

Propuestas para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: replanteamiento de las normas reguladoras del llamado silencio administrativo¹

Daniela Urosa Maggi²

Resumen: El presente trabajo incluye, a grandes rasgos, la propuesta de modificación de la figura del silencio administrativo, en el marco del anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que elabora el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Especialización en Derecho Administrativo de la Dirección de Postgrado de Derecho de la UCAB, con ocasión de las II Jornadas de Derecho Administrativo “José Araujo Juárez”.

Palabras claves: a procedimiento administrativo; silencio administrativo; inactividad administrativa; Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Abstract: “ This paper includes, in broad outlines, the proposed change of the figure of the administrative silence, in the framework of the preliminary draft of reform of the Organic Law of Administrative Procedures that elaborates the Institute of Legal Investigations and the Specialization in Administrative Law from the Graduate Department of Law of the UCAB, on occasion of the II Conference of Administrative Law “José Araujo Juárez”.

Keywords: Administrative Procedure; Administrative silence; Administrative inactivity; Organic Law of Administrative Procedures.

1. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO: SOLUCIÓN LEGAL TRADICIONAL FRENTE A LA FALTA DE OPORTUNA Y EXPRESA DECISIÓN ADMINISTRATIVA

Frente a la falta de decisión expresa y oportuna del procedimiento administrativo iniciado a instancia de parte, la legislación venezolana ha establecido tradicionalmente la figura del silencio administrativo, llegando a constituirse como una institución característica del Derecho Administrativo formal de nuestro país³.

Así, el silencio administrativo ha sido una ficción jurídica prevista en la Ley, que se dispone como consecuencia jurídica de esa ausencia de decisión expresa del procedimiento administrativo. Inicialmente en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, posteriormente en la Ley

¹ Texto de las notas preparadas en el marco de las II Jornadas de Derecho Administrativo “José Araujo-Juárez. 35 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: Revisión y propuestas de reforma”, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Especialización en Derecho Administrativo de la Dirección de Postgrado de Derecho, UCAB, junio de 2017. Las mismas resumen a grandes rasgos la propuesta de reforma presentada en el marco del proyecto seguido por ese Instituto para elaborar un anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

² Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Directora de la Maestría de Derecho Constitucional y de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.

³ Por todos, véase Araujo-Juárez, José, *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, Vadell Hermanos Editores, tercera edición, Caracas, 2001, pp. 501 y ss. No corresponde en esta oportunidad referirnos al estudio y análisis a profundidad de las distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica y alcance del silencio administrativo, para lo cual nos remitimos a la obra citada en Venezuela, y en el Derecho Comparado, por todos González Pérez, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, segunda edición, 2002, pp. 341 y ss.

Orgánica de Procedimientos Administrativos, la regulación dada al silencio administrativo en esta última Ley ha tenido una doble dimensión: procesal y sustantiva.

En su *dimensión procesal*, el silencio administrativo ha permitido que ante la falta de respuesta expresa y oportuna del procedimiento el interesado pueda acudir a las instancias siguientes –administrativas y judiciales– a fin de ejercer su derecho a la defensa o insistir en su solicitud.

Tal dimensión o función procesal fue la que inicialmente se dio al silencio administrativo, fundamentada en la concepción revisora de la justicia administrativa: Si el contencioso administrativo sólo conocía y controlaba actos administrativos previos dictados en un procedimiento administrativo, entonces, a falta de acto expreso no podía garantizarse el acceso a la justicia. En otras palabras, desde sus orígenes históricos y hasta hace pocas décadas, no era posible acudir al contencioso administrativo a fin de demandar a la Administración a causa de su inacción o inactividad, sino únicamente, como se dijo, para plantear la pretensión de nulidad de un acto administrativo formalmente dictado⁴. De allí entonces que fuese necesaria la concepción de la ficción jurídica del silencio administrativo como acto presunto para permitir “impugnar” el “acto administrativo” que subyace tras la falta de respuesta expresa. Procesalmente, por ende, el silencio administrativo tiene vocación de garantía del derecho a la defensa y al acceso a la justicia, en tanto beneficio del particular y no debe entenderse como una carga procesal⁵.

En su *dimensión sustantiva*, el silencio adquiere, además, un contenido implícito que le otorga la Ley. Así, se ha entendido, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que esa omisión de la Administración en dar respuesta expresa a los asuntos o recursos administrativos formulados implica que tales peticiones se han rechazado (silencio negativo). Asimismo y por vía de excepción, nuestra legislación dispone de casos puntuales en los que, por el contrario, ese silencio tendrá un sentido positivo, y por ende se entiende tácitamente estimada la solicitud administrativa. De ese modo, el silencio no es solo un modo de acceder a las instancias administrativas y judiciales posteriores para impugnar el “acto administrativo presunto” –dimensión procesal– sino que pretende garantizar también el derecho de petición y oportuna respuesta: ante la falta de respuesta expresa, se entiende negada u otorgada la solicitud o el recurso administrativo.

Con fundamento en ambas nociones (procesal y sustantiva) el silencio administrativo es definido como *la ficción de pronunciamiento que la Ley establece en beneficio del interesado y en virtud de la cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la Administración incumple el deber de resolver*⁶.

Ahora bien, en nuestro criterio, en la actualidad ha perdido relevancia esa noción de acto presunto del silencio administrativo, pues ya no resulta garantía suficiente ni del derecho de acceso a la justicia ni del derecho de petición⁷.

⁴ Al respecto vid. Garrido Falla, Fernando, “La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo* número 82, Madrid, 1994, pp. 189 y ss.; y Fernández Torres, Juan Ramón, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998.

⁵ Son fundamentales, en este sentido, las sentencias de la Sala Político-Administrativa de 22 de junio de 1982 (caso Ford Motors de Venezuela) y de 14 de marzo de 1991 (caso Phillip Morris Incorporated), a partir de las cuales se modificó la interpretación inicial del silencio administrativo como carga a la del silencio administrativo como garantía del particular.

⁶ González Pérez, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, cit., p. 341.

⁷ Nos remitimos a nuestras consideraciones expuestas en Hernández G., José Ignacio y Urosa Maggi, Daniela, “Vicisitudes del silencio administrativo de efectos negativos en el Derecho venezolano”, A.A.V.V. *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Fundación Estudios de Derechos Administrativos (FUNEDA), 2010.

Así, *procesalmente*, hoy en día se entiende afortunadamente superado, tanto en la justicia administrativa venezolana como en el Derecho comparado, el carácter revisor del contencioso administrativo y se acepta, incluso así lo establece nuestra Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la posibilidad de demandar directamente actuaciones diferentes al acto administrativo formal: inactividades y omisiones, vías de hecho y actuaciones materiales.

En efecto, en la actualidad, nuestra justicia administrativa incluye distintos medios procesales que permiten el planteamiento de pretensiones distintas a la de nulidad de actos administrativos, superando así la concepción objetiva y revisora del contencioso tradicional. Así, la demanda por inactividad administrativa, antes denominada recurso por abstención o carencia, es un medio procesal que permite el planteamiento directo de pretensiones de condena a actuación frente a las pasividades o inactividades de la administración. Del mismo modo, la demanda de prestación de servicios públicos tiene por objeto la pretensión de condena frente a la falta de prestación o bien ante la ineficiente o insuficiente prestación de servicios públicos. Y finalmente la demanda contra vías de hecho, que permite actuar directamente ante ilegales actuaciones materiales que carecen de la formalidad del acto administrativo, para el planteamiento de condenas a no hacer o a deshacer.

En consecuencia, pierde justificación la figura del silencio administrativo como acto administrativo presunto o tácito que se requiere para acudir al contencioso a fin de plantear la pretensión de “nulidad” de ese acto presunto.

En abundancia, y de acuerdo a los fundamentos constitucionales de nuestra justicia administrativa, se debe no solo garantizar el derecho de acceso a la justicia frente a la actuación administrativa arbitraria y lesiva, sino que de manera integral se debe procurar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 26 de la Constitución, frente a la cual esa justicia administrativa revisora y objetiva se torna insuficiente y obsoleta.

Asimismo, *sustantivamente*, el silencio administrativo pierde relevancia y operatividad pues en los términos en que se recoge y garantiza constitucionalmente el derecho de petición y oportuna respuesta (artículo 61 constitucional), el silencio solo contribuiría a obtener una respuesta “oportuna” pero nunca será adecuada, pues no es expresa ni motivada y por ende no está ajustada a derecho. De allí que el silencio no puede satisfacer plenamente ese derecho a la oportuna y adecuada respuesta –ni aún siquiera cuando se trata del silencio positivo-, pues evidentemente un “acto presunto” no es capaz de sustituir el acto expreso y motivado que solicitó el particular, y solo sirve como remedio temporal frente a la falta de decisión expresa⁸.

2. NUESTRA PROPUESTA DE REFORMA: LA ELIMINACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Ante esa pérdida de operatividad procesal y sustantiva del tradicional silencio administrativo, proponemos modificar su sentido y alcance e incluso, ir más lejos: *suprimirlo* y *simplificar la consecuencia jurídica de la falta de decisión expresa y oportuna de los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte*, pudiendo darse la siguiente modificación a la redacción del actual artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

⁸En este sentido, es fundamental la lectura de la sentencia de la Sala Constitucional de 6 de abril de 2004 (caso Ana Beatriz Madrid), cuyo texto puede conseguirse en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/547-060404-03-1085.HTM>

“En los casos en que la administración pública no resolviere expresamente un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, incurrirá en una inactividad administrativa contraria a derecho. Los interesados podrán hacer valer sus derechos frente a esa inactividad ante las instancias administrativas o judiciales a que haya lugar. La Administración mantendrá en todos los casos obligación de resolver expresamente el procedimiento iniciado”. (destacado nuestro).

De este modo, se prescinde de la ficción jurídica que es el silencio y nos quedamos únicamente con lo que en realidad opera ante la falta de respuesta: la inactividad de la Administración, la ausencia de actuación o incumplimiento frente a la obligación de responder expresa, oportuna y adecuadamente.

Y es que la inactividad de la Administración no puede ser asimilada al silencio administrativo. No es equiparable, siquiera, a la inactividad formal. Así, la inactividad administrativa es definida como la falta de actuación jurídicamente debida por la Administración, el incumplimiento de toda obligación de hacer o dar que el ordenamiento impone a la Administración pública. Cuando esa actuación se refiere al cumplimiento de deberes formales de actuación –dictar un acto administrativo, sustanciar un procedimiento, realizar una notificación, dictar normas reglamentarias- estaremos en presencia de una inactividad formal; cuando la actuación, por el contrario, se refiere, al incumplimiento de deberes traducidos en actuaciones materiales, de hacer o dar –prestar un servicio público, ejercer la actividad de policía, pagar la jubilación de un funcionario público- se tratará de una inactividad material⁹.

Por ende, el silencio administrativo, que como antes se recordó, es una ficción jurídica, no es la inactividad en sí misma. El silencio es consecuencia jurídica de la inactividad formal –la falta de respuesta expresa y oportuna-, pero no es la inactividad misma. En otros términos, no son equiparables silencio administrativo e inactividad formal: el silencio es la consecuencia jurídica inmediata –creada como ficción- que opera ante la ausencia de decisión administrativa oportuna, establecida en la ley para permitir el ulterior derecho a la defensa. De ese modo, aunque opere el silencio persiste la inactividad formal, pues el silencio no remedia la inactividad, ésta se mantiene hasta tanto se cumpla el deber de decidir expresamente.

Esa propuesta legislativa, vale destacar, no es del todo original. Fue la que asumió la Ley 107-13 de República Dominicana, reguladora del procedimiento administrativo y de las relaciones jurídico-administrativas, cuyo artículo 28 dispone lo siguiente:

“Párrafo II. Cuando la Administración no decida expresamente el procedimiento iniciado, en los plazos establecidos en la ley, incurrirá en una inactividad administrativa contraria a derecho. El funcionario público que omitiere dar respuesta oportuna al procedimiento previamente iniciado comprometerá su responsabilidad personal, sin perjuicio del derecho de los interesados a la tutela judicial efectiva frente a la inactividad de la Administración. La Administración mantendrá en todos los casos obligación de resolver expresamente el procedimiento iniciado”.

⁹Al respecto, vid. Gómez Puente, Marcos, *La Inactividad Administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 50 y ss.; asimismo nos remitimos a nuestro estudio Urosa Maggi, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano* FUNEDA, Caracas, diciembre 2003, pp. 44 y ss.

En nuestro país también conseguimos algún ejemplo puntual de esta modalidad de tratamiento legislativo respecto de procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte: la falta de decisión expresa del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, es decir, del antejuicio administrativo, regulado en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuyo artículo 73 dispone que luego de tramitada la solicitud administrativa:

“La ausencia de oportuna respuesta, por parte de la Administración, dentro de los lapsos previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de ley, faculta al interesado para acudir a la vía judicial”.

De este modo, tanto en la Ley dominicana como en el caso del antejuicio administrativo regulado en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en Venezuela, ante la falta de decisión expresa y oportuna no opera el silencio administrativo, es decir, no se establece que la falta de respuesta expresa equivale a un “acto presunto” desestimatorio –negativo- o estimatorio –positivo- y frente al cual el interesado puede optar por recurrir a las instancias administrativas o judiciales siguientes y solicitar la “nulidad” de ese acto presunto o tácito.

Por el contrario, en tales casos se simplifica significativamente el problema, se prescinde de esa ficción jurídica de “denegatoria presunta” o “estimatoria tácita” y se establece simplemente lo que es la consecuencia natural del incumplimiento del deber de decidir: si no se decide expresa y oportunamente el procedimiento, la Administración “*incurrirá en una inactividad administrativa contraria a derecho*” frente a la cual el interesado tendrá derecho a la tutela judicial efectiva.

3. REFLEXIONES FINALES: OPERATIVIDAD PRÁCTICA, MÁS ALLÁ DE LA SEMÁNTICA, DE LA REFORMA PROPUESTA

Ahora bien, cabe válidamente preguntarse si el cambio legislativo propuesto tiene únicamente un alcance semántico, formal o si además posee repercusiones prácticas desde el punto de vista de la mejor garantía del derecho fundamental de petición y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En nuestra opinión, tal modificación legislativa puede tener una operatividad práctica importante.

Así, y *en primer lugar* recordar que la inactividad administrativa verificada ante la falta de respuesta puede tener diferente alcance o connotación: se tratará siempre de una inactividad formal, pues es el incumplimiento del deber formal de decidir el procedimiento administrativo de manera expresa y dentro del plazo legal. Pero pudiese además abarcar una inactividad material, cuando la falta de decisión expresa implique también el incumplimiento de una obligación de hacer. Por ejemplo, la falta de respuesta a una solicitud de otorgamiento de una licencia

administrativa o la falta de respuesta frente a una solicitud de otorgamiento del beneficio de jubilación de un funcionario público.

En *segundo lugar*, y lo que es probablemente el mayor efecto práctico del cambio propuesto, la falta de respuesta expresa y oportuna podrá demandarse en el contencioso administrativo como lo que es, una inactividad, a través de la demanda por inactividad administrativa tramitada de acuerdo al procedimiento breve establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en vez de acudir a la ficción del acto presunto que nos permitía hasta ahora –si se trata de un silencio de segundo grado- demandar la nulidad del silencio a través de la demanda de nulidad de actos administrativos.

Y es que cuando un particular demanda la nulidad de un acto administrativo presunto o silencio administrativo, en el fondo lo que persigue es otra petición, generalmente acompañada como pretensión de restablecimiento, accesoria a esa principal de nulidad: la petición de condena a que la Administración otorgue la prestación, autorización o beneficio solicitado en sede administrativa y “negada” por silencio administrativo. No obstante ha de someterse a un juicio de nulidad, estructurado procesalmente para la impugnación de actos administrativos.

La jurisprudencia, incluso, ha ido dando la razón a la reforma que hoy se propone, al señalar reiteradamente que los silencios administrativos de primer grado, es decir, aquellos que operan en el marco de procedimientos administrativos constitutivos, únicamente pueden demandarse a través de la demanda por inactividad y no a través de la demanda de nulidad, pues en definitiva no hay acto alguno que revisar ni anular¹⁰.

Ese cambio procesal resulta sumamente beneficioso desde el punto de vista de la efectividad de la tutela judicial, pues la demanda por inactividad es mucho más breve que la demanda de nulidad de actos administrativos, pero además es un medio procesal más acorde a la pretensión que se plantea en estos casos, que no es otra que la pretensión de condena a que la Administración (i) decida expresamente y (ii) otorgue o realice la actuación o prestación solicitada¹¹. El carácter revisor del contencioso implicaba, hasta ahora, que se solicitara primero la nulidad del “acto presunto” y luego por vía de restablecimiento se pretendiera la condena al cumplimiento administrativo. Se insiste, con la propuesta que realizamos se suprime esa cortapisa inútil de “nulidad del acto tácito” y se acude directamente a plantear la petición de fondo del actor.

Conviene destacar que como bien dispone la norma comentada, aun cuando opere la inactividad administrativa por falta de decisión oportuna, la Administración conserva su obligación de decidir. Esa decisión a posteriori que debe siempre emitir la Administración dependerá de la naturaleza del procedimiento sustanciado, de oficio o a solicitud de parte, y en este último caso la respuesta expresa podrá ser estimatoria o desestimatoria de la petición administrativa, pues al no haber ficción de pronunciamiento tácito, la Administración no ata el contenido de su decisión.

¹⁰ Así se estableció en la sentencia de principio de la Sala Político-Administrativa de 5 de mayo de 1988 (caso Redimac) y sigue siendo el criterio que se sostiene en la actualidad, entre otras, en sentencias de la misma Sala de 30 de junio de 2005 y de 12 de diciembre de 2006 (casos Del Sur Banco Universal).

¹¹ Con la propuesta que realizamos, si se trata de falta de respuesta o “silencio administrativo” verificado en procedimientos de segundo grado en los que ya hubo un acto expreso en el procedimiento de primer grado, es decir, un “silencio administrativo confirmatorio” de un acto expreso, el particular afectado puede escoger entre dos vías contencioso-administrativas diferentes: o pedir la nulidad del acto expreso verificado en el procedimiento constitutivo –prescindiendo de la falta de respuesta en el recurso administrativo– a través de la demanda de nulidad de actos administrativos, o bien plantear demanda por inactividad a fin de pedir que se condene a la Administración a decidir expresamente el recurso administrativo que no decidió y/o se le condene a otorgar el beneficio, realizar la actuación o cumplir la prestación pedida y no otorgada, previa prueba, claro está, del derecho que asiste al particular.