionales sólo pueden existir cuando una ley expresamente otorga a la administración el poder de evaluar la oportunidad y conveniencia de sus acciones, lo cual ocurre cuando la misma otorga a un funcionario público el poder de actuar de acuerdo a su evaluación de las circunstancias.²⁹ Como lo afirmó la antigua Corte Federal de Venezuela en una decisión del 17 de Julio de 1953:

“...los actos discrecionales existen cuando la administración no está sujeta a los logros de disposiciones especiales respecto a la oportunidad de actuar, lo cual no significa que puede actuar sin estar sujeta a cualquier reglamento debido a que las autoridades administrativas siempre deben seguir las disposiciones respecto a las formalidades de actos administrativos. Al contrario, los actos reglados son aquellos actos obligatorios que el funcionario público está obligado a emitir estrictamente sujetos a la ley.”³⁰

²⁷ Véase la sentencia No. 100 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 19 de mayo de 1983 en *Revista de Derecho Público*, No. 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, p. 69.

²⁸ Véase la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Gaceta Oficial No. 2.818 Extra. del 1 de julio de 1981; Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, 12a Ed., Caracas 2001, pp. 175 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982, pp. 45-48.

²⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, p. 52 ss.; *Fundamentos de la Administración Pública*, Vol. 1, Caracas 1980, pp. 203-222; “Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas” en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas 1966, pp. 255-278, y en *Revista de la Facultad de Derecho, UCAB*, No. 2, Caracas 1966, pp. 9-35; “Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional,” en Carlos E. Delpiazzo (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2008, pp. 609-629; “Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad” en Jaime Rodríguez Arana Muñoz et al. (Eds.), *Derecho Administrativo Iberoamericano (Discrecionalidad, Justicia Administrativa y Entes Reguladores)*, Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Vol. II, Congrex SA, Panamá 2009, pp. 475-512.

³⁰ Véase la sentencia de la antigua Corte Federal del 17 de Julio de 1953, en *Gaceta Forense*, 2a Etapa, No. 1, Caracas 1953, p. 151.

En otro pronunciamiento, la misma Corte declaró:

“en los reglados la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esta autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa, en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los discrecionales, atendiendo a necesidades de la administración pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda arbitrariamente”³¹

De lo mencionado anteriormente, lo que básicamente resulta es que los poderes discrecionales necesitan estar establecidos expresamente en una ley específica. Consecuentemente, como lo estableció la antigua Corte Federal y de Casación en 1938, “nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente.”³² Y como se mencionó anteriormente, incluso si la ley otorga a un funcionario público el poder de decidir asuntos de una forma discrecional, de acuerdo al artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, debe actuar manteniendo la debida proporcionalidad, ajustándose a los hechos y a los fines de la disposición, así como cumplir las formalidades y requisitos necesarios para la validez y eficacia del acto.

Esto es, las actividades discrecionales, cuando las autoriza la ley, nunca pueden resultar en actividades arbitrarias o injustas (“la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia”),³³ y siempre deben apegarse al principio de racionalidad (una decisión discrecional nunca puede ser irracional o ilógica); a principio de justicia y equidad (una decisión discrecional nunca puede ser injusta, inequitativa, perversa); a principio de igualdad (una decisión discrecional no puede ser discriminatoria); a principio de proporcionalidad (una decisión no puede ser desproporcionada y necesita apegarse a los hechos y a la decisión); y a principio de buena fe (una decisión discrecional no puede ser engañosa).³⁴

Los conceptos jurídicos indeterminados como límite al poder discrecional

Como antes hemos señalado, las facultades discrecionales de la Administración Pública deben estar expresamente establecidas en el texto de una ley, constituyendo un grado de libertad de acción que la ley expresamente otorga a los funcionarios públicos en un proceso de toma de decisiones en particular, las cuales, por tanto, no pueden presumirse.

³¹ Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 26 de noviembre de 1959, en *Gaceta Forense*, 2a Etapa, No. 26, Caracas 1959, p. 125.

³² Véase la sentencia de la antigua Corte Federal del 11 de agosto de 1949, en *Gaceta Forense*, 1ª etapa (2a Ed.), Año I, No. 2, Caracas 1949, p. 140.

³³ *Gaceta Forense*, No. 11, Caracas 1956, pp. 27-30; Véase Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Vol. I, Caracas 1975, pp. 611-612.

³⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas,” *loc. cit.*, pp. 27-33. Véase los comentarios de Gustavo Urdeneta Troconis, “Notas sobre la distinción entre actos reglados y discrecionales y el control jurisdiccional sobre estos,” en *Tendencias de la Jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa*, Caracas 1986, pp. 395-399. Véase también Gabriel Ruan Santos, *El Principio de Legalidad, La Discrecionalidad y las Medidas Administrativas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. Editorial Torino, Caracas, Venezuela 1998.

Ahora bien, los efectos de su consagración e identificación en la ley, en términos generales puede decirse que el poder discrecional es usualmente otorgado mediante el empleo de los términos “podrá” o “puede,” en el sentido de posibilidad o libertad conferida al funcionario, sin mencionar expresamente condiciones o salvedad alguna. En tales casos, la Administración goza de la libertad de elección entre varias soluciones posibles para la decisión de un caso particular, siempre que dichas soluciones sean todas tanto razonables como justas.

Fue de esta manera cómo durante muchos años la jurisprudencia comenzó a identificar facultades discrecionales,³⁵ de manera que cuando la Administración ha sido investida de poderes discrecionales, la ley le proporciona la libertad de decidir entre diversas posibilidades, de modo que cualquier solución que se adopte es, en principio, legalmente inobjetable. Cuando una ley establece, por ejemplo, que la Administración tiene la facultad de tomar las medidas que estime necesarias para cumplir un determinado propósito (incluso enumerando varias soluciones válidas), de acuerdo con su propia apreciación de oportunidad y conveniencia, cualquier decisión adoptada debe considerarse jurídicamente fundada.

La clave en esta materia para identificar el poder discrecional es que incluso cuando se recurre a la utilización de los términos “podrá” o “puede” en una ley donde se faculta a la Administración para la toma de determinadas decisiones, para que derive en el otorgamiento de poderes discrecionalidad, la asignación de la potestad no debe estar acompañada de otros términos que en sí mismo excluyan la posibilidad misma de discrecionalidad, ni que impongan a la Administración la obligación de adoptar sólo una única solución justa. Esto último es lo que ocurre precisamente en el caso de los denominados en la doctrina como “conceptos jurídicos indeterminados.” Estos, en efecto, cuando se establecen en la ley, no otorgan realmente poder discrecional, y los mismos se identifican cuando al usarlos la ley solo permite que la decisión que se adopte sea una sola solución justa, no gozando entonces la Administración de facultades discrecionales.

Esta doctrina de los “conceptos jurídicos indeterminados” ha sido ampliamente desarrollada y aceptada en el derecho administrativo contemporáneo, y definida y aplicada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Venezuela precisamente para aclarar que en esos casos no se han otorgado facultades discrecionales. Tal como lo han señalado García de Enterría y Fernández Rodríguez:

“...La aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de un realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión

³⁵ Las primeras decisiones del Tribunal Supremo de Venezuela sobre esta materia tuvieron lugar en la década de los cincuenta. Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carias, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, pp. 52 y ss., y *Fundamentos de la Administración Pública*, Vol. I, Caracas 1980, pp. 203-222; y en “Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas” publicado en *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas 1966, pp. 255-278.

de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.

“...Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite...”³⁶

Esta distinción entre poderes discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados tuvo importantes repercusiones en el derecho administrativo en el sentido de que mientras que en el caso del poder discrecional no cabía la posibilidad de controlar la voluntad de los funcionarios públicos en la toma de decisiones, por encontrarse expresamente facultados por la ley, sin perjuicio de los límites impuestos por la lógica, la razonabilidad, la justicia y la proporcionalidad; en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados siempre cabe la posibilidad de que la administración haya cometido un error de valoración, y es precisamente ese error lo que puede ser controlado y subsanado por los tribunales contencioso administrativos. Esto ha sido reconocido por la jurisprudencia venezolana desde hace más de tres décadas, primero, estableciendo la distinción entre las actividades discrecionales y la llamada “discrecionalidad técnica”, excluida de la primera,³⁷ y luego, con la distinción entre actividades discrecionales y el uso de conceptos jurídicos indeterminados. Y esto es, precisamente, lo que resolvió la antigua Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 19 de mayo de 1983 (Caso: *Hola Juventud/RCTV*),³⁸ al considerar que en “situaciones en las que no hay mas que una solución justa [...] en consecuencia, no hay discrecionalidad.”³⁹ En este caso *Hola Juventud* de 1983, el concepto jurídico indeterminado al cual se refería la ley y que facultaba a la Administración para poder suspender programas de televisión era el de “moral pública”, y el Tribunal consideró que:

³⁶ Véase *Curso de derecho administrativo*, Madrid. Ed. Civitas. 1998. Tomo I. p. 450. Véase también sobre esta cuestión: Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, p. 234.

³⁷ Véase, por ejemplo, el fallo de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo pronunciado el 23 de marzo de 1983, publicado en *Revista de Derecho Público*, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, p. 154.

³⁸ Véase el texto en *Revista de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, p. 69. Véase también sentencia del Tribunal Supremo del 1° de agosto de 1991 dictada en otra causa relativa, asimismo, a un programa de televisión, Caso: *RCTV/La Escuelita*, en *Revista de Derecho Público*, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, pp. 80-82

³⁹ Véanse los comentarios sobre las causas *HRCTV/Hola Juventud* de 1983 y *RCTV/La Escuelita* de 1991, en relación con la noción de que los conceptos jurídicos indeterminados no otorgan discrecionalidad a la Administración, Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional”, publicado en Carlos E. Delpiazzo (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2008, pp. 609-629, y “Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad”, publicado en Jaime Rodríguez Arana Muñoz et al. (Eds.), *Derecho Administrativo Iberoamericano (Discrecionalidad, Justicia Administrativa y Entes Reguladores)*, Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Vol. II, Congrex SA, Panamá 2009, pp. 475-512. Véase también el trabajo específicamente sobre la noción de “conceptos jurídicos indeterminados”: Allan R. Brewer-Carías, “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa”, publicado en *Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos, N° 35, Caracas 2006, pp. 217-239.

"El presupuesto de hecho –ofensa a la moral pública– incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativista ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan estos últimos por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma. La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada."⁴⁰

Siguiendo esta jurisprudencia y sobre la base de la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, en Venezuela se ha establecido una firme distinción entre el ejercicio del poder discrecional y lo que no es tal, como una manera efectiva de reducir la libertad de la Administración en la toma de decisiones y la consecuente ampliación de las facultades judiciales de controlar tales decisiones. Por lo tanto, la Administración sólo goza de poder discrecional en las instancias en las que puede seleccionar entre varias opciones, de manera tal que, conforme a la voluntad del legislador, cualquiera de las opciones es legalmente admisible y tiene el mismo valor.

En cambio, cuando se trata del uso en la ley de conceptos jurídicos indeterminados, no existe discrecionalidad ya que sólo hay una única decisión legalmente admisible. Como consecuencia, la particularidad de estos conceptos jurídicos indeterminados es que sólo pueden dar lugar a una sola decisión particularizada en una situación concreta: por ejemplo, o hay una necesidad de "utilidad pública" o no la hay; o se ha alterado el "orden público" o no se lo ha alterado; o se han afectado "las buenas costumbres" o la "moral pública" o no se las ha afectado; o la indemnización determinada en un caso de expropiación es "justa" o no es justa.

El debido proceso y el procedimiento administrativo

Por otra parte, uno de los elementos principales necesarios para garantizar el respeto del Estado de derecho en la actividad administrativa, es la obligación que tienen los funcionarios públicos de que los actos administrativos se emitan siguiendo el

⁴⁰ Véase la *Revista de Derecho Público*, N° 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, p. 69. La Corte dijo: "El presupuesto de hecho -ofensa a la moral pública- incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma".

procedimiento administrativo establecido por la ley, el cual se establece, no sólo para garantizar la eficacia de las acciones administrativas, sino también para garantizar los derechos de los administrados ante la administración pública. A tal efecto, el procedimiento administrativo se rige, según se establece en el artículo 141 de la Constitución, por "los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia y responsabilidad en el ejercicio de funciones públicas y con total sometimiento a la ley y al derecho;" y como se indica en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, por los principios de economía, celeridad, simplicidad, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia y buena fe.

Específicamente, en todos los casos en los cuales un acto de la administración pública puede afectar los derechos o intereses de los administrados, para poder emitirlo la administración está obligada a seguir el procedimiento administrativo pautado legalmente para ello, en el cual la garantía del debido proceso debe respetarse y, particularmente, debe garantizarse el derecho a la defensa.

Este derecho a la defensa es parte de la cláusula general del debido proceso incluida en el artículo 49 de la Constitución, la cual es una garantía no sólo establecida ante los tribunales, sino también respecto a las actividades administrativas, y además lo completa la disposición que declara que los actos administrativos promulgados en completa y absoluta ausencia de cualquier procedimiento administrativo, quedan afectados de nulidad absoluta, según se establece en el Artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La consecuencia de este principio constitucional, por ejemplo, en un procedimiento administrativo en el que se evalúe la revocación de un acto administrativo, es que la audiencia que debe darse a las partes interesadas con anterioridad a la decisión, es una condición esencial de la validez de la revocación resultante, en la medida que garantiza el derecho fundamental de la persona involucrada a defenderse y a ser escuchada. Es decir, el derecho al debido proceso se aplica a todas las actividades administrativas, teniendo siempre la administración el deber de iniciar un procedimiento administrativo antes de emitir un acto o medida que pueda afectar los derechos o intereses de una persona o una empresa, de modo que a éstos se les otorgue la oportunidad de presentar su defensa. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, incluso antes de la Constitución de 1999, sostuvo en repetidas sentencias lo siguiente:

"El artículo 68 de nuestra Constitución [equivalente al 49 de la Constitución de 1999] establece que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso, lo que ha sido interpretado por jurisprudencia reiterada de este alto Tribunal en su forma más amplia, al extenderlo al derecho a ser oído, presentar alegatos, refutar las argumentaciones contrarias, promover y evacuar las pruebas pertinentes, "tanto en el procedimiento constitutivo del acto administrativo como a los recursos internos consagrados por la Ley para depurar aquél" (Vid. Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 08-05-91, caso: "Ganadería El Cantón").

En este contexto, la Administración está en la obligación de comunicar a los interesados la apertura de un procedimiento -más aún cuando es de tipo sancionatorio o destinado a

imponer gravámenes- para que previamente a la emisión del acto definitivo, las partes puedan tener acceso al expediente y así alegar y probar lo conducente.⁴¹ En una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 15 de mayo de 1996, se declaró igualmente lo siguiente:

“Ello así, ha de afirmarse que el derecho a la defensa es inherente a todo procedimiento (bien sea jurisdiccional o administrativo) donde se esté juzgando a un particular.

Es constante de esta manera la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la administración debe otorgarle a los particulares que, por su actuación resultarán lesionados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, un momento procesal para que expongan los alegatos y presenten las pruebas que consideren pertinentes, este deber de los órganos administrativos tiene por objetivo garantizar el derecho a la defensa, cuya aplicación no sólo se limita al ámbito judicial, sino que es también extensiva como ya hemos señalado al administrativo.

En consecuencia, cualquier acto administrativo cuyos efectos estén dirigidos a extinguir, modificar o variar algún derecho subjetivo o algún interés calificado de los particulares, o aquellos que a éstos les imponga sanciones o cargas, para su validez y eficacia, requiere obligatoriamente de un procedimiento previo que, aún en forma informal, permita el ejercicio del derecho fundamental a la defensa que ostentan todos los ciudadanos, como derecho cívico contenido en la Constitución.⁴²

Estos principios, como ya se mencionó, han sido repetidos en la disposición del artículo 49 de la Constitución de 1999, donde la garantía constitucional al debido proceso a la defensa se estableció como inviolable, no sólo en todos los procesos judiciales, sino también en todos los procedimientos administrativos; una garantía que no puede omitirse ni siquiera por el mismo legislador.⁴³

La Sala Político-Administrativa del Supremo Tribunal de Justicia estableció, en este sentido, los criterios para la interpretación y alcance del artículo 49 de la Constitución de 1999, declarando que:

“Se trata de un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado,

⁴¹ Véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 8 de octubre de 1996 en *Revista de Derecho Público*, Nos. 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 171. Para adoptar su sentencia, la Sala se basó en la anterior sentencia de la misma Sala Político-Administrativa, de 17 de noviembre de 1983, en *Revista de Derecho Público*, No. 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, p. 151; y el texto correspondiente citado más adelante en este estudio (Nota No. 49, *infra*).

⁴² Véase la *Revista de Derecho Público*, Nos. 65-66, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 156.

⁴³ Por esta razón, ha sido debido a la prevalencia del derecho a la defensa, que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema, no ha aplicado más, por ejemplo, estándares que permitan el principio de *solve et repete* como una condición para tener acceso a los tribunales administrativos contenciosos, considerándolos inconstitucionales a éstos. Véase la Sentencia No. 321 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 22 de febrero de 2002 (Caso de *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. v. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*), en *Revista de Derecho Público*, Nos. 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

entre los que figuran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derecho a la ejecución de las sentencias, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental. El artículo en comento establece que el debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento administrativo, como en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos. En este mismo orden de ideas, el derecho a la defensa previsto con carácter general como principio en el citado artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, adoptado y aceptado en la jurisprudencia en materia administrativa, tiene también una consagración múltiple en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual, en diversas normas, precisa su sentido y manifestaciones. Se regulan así los otros derechos conexos como son el derecho a ser oído, el derecho a hacerse parte, el derecho a ser notificado, a tener acceso al expediente, a presentar pruebas y a ser informado de los recursos para ejercer la defensa.”⁴⁴

En forma similar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia, en sentencia No. 321 del 22 de Febrero de 2002 (Caso *Papeles Nacional Flamingo, C.A. v. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*), indicó que cualquier restricción al derecho a la defensa, siendo un derecho fundamental, sólo puede provenir de la Constitución misma y si el legislador amplía el alcance de estas restricciones, entonces se vuelven ilegítimas. Resolvió el Tribunal lo siguiente:

“Debe observarse que tanto el artículo 68 de la abrogada Constitución, como el 49.1 de la vigente, facultan a la ley para que regule el derecho a la defensa, regulación que se ve atendida por el ordenamiento adjetivo.

Ello en modo alguno quiere significar que sea disponible para el legislador el contenido del mencionado derecho, pues éste se halla claramente delimitado en las mencionadas disposiciones; si no que por el contrario, implica un mandato al órgano legislativo de asegurar la consagración de mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, no sólo en sede jurisdiccional, incluso en la gubernativa, en los términos previstos por la Carta Magna. De esta forma, las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas; esto

⁴⁴ Véase la sentencia No. 2742 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de noviembre de 2001, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/02742-201101-15649.htm>.

es, la sola previsión legal de restricciones al ejercicio del derecho de defensa no justifica las mismas, sino en la medida que obedezcan al aludido mandato constitucional.⁴⁵

El derecho a la defensa es, por tanto, un derecho constitucional absoluto, establecido por la Constitución como “inviolable” en todas las etapas y grados de los procedimientos, tanto judiciales como administrativos y es un derecho que todas las personas tienen, sin distinciones de ningún tipo, sean personas jurídicas o naturales, por lo que no puede someterse a ninguna excepción o limitación.⁴⁶ Este derecho “es un derecho fundamental protegido por nuestra Constitución, y como tal, no puede suspenderse en materia del Estado de derecho ya que es una de las bases sobre las cuales se erige dicho concepto.”⁴⁷

Además, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, después de que la Constitución de 1999 entró en vigor, también ha insistido en la naturaleza absoluta e inviolable del derecho a la defensa. Así, por ejemplo encontramos la sentencia No. 97 del 15 de marzo de 2000 (Caso *Agropecuaria Los Tres Rebeldes, C.A. v. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas*), en el cual la Sala decidió que:

“Se denomina debido proceso a aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.”⁴⁸

De la existencia de estas reglas sobre el debido proceso se deriva la posibilidad de que las partes utilicen los medios o recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para defender sus derechos e intereses, por lo que cualquier omisión de las reglas de procedimiento que resulte en la inhabilidad de las partes para utilizar los mecanismos que

⁴⁵ Véase la sentencia No. 321 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 22 de febrero de 2002 (Caso de *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. v. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*), en *Revista de Derecho Público*, Nos. 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

⁴⁶ La Corte Primera de lo Administrativo Contencioso declaró al respecto en su sentencia del 15 de agosto de 1997 (Caso de *Telecomunicaciones Movilnet, C.A. v. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)*), lo siguiente: “La imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en general, cualquier tipo de limitación o restricción en la esfera subjetiva de aquellos procesados sin la oportunidad de ejercer su derecho a una defensa, es inconcebible.” Véase la *Revista de Derecho Público*, Nos. 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

⁴⁷ Así establecido por la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema en su sentencia No. 572 del 18 de agosto de 1997 (Caso de *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) v. la República (Ministerio de Transportes y Comunicaciones)*), en *Revista de Derecho Público*, Nos. 71-72, Caracas 1997, p. 158 ss..

⁴⁸ Véase la sentencia No. 97 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 15 de marzo de 2000, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/97-150300-00-0118.htm>.

garanticen su derecho a ser oídas, resulta en un estado de indefensión y en una violación al derecho de debido proceso y al derecho de las partes a la defensa.

La consecuencia de lo anterior es que en el derecho administrativo, como consecuencia del principio general de debido proceso, dentro de los principios más importantes del procedimiento administrativo está el principio de *audire alteram parte* conforme al cual ningún acto administrativo que pueda afectar los intereses o derechos de los administrados ni emitirse en forma alguna, sin audiencia previa de las partes interesadas, de manera de permitirles ejercer sus derechos a ser oídos, a alegar sus argumentos y a producir pruebas de sus afirmaciones. El derecho a una audiencia previa, incluso en los procedimientos administrativos, como se ha dicho, tiene base constitucional (artículo 49.1) y su respeto ha sido impuesto en todos los procedimientos administrativos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Desde 1985, por ejemplo, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo se pronunció sobre este asunto sosteniendo lo siguiente:

“El derecho de defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo y promover y evacuar las pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho de defensa es equiparable a lo que en otros estados de Derecho ha sido llamado como el principio del "debido proceso.”⁴⁹

Para garantizar dicho derecho a ser oído, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos proporciona, además, una serie de derechos correlacionados, tales como que se notifique al interesado sobre cualquier procedimiento que pudiera afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales o directos (artículo 48); y que se le garantice tener la oportunidad de ser oído y de ser parte en cualquier momento del procedimiento administrativo (artículo 23); tener acceso a los expedientes administrativos, de inspeccionarlos y de copiarlos (artículo 59); poder presentar pruebas y consignar documentos en el expediente (artículos 48 y 58); que el acto administrativo tenga adecuada motivación formalmente expresada (artículo 9); que se notifique al interesado personalmente de cualquier acto que pudiera afectar sus derechos, e intereses legítimos, personales y directos (artículo 73); así como el derecho a ser informado por los medios legales para poder ejercer los recursos que procedan contra el acto administrativo dictado (artículos 73 y 77).

De lo anterior resulta, por tanto, que el derecho a la defensa y al debido proceso en Venezuela, no sólo tiene rango y jerarquía constitucional, sino que además, está establecido en forma absoluta, por lo que no puede ser ignorado, ni aun cuando así lo prevea una ley. Por consiguiente, en el derecho administrativo venezolano, para que la administración pueda emitir una resolución que afecte, restrinja o limite derechos de una persona natural o jurídica, o de alguna manera o modifique su situación jurídica, debe llevar a cabo un

⁴⁹ Véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 17 de noviembre de 1983, en *Revista de Derecho Público*, No. 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1983, p. 151.

procedimiento administrativo previo en el que se garanticen los derechos al debido proceso y, principalmente, a la defensa, de manera que la inobservancia de esta obligación constituye una violación de la Constitución y no sólo de las leyes (legalidad). Adicionalmente, como hemos dicho, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos declara nulo de nulidad absoluta todo acto administrativo dictado por la Administración sin que se haya desarrollado un debido procedimiento administrativo, lo que equivale a un acto administrativo arbitrario (Art. 19.4).

Ello implica, por ejemplo que no se puede considerar garantizado el derecho a la defensa cuando la Administración dicta un acto administrativo que afecta derechos particulares, sin garantizarle la oportunidad de ser oído en un procedimiento administrativo previo, considerando que basta con sólo informarle a la persona afectada sobre los recursos que puede ejercer ulteriormente para defenderse contra el acto administrativo ya dictado. El derecho a la defensa debe ser garantizado antes de que se dicte el acto, no después de ello. Lo contrario equivaldría a sostener que se puede condenar a alguien sin juicio previo y que no se vulnera su derecho al debido proceso, si puede interponer un recurso de apelación *ex post facto*, impugnando su condenación.

De lo dicho se desprende, por ejemplo, que si la Administración decide revocar un acto administrativo, en principio, sólo puede hacerlo luego de iniciar un procedimiento administrativo formal con el fin de garantizar los derechos del administrado o concesionario a ser oído, a defenderse y a presentar pruebas que respalden su caso. Por ello, en las leyes reguladoras de autorizaciones administrativas, en general no se faculta en forma alguna a la Administración para revocar sus propios actos sin instaurar un procedimiento administrativo previo. En realidad, al contrario, si la Administración, por motivos de interés público, resuelve discrecionalmente revocar un acto autorizatorio o una licencia, por ejemplo, sin instaurar un procedimiento administrativo previo, lo que hace es, en realidad, expropiar los derechos del administrado, incluido el derecho procesal administrativo de ser oído, y en tal caso, debe resarcir los daños y perjuicios que su accionar haya causado a la administrado. Ante una expropiación mediante revocación, sin duda, la administración puede obviar el procedimiento administrativo previo pues con la actuación está procediendo a expropiar el derecho a ser oído, junto con los otros derechos a que se refiere el acto administrativo revocado (una autorización por ejemplo).

De lo anteriormente expuesto resulta, entonces que en Venezuela, conforme a la Constitución y a las Leyes, como una cuestión de principio, la Administración debe ineludiblemente instaurar un procedimiento administrativo formal que garantice el derecho al debido proceso del administrado antes de revocar un acto administrativo que otorga o declara derechos a su favor.

Principios generales respecto a los actos administrativos

Respecto a los actos administrativos, que son resultado más característico de los procedimientos administrativos, las principales disposiciones legales que regulan su formación, promulgación y efectos están establecidas en Venezuela en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, siguiendo la tendencia contemporánea en la materia, la cual ha sido complementada con las disposiciones de la antes mencionada Ley

Orgánica de la Administración Pública, y además, de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999.⁵⁰

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se inspiró principalmente en la Ley Española de Procedimientos Administrativos de 1958, y como ocurre con leyes similares de la mayoría de los países de América Latina,⁵¹ contiene una regulación detallada sobre los actos administrativos y sus condiciones formales y sustantivas de validez y eficacia; el proceso para su formación y promulgación; la necesidad de que deben estar formal y suficientemente motivados, de manera de basarse en hechos relevantes que la administración debe acreditar y probar, y que deben estar calificados correctamente por la administración, sin modificarlos; el principio de irrevocabilidad que rige sus efectos cuando declaran o crean derechos en favor de los particulares; los vicios que los afectan y su control a nivel administrativo por medio de los recursos administrativos.⁵²

La clasificación más importante de actos administrativos, de acuerdo a sus efectos, se formula básicamente refiriéndose a sus destinatarios, y es entre actos administrativos de efectos generales y actos administrativos de efectos particulares; distinción que incluso una base constitucional (artículo 259). La primera categoría de actos administrativos de efectos generales, se refiere a aquellos actos de la administración de contenido normativo, que como tales están dirigidos a un grupo indeterminado e indeterminable de personas. El ejemplo típico de estos actos administrativos son los reglamentos que pueden emitirse por decreto ejecutivo o a través de resoluciones ministeriales. La segunda categoría de actos administrativos se refiere a aquellos actos que tienen efectos específicos dirigidos a una determinada persona o a un grupo determinable de personas.⁵³

Además, de acuerdo a sus efectos, los actos administrativos pueden clasificarse dependiendo de su contenido sustantivo, según que contengan una declaración, una ablación, una concesión o una autorización.⁵⁴ De acuerdo con esta clasificación, los actos administrativos declarativos son aquellos que otorgan certeza respecto de determinados actos, relaciones jurídicas o hechos específicos, incluso dando fe pública respecto de ellos. Dentro de estos actos se encuentran los actos de registro, que contienen declaraciones de certeza o conocimiento, así como las certificaciones, a través de la cuales la administración certifica actos o hechos específicos.

La actos administrativos ablatorios son aquellos a través de los cuales la administración priva a las personas de algunos de sus derechos legales o intereses, como aquellos que privan de derechos a los administrados, de propiedad o de cualquier otra naturaleza (expropiaciones, confiscaciones), o que privan el derecho de usar la propiedad

⁵⁰ Véase la Ley de Simplificación de Procedimientos Administrativos, Gaceta Oficial No. 36.845 del 7 de diciembre de 1999, en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo*, loc. cit., pp. 199 ss.

⁵¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1990; Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento Administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003; y "Principios del Procedimiento Administrativo. Hacia un estándar continental," en Christian Steiner (Ed.), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, n F. Konrad Adenauer, México 2009, pp. 163-199.

⁵² Véase Allan R. Brewer-Carías, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982, pp. 133 ss.

⁵³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1977, p. 7 ss.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano 1970, Vol. II, p. 825 ss.

(requisas); o que privan libertad de los administrados (arrestos, detenciones); o aquellos que les imponen obligaciones de dar (multas) o de hacer (demoliciones, por ejemplo).

Los actos administrativos concesorios, o concesiones son, contrario a los actos de ablación, aquellos que amplían el ámbito sustantivo de los derechos de los administrados, pues a través de ellos se les otorga un derecho que antes no tenía. Generalmente, estos actos son bilaterales por su naturaleza en el sentido que contienen obligaciones que el concesionario debe cumplir.

Finalmente, los actos administrativos autorizatorios o autorizaciones son aquellos que permiten a los administrados poder ejercer un derecho pre-existente que poseían, teniendo como propósito la eliminación de obstáculos legales que existían impidiendo su ejercicio. Este es el caso de las licencias, los permisos y las autorizaciones administrativas, muy comunes en la actividad administrativa contemporánea, ampliamente utilizados por todas las administraciones de acuerdo al grado de intervención en actividades privadas.

Por otra parte, los actos administrativos pueden clasificarse de acuerdo a la forma en la cual la Administración expresa su voluntad. La forma normal de hacerlo es de una manera formal expresa, normalmente por escrito, a través de un documento que en algunos casos debe incluso publicarse en la *Gaceta Oficial*. Pero en otros, los actos administrativos pueden ser tácitos cuando una ley otorga de manera expresa un efecto específico al silencio de la administración, o a la ausencia de una decisión expresa de ésta en el término legalmente prescrito –casos que analizamos más adelante –. Una vez que el término prescrito expira, la ley puede otorgar a éste efectos positivos, en el sentido de que debe considerarse que lo que se ha solicitado ha sido otorgado; o efectos negativos, esto es, considerar que una vez que el término para decidir ha expirado sin una decisión adoptada expresamente, la ley establece que la petición debe considerarse como rechazada. Esto se establece generalmente respecto de peticiones respecto de peticiones.

Además, ya que los actos administrativos normalmente deben expresarse por escrito (los actos administrativos orales son la excepción, como por ejemplo algunas ordenes de policía), los mismos deben materializarse en un documento firmado. Dicho documento, una vez firmados por el funcionario público competente, también podría considerarse como un “documento público” en los términos del artículo 1,357 del Código Civil, en relación con los hechos o actos que el funcionario público que los firma declara haber visto o escuchado, lo cual normalmente ocurre con actos administrativos de registro o de certificación; por ejemplo, los actos redactados para testificar en algunas acciones o hechos, los cuales en dichos casos son la única manera de probarlos. Respecto a estos actos administrativos, la presunción de certeza que tienen, imponen a la administración y a la persona el deber de respetar su contenido, a menos que se pruebe que la declaración del funcionario público es falsa o errónea.

Por otra parte, como se dijo, todos los actos administrativos, salvo los de simple trámite o aquellos de efectos exclusivamente internos que no afecten la situación jurídica de los administrados, deben ser motivados, es decir, deben expresar las razones o motivos legales que ha tenido la administración para dictarlos, formalmente expresados en el texto del acto administrativo. Esta obligación de fundar los actos administrativos es una de las condiciones más elementales e importantes para el ejercicio del derecho constitucional a la defensa en relación con los actos administrativos (Art. 49 de la Constitución). Si un acto administrativo no incluye una exposición de motivos, a su destinatario le resultaría imposible defenderse ante tal acto.

Esta obligación de la Administración de incluir los motivos formalmente en el texto del acto administrativo es en todo caso, una obligación legal conforme a los artículos 9 y 18.6 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los cuales exigen que en el mismo se detallen formalmente los fundamentos de hecho y de derecho sobre los cuales el acto se funda. Por consiguiente, es contrario a la ley que la administración dicte un acto administrativo sin fundamentarlo, o fundamentándolo sólo parcialmente, incluso en aquellos casos en los que dichos fundamentos puedan derivarse del expediente administrativo.

La consecuencia de ello es que en el derecho administrativo venezolano está descartada por completo la posible fundamentación *ex post facto* de los actos administrativos, o que la administración pretenda considerar motivado un acto administrativo, sin expresar los motivos en el texto mismo del acto, considerando que los motivos estarían en el "expediente administrativo" que se haya podido sustanciar por la Administración. Es decir, pretender explicar las razones sobre las cuales la Administración podría haber fundado un acto administrativo, luego de dictado, no se ajusta a los principios del derecho administrativo, pues además de ser contrario a toda lógica, es contrario a la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que obliga a la Administración a motivar formalmente sus actos y a expresar los motivos el cuerpo de los mismos (Arts. 9 y 18.6).

Es decir, la Administración debe exponer formalmente en el acto las cuestiones de hecho y de derecho sobre las cuales lo fundó para emitirlo, de manera que una vez que se dicta un acto administrativo fundamentado sobre determinadas razones y motivos expresados en su texto, no es posible construir "nuevos" supuestos fundamentos que lo justifiquen a partir del expediente administrativo que habría sido "sustanciado" por la administración, especialmente si dicho expediente pudo ser efectiva o posiblemente "sustanciado" sin la participación y control del destinatario del acto administrativo, y por tanto, elaborado a espaldas del administrado.

Ciertamente que como lo ha resuelto el Tribunal Supremo de justicia, no es necesario que se expresen en el cuerpo de un acto absolutamente todos los detalles precisos de los motivos expuestos en el mismo, bastando con que se incluya una reseña o resumen de ellos, siempre que los detalles estén mencionados expresamente en el expediente administrativo del caso. En esos casos, esos detalles pueden servir para completar la motivación siempre que, por supuesto, el destinatario del acto administrativo "haya tenido el necesario acceso a tales elementos" (Sentencia N° 318, 7 de marzo de 2001), o "haya tenido el conocimiento oportuno de los mismos" (Sentencia N° 1143, 11 de noviembre de 2010). Pero si el acto administrativo no expresó motivo alguno en su texto, la administración no puede pretender posteriormente deducir de expediente administrativo dichos motivos, y menos *ex post facto*.

Por otra parte, particularmente respecto a los efectos en el tiempo de actos administrativos de efectos particulares, respecto a su irrevocabilidad consecuencia de su firmeza, el principio general establecido por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es que cualquier acto administrativo de efectos particulares que declara o crea derechos o intereses a favor de particulares, no puede ser revisado y revocado por la administración, estando el principio de revocación establecido sólo para los actos administrativos que no crean ni declaran derechos a favor de los administrados (artículo 82). La consecuencia de este principio de irrevocabilidad de los actos administrativos que crean o declaran derechos o intereses en favor de sus destinatarios está tan firmemente

establecido por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuyo artículo 19.2 sanciona con nulidad absoluta aquellos actos administrativos que deciden asuntos previamente decididos en forma definitiva y que han creado derechos individuales; es decir, que revocan actos administrativos previos que han creado o declarado derechos o intereses a favor de los administrados. La consecuencia de un acto afectado de la sanción de nulidad absoluta, es que es nulo e inválido según el artículo 83 de la misma Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y no puede producir ningún efecto legal, permitiendo así a la administración reconocer en cualquier momento dicha nulidad absoluta.

Por último, en materia de procedimientos administrativos, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece en general un término durante el cual se debe desarrollar el procedimiento, permitiendo la posibilidad de controlar las omisiones o retrasos; estableciendo los efectos de silencio administrativo, al originar actos administrativos tácitos de efectos negativos; previendo los diferentes pasos formales que deben cumplirse antes de la emisión del acto administrativo, salvaguardando así el debido proceso (acceso a expedientes administrativos, carga de la prueba, notificaciones, apelaciones); regulando los vicios que afectan los actos administrativos de nulidad absoluta (manifiesta falta de competencia, ausencia absoluta y total del procedimiento, vicios en el objeto, violación de la Constitución); y los medios para ejecutar los actos administrativos incluso en forma obligatoria, básicamente a través de multas.⁵⁵

El derecho de petición y los efectos del silencio administrativo

Los procedimientos administrativos son establecidos y regulados por ley básicamente para permitir a la administración pública adoptar actos administrativos como expresión de voluntad. Por consiguiente, una vez que se inicia un procedimiento administrativo por iniciativa de la misma administración, o a petición de la persona o entidad privada que ejerce su derecho de petición, la administración está obligada a seguir el procedimiento y a concluirlo emitiendo el pronunciamiento correspondiente. Esta es la razón por la que el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que todas las autoridades administrativas “deben resolver las peticiones presentadas ante ellas, y en caso debido, expresar los motivos para no resolverlas” (artículo 2). Es decir, el procedimiento administrativo, en cualquier caso, debe siempre concluir con una decisión o acto administrativo.

Para garantizar el cumplimiento de este deber por parte de la administración, en ausencia de un pronunciamiento expreso por parte de la administración pública al término del procedimiento, ha sido una tendencia general en la legislación y jurisprudencia del derecho administrativo contemporáneo, el otorgar algunos efectos legales específicos a dicho silencio administrativo, como una protección para los derechos de los administrados, ya sean de carácter negativos o positivos.⁵⁶ Estos efectos, en todo caso, positivos o negativos, por supuesto, sólo pueden estar expresamente establecidos por ley. Es decir, esta materia, es de estricta reserva legal, debido a que sólo la ley puede constituir una fuente legal que puede atribuir efectos legales al silencio administrativo. Por tanto, los efectos del silencio administrativo para poder presumirse tienen que estar expresamente establecidos

⁵⁵ Véase en general la jurisprudencia acerca de actos administrativos en Caterina Balasso, *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998.

⁵⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Lexis, Bogotá 2003, pp. 171-176.

por ley, no siendo el silencio, en ningún caso, un privilegio de la administración, sino una garantía para los administrados frente a su inacción,

En efecto, conforme al artículo 51 de la Constitución de 1999 todos tienen el derecho de presentar peticiones o solicitudes ante cualquier autoridad o funcionario público respecto a asuntos que le competen, y además, derecho a obtener una respuesta pronta y oportuna de las mismas; agregando la norma que quienquiera que viole este derecho debe ser sancionado conforme a derecho, incluyendo la posibilidad de que el funcionario responsable sea destituido de su cargo.⁵⁷ Este derecho de petición y de obtener oportuna respuesta ha sido desarrollado por el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁵⁸ y el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,⁵⁹ y también en forma indirecta por el artículo 32 de la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa.⁶⁰ Estas últimas disposiciones tienen como propósito garantizar el derecho de las personas a interponer peticiones antes las autoridades administrativas, y a obtener una pronta y debida respuesta, mientras que los funcionarios públicos sean los competentes para adoptar las decisiones correspondientes y dar la oportuna respuesta, es decir, sean los "obligados a tomar decisiones sobre asuntos presentados ante ellos en los términos establecidos,"⁶¹ por lo que incurren en responsabilidades cuando no lo hagan.

Entre los mecanismos legales específicos y efectivos establecidos para la protección de este derecho constitucional de peticionar ante las autoridades administrativas y de obtener oportuna y adecuada respuesta, particularmente en casos de ausencia de dicha respuesta en el periodo legalmente establecido, particularmente cuando no se produce la misma en el lapso legalmente establecido, está la asignación por ley de efectos legales específicos a dicha ausencia del pronunciamiento esperado, es decir, al silencio de la

⁵⁷ Véase Allan Brewer Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana*, Caracas 2004, p. 565.

⁵⁸ *Gaceta Oficial* No. 5.890 Extra. del 31 de julio de 2008, artículo 9: "Las funcionarias y funcionarios de la Administración Pública tienen la obligación de recibir y atender, sin excepción, las peticiones o solicitudes que les formulen las personas, por cualquier medio escrito, oral, telefónico, electrónico o informático; así como de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes, independientemente del derecho que tienen las personas de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley. En caso de que una funcionaria o funcionario público se abstenga de recibir las peticiones o solicitudes de las personas, o no de adecuada y oportuna respuesta a las mismas, serán sancionados de conformidad con la ley."

⁵⁹ *Gaceta Oficial* No. 2.818 Extra. del 1 de julio de 1981, artículo 2: "Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieran para no hacerlo."

⁶⁰ Artículo 32.1: "Las acciones de nulidad caducarán conforme a las reglas siguientes: "En los casos de actos administrativos de efectos particulares, en el término de ciento ochenta días continuos, contados a partir de su notificación al interesado, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el lapso de noventa días hábiles, contados a partir de la fecha de su interposición. La ilegalidad del acto administrativo de efectos particulares podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales." Véase la Ley Orgánica de la Jurisdicción Administrativa Contenciosa, *Gaceta Oficial* No. 39.451 del 22 de junio de 2010.

⁶¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, p. 93. Véase también José Martínez Lema, "El derecho de petición, el silencio administrativo y la acción de abstención o negativa a través de la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo," en *Revista de Derecho Público*, No. 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1991, p. 186.

administración, ya sea efectos negativos (silencio administrativo negativo) o efectos positivos (silencio administrativo positivo).⁶²

En esta materia el legislador es el llamado a establecer dichos efectos del silencio administrativo, de manera que puede decirse que no existen normas absolutas con respecto a la atribución de los mismos, en el sentido de si deben ser efectos positivos o negativos. La consecuencia de ello, es por tanto, que en esta materia cualquiera sea la opción del legislador, dependerá de su evaluación de lo que en determinadas situaciones que sea lo que más conviene al interés público, siendo ambos efectos perfectamente compatibles con el mismo. Por tanto, por ejemplo, en el caso de que un acto administrativo tácito provenga de una disposición legal que atribuye efectos positivos al silencio administrativo, si la Administración tiene argumentos para cuestionar su legalidad, puede iniciar un procedimiento administrativo para que el acto sea revisado, con la intervención del beneficiario, con el fin de subsanar o revocarlo, si se justificase y procede, en pro de la protección del interés público.

En tal sentido, tal como resulta del derecho comparado, el Legislador en muchos países ha considerado como lo más conveniente otorgar efectos positivos al silencio administrativo como principio general; en otros países, en cambio, ha considerado que como principio general el atribuir efectos negativos al silencio administrativo, como es el caso precisamente de Venezuela desde la promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982. En ambos casos, el atribuir de efectos (tanto negativos como positivos) al silencio administrativo, ello debe entenderse como una "excepción" a la "regla" de la necesidad de un pronunciamiento expreso de la administración a través de una decisión administrativa, es decir, con respecto a los actos administrativos expresos. Sin embargo, entre ambos efectos positivos o negativos atribuidos que se atribuyen por el legislador al silencio administrativo, no existe relación alguna de "regla" y "excepción". En ambos casos se trata de una disposición de carácter excepcional con respecto al modo general de la toma de decisiones administrativas que es el pronunciamiento formal y escrito. Por tanto, en la interpretación del silencio administrativo positivo o negativo, no hay entre esos diferentes efectos una interpretación que pueda ser amplia o restringida en un caso en relación con el otro; en realidad, ambos casos, tanto los efectos positivos como los efectos negativos atribuidos al silencio administrativo, son la excepción a la "regla" general que es la toma de decisiones en forma expresa.⁶³

⁶² Véase Armando Rodríguez García, "El silencio administrativo como garantía de los administrados y los actos administrativos tácitos o presuntos" en Allan R. Brewer-Carías, *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, FUNEDA, Caracas 1998, p. 205.

⁶³ Las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA) del 21 de diciembre de 2000 (*Corporación Bierregi*) y 11 de noviembre de 2004 (*Juan Manuel Perret*), por ejemplo, no establecen que haya una "regla" de que los efectos positivos atribuidos al silencio administrativo deban interpretarse de manera "restrictiva" en oposición, supuestamente, a los efectos negativos atribuidos al silencio administrativo. Esos fallos se refieren a la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal, y luego modificada por éste, sobre la aplicación "en forma supletoria" de las disposiciones relativas a los efectos del silencio administrativo positivo del Art. 55 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio con respecto al otorgamiento de permisos de construcción en áreas urbanas regido por la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, la cual no atribuye efecto positivo alguno al silencio administrativo. Fue con el fin de modificar su criterio legal anterior, en virtud del cual el Tribunal admitía la aplicación supletoria de una ley a cuestiones regidas por otra, para, por el contrario, rechazar la aplicación de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio al otorgamiento de permisos de construcción en áreas urbanas, regido por la Ley Orgánica de

En todo caso, el acto administrativo tácito producido como consecuencia de una disposición legal que le atribuyen efectos al silencio administrativo, ya sean dichos efectos positivos o negativos, constituye un acto administrativo tácito que, como tal, está sujeto a los mismos principios y normas de derecho administrativo que rigen la actuación administrativa, incluso aquellas que rigen su revocación. Por tanto, no hay norma alguna con base en la cual la Administración pueda supuestamente revocar los actos administrativos tácitos con mucha mayor facilidad y amplitud que en el caso de los actos expresos. Al contrario, los actos administrativos tácitos, que tienen su origen en leyes que atribuyen expresamente efectos positivos o negativos al silencio administrativo, se rigen por las mismas reglas de derecho administrativo aplicables a los actos administrativos expresos.

En todo caso, la razón fundamental del desarrollo de la previsión de actos administrativos tácitos resultado del silencio administrativo deriva de que el derecho de los administrados a obtener una debida y oportuna respuesta a sus peticiones no estaría realmente garantizado con sólo sancionar al funcionario por su abstención, pues en general, lo que el solicitante o peticionante necesita tener es una decisión que resuelva su petición. Y de allí la garantía establecida por la ley de asignar un efecto específico al silencio del funcionario público, mediante el cual se entiende legalmente que una vez que el periodo para que la administración emita su determinación ha transcurrido, sin que se haya emitido el pronunciamiento esperado, debe existir un acto administrativo tácito, ya sea con efectos positivos o negativos de acuerdo al caso específico,⁶⁴ mediante el cual se le da al solicitante una respuesta sobre el asunto bajo consideración, ya sea en forma afirmativa al otorgar lo que se solicitó, o en forma negativa al rechazar la petición.⁶⁵

Con el mecanismo del silencio administrativo, en ambas modalidades, positivo y negativo, de lo que se trata es de arbitrar a favor del interesado el camino a seguir ante la posible abstención administrativa. Con el efecto negativo, se estiman rechazadas las peticiones hechas a la Administración cuando ésta no decida en el plazo previsto; y con el efecto positivo se estima que la administración ha concedido lo solicitado.

En esta forma lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 2004 (caso: *Ana Beatriz Madrid*), en la cual resolvió que:

"el silencio administrativo es, se insiste, una garantía del derecho constitucional a la defensa, pues impide que el particular vea obstaculizadas las vías ulteriores de defensa -administrativas y jurisdiccionales- ante la pasividad formal de la

Ordenación Urbanística; que el Tribunal señaló la necesidad de considerar que la interpretación de "la figura del silencio administrativo positivo debe ser lo más restringida posible" precisamente porque no está establecida en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, sino en otra Ley Orgánica (la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio). Es decir, lo que explicó el Tribunal al modificar su interpretación de la cuestión es que la interpretación de los efectos positivos atribuidos al silencio administrativo por la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, los cuales no estaban establecidos en la ley directamente aplicable, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, debe ser lo más restringida posible cuando se aplica "en forma supletoria" al otorgamiento de permisos de construcción en el derecho urbanístico. Véanse los fallos en *Revista de Derecho Público*, N° 99-100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 219-222.

⁶⁴ Véase sobre el régimen de silencio administrativo en derecho comparativo, Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid 1990, pp. 159-169.

⁶⁵ Véase Humberto Romero-Muci. "El efecto positivo del silencio administrativo en el Derecho Urbanístico venezolano." en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, p. 141.

Administración, mas no garantiza el derecho fundamental de petición, porque la decisión presunta no cumple, ni mucho menos, con los requisitos de una oportuna y adecuada respuesta en los términos de la jurisprudencia de esta Sala que antes se señalaron, y de allí precisamente que la Administración mantenga la obligación de decidir expresamente aún si opera el silencio y de allí, también, que esta Sala haya considerado en anteriores ocasiones, que ante la falta de respuesta oportuna y expresa sea posible la pretensión de protección del derecho fundamental de petición a través de la vía del amparo constitucional.⁶⁶

El acto administrativo tácito producido como consecuencia del silencio administrativo, por otra parte, debe considerarse como un acto administrativo real, en el mismo sentido que se ha expresado en la Ley Española 30/1992, del 26 de noviembre de 1992 del Régimen Legal de Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común reformado en 1999 (Ley 4/1999), cuyo artículo 43.5 establece que “Los actos administrativos producidos por medio del silencio administrativo pueden emplearse ante la administración y contra cualquier persona natural o artificial, pública o privada”, y el artículo 43.3 de la misma ley que establece “Los efectos del silencio administrativo deben considerarse para todos los propósitos como un acto administrativo que otorga un cierre al procedimiento”.

En tales casos, como lo mencionan Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández “el silencio administrativo constituye, pues, un auténtico acto administrativo presunto, en todo equivalente al acto expreso,” por lo que, una vez vencido el plazo en cada caso establecido por la norma reguladora del procedimiento, “la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”.⁶⁷

El principio de los efectos negativos del silencio de la administración en la ley orgánica de procedimientos administrativos

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ha establecido en Venezuela el principio general de asignarle al silencio administrativo efectos negativos, en el sentido de que si la administración no toma una decisión y no responde al solicitante dentro del periodo legalmente establecido para que lo haga, se entiende que ha decidido rechazar la petición, es decir, ha tomado una determinación negativa respecto a la solicitud presentada. Esta regla la establece expresamente el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que indica:⁶⁸

⁶⁶ Véase Daniela Urosa Maggi y José Ignacio Hernández G., “Vicisitudes del Silencio Administrativo de efectos negativos en el Derecho Venezolano,” en Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo, *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, FUNEDA, Caracas 2010, p. 731.

⁶⁷ Véase Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Civitas, Madrid 2006, p. 607.

⁶⁸ Véase sobre la presunción anexada en el Artículo 4 de la LOPA, Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, loc. cit., pp. 225-227. Véase también Armando Rodríguez García, “El silencio administrativo como garantía de los administrados y los actos administrativos tácitos o presuntos,” en Allan Brewer-Carías, *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, FUNEDA, Caracas 1998, pp. 207-208; Juan de Stéfano, “El silencio administrativo,” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, No. 70, Caracas 1988, p. 81; José Antonio Muci Borjas, “El recurso jerárquico por motivos de mérito y la figura del silencio administrativo (Estudio comparativo con el derecho venezolano),” en *Revista de Derecho Público*, No. 30, Caracas April-June 1987, pp. 11 and ss.

Artículo 4º. En los casos en que un órgano de la Administración Pública no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos ni a sus personeros de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora.

Parágrafo Único: La reiterada negligencia de los responsables de los asuntos o recursos que dé lugar a que éstos se consideren resueltos negativamente como se dispone en este artículo, les acarreará amonestación escrita a los efectos de lo dispuesto en la Ley de Carrera Administrativa, sin perjuicio de las sanciones previstas en el artículo 100 de esta Ley.

De esta norma resultan dos consecuencias: primero, que se entiende por el silencio administrativo que la administración ha adoptado una decisión en sentido negativo respecto a lo que se le habría solicitado; y segundo, que la parte interesada puede ejercer su derecho a la defensa mediante la interposición de los recursos subsiguientes que procedan contra el acto administrativo tácito denegatorio respecto de la petición o recurso que se ha interpuesto.⁶⁹ De esto resulta que el único sentido que tiene la consagración del silencio administrativo en la Ley Orgánica, como presunción de decisión denegatoria de la solicitud o recurso, es que frente a la indefensión en la cual se encontraban los administrados por la no decisión oportuna por la Administración de tales solicitudes o recursos, es el establecimiento de un beneficio para los administrados para, precisamente, superar esa indefensión. Por ello es que la norma del artículo 4 de la Ley Orgánica, se ha establecido en favor de los administrados y no a favor de la administración y sus funcionarios.⁷⁰

Esto implica por otra parte, que la impugnación del acto administrativo implícito o tácito que pueda resultar del silencio administrativo, es un derecho que se otorga en la ley al solicitante, y nunca una carga. El solicitante es libre para impugnar el acto tácito resultante del silencio administrativo, o para esperar que la administración emita una determinación expresa.⁷¹

Estos principios fueron clarificados por la jurisprudencia desde la sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1982 (Caso: *Ford Motors de Venezuela*), en el cual se interpretó el alcance del silencio administrativo establecido en el artículo 134 de la entonces vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, equivalente al artículo 32.1 de la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción

⁶⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, loc. cit., pp. 97-101; Véase también María Amparo Grau, "Comentario jurisprudencial sobre el tratamiento del silencio administrativo y la procedencia de la acción de amparo contra éste," en *Revista de Derecho Público*, No. 47, Caracas, julio-septiembre, 1991, p. 197.

⁷⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, "El sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos," en *Revista de Derecho Público*, No. 8, Caracas Octubre-Diciembre 1981, p. 28. Véase también Luis A. Ortiz-Alvarez, *El silencio administrativo en el derecho venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 13-14 and 18-41.

⁷¹ Véase José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo. Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas 2008, p. 982; Allan R. Brewer-Carías, "El sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos," en *Revista de Derecho Público*, No. 8, Caracas, octubre-diciembre de 1981, pp. 29-30.

Contencioso Administrativa,⁷² considerando que al abrirse la posibilidad del ejercicio del recurso contencioso administrativo en caso de silencio administrativo, lo que la ley consagra una garantía jurídica que se traduce en un beneficio para los administrados, razón por lo cual debe ser interpretada en sentido amplio y no restrictivo. De lo contrario, lejos de favorecer al administrado, como se quiso, lo que se lograría es estimular la arbitrariedad y reforzar los privilegios de la Administración.

Por otra parte, la garantía consiste en permitir el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, en ausencia de acto administrativo expreso que ponga fin a la vía administrativa, precisándose que el transcurso del lapso del silencio administrativo sin que el particular ejerza el recurso contencioso-administrativo, no acarrea para aquél la sanción de caducidad de tal recurso, contra el acto que en definitiva pudiera producirse.

El silencio, por otra parte, de acuerdo con la misma jurisprudencia, no exige a la Administración del deber de dictar un pronunciamiento expreso, debidamente fundado, siendo el administrado el que debe decidir la oportunidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, durante el transcurso del lapso previsto en el artículo 32.1 de la Ley, o posteriormente, cuando la Administración le resuelva su recurso administrativo. Es decir, que cuando la Administración resuelve expresamente el recurso administrativo, después de transcurridos los plazos previstos en la norma, el particular puede ejercer el recurso contencioso-administrativo contra ese acto concreto.

En todo caso, a partir del momento en que se notifica al interesado la resolución administrativa expresa de su recurso, comienza a correr el lapso general de caducidad de seis meses para el ejercicio del correspondiente recurso contencioso-administrativo; pero de no producirse nunca la decisión administrativa expresa, el interesado no podrá ejercer el recurso contencioso administrativo pasados los lapsos a que se refiere el artículo 32.1 de la Ley, invocando el silencio administrativo.⁷³

Por último, debe mencionarse que el hecho de que unas disposiciones generales en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, atribuyan efectos negativos al silencio administrativo, no implica que ésta sea entonces supuestamente la “regla,” y que la posible atribución de efectos positivos al silencio administrativo en leyes especiales, como por ejemplo sería el caso de la Ley de Minas de 1999 (artículos 25) con respecto a la prórroga de las concesiones, sea en sí misma una “excepción” a los efectos negativos atribuidos en una ley general. En estos casos de previsiones sobre silencio administrativo positivo en leyes especiales, esta tiene que considerarse en la regla aplicable.

⁷² Dicha norma dispone que: “En los casos de actos administrativos de efectos particulares, en el término de ciento ochenta días continuos, contados a partir de su notificación al interesado, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el lapso de noventa días hábiles, continuos, contados a partir de la fecha de su interposición.” Véase en *Gaceta Oficial* No. 39.451 del 22 de junio de 2010.

⁷³ Entre las últimas sentencias dictadas ratificando esta jurisprudencia, esta la No. 767 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2009, la cual ratificó a su vez la sentencia de la Sala No. 827 del 17 de julio de 2008 (Caso de *Roque's Air & Sea C.A.*). Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00827-17708-2008-2006-1505.html>.

La regla de los efectos positivos del silencio administrativo en el derecho comparado y en leyes especiales

En efecto, contrariamente a las previsiones establecidas en una Ley de alcance general como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos respecto a los efectos de la abstención de la administración pública en decidir sobre peticiones, en leyes especiales con frecuencia se ha adoptado el principio contrario de los efectos positivos del silencio administrativo. Este principio también se ha adoptado en muchos países como la regla general. Por ejemplo, en España, el principio general en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre de 1992 sobre el Régimen Legal de Administración Pública y el Procedimiento Administrativo Común (modificado por el 4/1999 del 13 de enero de 1999) fue otorgar efectos positivos al silencio administrativo, disponiéndose que “en cualquier tipo de petición las partes interesadas pueden asumir por virtud de silencio administrativo que sus peticiones han sido otorgadas, excepto cuando lo contrario se establece en cualquier disposición con clasificación legal o en una disposición de Ley Comunitaria (Europa)”. Sólo hay una excepción a esta regla general: el Legislador ha excluido de los efectos positivos el silencio respecto a peticiones cuya aceptación favorable resultaría en la transferencia, al solicitante o a terceros, de derechos del dominio público o servicio público, en cuyo caso se aplica el principio de silencio negativo (artículo 43).

En aquellos casos en los cuales se otorgan efectos positivos al silencio administrativo, la ley reconoce que para todos los propósitos, el resultado es que existe un acto administrativo que dispone la terminación de un procedimiento administrativo, aclarando, no obstante, que el presunto acto administrativo producto del silencio, cuando es contrario al orden legal, como un asunto de pleno derecho debe considerarse nulo e inválido por no poseer las condiciones esenciales establecidas para crear derechos (Artículo 62.1.f).

Por lo tanto, en caso de silencio administrativo positivo se presume la existencia de un acto administrativo tácito que concede lo solicitado al peticionario, siendo aplicado normalmente en casos de autorizaciones y permisos. Sobre la materia, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández han señalado que el resultado del silencio se considera “como un verdadero acto administrativo, equivalente en todo a la autorización o aprobación expresa a las que suple” de manera que una producido el acto, no es posible a la Administración resolver de forma expresa en sentido contrario al otorgamiento presunto de la autorización o aprobación instadas.⁷⁴

El principio de silencio administrativo positivo también ha sido establecido como el principio general en leyes de procedimiento administrativo como la de Chile (Artículo 64 de la Ley 1980 de Procedimientos Administrativos), Perú (Artículo 33 de la Ley de Procedimientos Administrativos) y Ecuador (artículo 28 de la Ley Estatal de Modernización). En otros países el principio de efecto positivo del silencio administrativo se establece específicamente para todos los procedimientos administrativos referentes a autorizaciones, como es el caso de Costa Rica (artículo 330 de la Ley General de Administración Pública), Colombia (artículo 41 del Código Administrativo Contencioso) y Argentina (artículo 10 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos).

⁷⁴ Véase Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, 6a Ed., Editorial Civitas, Madrid 1993, pp. 572-573.

En Venezuela en cambio, también respecto a autorizaciones los efectos positivos del silencio administrativo han sido establecidos a través de leyes especiales,⁷⁵ como ha ocurrido en las Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio para las autorizaciones de ocupación del territorio y en la Ley de Minas para las prórrogas respecto de concesiones otorgadas para actividades mineras,⁷⁶ y en el Reglamento de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Información, así como en las Normas Técnicas que rigen a productores independientes de medios.

En todos estos casos, se trata de disposiciones que constituyen una reglamentación “especial” en comparación con la disposición “general” de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que, como hemos señalado, atribuye efectos negativos al silencio administrativo. Ello sin embargo, no supone la existencia de una presunta necesidad de interpretar los efectos del silencio positivo de manera “excepcional” y “restrictiva” en relación con el “silencio negativo.” En esta materia, en efecto, el principio general que se deriva del ordenamiento es el de la necesaria existencia de una disposición legal que atribuya efectos positivos o negativos al silencio administrativo, como excepción a la regla general que es la que requiere el pronunciamiento de actos administrativos expresos. Esto implica que en ambos casos de actos administrativos “tácitos” que se deriven de los efectos negativos o positivos del silencio administrativo, dichos efectos se deben interpretar de manera restrictiva, ya que ambos constituyen excepción al principio general de la necesidad de un acto administrativo “expreso.”

Como se mencionó en el caso del principio de silencio positivo, generalmente se ha establecido en leyes relacionadas con las autorizaciones que las personas deben obtener de la administración pública para desarrollar una actividad legal,⁷⁷ y respecto de lo cual el Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político-Administrativa ha declarado que:

“El silencio administrativo de efectos positivos ha sido establecido para darle agilidad y flexibilidad a la actividad de policía que en determinadas materias realiza la Administración y constituye una garantía del particular, ya no procesal en vía administrativa, pues conduce a la posibilidad efectiva de realizar actividades que deben ser fiscalizadas por la Administración, siempre que para ello exista texto legal expreso”

“Se ha establecido el silencio administrativo con efectos positivos para proporcionar prontitud y flexibilidad (policía) para controlar actividades en asuntos relacionados a la administración, y constituye una garantía para la persona, no sólo de un carácter administrativo procesal, sino para permitir la

⁷⁵ Véase, por ejemplo, un antecedente remoto en el caso de 1979, Ley sobre normas técnicas y control de calidad, en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios a la Ley sobre normas técnicas y control de calidad de 30 de diciembre de 1979,” en *Revista de Derecho Público*, No. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1980, p. 78.

⁷⁶ Véase Luis A. Ortiz-Alvarez, *El silencio administrativo en el derecho venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 41-73; Daniela Maggi Urosa y José Ignacio Herández, “Vicisitudes del Silencio Administrativo y los efectos negativos en la Legislación venezolana,” en *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, FUNEDA, Caracas 2010, p. 731.

⁷⁷ Véase Humberto Romero-Muci, “El efecto positivo del silencio administrativo en el Derecho Urbanístico venezolano,” en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, pp. 147.

posibilidad efectiva de realizar actividades que la administración debe inspeccionar, siempre y cuando exista un texto legal para dicho propósito”.⁷⁸

La provisión tradicional al respecto ha sido la establecida en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio,⁷⁹ en la cual el resultado del silencio administrativo respecto a las peticiones de autorizaciones y aprobaciones es la presunción de un verdadero acto administrativo otorgándolas.⁸⁰ Conforme a los artículos 49 y 55 de dicha Ley Orgánica, en efecto, el silencio administrativo positivo y el acto administrativo tácito resultante se entiende que se produce una vez que ha transcurrido el plazo de sesenta (60) días que se concede a la administración para tomar una decisión en cuestiones de autorizaciones y aprobaciones de ocupación del territorio. Además, en tales casos, la administración está obligada a otorgar al solicitarse, la “prueba o evidencia” de dicha autorización o aprobación, a efectos de certificar que ha transcurrido el plazo estipulado por la Ley sin que se hubiese emitido un pronunciamiento expreso.⁸¹ Este fue el principio aplicado durante muchos años, por ejemplo, en cuestiones de uso y planificación urbanística conforme al Artículo 85 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística,⁸² conforme al cual cuando mediaba el silencio de la administración pública, las autorizaciones para el desarrollo urbano solicitadas se entendían como otorgadas tácitamente.⁸³

Las características generales de la aplicación del principio de efectos positivos al silencio administrativo de acuerdo a estas leyes es que una vez que el acto administrativo se entiende como existente y estimatorio de la petición, crea o declara derechos para el solicitante los cuales no pueden posteriormente ser ignorados o revocados por la administración, teniendo como única excepción el que dicho acto administrativo tácito sea nulo (afectado de nulidad absoluta) de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Si el solicitante ha cumplido con todas las condiciones formales y sustanciales establecidas legalmente para formular su petición,⁸⁴ una vez que ha transcurrido el plazo

⁷⁸ Véase la Sentencia No. 1414 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 1 de junio de 2006, disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01414-010606-2003-1547.htm>.

⁷⁹ Véase en *Gaceta Oficial* No 3238 Extr. de 11 de agosto de 1983

⁸⁰ Véase Margarita Escudero León, “El requisito procesal del acto previo a la luz de la jurisprudencia venezolana,” en *Revista de Derecho Público*, No. 57-58, Enero-Junio, 1994, pp. 479-481.

⁸¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Introducción al régimen jurídico de la ordenación del territorio,” en *Ley Orgánica de la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 64-68. Véase también Humberto Romero-Muci, “El efecto positivo del silencio administrativo en el Derecho Urbanístico venezolano,” en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, pp. 152-157; Román J. Duque Corredor, “La Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y el Urbanismo Municipal,” en *Revista de Derecho Público*, No. 18, Abril-Junio 1984, p. 107.

⁸² Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, *Gaceta Oficial* No. 33.868 del 16 de diciembre de 1987.

⁸³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística: el control urbanístico previo y la nueva técnica autorizatoria,” en *Revista de Derecho Público*, No. 32, Caracas Octubre-Diciembre 1987, pp. 53-54. Véase también Humberto Romero-Muci, “El efecto positivo del silencio administrativo en el Derecho Urbanístico venezolano,” en Allan R. Brewer-Carías et al., *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, pp. 158 ss.; Juan Domingo Alfonso Paradisi, “Aplicabilidad del silencio administrativo positivo en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística,” en Fernando Parra Aranguren (Ed.), *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2002.

⁸⁴ El acto administrativo tácito que contiene una autorización, debido a la aplicación del principio de silencio administrativo, no puede ser contrario a las provisiones de la Ley. Por el contrario, tal como lo

otorgado a la administración para decidir sobre la misma, se estima que la autorización solicitada ha sido otorgada y se presume que existe un acto administrativo tácito declarativo de derechos para el beneficiario peticionante, el cual no puede ser revocado ni rechazado por la Administración. Es decir, que cuando se aplica el principio de silencio administrativo positivo, la administración está limitada en la emisión de otra decisión en un sentido diferente, lo cual significa que una vez que el silencio positivo haya producido sus efectos, la administración no puede emitir una decisión que rechace la solicitud ya tácitamente otorgada. Por el contrario, una decisión en tal sentido sería nula de acuerdo al artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

De la misma manera, la Ley de Minas de 1999 es otra ley especial que ha otorgado un efecto positivo al silencio administrativo en relación con las solicitudes de prórroga de concesiones mineras.⁸⁵ Esta Ley, en efecto, ha regulado la aplicación de efectos tanto positivos como negativos en los casos del silencio administrativo.

Respecto al principio de efectos negativos del silencio administrativo, y a pesar de la regla general establecida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, expresamente establece dos casos en los cuales una vez que se vence el plazo que tiene la administración para tomar una decisión, debe entenderse que la petición formulada ha sido rechazada. Se trata del caso del artículo 30, respecto a las peticiones para autorizaciones concernientes a las negociaciones sobre concesiones, en el cual la Ley establece que una vez que transcurre el plazo establecido para la emisión del pronunciamiento correspondiente (45 días) sin una determinación expresa, la ausencia de respuesta equivale a un acto administrativo tácito de rechazo de la solicitud.

Otro caso hace referencia a la admisión de solicitudes para concesiones mineras. De acuerdo al artículo 41 de la misma Ley, una vez que se ha presentado formalmente una solicitud de concesión minera y las condiciones establecidas en la Ley se hayan cumplido, el Ministerio debe admitir o rechazar expresamente la solicitud e iniciar la sustanciación del procedimiento correspondiente, el cual debe ser notificado a la parte interesada antes de los cuarenta (40) días consecutivos a partir de la fecha de su presentación (con una posible prórroga de diez (10) días hábiles adicionales). Si el solicitante no es notificado de la admisión o rechazo de su solicitud, la solicitud "quedará rechazada de pleno derecho" lo cual significa que el silencio de la Administración comporta un efecto negativo con el rechazo de la solicitud.

A diferencia de estos dos casos de efectos negativos de silencio administrativo, al regular las solicitudes de prórroga respecto de concesiones mineras ya otorgadas, la Ley de

dispone la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante Sentencia No. 1217 del 11 de julio de 2007, el acto administrativo tácito de acuerdo a los Artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica Procedimientos Administrativos, puede considerarse nulo, y no otorgado, agregando que "[l]a autorización que debe acordarse en virtud del silencio positivo, no podrá serlo en contravención a la Ley, puesto que un silencio de la Administración nunca podrá tener un efecto derogatorio respecto de la Ley..." Véase Sentencia No. 1217 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de julio de 2007 (Caso de *Inversiones y Cantera Santa Rita, C.A. v. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente*), en *Revista de Derecho Público*, No. 111, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, p. 208.

⁸⁵ El artículo 25 de la Ley de Minas sobre la prórroga de las concesiones mineras dispone que: "La solicitud de prórroga sólo podrá hacerla el concesionario solvente con la República dentro del periodo de tres (3) años señalados en este artículo, la cual, en todo caso, deberá formularse antes de los seis (6) meses anteriores al vencimiento del periodo inicial y el Ministerio deberá decidir dentro del mismo lapso de seis (6) meses; en caso de no haber notificación, se entenderá otorgada la prórroga." Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.382 Extraordinario del 28 de septiembre de 1999.

Minas, luego de establecer la obligación del Ministerio de decidir al respecto dentro del mismo plazo de (6) meses en el cual vence el plazo para presentar la solicitud, adoptó el principio de silencio administrativo positivo, asignando a la omisión efectos positivos. El artículo 25 de la Ley establece expresamente que si no existe notificación respecto de una decisión en respuesta a la solicitud mediante la cual se solicite la prórroga de una concesión, "se entenderá otorgada la prórroga." Por lo tanto, el silencio administrativo produce un acto administrativo tácito otorgando la prórroga solicitada, el cual tiene los mismos efectos generales de irrevocabilidad que tienen todos los actos administrativos. Particularmente, una vez que se otorga la prórroga mediante un acto administrativo tácito, la Administración no puede emitir otro acto posterior en sentido contrario, pretendiendo decidir sobre la solicitud negando la prórroga. Por el contrario, si se toma dicha decisión, como cualquier otra revocando los efectos de un acto administrativo firme, ésta sería considerada nula conforme al artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Los anteriores son los principios que se han ido desarrollando en Venezuela durante las décadas de funcionamiento del régimen democrático hasta entrado el presente siglo, durante el cual hubo funcionamiento pleno de los mecanismos de control judicial de la administración, a cargo de una Jurisdicción contencioso administrativa autónoma e independiente. Al haberse demolido esta progresivamente,⁸⁶ en ausencia de control judicial efectivo de la conducta de los funcionarios públicos, la administración se ha venido convirtiendo en cada vez más arbitraria, por lo que los principios generales antes analizados, trágicamente, han quedado como tales principios generales, pero sin que haya garantía alguna de su aplicación efectiva. Habrá que esperar que se restablezca el régimen democrático en el país para que vuelvan a tener vigencia. Mientras tanto, servirán de testimonio de lo que alguna vez fue una administración funcionando en un sistema de Estado de derecho.

⁸⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, "La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)" en *XXX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp. 33-174; Allan R. Brewer-Carías, "El constitucionalismo y la emergencia en Venezuela: entre la emergencia formal y la emergencia anormal del Poder Judicial" en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios Sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 245-269; y Allan R. Brewer-Carías "La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)" en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57, disponible en www.allanbrewercarias.com. (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios No. 550, 2007) pp. 1-37. Véase también Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Editorial Alfa, Tomo II, Caracas 2008, pp. 402-454. Véase en general: Rafael J. Chavero Gazdik, *La Justicia Revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) Judicial en Venezuela*, Editorial Aequitas, Caracas 2011; Laura Louza Scognamiglio, *La revolución judicial en Venezuela*, FUNEDA, Caracas 2011; Antonio Canovas, *La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Política Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, Funeda, Caracas, 2009.