

II

El ámbito objetivo de aplicación del control de la jurisdicción contencioso-administrativa a la luz de la obra de José Araujo-Juárez. Luces y sombras del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Sumario: **Preliminares 1. Análisis del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa** 1.1. *Actos administrativos. La persistencia de la cuestionable y cuestionada terminología de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia: actos de efectos generales y de efectos particulares* 1.2. *Actuaciones bilaterales. El abandono de un equívoco: el contrato administrativo como categoría jurídica con efectos procesales* 1.3. *Vías de hecho ¿o actuaciones materiales? Implicaciones de cada término* 1.4. *Silencio administrativo. Una innecesaria inclusión por impertinente o –en el mejor de los casos– redundante* 1.5. *Prestación de servicios públicos* 1.6. *Omisión de cumplimiento de obligaciones. Una imprecisa redacción que se prolonga* 1.7. *La genérica y lamentable cláusula residual de cierre* **Consideración final**

PRELIMINARES

La generosa invitación realizada por los profesores Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE y José Luis VILLEGAS MORENO a participar en el

* Una primera versión de este trabajo fue publicado en: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. y J. L. VILLEGAS MORENO (dirs.): *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia*. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez. Universidad Monteávila-CIDEP. Caracas, 2018. Una segunda versión fue publicada en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 12. Caracas, 2019.

Liber Amicorum del profesor José R. ARAUJO-JUÁREZ, aparte de honrarme y complacerme, me permite exponer algunas ideas sobre el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En esta oportunidad, continuando una línea temática previa, se hará referencia al ámbito objetivo, a saber, no ya a quién se aplica el texto legal, sino, en una primera aproximación y sin perjuicio de ulteriores concreciones, a qué se aplica¹.

No obstante, visto que el precepto normativo que será analizado, a saber, el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de entrada incurre en algunas imprecisiones conceptuales, valen algunas previas advertencias.

De entrada, al intitularse el referido dispositivo como «Universalidad del control», el encabezado está refiriendo un asunto vinculado con el ámbito objetivo de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero que realmente no se corresponde con la precisión deseada con el contenido tratado en él. Ello, porque la universalidad, plenitud o globalidad del control y tutela judicial de la Justicia Administrativa alude –en términos muy simples y aproximativos– a que no deben haber ámbitos de la actividad administrativa inmunes a revisión judicial². Por tanto, esa

¹ Puede verse sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la LOJCA, *supra* capítulo I.

² Véanse en la doctrina venezolana, entre otros: ARAUJO-JUÁREZ, José: *Principios generales del Derecho Procesal Administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 1996, pp. 65, 106, 391 y 392, del mismo autor: «Los principios fundamentales de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». En: AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. FUNEDA. Vol. I. Caracas, 2010, p. 25; «La justicia administrativa y el Derecho Administrativo. Antecedentes, consolidación y principios fundamentales». En: BREWER-CARÍAS, A. R. y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. (dirs.): *El contencioso-administrativo y los procesos constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 89 y 90; «La configuración constitucional del contencioso-administrativo en Venezuela. Antecedentes, origen, evolución y consolidación». En: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. (dir.): *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-*

característica —de obligado desarrollo en virtud de los lineamientos constitucionales y convencionales—³ es una «consecuencia», entre otras variables, de establecer adecuadamente un ámbito objetivo que abarque a «todas» las manifestaciones de la actividad administrativa, antes que ser propiamente ese ámbito.

En segundo término, la universalidad del control se manifiesta también en la configuración de un diseño procesal que establezca un *numerus apertus* de pretensiones procesales administrativas⁴ (y en esto la Ley Orgánica de

administrativa. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 36; *Derecho Administrativo Constitucional...*, p. 363; BREWER-CARÍAS, Allan R.: «La universalidad del control contencioso-administrativo». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 46. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991, pp. 5-7; UROSA MAGGI, Daniela: *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*. FUNEDA. Caracas, 2003, pp. 89-93; VILLEGAS MORENO, José Luis: «Configuración constitucional del contencioso-administrativo y su desarrollo legal y jurisprudencial». En: *El contencioso-administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. III Jornadas sobre Derecho Administrativo. En homenaje a la Dra. Hildegard Rondón de Sansó*. FUNEDA. Caracas, 2006, pp. 16 y 17; BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Vol. VI (La Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Civitas Thomson Reuters-Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana. Madrid, 2013, pp. 846-848; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: «Los derechos constitucionales procesales». En: BREWER-CARÍAS, A. R. y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. (dirs.): *El contencioso-administrativo y los procesos constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 110 y 111 y LINARES MARTÍNEZ, Aurilivi: «Ámbito y objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa: Hacia la consolidación de tribunales de plena jurisdicción». En: *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. Fundación Konrad Adenauer A. C. México D. F., 2009, pp. 292-298, <http://www.kas.de/rspla/es/publications/17833/>.

³ Véase: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: *Los Derechos Constitucionales...*, pp. 95-114. Más recientemente: TORREALBA SÁNCHEZ: *La ejecución de sentencias...*, pp. 97-117, así como la bibliografía allí citada.

⁴ Cfr. entre otros: ARAUJO-JUÁREZ: «Los principios...», pp. 23-24; ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo Constitucional...*, pp. 361-363; UROSA MAGGI: *Tutela judicial...*, pp. 89-93; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El cambio de paradigma: Las pretensiones procesales administrativas». En: BREWER-CARÍAS, A. R. y HERNÁNDEZ-

la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no alcanza cuotas mínimamente satisfactorias)⁵. Pretensiones cuya adecuada interposición permita obtener esa tutela judicial efectiva a la vez que ese control judicial destinado a salvaguardar el principio de juridicidad de la actividad administrativa. Cabe tener presente que el objeto del proceso y, por tanto del proceso administrativo, lo es la pretensión procesal (administrativa en este caso)⁶.

MENDIBLE, V. R. (dirs.): *El contencioso-administrativo y los procesos constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 125-129; BREWER-CARÍAS: *Tratado...*, vol. VI, pp. 848 y 849.

- ⁵ Como expusimos en nuestro trabajo: *Problemas fundamentales...*, pp. 115-122, y más recientemente en: «Consideraciones sobre la ejecución...», pp. 471-476. Véase también, entre otros: UROSA MAGGI, Daniela: «Las pretensiones procesales en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». En: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Vol. I. FUNEDA. Caracas, 2010, pp. 211-224; BREWER-CARÍAS: *Tratado...*, vol. VI, pp. 875-877.
- ⁶ Sobre el tema véanse, entre otros, los trabajos de: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: «La pretensión procesal administrativa». En: *Revista de Administración Pública*. N.º 12. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1951, pp. 83-84; «Acciones declarativas, constitutivas y de condena de la Administración Pública». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 26. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1986; *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Temis. Bogotá, 1985, pp. 151-156; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. 3.ª, Civitas. Madrid, 2001, pp. 211-232; *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, del 13 de julio)*. 7.ª, Thomson Reuters Civitas-Editorial Aranzadi. Navarra, 2013, pp. 349 y 350. En similar sentido: Gimeno Sendra, Vicente *et al.*: *Derecho Procesal Administrativo*. 2.ª, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2004, pp. 63-66; GARCÍA PÉREZ, Marta: *El objeto del proceso contencioso-administrativo*. Editorial Aranzadi. Navarra, 1999. Esa posición ha tenido gran influencia en la doctrina procesal administrativa iberoamericana, por ejemplo, Argentina (HUTCHINSON, Tomás: *Derecho Procesal Administrativo*. T. II. Rubinzol-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009, pp. 21 y 22), Costa Rica (JINESTA LOBO, ERNESTO: «Pretensiones». En: JIMÉNEZ MEZA, Manrique *et al.*: *El nuevo proceso contencioso-administrativo*. Poder Judicial. San José, 2006, pp. 223-229 y del mismo autor: «La nueva Justicia Administrativa en Costa Rica». En: *Revista de Administración Pública*. N.º 179. CEPIC. Madrid, 2009, pp. 2-8) y Perú (HUAPAYA TAPIA, Ramón A.: *Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo*. Jurista Editores. Lima, 2006, pp. 485-514). Para Venezuela, pueden verse recientemente, entre otros: HERNÁNDEZ G.: «Pasado, presente...», pp. 112-116 y del mismo autor: «El cambio de paradigma...», pp. 117-129; UROSA

Así pues, con mayor precisión puede decirse que el objeto del proceso administrativo es la pretensión, y el objeto de esta lo será la actividad administrativa, en sus múltiples modalidades⁷.

Realizadas esas previas referencias terminológicas, puede entonces abordarse con mayor soltura el tema que será tratado en estas páginas, a saber, la identificación o determinación de la actividad administrativa objeto de la pretensión procesal administrativa a tenor de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Actividad que se manifiesta en múltiples expresiones, y que el precepto que será comentado refiere como objeto de control de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esa actividad realizada (o desplegada, en los términos de la Ley) es referida genéricamente, para luego pasar a enumerarse –de forma enunciativa y a título de ejemplo– sus más tradicionales variantes o manifestaciones en el referido artículo 8.

Es esa enumeración la que comentaremos de seguida, haciendo una última salvedad. Dado que se trata de un trabajo destinado a una obra colectiva que tiene por fin reconocer la trayectoria profesional, docente y académica de José R. ARAUJO-JUÁREZ, se ha considerado propicio enfocarse en la obra de este. Básicamente, en su Tratado de *Derecho Administrativo General* de

MAGGI: «Las pretensiones procesales...», pp. 211-224 y de la misma autora: «Breves comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». En: *Anuario de Derecho Público*. N.º 3. Universidad Monteávila-FUNEDA. Caracas, 2011, pp. 183-197; TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «El acto administrativo como objeto de la pretensión procesal administrativa y su tratamiento en la jurisprudencia a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia». En: AA. VV.: *El contencioso-administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. FUNEDA. Caracas, 2009, pp. 123-133. Cabe señalar como uno de los precursores de la mención al instituto de la pretensión procesal en el ámbito del proceso administrativo venezolano, a ARAUJO-JUÁREZ: *Principios generales...*, pp. 86, 87 y 403.

⁷ Véase en la doctrina venezolana, entre otros: UROSA MAGGI, Daniela: «La pretensión procesal administrativa». En: AA. VV.: *El Contencioso-administrativo hoy. Jornadas 10.º aniversario*. FUNEDA. Caracas, 2004, pp. 103-128.

cinco tomos (Ediciones Paredes, Caracas, 2010-2011), añadiendo alguna referencia bibliográfica previa o posterior, en caso de ser requerido.

De allí que en las siguientes páginas se comentará el dispositivo legal en cuestión partiendo de las enseñanzas de ARAUJO-JUÁREZ, con el fin de situar tal precepto en su respectivo contexto dogmático y doctrinario. Por supuesto, a las posiciones del autor homenajeado se agregarán las del resto de la doctrina venezolana —y, en algunos casos, de la iberoamericana—, pues se trata de ofrecer al lector un panorama de las tesis interpretativas existentes. Y es que incluso en caso de discrepancias, la comparación no solo es ilustrativa sino muestra de aprecio, respeto y admiración en lo académico para con quien se disiente⁸. Y cuando se requiera, igualmente se pondrán de *lege ferenda* las soluciones del caso, sucintamente enmarcadas en su correspondiente marco dogmático y jurisprudencial.

Comencemos, pues, este recorrido, que pretende colaborar con este sentido homenaje a un jurista venezolano que ha dedicado décadas de estudio al Derecho Administrativo. Dedicación que ha dado fructíferos resultados, como se podrá comprobar al notarse que ARAUJO-JUÁREZ es referencia obligada cuando se trata de estudiar un dispositivo legal de tanta trascendencia y con tan variadas aristas e implicaciones en los diversos temas de la disciplina, como lo es precisamente este.

1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Establece el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como ámbito objetivo de ese texto legal:

⁸ Cabe citar a Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, quien expone refiriéndose a autores españoles: «... las discrepancias de orden teórico que mantengo con alguna de sus tesis son la mejor prueba de la admiración que les he profesado y les sigo profesando; no se discute a quien no se considera ni se respeta», *Fundamentos de Derecho Administrativo*. «Prólogo». Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991, p. 13.

Artículo 8.- Universalidad del control. Será objeto de control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la actividad administrativa desplegada por los entes y órganos enumerados en el artículo anterior, lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados.

De entrada, hay que señalar que la referencia a la actividad administrativa como destinataria del control de la Justicia Administrativa hubiera sido suficiente para señalar el ámbito objetivo de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No obstante, a semejanza de otras recientes leyes procesales iberoamericanas⁹, la venezolana pasa seguidamente a ejemplificar varias manifestaciones de ella, que en la mayor parte no son otra cosa que las clásicas categorías de la actividad administrativa (actos formales unilaterales o bilaterales, hechos o actuaciones, inactividad). Veamos los términos en que se redactó esa lista con sus aciertos y desaciertos.

1.1. Actos administrativos. La persistencia de la cuestionable y cuestionada terminología de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia: actos de efectos generales y de efectos particulares

Inicia la enumeración a título enunciativo con la clásica manifestación de la actividad administrativa: el acto administrativo. Nada que objetar; máxime si se toma en cuenta que el artículo 259 de la Constitución venezolana –siguiendo a su antecedente directo, el artículo 206 de la Constitución de 1961– al establecer los lineamientos de la jurisdicción

⁹ Véase: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Hacia la ampliación del ámbito del proceso administrativo y su relación con el contenido y ejecución de la sentencia: Algunas tendencias legislativas en Iberoamérica». En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., GARCÍA PÉREZ, M. (dirs.): *Reforma del Estado y transformación del Derecho Administrativo*. Universidade da Coruña. La Coruña, 2014, pp. 669-675, <http://www.bubok.es/libros/232196/Reforma-del-Estado-y-Transformacion-del-Derecho-Administrativo>.

contencioso-administrativa, comienza también refiriéndose al acto administrativo como primera especie del género actividad administrativa.

El reparo se plantea porque la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se refiere a los «actos de efectos generales y particulares». Se trata del mantenimiento de una clasificación que surge en la legislación venezolana (no en la doctrina) a partir de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹⁰, objetada por los autores con múltiples argumentos, y que produjo una serie de equívocos y controversias innecesarias, como se verá más adelante. La misma clasificación legal se mantuvo en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004¹¹ y, lamentablemente, persiste en la actual Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, más por inercia que por un propósito específico a nuestro parecer.

Veamos resumidamente qué ha señalado principalmente la doctrina al respecto, partiendo de lo expuesto por el autor homenajeado:

Sobre el particular, ARAUJO-JUÁREZ no se ocupa detalladamente de la referencia del artículo 8 la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su Tratado de *Derecho Administrativo General*. No obstante, al estudiar la clasificación de los actos administrativos y, específicamente, al abordar la distinción entre actos administrativos y reglamentos, es especialmente contundente en el punto específico de la clasificación del acto según sus destinatarios. De hecho, la claridad en la exposición amerita una transcripción textual:

Esta clasificación tiene en cuenta los sujetos destinatarios o extensión del acto administrativo. Según este criterio, hay actos administrativos generales y actos administrativos particulares (...) Los actos administrativos generales son los que tienen por destinatarios varios sujetos (...) determinados o determinables. Debemos empezar reiterando (...) del concepto

¹⁰ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 1893 extraordinario, del 30-07-76.

¹¹ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 942, del 19-05-04.

de acto administrativo debe excluirse a los llamados actos normativos o reglamentos. En efecto, la inclusión de los reglamentos entre los actos administrativos tendría un posible apoyo a partir de la sanción primero de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, después de la LOPA y aún en la reciente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y por último con la aprobación de la Constitución de 1961 y ratificada por la de 1999, cuando la jurisprudencia y doctrina mayoritaria empezaron a sostener, que los actos administrativos generales son aquellos que tienen carácter normativo –como los reglamentos– o los destinados a un número indeterminado de personas, utilizando indistintamente criterios intercambiables, lo que daría lugar a dos clasificaciones relacionadas con los efectos y los destinatarios. Ahora bien, es sabido que la norma jurídica –en este caso el reglamento– tiene los caracteres de la generalidad, la abstracción y la impersonalidad. Si bien la primera es condición necesaria, pero no suficiente desde que doctrinalmente se han aislado los actos que siendo generales carecen de las otras notas, como sucede con el acto administrativo general. En cambio, los actos administrativos generales tienen una pluralidad de destinatarios, pero no son normas jurídicas; no son abstractos ni impersonales; no innovan ni crean Derecho; y por consiguiente, no son fuentes normativas. Por tanto, porque no son conceptos intercambiables, no deben confundirse los actos administrativos generales con los actos normativos de la Administración Pública, confusión que no ha podido superar la doctrina y jurisprudencia, salvo con la excepción de PÉREZ LUCIANI. Pues bien, consecuencia inmediata de la imposibilidad de equivalencia entre el carácter normativo y el criterio de la indeterminabilidad de los destinatarios, se propone reservar la denominación de general a los actos administrativos que tienen como destinatario a una pluralidad indeterminada, pero determinable de sujetos, esto es, a un número determinado o identificable de personas (grupo); y la de actos administrativos particulares para aquellos que tienen uno o varios destinatarios, pero determinados, esto es, que afectan a uno o varios individuos (destinatarios concretos). No obstante, desde el punto de vista procedimental se seguirán asimilando los actos administrativos generales a los actos

normativos de la Administración, en cuanto requieren de la publicación, conforme al artículo 72 de la LOPA¹².

Ciertamente, como sostiene ARAUJO-JUÁREZ, el mantenimiento de la clasificación de los actos administrativos, según se trate de «actos de efectos generales» o «actos de efectos particulares», no es especialmente afortunada, al menos por tres razones.

Primero, porque la misma resulta equívoca en cuanto a su significado e implicaciones, habida cuenta de que no encuentra respaldo dogmático¹³. En efecto, como explica ARAUJO-JUÁREZ, la clasificación tradicional en la doctrina respecto a los destinatarios de los actos administrativos es aquella que distingue entre actos generales y actos individuales o particulares, según la posibilidad de determinar o no a estos¹⁴. Se trata de una tesis que, aunque puede presentar ciertos problemas prácticos, es la que usualmente manejan los autores del Derecho Administrativo¹⁵ y, por tanto, al

¹² ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Acto...*, pp. 112 y 113.

¹³ En la doctrina venezolana pueden verse además las críticas a estos términos desde el punto de vista de los vacíos en el control jurisdiccional que produjeron, en: ANDUEZA, José Guillermo: «El control de la constitucionalidad y el contencioso-administrativo». En: AA. VV.: *Contencioso-Administrativo en Venezuela*. 3.^a, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, pp. 67-78.

¹⁴ Para el caso de la LOCSJ, véanse los cuestionamientos a la clasificación de la LOCSJ (y ahora también en la LOJCA) de BREWER-CARÍAS, Allan R.: «El recurso contencioso-administrativo contra actos de efectos individuales». En: AA. VV.: *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos*. UCV. Caracas, 1979, pp. 171-174.

¹⁵ *Cfr.* entre otros: ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Acto...*, pp. 112-114; PÉREZ LUCIANI, Gonzalo: *La noción del acto administrativo*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1998, pp. 110 y 111, aciropol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/.../BolACPS_1998_65_135_45-178.pdf. Véase también en general: GARCÍA-TREVIANO Fos, José Antonio: *Los actos administrativos*. 2.^a, Civitas. Madrid, 1991, pp. 215-217; BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas. Madrid, 2002, p. 58. Curiosamente, en la doctrina costarricense el término «acto administrativo de efectos generales» es empleado recientemente por JINESTA LOBO, Ernesto: «El proceso contencioso-administrativo en Costa Rica». En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA PÉREZ, M. (coords.):

momento de su aplicación práctica o acogida en el Derecho positivo no suele presentar inconvenientes de demasiada envergadura.

Segundo, habida cuenta de que esa distinción hecha por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no encuentra tampoco cobertura constitucional, al menos no en el artículo 259, que se refiere a los actos administrativos generales o individuales¹⁶.

Tercero, a su vez consecuencia parcial de los dos previos, que desde su surgimiento a raíz de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no ha habido consenso en la jurisprudencia contencioso-administrativa en cuanto a la determinación del significado de tal clasificación. En efecto, en algunos casos las decisiones se refieren a la misma como equivalencia a la distinción entre actos normativos (reglamentarios) y actos no normativos. En otras ocasiones, la clasificación ha sido interpretada como similar a la que distingue entre actos generales e individuales, es decir, según los destinatarios sean o no determinados o determinables. Y aún en ciertas decisiones, se ha llegado a sostener implícitamente que esa clasificación tiene ambos significados, sin tomar en consideración que ellos no siempre son coincidentes y por lo tanto la pretendida equiparación deviene ilógica¹⁷.

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Iberoamérica. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 141, para referirse a los actos administrativos de alcance general.

¹⁶ No podía ser de otro modo, porque no la tenía tal distinción establecida originalmente en la LOCSJ, respecto del artículo 206 de la Constitución de 1961, antecedente y base del artículo 259 de la Constitución vigente. *Cfr.* BREWER-CARÍAS: «El recurso contencioso...», p. 172. Más recientemente: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: «Los actos administrativos...», pp. 109-111.

¹⁷ En similar sentido: BREWER-CARÍAS: «El recurso contencioso...», p. 173. Respecto a la jurisprudencia, pueden verse, entre otros: CABALLERO ORTIZ, Jesús: «Algunas consideraciones sobre la distinción entre actos administrativos generales y actos administrativos individuales (con especial referencia a la Constitución de 1999)». En: *Revista de Derecho Administrativo*. N.º 7. Editorial Sherwood. Caracas, 1999, pp. 12 y 13; TORREALBA SÁNCHEZ: *Manual de Contencioso...*, pp. 132-140.

Así las cosas, si se trata de indagar la justificación que pudo tener el proyectista para incluir esta terminología, visto que –como hemos destacado en previas ocasiones– resulta en extremo difícil obtener información confiable sobre el proceso de elaboración del texto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁸, la hipótesis que luce más plausible es la que parece sugerir ARAUJO-JUÁREZ, y que puede resumirse en el mantenimiento inercial de los términos empleados desde la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esa inercia legislativa se inició entonces con la LOPA, se prolongó con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y persistió en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, producto –planteamos la hipótesis– de que esta última Ley se nutre básicamente de la jurisprudencia preconstitucional. Es decir, de los criterios de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que durante más de dos décadas aplicaron la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y cuando era necesario trataban de solventar sus carencias.

A su vez, no es esta la ocasión para estudiar a fondo las razones y justificación que tuvo el proyectista de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para adoptar esa inédita y polémica clasificación, asunto ya tratado por la doctrina¹⁹. Basta recordar que se trató de una interpretación del artículo 215 de la Constitución de 1961, y que pretendió –en vano– deslindar de forma sistemática el ámbito competencial de la jurisdicción constitucional frente a la contencioso-administrativa²⁰. Lo que importa es señalar que, si ya para la entrada en vigencia de la LOPA resultaba discutible

¹⁸ Cfr. TORREALBA SÁNCHEZ: *Problemas fundamentales...*, pp. 102-107. Véase también la bibliografía allí citada.

¹⁹ Señala PÉREZ LUCIANI: *La noción...*, p. 103, nota al pie 132, que probablemente el autor de tal clasificación es quien era presidente de la Corte Suprema de Justicia durante la elaboración del anteproyecto, magistrado Martín Pérez Guevara, quien había empleado tales vocablos como ponente en sentencias del máximo Tribunal.

²⁰ Cfr. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio: *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso-administrativo venezolano*. Editorial Sherwood. Caracas, 1998, pp. 104-121. Véase también: CABALLERO ORTIZ: «Algunas consideraciones sobre...», pp. 8 y 9.

mantenerla dadas las ya conocidas objeciones de la doctrina, para el año 2004 lucían ya carentes de casi toda justificación. Ello, habida cuenta de que la distinción entre las competencias de la Sala Constitucional y las de la Justicia Administrativa en la vigente Constitución se basa en variables muy distintas, básicamente el rango normativo del acto objeto de la pretensión de nulidad, tratándose de este último tipo de pretensiones. Pero, por supuesto, nada cabía esperar de la técnicamente defectuosa Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

Lamentablemente, los términos y la clasificación fueron mantenidos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con todas las desafortunadas consecuencias ya señaladas por la doctrina desde décadas antes. Ante ello, cabe proponer que se interprete que los preceptos vigentes se refieren a la distinción entre actos administrativos normativos o no, y no tanto a la posibilidad o no de determinar los destinatarios de tales actos. Y ello a pesar de que, ciertamente, como apunta ARAUJO JUÁREZ, y a ello se suma un respetable sector de la doctrina científica venezolana²¹, apoyándose además en doctrina europea²², la categoría jurídica del reglamento no es susceptible de asimilación ni en su esencia ni en sus caracteres a la del acto administrativo²³.

²¹ Aparte de ARAUJO JUÁREZ: *Derecho Administrativo general. Acto...*, pp. 112 y 113, véase entre otros: PEÑA SOLÍS: ob. cit., vol. I, pp. 536-548.

²² Véanse, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ: ob. cit., t. I, pp. 173-176 y 535; MEILÁN GIL, José: *La distinción entre norma y acto administrativo*. Escuela Nacional de Administración Pública. s/l., 1967; VILLAR PALASÍ, José Luis y José Luis VILLAR EZCURRA: *Principios de Derecho Administrativo. Concepto y Fuentes*. T. I. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1999, pp. 227-229. No obstante, en la doctrina española hay quien señala: «Los reglamentos son fuentes de Derecho para la Administración pero proceden de ella misma. Esto determina que ofrezcan una doble vertiente: por su procedencia son actos administrativos sometidos al principio de legalidad y susceptibles de ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa; por su contenido son normas de Derecho objetivo (*norma agendi*)...», GARRIDO FALLA: ob. cit., p. 239.

²³ Sobre la discusión doctrinaria en Venezuela, puede verse recientemente la reseña que realiza: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: «Los actos administrativos...», pp. 109-112.

No obstante, no son menos ciertas tres consideraciones: i. En los países iberoamericanos tiende a entenderse al acto reglamentario como un acto administrativo, con sus peculiaridades sin duda, pero el primero especie del segundo como género²⁴; ii. el artículo 266.5 constitucional parece compartir esa posición dogmática en cuanto de su redacción se inferiría que queda incluido el reglamento como una modalidad del acto administrativo, y tal posición es compartida por otro sector de la doctrina científica venezolana²⁵; y iii. en todo caso, la distinción conceptual no tiene reflejo en un régimen adjetivo radicalmente distinto o separado en cuanto a la interposición, tramitación y decisión de las pretensiones de nulidad de reglamentos de las de actos administrativos particulares, más allá de que sí hay ciertas peculiaridades que ameritan alguna acotación²⁶.

En efecto, recordando lo planteado por la doctrina al comentar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la tesis interpretativa que entiende que tal clasificación se refiere a distinguir entre actos administrativos normativos (reglamentos) y actos individuales o particulares, es la que justifica que el instituto de la caducidad solo se aplique a las pretensiones de nulidad de los últimos, mas no así de los primeros²⁷. Ello habida cuenta de que la característica de la no consuntividad y aplicación indefinidamente reiterada en el tiempo mientras el reglamento mantenga su vigencia, es la única razón por la cual las pretensiones de nulidad de los actos administrativos de efectos generales (normativos) puedan intentarse en cualquier tiempo y sin que opere su caducidad. Caducidad que, en

²⁴ Véase en el caso venezolano, durante la vigencia de la LOCSJ, a CABALLERO ORTIZ: «Algunas consideraciones sobre...», pp. 9 y 10, quien no obstante, también entiende que entre el Reglamento y el acto administrativo existen diferencias sustantivas y en la regulación de la LOPA. Véase también: LARES MARTÍNEZ: ob. cit., p. 143; y ya durante la vigencia de la LOJCA: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: «Los actos administrativos...», pp. 109 y 110. Para Argentina, véase, entre otros: GORDILLO, Agustín: *El acto administrativo*. 2.^a, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1969, pp. 105-114.

²⁵ En contra, véanse los argumentos de: PEÑA SOLÍS: ob. cit., vol. I, pp. 540-545.

²⁶ En similar sentido, durante la vigencia de la LOCSJ: CABALLERO ORTIZ: «Algunas consideraciones sobre...», p. 11.

²⁷ *Cfr.* BREWER-CARÍAS: «El recurso contencioso...», pp. 174 y 181.

cambio, sí resulta aplicable para los actos administrativos de efectos particulares (es decir, los no normativos), a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 en concordancia con el penúltimo aparte del mismo artículo de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En atención a ello, en esta oportunidad, cabe reiterar lo que sostuvimos previamente durante la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004²⁸. De allí que vale proponer una interpretación (entre tanto no haya posibilidades de cambios legislativos) de la clasificación que mantiene la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atinente a los actos administrativos de efectos generales por oposición a los de efectos particulares, en el sentido de que los primeros son los de contenido normativo (reglamentarios), no así los segundos²⁹.

Con esta tesis se logra darle coherencia a un ya viejo problema terminológico producto de la innecesaria persistencia en el régimen legal del proceso administrativo venezolano, ahora por obra de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de unos vocablos y de una clasificación que lamentablemente no fueron abandonados en su oportunidad. De tal forma que, ya desde el comienzo, el precepto bajo análisis proyecta una sombra en cuanto a su idoneidad técnica en el uso de los términos más apropiados. Pero cabe continuar con el análisis normativo de la enumeración, lo que se hace de seguida.

1.2. Actuaciones bilaterales. El abandono de un equívoco: el contrato administrativo como categoría jurídica con efectos procesales

El siguiente elemento que menciona el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son las «actuaciones bilaterales».

²⁸ Cfr. nuestro: *Manual de Contencioso...*, pp. 135 y 136.

²⁹ Un sector de la doctrina ha señalado también la necesidad de abandonar la caracterización de actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, y referirse a los actos generales o individuales según sus destinatarios (CABALLERO ORTIZ: «Algunas consideraciones sobre...», p. 14). En similar sentido, como proposición de *lege ferenda*: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: «Los actos administrativos...», pp. 110-112.

Como se expuso en anterior ocasión, se trata de un término ajeno al Derecho positivo venezolano, mas no así a la doctrina. Esta última, al igual que la de latitudes cercanas en la tradición del Derecho Administrativo, emplea el término como una categoría distinta a la de las «actuaciones unilaterales», refiriéndose estas últimas a los actos administrativos emanados unilateralmente de la Administración Pública, como expresión de su potestad de incidir en las situaciones jurídicas subjetivas en virtud de la autotutela en sus diversas modalidades³⁰.

En cambio, las actuaciones bilaterales serían el producto de la concertación de voluntades de dos o más sujetos, siendo uno de ellos una Administración Pública en cualquiera de sus personificaciones. O más técnicamente, reflejarían el acuerdo realizado entre uno o varios entes de la Administración Pública con uno o varios sujetos no estatales, esto es, particulares o privados, para la realización de actividades de interés general.

De esta primera aproximación, resulta manifiesto que esas actuaciones bilaterales no son más que otra forma de denominar a la contratación pública, es decir, a la celebración de acuerdos entre la Administración y los particulares. Y también puede deducirse, aunque ya ello no esté exento de polémica, que el proyectista de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa optó por prescindir de una categoría jurídica largamente debatida en la doctrina administrativa venezolana, a saber, el llamado «contrato administrativo»³¹. Con relación a esa solución legislativa, señala ARAUJO-JUÁREZ:

³⁰ Véase, entre otros: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Las actuaciones bilaterales: Los contratos públicos y los convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». En: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. (dir.): *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 245.

³¹ *Ibíd.*, p. 246.

Por último, la circunstancia de que tanto la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia haya eliminado la mención y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no mencione a los contratos administrativos, respectivamente, no puede conducir a afirmar la desaparición del contrato administrativo del Derecho positivo, pues esta figura, como muchas otras tantas del Derecho Administrativo no ha necesitado de una fuente normativa, pues como bien lo recuerda la doctrina (URDANETA TROCONIS, SUBERO MUJICA), en nuestro país, la noción del contrato administrativo es, esencialmente, una creación jurisprudencial. Por otro lado, la distinción no supone simplemente un fuero especial, hoy ya derogado, sino que entraña una cierta sustantivación jurídico material que se funda ya sea en el interés público (DE LAUBADÉRE), la doctrina del giro o tráfico jurídico (GARCÍA DE ENTERRÍA), o en fin, la finalidad o competencia específica (VILLAR PALASÍ)³².

Esta referencia del autor no puede dejar de considerarse dentro de su contexto doctrinario, en el cual, desde hace más de tres décadas, se viene debatiendo no solo acerca de la utilidad, sino incluso sobre la pertinencia de incluir en el Derecho Administrativo venezolano la figura de los contratos administrativos³³. No así de la contratación pública o estatal, pues es obvio que esa modalidad de la actividad administrativa no solo es imprescindible, sino cada vez más necesaria en la consecución de los cometidos de un Estado Social de garantía de prestaciones.

³² ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Acto...*, pp. 258 y 259. Véase también del mismo autor: «El contencioso de los contratos administrativos». En: *XXXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Avances jurisprudenciales del contencioso-administrativo en Venezuela*. Instituto de Estudios Jurídicos “Ricardo Hernández Álvarez”. Barquisimeto, 2013, pp. 274 y 275.

³³ Un panorama general del asunto con posterioridad a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con sus correspondientes referencias bibliográficas, puede verse en TORREALBA SÁNCHEZ: «Las actuaciones bilaterales...», pp. 221-257.

No es esta la oportunidad para volver sobre ese debate³⁴. Baste señalar que, al no haberse incluido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el término «contrato administrativo» como categoría procesal y a la vez criterio determinante de la competencia en razón de la materia de la Justicia Administrativa, se logró superar un equívoco legislativo de más de tres décadas. En efecto, fue por inadvertencia que se agregó tal vocablo durante la discusión de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo que determinó la reviviscencia de la figura del contrato administrativo en el Derecho Administrativo venezolano, sobre todo porque únicamente mediante su identificación se podían determinar a su vez sus consiguientes efectos procesales³⁵.

³⁴ Con posterioridad a la obra mencionada en la nota al pie inmediatamente anterior, puede verse en la doctrina venezolana, entre otros: ARAUJO JUÁREZ, José: «El contencioso de los contratos...», pp. 239-276; TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Lo contencioso del contrato (cincuenta años después)». En: HERNÁNDEZ, J. I. (coord.): *Libro homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 279-289; AA. VV.: *La contratación pública en Venezuela*. FUNEDA, Caracas, 2015; AA. VV.: *Ley de Contrataciones Públicas*. 4.^a, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014; SUBERO MUJICA, Mauricio: «La ineludible decadencia del contrato administrativo en el Derecho venezolano. Comentarios a propósito de la potestad de terminación anticipada del contrato». En: AA. VV.: *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*. T. II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015, pp. 975-1006, y del mismo autor: «Críticas a la doctrina del contrato administrativo en Venezuela». En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N.º 9. Universidad Monteávila. Caracas, 2016, pp. 91-144, <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/04/Criticas-Doctrina-Contrato-Administrativo-Venezuela-MSM.pdf>; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: a propósito del Contrato Administrativo». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10 (Homenaje a María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN). Caracas, 2018, pp. 189-208, www.rvlj.com.ve.

³⁵ Cfr. CABALLERO ORTIZ, Jesús: «Algunas consideraciones fundamentales sobre los contratos administrativos». En: *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos jurídicos, financieros y técnicos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2000, pp. 60-62 y del mismo autor: «¿Deben subsistir los contratos administrativos en

Así pues, al prescindirse de la figura del «contrato administrativo» en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como instituto jurídico con implicaciones adjetivas, desaparecen también los problemas que su uso aparejó. A partir de ese texto legislativo, entonces, y como bien afirma el propio ARAUJO-JUÁREZ, el criterio legalmente establecido en materia de competencia de la Justicia Administrativa respecto a la contratación pública es *ratione personae*, es decir, a favor de la unidad de jurisdicción ante ese orden judicial³⁶.

Se trata entonces, a nuestro modo de ver, de un acierto de la Ley. Queda, por supuesto, para la discusión doctrinaria el asunto de determinar si puede y debe seguir insistiéndose en la figura del contrato administrativo como categoría autónoma en lo sustantivo, según sostiene un sector de la doctrina. Pero al menos en el ámbito procesal, la discusión parece haber quedado superada.

1.3. *Vías de hecho ;o actuaciones materiales?*

Implicaciones de cada término

El siguiente vocablo contenido en la enumeración del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es el de «vías de hecho». Sobre la vía de hecho, la posición más reciente de ARAUJO-JUÁREZ³⁷, consecuente con sus previas obras³⁸, puede resumirse así:

una futura legislación?». En: ARISMENDI, A. y CABALLERO ORTIZ, J. (coords.): *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*. T. II. Civitas. Madrid, 2003, p. 1775; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana». En: *Ley de Contrataciones Públicas*. 4.ª, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 172 y 173.

³⁶ ARAUJO-JUÁREZ: *La teoría de la cláusula...*, pp. 74 y 76.

³⁷ ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho Administrativo General. Procedimiento y Recurso administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 310-316.

³⁸ Véanse: *Principios generales...*, pp. 169-172; «La teoría de la vía de hecho administrativa». En: *Los Derechos Fundamentales y los medios de protección procesal*. FUNEDA-EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA. Caracas, 1997, pp. 80-91; *Derecho Administrativo General. Parte general*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 873-879.

Comienza señalando que los problemas que plantea la vía de hecho administrativa no son de orden teórico sino práctico, dado que se trata de la protección de los derechos fundamentales. Se está ante una de las más sutiles construcciones del Derecho Administrativo francés de fines del siglo XIX y comienzos del XX. Luego de la segunda postguerra ese instituto conoció un segundo auge y declinación, aunque la doctrina comparada mantiene el interés³⁹.

Al referirse a Venezuela, sostiene que las referencias doctrinarias a la vía de hecho son escasas, y que la mejor expresión jurisprudencial de ella es la decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, caso Ganadería El Cantón. Pasa a comentar esa decisión, apuntando la incorrección en que ella incurre al reducir la vía de hecho a un vicio de la Administración Pública, mientras que la primera es lo contrario a la vía de derecho, e implica un régimen jurídico sustantivo y procesal que surge ante la actividad antijurídica y que amenaza o lesiona seriamente derechos fundamentales⁴⁰.

De seguida, el autor destaca que, frente a una actuación ilegal flagrante, burda, grosera por parte de la Administración Pública, imposible de fundamentarse en el principio de juridicidad, se plantean diversas teorías que pretenden explicar sus consecuencias en el ordenamiento jurídico.

La primera, invocando la doctrina francesa, basada en que la Administración Pública no puede invadir competencias constitucionalmente atribuidas a los tribunales (estado civil, derechos de libertad personal y propiedad) sin que sus actuaciones queden desnaturalizadas. De allí que tales actos administrativos pasan a convertirse en vías de hecho, es decir, actos degradados, inexistentes, y que de administrativos solo tiene el nombre⁴¹. No obstante, cabe destacar que ARAUJO-JUÁREZ no acepta la tesis de la

³⁹ ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Procedimiento...*, pp. 310-311.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 311.

⁴¹ *Ídem.*

diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta dado que sus efectos serían similares, así como postula, basándose en un sector de la doctrina francesa –también en autores venezolanos–, que ni todos los actos administrativos reputados como inexistentes son vías de hecho, ni viceversa⁴².

La segunda visión, expone el autor, parte de fundamentar a la vía de hecho administrativa en la aplicación del principio –en el Derecho Administrativo francés, agregamos nosotros– de que es el juez de Derecho común el guardián de la propiedad y de los derechos fundamentales (por lo que es este el idóneo para conocer de los atentados, producto de actuaciones de la Administración Pública frente a situaciones jurídicas subjetivas de esa especie). Pero la califica de insuficiente, primero, porque la noción de vía de hecho es anterior a esa regla competencial. Y en segundo término, porque no explica la razón por la que solo las más graves violaciones a esas libertades fundamentales son enjuiciables como vías de hecho, y no todas⁴³. Esa misma objeción la extiende ARAUJO-JUÁREZ a la tesis que concibe a la vía de hecho como una sanción frente a las ilegalidades más graves.

Concluye el análisis de la noción señalando que la vía de hecho no es conducta no administrativa (teoría del acto desnaturalizado o degradado) ni mera sanción ante la ilegalidad extrema. De allí que, en su opinión, la vía de hecho es un régimen jurídico que requiere tres premisas, a saber: i. La violación a derechos fundamentales; ii. que tal lesión sea grave; y iii. que la actuación carezca de título jurídico⁴⁴.

Es en la ausencia de título jurídico el requisito en que más se detiene el autor. Al respecto destaca que la vía de hecho no se caracteriza tanto por sus consecuencias como por su origen, toda vez que en ella la Administración Pública se sale del campo de la juridicidad. Para que eso ocurra, tiene que darse la ausencia de un acto administrativo expreso y previo,

⁴² *Ibíd.*, p. 312.

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 313.

o bien una actuación material sin suficiente cobertura jurídica⁴⁵. De seguida, ARAUJO-JUÁREZ distingue:

Primero: El acto-vía de hecho. Se trata de un acto administrativo lesivo por sí mismo, con independencia de su ejecución (el ejemplo en la jurisprudencia venezolana sería el caso Ganadería El Cantón)⁴⁶.

Segundo: La actividad material-vía de hecho. Se refiere a aquella que tiene resultados en el mundo físico. Comporta un hacer material, una operación física, que puede consistir en el suministro de prestaciones o en la preparación y ejecución de actos administrativos previos. Esta es de ordinario la que configura la vía de hecho administrativa, con fundamento en el artículo 78 de la LOPA, y puede darse en las siguientes hipótesis: i. Actuaciones materiales lesivas carentes de toda vinculación con el ordenamiento jurídico, porque no hay norma que habilite a actuar a la Administración Pública. ii. Actuaciones materiales lesivas careciendo de título o soporte, sea por ausencia de acto administrativo previo o porque este adolezca de vicios de nulidad absoluta⁴⁷.

De seguida, el autor se refiere a la jurisprudencia venezolana, que reduce a dos los vicios calificables como vías de hecho administrativas, a saber: la incompetencia manifiesta (artículo 19.1 LOPA) y la ausencia total y absoluta de procedimiento (artículo 19.4 LOPA)⁴⁸.

Concluye ARAUJO-JUÁREZ enumerando los supuestos de pérdida de soporte jurídico para la ejecución (que convierte a esta en vía de hecho): i. Anulación o revocación del acto administrativo (inexistencia sobrevenida); ii. consumición del acto administrativo por cumplimiento o expiración del plazo (cesación definitiva); iii. suspensión administrativa o judicial del

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 315 y 316.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 316.

acto administrativo (cesación temporal), y iv. la actuación material que ignora los límites objetivos o subjetivos del acto administrativo o sus modalidades, supuesto previsto en el artículo 78 de la LOPA⁴⁹.

La posición de ARAUJO-JUÁREZ es la que probablemente mejor refleja la de la mayoría de la doctrina venezolana⁵⁰. No obstante, hay que señalar que también hay discrepancias al respecto, sostenidas en nuestro país por un sector de la doctrina⁵¹. Como quien suscribe forma parte de la disidencia

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Véanse: RACHADELL, Manuel: «La defensa del ciudadano frente a las vías de hecho de la Administración». En: *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías. Contencioso-administrativo*. FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995, pp. 143-168; GUERRERO ROCCA, Gilberto Alejandro: «La vía de hecho como vicio repudiado por la jurisprudencia en lo contencioso-administrativo». En: *Nuevas orientaciones en el Contencioso-administrativo venezolano*. Livrosca. Caracas, 2002, pp. 265 y 266; LINARES BENZO, Gustavo: «La vía de hecho como objeto de la pretensión procesal administrativa». En: AA. VV.: *El Contencioso-administrativo hoy. Jornadas 10.º aniversario*. FUNEDA. Caracas, 2004, pp. 129-141; ORTIZ ORTIZ, Rafael: «El control judicial de la vía de hecho administrativa». En: *El contencioso-administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. III Jornadas sobre Derecho Administrativo. En homenaje a la Dra. Hildegard Rondón de Sansó*. FUNEDA. Caracas, 2006, pp. 224-299; HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso: «La defensa de los derechos constitucionales frente a las vías de hecho: razones a favor del mantenimiento –provisional– en Venezuela del amparo constitucional en contra las vías de hecho de la Administración Pública». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.ºs 60-61. UCAB. Caracas, 2009, pp. 39-61, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/60-61/UCAB_2005-2006_60-61_39-61.pdf; RAFFALLI A., Juan M.: «El fomento normativo de las vías de hecho». En: *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo. Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. FUNEDA. Caracas, 2010, pp. 493-523; ROSALES GUTIÉRREZ, Jean-Denis: «La suficiencia del título ejecutivo previo en la vía de hecho y su incidencia sobre la autotutela ejecutiva: Análisis enfocado desde la nulidad absoluta». En: *Anuario de Derecho*. N.º 29. ULA. Mérida, 2012, pp. 127-161, <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/37042/1/articulo5.pdf>.

⁵¹ Véanse los trabajos de HERNÁNDEZ G., José Ignacio: «La vía de hecho en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia». En: *Temas de Derecho Procesal*. Vol. I. TSJ. Caracas, 2005, pp. 665-690; «La pretensión procesal administrativa frente a las vías de hecho». En: *Derecho Contencioso-Administrativo. Libro homenaje*

doctrinaria y, aunque no es esta la ocasión para desarrollar esta tesis, sí parece conveniente resumir sus principales postulados, pues entendemos que la regulación de este instituto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los apuntala⁵². Ello se hace a continuación:

En lugar de denominarla vía de hecho, el término más adecuado a emplear sería el de «actuaciones materiales ilícitas» (o uno similar), tanto por razones de precisión como para deslastrarse de la connotación que apeja el primer vocablo, de origen francés⁵³. En todo caso, y al margen de la terminología, la vía de hecho debe ser entendida como la actuación o actividad material carente de cobertura legal, de título jurídico. Es decir, se trata de una actuación de la Administración Pública que incide en las

*al profesor Luis Henrique Farías Mata. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara-Librería J. Rincón. Barquisimeto, 2006, pp. 217-264; «Vías de hecho y contencioso-administrativo». En: *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. T. II. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 1291-1333; «Breves notas sobre la vía de hecho en la actualidad de la justicia administrativa en Venezuela». En: *El contencioso-administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. FUNEDA. Caracas, 2009, pp. 165-179; «El contencioso de las vías de hecho y los servicios públicos». En: *Manual de Práctica Forense. Contencioso-Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009, pp. 105-110.*

⁵² Una exposición pormenorizada de lo aquí resumido puede verse en: TORREALBA SÁNCHEZ: *La vía de hecho...*, *passim*.

⁵³ Califica la adopción del término como un galicismo no afortunado: NIETO, Alejandro: «La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998». En: *Revista Justicia Administrativa*. N.º 1 extraordinario (dedicado a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Lex Nova. Valladolid, 1999, p. 46. Para el ordenamiento español, la ley se refiere a las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (véase recientemente: MEILÁN GIL, José Luis y Marta GARCÍA PÉREZ: «Una visión actual de la justicia administrativa en España». En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA PÉREZ, M. (coords.): *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Iberoamérica*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 226). En el caso costarricense, la doctrina opta por la denominación «actuaciones materiales ilegítimas» o coacción ilegítima (JINESTA LOBO, Ernesto: «Conducta administrativa objeto del proceso». En: JIMÉNEZ MEZA, Manrique *et al.*: *El nuevo proceso contencioso-administrativo*. Poder Judicial. San José, 2006, pp. 209-213.

situaciones jurídico-subjetivas de los particulares, afectando sus derechos o intereses. Actuación carente de basamento jurídico, pues no viene precedida del correspondiente acto administrativo y a su vez del procedimiento administrativo como lo exige el artículo 78 de la LOPA y, por tanto, en abierta violación a los principios y reglas del procedimiento administrativo y –en última instancia– a la garantía constitucional del debido proceso (exigencia común a la legislación procedimental administrativa).

En cambio, no se comparte la posición jurisprudencial venezolana que sostiene que el acto administrativo nulo de pleno derecho por incompetencia manifiesta o prescindencia total y absoluta del procedimiento puede ser una vía de hecho. En primer lugar, porque –contrariamente a lo sostenido en el caso Ganadería El Cantón– no hay regulación en la LOPA que respalde tal tesis. Por el contrario, el acto nulo de nulidad absoluta es eso, un acto formal afectado en su validez, pero no puede además ser algo distinto y contrario a su naturaleza (una vía de hecho) porque violaría el principio lógico de (no) contradicción⁵⁴.

De tal suerte que el acto nulo de pleno derecho es aquel que presenta alguno de los vicios enumerados en el artículo 19 de la LOPA o que así resulta calificado por disposición constitucional o legal. Y en tal hipótesis, será justamente eso, un acto nulo, sometido al régimen procedimental de la referida Ley, y en el ámbito de la Justicia Administrativa, regulado en cuanto a la tramitación de pretensiones procesales de nulidad contra él interpuestas, por el procedimiento común de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como por los plazos de caducidad previstos en el artículo 32.1 *eiusdem*.

En contraste, la vía de hecho tiene un régimen adjetivo distinto, tanto en lo que concierne al procedimiento de primera instancia para la tramitación de pretensiones procesales de condena a no hacer, que es el procedimiento breve, como por un plazo de caducidad que se inicia ante supuestos de

⁵⁴ Cfr. nuestro trabajo: *La vía de hecho...*, pp. 125-143.

hecho distintos a los establecidos para el caso de las pretensiones de nulidad de actos. Estos últimos se inician o con la publicidad del acto expreso o con el acaecimiento del silencio administrativo negativo, según el caso. En cambio, ante la hipótesis de la vía de hecho, el plazo de caducidad inicia con la materialización de esta (artículo 32.2 *eiusdem*), es decir, con su ejecución, pues es justamente esa materialización o incidencia en la realidad la que distingue a la actuación material del acto formal. Este último puede o no ejecutarse, mientras que una pretendida vía de hecho que no se materializa no puede llegar a configurar esta categoría jurídica⁵⁵.

De esta manera, la vía de hecho se reconduce a la actuación material ilícita, lesiva a derechos o intereses particulares⁵⁶, que no viene respaldada por título jurídico (norma o acto administrativo), sea por inexistencia de ese título, o bien por ineficacia del mismo, caso de los actos administrativos que no han sido debidamente notificados; o cuyos efectos han sido objeto de suspensión en vía administrativa o judicial; o sometidos a condición o plazo para su eficacia. Y también aquellos supuestos en que sí existe un acto administrativo previo, pero en su ejecución se desborda su objeto o contenido⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. *ibíd.*, pp. 195-200.

⁵⁶ Para el ordenamiento argentino, un sector de la doctrina vincula a la vía de hecho con lo que denomina «operaciones materiales restrictivas o cercenadoras de los derechos y garantías individuales carentes de aquella base sustentadora» –refiriéndose a una norma habilitadora– (HUTCHINSON: *Derecho Procesal...*, t. 1, p. 583). Asimismo, la ley nacional de procedimientos administrativos de ese país concibe a la vía de hecho como un comportamiento material lesivo de un derecho o garantía constitucional o la puesta en ejecución de un acto administrativo cuya ejecutoriedad se encuentre en suspenso, por lo que no basta una amenaza o lesión potencial. No serán en cambio vías de hecho los actos administrativos considerados en forma independiente de su ejecución (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos: *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. 12.^a, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, p. 483).

⁵⁷ Véase un resumen de nuestro planteamiento, en: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Las demandas contra las vías de hecho en la jurisdicción contencioso-administrativa». En: AA. VV.: *La Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución. III Congreso de Derecho Procesal Constitucional y I de Derecho Administrativo en homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA*. Universidad Monteávila-FUNEDA. Caracas, 2013, pp. 373-397.

De tal suerte que se reconfigura la vía de hecho a su verdadera esencia, se elimina la confusión con el acto administrativo nulo de pleno derecho, se ajusta su noción sustantiva a su régimen procesal regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, sobre todo, se aclaran las categorías jurídicas. Con ello se favorece no solo el análisis y desarrollo doctrinario de tal instituto, sino, lo que es quizá más importante, se simplifica y delimita su naturaleza y ámbitos de actuación, permitiendo un mejor y más pleno control de esta, depurándola de las originarias nociones francesas, concebidas y aplicadas para una realidad sustantiva y procesal ajena a la nuestra. Realidad que justamente fue la que obligó a plantear la tesis del acto administrativo degradado —acertadamente rechazada por ARAUJO-JUÁREZ—, como manera de permitir su adecuado control por el juez de Derecho común, ante los originales problemas planteados por la dualidad jurisdiccional francesa entre la Justicia Administrativa y la Justicia «Jurisdiccional». Y también, ante las limitaciones anejas a las potestades del juez administrativo en el «recurso por exceso de poder»⁵⁸. Nada de ello es extrapolable al ordenamiento jurídico venezolano y, por tanto, no parece haber necesidad de seguir empleando las soluciones francesas para un problema inexistente en nuestro Derecho Administrativo.

En todo caso, el acierto del artículo 8 viene dado por la inclusión expresa de la vía de hecho, prescindiendo de que se trata del mantenimiento de una expresión no del todo precisa, como manifestación de la actividad administrativa sometida a control y tutela jurisdiccional de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Con ello se confirma la regla de que no solo la actividad administrativa formal, sino también la material, está sometida a control y tutela jurisdiccional administrativa⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. TORREALBA SÁNCHEZ: *La vía de hecho...*, pp. 37-48.

⁵⁹ Sobre la vía de hecho y su regulación en la LOJCA, puede consultarse también: PERNÍA REYES, Mauricio Rafael: «El control jurisprudencial de las vías de hecho. Breve aproximación conceptual, evolución y perspectiva ante la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». En: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. (dir.): *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 299-316; GHAZZAOU,

1.4. Silencio administrativo. Una innecesaria inclusión por impertinente o –en el mejor de los casos– redundante

El siguiente término empleado por el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como objeto de control de la Justicia Administrativa, es el silencio administrativo. Esta categoría jurídico-procesal es tratada con especial detenimiento por ARAUJO-JUÁREZ⁶⁰. Veamos resumidamente su posición:

Respecto al trámite de las peticiones o de los recursos administrativos, cabe la hipótesis de que la Administración Pública no decida, vulnerando el derecho constitucional de petición y de obtener oportuna respuesta. En tal caso, se produce la figura del silencio administrativo, destinada a corregir esa falta de respuesta⁶¹.

Para explicar tal instituto, el autor señala que este se concibe como una suerte de sanción frente al incumplimiento del deber de resolver dentro de los respectivos plazos legales todo recurso o petición planteado ante la

Ramsis: «El control contencioso-administrativo sobre las vías de hecho». En: CANÓNICO SARABIA, A. (COORD.): *Actualidad del Contencioso-Administrativo y otros mecanismos de control del Poder. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013*. Editorial Jurídica Venezolana-Cajo. Caracas, 2013, pp. 467-487; BADELL BENÍTEZ, Nicolás: «Demanda contra vía de hecho y abstenciones de la Administración Pública. Avances Jurisprudenciales del Contencioso-Administrativo en Venezuela». En: *XXXVIII Jornadas Domínguez Escovar. Homenaje al profesor Gonzalo PÉREZ LUCIANI*. Instituto de Estudios Jurídicos “Ricardo Hernández Álvarez”. Barquisimeto, 2013, pp. 281-315.

⁶⁰ ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Procedimiento...*, pp. 454-481. Previamente del mismo autor: *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. 3.^a, Vadell Hermanos Editores. Valencia-Caracas, 1998, pp. 501-535; *Derecho Administrativo General. Parte general*, pp. 970-986. Puede verse también, ya tempranamente, entre otros: BREWER-CARÍAS, Allan R.: «El sentido del silencio administrativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 8. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981, pp. 27-34.

⁶¹ ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Procedimiento...*, p. 454.

Administración Pública, deber que informa a toda la relación procedimental y cuya violación implica una infracción por omisión⁶².

Respecto a la naturaleza jurídica del silencio administrativo, sostiene que en sentido amplio el silencio administrativo agrupa cualquier tipo de inactividad, tanto material como formal (sobre ello volveremos). El concepto de inactividad material se corresponde con una pasividad, un no hacer de la Administración Pública en el marco de sus competencias ordinarias. Mientras que la inactividad formal se produce dentro de un procedimiento administrativo⁶³.

En sentido estricto, en cambio, la institución se aplica a las pretensiones dirigidas por el administrado a la Administración Pública. Respecto a la noción del silencio administrativo negativo, se le ha categorizado de diversas formas, a saber:

i. Como acto administrativo tácito o implícito, al equipararse el silencio con la voluntad denegatoria. En tal sentido, la demora en responder equivale a una denegación o acto denegatorio tácito⁶⁴.

ii. Como acto administrativo presunto. Esta tesis encontraría su fundamento en la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que el silencio administrativo negativo se concebiría como un verdadero acto para posibilitar su acceso a la primera. Se extiende, pues, el concepto de acto administrativo a hechos materiales. Para que este se configure como acto presunto es necesario un pronunciamiento normativo expreso en ese sentido, de tal modo que sea la norma la que determine de forma indudable esa forma de interpretación de la conducta omisiva⁶⁵.

⁶² *Ibíd.*, pp. 455-457.

⁶³ *Ibíd.*, p. 459.

⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 460 y 461.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 461.

iii. Como hecho administrativo. Esta posición inicia cuestionando las previas, sobre la base de que resulta absurdo cualquier intento de interpretar la voluntad administrativa, habida cuenta de que en el silencio administrativo justamente lo que falta es esa voluntad. De allí que no se trata de un acto tácito, pues de una inercia no puede inducirse voluntad alguna⁶⁶.

iv. Como una ficción legal. Entendido el silencio administrativo negativo partiendo de su origen procesal, se le concibe como mero hecho al que la ley le reconoce efectos jurídico-procedimentales. No así efectos jurídico-materiales, pues no puede haberlos precisamente ante la falta de actividad volitiva⁶⁷. De tal suerte que a ese instituto se le entiende –mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia– como una ficción legal que permite la impugnación ulterior del acto administrativo que debió haberse dictado. De allí que el interesado podrá considerar desestimada su petición o recurso, a los fines de formular, frente a la denegación presunta, la correspondiente impugnación; o bien esperar la decisión expresa. Es esta la interpretación correcta de la LOPA, entender el silencio administrativo como derecho o beneficio⁶⁸.

Esta ficción legal tiene como propósito fundamental el permitir considerar agotada la instancia correspondiente y, por tanto, permitir el acceso a la sucesiva, tanto en vía administrativa como jurisdiccional de ser el caso, no habiendo acto previo. Se trata, pues, de garantizar el acceso a la justicia y a la defensa del administrado frente a la inercia procedimental de la Administración Pública⁶⁹.

Y es que si el silencio administrativo negativo se considerara un acto, entonces habría que acogerse a los plazos de impugnación propios de estos, que de transcurrir, implicaría la caducidad del derecho de fondo. Mientras que si

⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 462 y 463.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 463.

⁶⁸ *Ídem.*

⁶⁹ *Ídem.*

se le concibe como una ficción legal de efectos exclusivamente procedimentales o procesales, no aplican dichos plazos frente a la inactividad formal⁷⁰.

ARAUJO-JUÁREZ acoge expresamente esta última concepción y desestima la que plantea el silencio como acto tácito o presunto, toda vez que si la Administración Pública no resuelve una petición o recurso no hay ni negación ni estimación tácita, solo el efecto de su actitud silente ante el derecho del interesado. En el caso venezolano, dispone el artículo 4 de la LOPA que el silencio administrativo debe ser considerado como que la Administración ha resuelto negativamente, pero no como una negación tácita, sino como una ficción legal (de allí el término legal «se considerará») que permite acceder al siguiente recurso o a la vía judicial. Por ende, el interesado puede optar o no por intentar el recurso siguiente. Ese es además el criterio jurisprudencial asentado a partir del caso *Ford Motors* dictado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en 1982, que concibe al silencio administrativo negativo de la LOPA como una garantía para el administrado⁷¹.

De seguida, el autor se refiere a la regulación del silencio administrativo negativo en el artículo 4 de la LOPA, acogido en forma general y no limitado al requisito previo a la vía procesal. Ello implica que este se produce tanto en vía de instancia (sustantiva) como en vía de recurso (formal). En el primer caso, no existe acto administrativo previo, pero sí en el segundo. En todo caso, esta técnica opera a modo de mecanismo que agota la instancia administrativa⁷².

Siguiendo con el análisis del precepto legal, ARAUJO-JUÁREZ indica que el uso del término «asunto» es impropio, pues es tan genérico que podría incluir las denuncias o peticiones simples, mientras que es a las peticiones propiamente dichas a las que se aplica el deber de la Administración

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 464.

⁷¹ *Ibíd.*, pp. 464-466.

⁷² *Ibíd.*, p. 467.

Pública de dar respuesta, bien sea en los procedimientos de primer o segundo grado, o a los antejuicios administrativos⁷³.

Para el autor, aunque se haya producido la decisión, si esta no ha sido debidamente notificada, también opera el silencio, por el hecho de que para el órgano emisor darle publicidad a los actos administrativos constituye un verdadero deber que les otorga eficacia. Y, además, como modo de evitar la perniciosa práctica administrativa de antedatar las decisiones tardías⁷⁴.

Continuando con el desarrollo del asunto, expone el autor que, a diferencia de otros ordenamientos, para que opere el silencio administrativo en Venezuela no es necesaria la «denuncia de mora». No obstante, el silencio no opera tampoco de modo automático en el sentido de que no implica una carga para el particular de ocurrir a la vía ulterior, sino solo una facultad. Por tanto, el transcurso del plazo es únicamente un mero presupuesto para que opere la ficción legal⁷⁵.

De allí que, a los efectos jurídico-procedimentales, la LOPA prevé los plazos de resolución de la petición o de los recursos administrativos, transcurridos los cuales se deben considerar denegados solo en beneficio del interesado. Por consiguiente, este último puede cuestionar las decisiones tardías⁷⁶, y el silencio administrativo negativo deviene una solución formal que lo hace es posponer la resolución del problema de fondo a la revisión posterior, en una suerte de efecto devolutivo⁷⁷.

⁷³ *Ibíd.*, p. 468. En contra: ORTIZ ÁLVAREZ, Luis: *El silencio administrativo en el Derecho venezolano*. Editorial Sherwood. Caracas, 2000, pp. 85-88, quien parte del uso del vocablo «asunto» en el artículo 4 de la LOPA para replantear el ámbito de aplicación de las diversas vías procesales frente a la inactividad. Sobre ello se volverá más adelante.

⁷⁴ ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Procedimiento...*, pp. 468 y 469.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 469.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 470.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 471.

Por otra parte, para ARAUJO-JUÁREZ el problema más importante en este asunto es determinar hasta cuándo la Administración Pública tiene competencia para decidir (decisiones tardías). Según su modo de ver, y siguiendo a un sector de la doctrina española, hasta tanto se produzca la remisión del expediente administrativo al órgano al que corresponda resolver, pues en ese último caso pierde de *facto* la competencia para resolver⁷⁸.

Añade el autor, respecto a la forma en que opera el silencio administrativo negativo en vía de recurso, que la diferencia fundamental en relación con el procedimiento constitutivo es determinar también si el órgano que no decidió conserva su competencia para pronunciarse o si la pierde por la interposición del recurso contencioso-administrativo. En opinión de ARAUJO-JUÁREZ, el interesado puede esperar la decisión tardía sin que haya peligro de que opere la caducidad de su acción, pues la carga de decidir y el impulso procedimental le corresponde a la Administración Pública⁷⁹.

Más adelante, ARAUJO-JUÁREZ vuelve a dedicarle atención al problema de las decisiones tardías y el silencio administrativo negativo. Comienza reiterando que la falta de respuesta tempestiva no implica el cese del deber que tiene la Administración Pública de responder ni imposibilita el ejercicio del derecho a obtener una decisión expresa a través, por ejemplo, del recurso de reclamo o queja. De allí que ante la decisión desestimatoria tardía, si no se había intentado el recurso contencioso-administrativo, el plazo para hacerlo comienza a contarse a partir de la notificación del acto. Si en cambio sí se había interpuesto el recurso administrativo o judicial, puede dar cuenta de la decisión expresa sobrevinida a este o bien interponer uno nuevo, cuestionando el acto expreso y pedir la acumulación a la causa ya iniciada. Si en cambio, la decisión tardía es estimatoria, no habrá materia sobre la cual decidir y la autoridad administrativa o judicial deberá dar por terminado el procedimiento⁸⁰.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 471 y 472.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 474. Véase también: ORTIZ ÁLVAREZ: *ob. cit.*, pp. 99-102, más recientemente, sobre el tratamiento jurisprudencial de las decisiones administrativas

De seguida, aborda el tema del silencio administrativo negativo y su relación con el contencioso-administrativo. Así pues, señala que al recurrente no se le exige probar que la Administración Pública no ha resuelto, dado que se trata de un hecho negativo, y que basta con afirmarlo (a diferencia del enfoque de la legislación española que venía regulando la certificación de acto presunto). Solo se requerirá entonces la prueba de la interposición de la petición o recurso, que se hará aportando el recibo de su presentación⁸¹.

Agrega el autor que, conforme destaca la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana, el silencio administrativo no exonera a la Administración Pública de dictar un pronunciamiento expreso y fundado, incluso una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo, salvo disposición legal en contrario. De allí que el recurrente no tiene siquiera que solicitar la ampliación de su demanda ante una decisión tardía totalmente desestimatoria, y de ser parcialmente estimatoria, modificará su escrito en los términos correspondientes. Ese deber de la Administración Pública –reitera– únicamente cesa en el supuesto de la remisión del expediente administrativo a la sede judicial⁸².

Complementa señalando que, en el caso de que el interesado opte por no hacer uso del silencio administrativo negativo y por tanto, se abstenga de impugnar el acto administrativo objeto de un recurso no resuelto, se cierra la posibilidad de una impugnación ulterior salvo decisiones tardías. Por tanto, no es aceptable la doctrina del acto consentido –en el sentido de entender que la falta de impugnación deviene en consentimiento tácito–, pues siempre le queda al interesado el derecho de impugnar una decisión expresa. No obstante, acota que un sector de la doctrina se muestra en contra al postular que, si la Administración Pública no cumple con

tardías, véase: ROJAS GÓMEZ, Jorge: «La garantía del silencio administrativo y los efectos del acto tardío en el proceso». En: *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo. Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. FUNEDA. Caracas, 2010, pp. 747-773.

⁸¹ ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Procedimiento...*, p. 476.

⁸² *Ibíd.*, pp. 476 y 477.

sus elementales obligaciones, debe admitirse la interposición de petición o recurso en cualquier tiempo⁸³.

Añade respecto a la impugnación de las decisiones tardías que hay que distinguir si las mismas son confirmatorias de la denegación presunta, supuesto en el cual comienza a transcurrir un nuevo lapso de impugnación de estas, distinto del plazo inicial abierto con el silencio administrativo. No obstante, si la decisión se produce estando en marcha ya el recurso contencioso-administrativo, no es necesario ampliar su objeto, pudiéndose optar entre esta o la interposición de un nuevo recurso si hubo innovaciones en el acto expreso⁸⁴.

⁸³ *Ibíd.*, pp. 477 y 478. Para el caso venezolano, es la tesis interpretativa de, entre otros: ORTIZ ÁLVAREZ: *ob. cit.*, p. 97 y CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: «Revisión crítica de la implementación jurisprudencial y legislativa de la caducidad procesal en el contencioso-administrativo del control de las omisiones». En: CANÓNICO SARABIA, A. (coord.): *Actualidad del Contencioso-Administrativo y otros mecanismos de control del Poder. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo Margarita 2013*. Editorial Jurídica Venezolana-CAJO. Caracas, 2013, pp. 345-366. Para el caso español puede verse: GARCÍA PÉREZ: *ob. cit.*, pp. 96 y 97; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Manual de Procedimiento Administrativo*. Civitas. Madrid, 2000, pp. 342-344, así como, refiriéndose a la caducidad de las pretensiones frente las actuaciones administrativas materiales: MEILÁN GIL y GARCÍA PÉREZ: *ob. cit.*, p. 226. Para el ordenamiento argentino, cuestionando también la aplicación de plazos de caducidad respecto al silencio administrativo negativo entendido como una ficción con efectos procesales, véase: CASSAGNE, Juan Carlos: «Las vicisitudes del silencio administrativo». En: *Estudios de Derecho Administrativo*. N.º 1. La Ley. Montevideo, 2010, pp. 72 y 73. En la legislación peruana, puede verse: GUZMÁN NAPURI, Christian: «Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso-Administrativo peruano». En: *Revista de Derecho Administrativo*. Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2012, p. 113. De allí que en otros ordenamientos, como el costarricense, el plazo para interponer pretensiones frente a la inactividad inicia a partir del cese de los efectos de la inactividad, según el artículo 40.1 del Código Procesal Contencioso-Administrativo (*cf.* JINESTA LOBO: «Conducta administrativa...», p. 222). Para el caso español, véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios...*, pp. 424 y 425.

⁸⁴ ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Procedimiento...*, p. 478.

Va culminando ARAUJO-JUÁREZ el punto del silencio administrativo negativo, señalando la diferencia de este según se produzca en vía de petición –silencio administrativo sustancial– o en vía de recurso –silencio administrativo formal–. Ello, pues en el primer caso, no media acto administrativo, mientras que en el segundo sí.

En la hipótesis de un recurso interpuesto por el interesado mediando acto administrativo previo, la técnica del silencio ha agotado la vía administrativa y se produce el control judicial sin mayores problemas. Es en cambio, mucho más complejo ante la hipótesis de silencio administrativo en vía de petición. Ello porque no hay acto administrativo que revisar. En algunos casos podrá el órgano judicial decidir sobre el fondo del asunto, pero en otros tal proceder le resultará materialmente imposible y solo podrá intimar a la Administración Pública renuente a que se pronuncie⁸⁵.

Abundando sobre ello, el autor señala que puede tratarse de una petición completa y ordenada conforme a la ley, una cuestión puramente jurídica que debe tomarse en cuenta para resolver, con un expediente cabal en cuanto a las pruebas, peticiones, informes. En tales casos, el órgano judicial tendrá la posibilidad de otorgar lo que la Administración Pública negó.

Pero habrá otras hipótesis más complejas, en las que el procedimiento administrativo no estará suficientemente sustanciado o resultará indispensable el criterio de la Administración Pública en razón de la materia, o bien habrá que valorar asuntos de mérito u oportunidad o conveniencia, en cuyo caso el órgano judicial no podrá actuar frente a la conducta omisiva de la Administración Pública sin violar el principio de separación de los Poderes. Y es que para ARAUJO-JUÁREZ, al ser la jurisdicción administrativa esencialmente revisora, solo procede anular o modificar el acto administrativo impugnado si es contrario a Derecho, pero el tribunal no puede extenderse a tomar decisiones de los órganos administrativos.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 479.

Por tanto, la solución no es siempre satisfactoria⁸⁶. Ante ello, el autor alude a la regulación española que incluye entre las técnicas de reacción contra la inactividad administrativa la conversión en silencio administrativo positivo del hasta entonces silencio administrativo sustantivo, esto es, el operado en el procedimiento administrativo de formación del acto.

En cambio, en el supuesto de que el silencio administrativo se produzca en vía de recurso, existe ya un acto previo que es el originario, solo que no agota la vía administrativa⁸⁷.

Adicionalmente, el autor dedica una breve reflexión al silencio administrativo positivo. Comienza destacando que la finalidad de ese instituto es darle mayor agilidad y flexibilidad de la actividad de policía de la Administración Pública en determinadas materias, a la vez que constituye una garantía para el particular, pues le permite la posibilidad efectiva de realizar actividades sujetas a fiscalización administrativa siempre que exista texto legal expreso. El silencio administrativo positivo consiste en que, por disposición legal, se entiende que una petición interpuesta ante la Administración Pública se resuelve favorablemente ante el transcurso del plazo legal para decidir⁸⁸.

Los requisitos para que opere, según acota ARAUJO-JUÁREZ, son: i. Una disposición legal expresa, no así una interpretación analógica o extensiva; y ii. que se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban dictarse en funciones de policía administrativa. El silencio, pues, supone la falta de ejercicio de una facultad de veto, a la que renuncia la Administración Pública en virtud de su falta de pronunciamiento⁸⁹.

⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 480 y 481.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 480.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 472.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 473.

Destaca el autor que entre la doctrina no ha sido del todo aceptado tal modalidad del silencio administrativo, pues se enfatizan los riesgos que puede conllevar su adopción en lo que concierne al interés público, derivados de la negligencia de los funcionarios, así como el hecho de que permite considerar dictados actos administrativos aun cuando en ellos faltasen elementos de legalidad y conveniencia. De allí que el mero transcurso del tiempo podría convertir la petición más absurda en un acto de la Administración Pública. Por consiguiente, el silencio administrativo positivo no debe operar cuando lo pedido sea contrario a la ley, toda vez que implicaría que el instituto tendría efectos derogatorios. Debe, pues, haber conformidad entre lo solicitado y lo concedido con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico. Por ende, por medio del silencio administrativo positivo tampoco podrán adquirirse derechos distintos o superiores a los que se podrían alcanzar de mediar una decisión expresa ajustada a Derecho⁹⁰.

Con relación a las decisiones tardías en el ámbito de aquellas solicitudes en que opera el silencio administrativo positivo, el autor se muestra partidario de no aceptarlas, toda vez que las situaciones jurídicas surgidas al amparo de este silencio gozan de una garantía de estabilidad y permanencia como si hubiesen sido otorgadas de forma expresa, siempre que lo concedido lo haya sido con arreglo a la ley. Además, tales efectos del silencio administrativo positivo deben ajustarse al ordenamiento jurídico, por lo que las decisiones tardías ni podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general (artículo 13 de la LOPA), ni resolverán casos precedentes ya decididos con carácter definitivo y que hayan creado derechos para los particulares (artículo 19.2 LOPA). Adicionalmente, la decisión tardía respecto a un caso en que haya operado el silencio administrativo positivo presenta como obstáculo adicional las normas que sobre revisión de oficio establece la LOPA⁹¹.

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 475.

Reseñada la posición del autor homenajeado, cabe señalar que existe también un sector doctrinario que se aparta de los lineamientos tradicionales en cuanto a la calificación de los efectos del silencio administrativo negativo⁹². En ese sentido, se plantea el abandono de la distinción entre sus consecuencias en los procedimientos administrativos constitutivos o de primer grado con relación a los de revisión o segundo grado, para permitir que cualquier tipo de inactividad, sea formal o material, resulte susceptible de control a través de pretensiones procesales de condena.

En tal caso, no será la ubicación del silencio negativo en el tipo de procedimiento administrativo (constitutivo o de revisión), sino las necesidades de tutela jurídica expresadas a través de la correspondiente interposición de pretensiones procesales de condena a hacer, las que determinarán también el correlativo contenido de la sentencia definitiva. Decisión en la que, a todo evento, se impartirá a la correspondiente Administración Pública la orden de realizar una prestación de hacer, y que podrá estar limitada por la índole de la actividad a realizar (predominantemente reglada o discrecional), o bien condicionada según el caso concreto, de tratarse de una actividad material⁹³. Y esta tendencia ha tenido acogida en algunos fallos de la Sala Constitucional de la década pasada, no recibidos del todo en la configuración legal de la pretensión de condena frente a la inactividad

⁹² Una primera propuesta en ese sentido la realizó ORTIZ ÁLVAREZ: ob. cit., pp. 81-95, quien planteó el abandono de las diferenciaciones a los fines de permitir la interposición tanto de pretensiones de nulidad como de condena (abandonando la configuración tradicional del recurso por abstención) frente a las diversas manifestaciones de inactividad administrativa, sobre la base de la superación de la concepción del contencioso-administrativo como instancia revisora. Con mayor detalle: UROSA MAGGI: *Tutela judicial...*, in totum. Más recientemente y con especial referencia al tema del silencio administrativo: UROSA MAGGI, Daniela y José Ignacio HERNÁNDEZ G.: «Vicisitudes del silencio administrativo de efectos negativos en el Derecho venezolano». En: *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo. Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. FUNEDA. Caracas, 2010, pp. 719-746.

⁹³ Respecto al alcance y límites del control judicial de la inactividad administrativa, véase un panorama general recientemente en: TORREALBA SÁNCHEZ: *La ejecución de sentencias...*, pp. 202-235.

administrativa en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como ha destacado la doctrina⁹⁴.

Al margen de lo anterior, realizada esta reseña de la posición de ARAUJO-JUÁREZ respecto al silencio administrativo en la legislación venezolana, luce necesario hacer algunas precisiones a la luz de la inclusión de ese instituto en el dispositivo legal bajo análisis.

En ese orden de ideas, en primer término, visto que el silencio administrativo negativo es considerado por la jurisprudencia y por la mayoría de la doctrina como una ficción procesal, no parece tener sentido que se le incluya como una categoría «objeto» de control del juez contencioso-administrativo. La razón es que no se trata de una manifestación de la actividad administrativa propiamente dicha.

En efecto, si el silencio administrativo es una ficción legal únicamente con efectos procedimentales o procesales según el caso, mal podría ser «controlado» judicialmente, puesto que su único propósito es, precisamente, permitir el acceso a la subsiguiente impugnación. Cuestionamiento que se expresará a través de la interposición de un recurso administrativo o de una pretensión procesal anulatoria. De tal modo que se trata de una inclusión impertinente.

Puede –por el contrario– concebirse también, como ya se señaló, al silencio administrativo negativo de otra manera. A saber, como una mera abstención de pronunciamiento susceptible de control y tutela judicial a través de los medios procedimentales y procesales destinados a garantizar que la inactividad administrativa no quede inmune a corrección, lógicamente en la hipótesis de que medie el incumplimiento de una norma atributiva de potestad, es decir, existiendo una situación de poder-deber para el ejercicio de competencias

⁹⁴ Véanse ya antes de la LOJCA, entre otros: TORREALBA SÁNCHEZ: *Manual de Contencioso...*, pp. 348-357; UROSA MAGGI, Daniela: «El recurso por abstención o carencia». En: *Manual de Práctica Forense. Contencioso-Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009, pp. 85-105.

administrativas. Pero bajo tal concepción tampoco luce adecuada su inclusión en el referido artículo 8. Ello, habida cuenta de que en tal supuesto se está equiparando el silencio administrativo a la inactividad administrativa formal⁹⁵, en cuyo caso, ciertamente será objeto de control de la jurisdicción contencioso-administrativa mediante los medios procesales correspondientes (más allá de las limitaciones terminológicas y sobre todo jurisprudenciales que plantea la «demanda por abstención» ahora regulada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Pero es que a tal inactividad alude expresamente el mismo precepto más adelante en esa enumeración, al referirse a la «omisión de cumplimiento de obligaciones».

De tal suerte que, en el mejor de los casos, la referencia al silencio administrativo aparece como innecesaria y por tanto redundante⁹⁶, puesto que encuadrará en el «incumplimiento de obligaciones» (llama la atención la escasa precisión terminológica del proyectista, no habituado al uso de los términos propios del Derecho Administrativo)⁹⁷, mencionada posteriormente en la misma enumeración del precepto normativo.

Resta por referirse al silencio administrativo positivo. Tampoco parece que pueda sostenerse la necesidad de su expresa inclusión como una especial manifestación de la inactividad administrativa, puesto que el primero es también una especie del género, es decir, de esa inactividad, solo que la ley le otorga distintos efectos. No obstante, quizá su peculiar finalidad y los cuestionamientos doctrinarios ya reseñados pudieran haber justificado su tratamiento distinto, pero vinculado con la simple inactividad formal desde el

⁹⁵ Y es que el silencio administrativo «... no es más que una consecuencia jurídica de la inactividad formal...», UROSA MAGGI: *Tutela judicial...* p. 199.

⁹⁶ Véase nuestro trabajo: *Problemas fundamentales...*, p. 81, nota al pie 131.

⁹⁷ Era la terminología empleada por la jurisprudencia contencioso-administrativa del máximo Tribunal para crear y desarrollar el llamado «recurso por abstención» durante la vigencia de la LOCSJ (BREWER-CARÍAS y ORTIZ-ÁLVAREZ: ob. cit., pp. 51-102). Sobre este medio procesal en su clásica concepción, puede verse en la doctrina, entre otros: CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*. UCAB. Caracas, 1999.

punto de vista de su identificación como objeto de pretensiones procesales administrativas.

Mas, en tal caso, el precepto debió mencionarlo íntegramente como silencio administrativo «positivo». Al no hacerlo, y al ser una categoría de muy reducida aplicación en la actualidad en el Derecho positivo venezolano, una interpretación benévola o caritativa para con la redacción legal parece de una creatividad difícil de justificar.

La referencia, pues, al silencio administrativo como una categoría específica y distinta de la inactividad administrativa no parece justificarse en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

1.5. Prestación de servicios públicos

Seguidamente, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa refiere, dentro de la enumeración, a la prestación de servicios públicos. En ese sentido, y a pesar de que el autor homenajeado no le ha dedicado hasta ahora un estudio pormenorizado al «reclamo» frente a la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos (artículo 65.1 Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) a la luz de su regulación en ese texto legal, a continuación se expone un resumen de las ideas generales de ARAUJO-JUÁREZ respecto al contencioso de los servicios públicos⁹⁸. Ello, vista su pertinencia y utilidad:

Comienza el autor indicando que, además del asunto procesal en el tema de los reclamos por la prestación de servicios públicos, hay un problema de fondo respecto a la determinación del ámbito de este contencioso-administrativo, así como en lo atinente a la naturaleza del Derecho aplicable al fondo de las controversias, lo cual ha debido ser regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁹⁹.

⁹⁸ Previamente a lo expuesto en la obra referida en la siguiente nota al pie, ARAUJO-JUÁREZ ya había abordado remotamente el tema del contencioso de los servicios públicos, entre otros, en: *Principios generales...*, pp. 131-147.

⁹⁹ ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Servicio...*, p. 314.

Más adelante, plantea que a partir de la inclusión del reclamo por la prestación de servicios públicos en el artículo 259 de la Constitución de 1999 adicional a lo establecido en la norma precedente, a saber, el artículo 206 de la Constitución de 1961, el Derecho positivo venezolano cuenta con un criterio adicional de competencia de la Justicia Administrativa, basado en: i. La noción de servicio público en sentido estricto, con lo que se evita cualquier confusión frente a todo servicio disponible al público en general o de utilidad para este (punto que a nuestro entender es de especial importancia, como luego se verá); ii. la noción de actividad material prestacional, es decir, la gestión o ejecución propiamente dicha de un servicio público¹⁰⁰.

No obstante, esta regla constitucional presenta no pocas dificultades de interpretación, dependiendo del alcance que se le atribuya al referido criterio de competencia, que incluso podrían determinar que los tribunales competentes queden recargados en sus funciones. Además, el reclamo por la prestación de los servicios públicos plantea como problema de fondo relativo tanto al proceso de su tramitación como en cuanto a la naturaleza del Derecho aplicable al fondo de las pretensiones¹⁰¹.

A ello se agrega que el efecto de esa norma constitucional de atribución competencial es análogo al que produce la aplicación del criterio orgánico respecto al «Estado-deudor». Esto por cuanto los servicios públicos pueden ser de tantas especies y su prestación puede ser llevada a cabo con sujeción a tal variedad de regímenes jurídicos, que es posible que para resolver una pretensión de esa índole el juez contencioso-administrativo deba aplicar pura y simplemente el Derecho privado. Todo dependerá del caso concreto, esto es, de determinar la pretensión que genera el reclamo y del Derecho aplicable¹⁰².

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 326.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 327.

¹⁰² *Ídem.*

Tales dificultades debieron ser afrontadas por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el autor, en cuanto a determinar sus ámbitos de conocimiento, del proceso aplicable y del Derecho de fondo¹⁰³.

Agrega ARAUJO-JUÁREZ que, en el caso del reclamo por la prestación de servicios públicos planteado por un particular-usuario frente al prestador o gestor del servicio público, el mismo será conocido por la jurisdicción contencioso-administrativa siempre que se trate de actividad prestacional y sin necesidad de que los actos de que deriven ni las relaciones jurídicas entre ambos sujetos procesales sean de naturaleza administrativa¹⁰⁴.

Más adelante, el autor señala las tareas que correspondían a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en orden a precisar el ámbito de aplicación del reclamo frente a la prestación del servicio público. En ese sentido enumera: i. El criterio que delimitara cuál era el ámbito jurídico-privado contractual y cuál el ámbito jurídico-administrativo reglamentario o estatutario de la relación jurídico-privada en la prestación de servicios públicos; ii. el deslinde del ámbito de conocimiento de la Administración Pública y de la Justicia Administrativa frente al de los tribunales ordinarios; iii. la definición de los módulos que permitirían a la Administración Pública y a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de los conflictos que originen la prestación de servicios públicos sin necesidad de forzar la verdadera naturaleza de tales relaciones jurídicas, ni de los actos que de ellas se derivan; y iv. la regulación de un proceso breve para la sustanciación de las pretensiones de reclamos de prestación de los servicios públicos en relación con los derechos fundamentales, vías de hecho o prestaciones de dar o hacer de excepcional emergencia¹⁰⁵.

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 328.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 333.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 336 y 337.

Por otra parte, precisa ARAUJO-JUÁREZ, que, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la prestación de servicios públicos es objeto de control sin hacer distinción alguna entre los servicios públicos industriales y comerciales, incluyendo el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas, esto es, la responsabilidad por daños y perjuicios causados a los usuarios (artículo 9.5 Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)¹⁰⁶.

Expuesta de forma breve la visión del autor homenajeado, lo cierto es que el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se limita a establecer que la prestación de servicios públicos es objeto de control de la jurisdicción contencioso-administrativa. A ello cabe agregar la referencia contenida en el artículo 65.1 *eiusdem*, que establece que los «reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos» se tramitan por el procedimiento breve, contenido en los artículos 65 al 74. Y el artículo 74.2 pauta que, en la sentencia definitiva que se dicte respecto a una pretensión de esta índole, se deberán indicar las medidas que garanticen la eficiente continuidad del servicio público.

Nada más en lo sustancial aporta la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con relación a la prestación de servicios públicos, como objeto de control de la jurisdicción contencioso-administrativo. Por tanto, las acertadas interrogantes de ARAUJO-JUÁREZ –y de la doctrina en general¹⁰⁷–

¹⁰⁶ *Ibíd.*, pp. 338 y 339.

¹⁰⁷ Véanse, a partir de la LOCJA, los comentarios respecto al tema de, entre otros: RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: «El objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa». En: AA. VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Vol. II. FUNEDA. Caracas, 2011, pp. 218 y 219; ESPINOZA y RIVAS: *ob. cit.*, pp. 123-128; UROSA MAGGI: «Demanda de prestación...», pp. 93 y 94; BLANCO GUZMÁN: *ob. cit.*, pp. 303-308; SILVA BOCANEY: *ob. cit.*, pp. 333-339; CANÓNICO SARABIA: *ob. cit.*, pp. 406-413; ORLANDO S., Freddy J.: «El contencioso de los servicios públicos». En: AA. VV.: *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*. T. II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015, pp. 829-850.

no fueron resueltas en el texto legal. Por supuesto que tampoco ha habido mayor precisión de la jurisprudencia frente a la mayoría de ellas, por lo que queda esperar que en un futuro cercano la doctrina y, ulteriormente, la jurisprudencia (cuando regresen las condiciones para su existencia en Venezuela), vaya despejando el camino al respecto.

Por nuestra parte, somos del criterio de que la inclusión en el artículo 259 de la Constitución de 1999 –respecto a su texto antecedente, el artículo 206 de la Constitución de 1961– del llamado «reclamo por la prestación de servicios públicos» fue una innovación más formal que sustancial. Ello, toda vez que la gran mayoría de las pretensiones que frente a ese tipo de actividad prestacional corresponde conocer a la Justicia Administrativa, ya podía derivarse del marco normativo previo¹⁰⁸.

No obstante, habiéndose incorporado una competencia expresa en los lineamientos constitucionales, y aparentemente un medio procesal específico, correspondía a la ley desarrollarlos, mucho más allá de las escuetas referencias contenidas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

¹⁰⁸ Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: «Contencioso-administrativo de los servicios públicos». En: AA. VV.: *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph BREWER-CARIAS". El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)*. FUNEDA. Caracas, 2002, pp. 203-228. En similar sentido: ARAUJO JUÁREZ, José: «El contencioso de los servicios públicos». En: *Estudios de Derecho Público y Procesal. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario*. T. III. UCAB. Caracas, 2004, pp. 286 y 287. En contra, incluso antes de la Constitución de 1999: RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: «Ampliación del ámbito contencioso-administrativo». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 22. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1985, pp. 234 y 235, y luego de 1999 en: «El contencioso de los servicios públicos. (Desarrollo de la noción contenida en el artículo 259 de la Constitución y comentarios a la ponencia de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ sobre el desarrollo de la nueva disciplina)». En: *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". El nuevo servicio público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)*. FUNEDA. Caracas, 2002, pp. 247-249.

Así, por ejemplo, determinar qué se concibe por servicio público a los fines de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o bajo qué parámetros se entiende que hay demora o deficiente prestación del mismo, entre muchos otros, al igual que las interrogantes planteadas por ARAUJO-JUÁREZ, siguen siendo asuntos de pendiente resolución.

Concluyendo, puede afirmarse que se está ante una solución legal si se quiere en claroscuro, apelando al símil empleado en el título y en los epígrafes previos.

1.6. Omisión de cumplimiento de obligaciones. Una imprecisa redacción que se prolonga

El siguiente término contenido en la enumeración del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como objeto de control de la jurisdicción contencioso-administrativa es, como ya se adelantó, la «omisión de cumplimiento de obligaciones». De entrada, cabe recordar que con tal redacción luce redundante la previa inclusión del silencio administrativo en el mismo dispositivo.

En todo caso, los términos usados distan de ser los más precisos, pues más que de obligaciones, en el ámbito del Derecho público y del Derecho Administrativo suele emplearse el vocablo «potestades», que implican para el órgano administrativo el poder-deber de ejercerlas, y que tienen como contrapartida una relación de sujeción general de los destinatarios particulares¹⁰⁹.

El origen de esos términos legales está en la clásica jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que a partir de principios de la década de los ochenta del pasado siglo delineó los caracteres y ámbito de aplicación del llamado «recurso por abstención o carencia». Se trataba de un medio procesal para el control de cierto tipo

¹⁰⁹ Véase al respecto en la doctrina venezolana, entre otros: ARAUJO-JUÁREZ: *Derecho Administrativo General. Parte general*, pp. 25-32 y 643-660; PEÑA SOLÍS: ob. cit., vol. II, pp. 226-230.

de inactividad administrativa, específicamente, la abstención u omisión en el cumplimiento de «obligaciones específicas y concretas» (por oposición a las «genéricas») que la ley impone a la Administración Pública. Obligaciones incumplidas al abstenerse esta última de extraer las consecuencias legalmente establecidas¹¹⁰.

En todo caso, cabe recordar que, sobre el llamado recurso por abstención o carencia, expuso ARAUJO-JUÁREZ hace dos décadas que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia contemplaba el referido recurso, el cual tenía por objeto la abstención o negativa del funcionario público a cumplir determinada actuación concreta, en vista de un imperativo legal expreso y específico. Se origina, por tanto, en conductas omisivas o incumplidas por la Administración Pública que infringen un derecho subjetivo de orden administrativo, por lo que el juez podrá ordenar a la Administración la adopción de una decisión o sustituirse directamente en ella. Este contencioso, destacó el autor, es diferente del de nulidad contra el silencio administrativo, que es el medio de impugnar la obligación de decidir, ni es tampoco una acción sustitutiva para cuestionar el silencio administrativo. En consecuencia, se trata de una demanda de condena a realizar el acto o prestación ilegalmente omitidos¹¹¹.

Ahora bien, regresando al texto legal vigente bajo análisis, como puede verse, la redacción de los artículos 42.23 y 182.1 («Conocer de la abstención o negativa de los funcionarios (...) a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes»), contenida la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es bastante similar a la adoptada en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que todo indica que es entonces su antecedente. Y la hipótesis quedaría corroborada además, por el hecho de que esta última ley se refiera en varias ocasiones

¹¹⁰ La expresión es tomada –aunque no textualmente– de la sentencia líder en este asunto de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 28-02-85, caso Eusebio Igor Vizcaya Paz. Su texto puede consultarse en BREWER-CARÍAS y ORTIZ-ÁLVAREZ: ob. cit., p. 55. Sobre ello véase *ut infra* epígrafe 1.4.

¹¹¹ ARAUJO-JUÁREZ: *Principios generales...*, pp. 298 y 299.

a la demanda o recurso «por abstención» (artículos 32.2, 65.3 y 66), empleando los términos con que la jurisprudencia denominó a esa vía procesal, o a «la abstención o negativa de las autoridades a producir-cumplir un acto» como manifestación de la inactividad administrativa (artículos 9.2, 9.10, 23.3, 24.3 y 25.4).

Ya en otra oportunidad expusimos nuestras críticas al mantenimiento de tales vocablos no solo por su escasa precisión técnica en la actualidad, sino también por la carga ideológica y conceptual que aparejan, al basarse en la jurisprudencia contencioso-administrativa preconstitucional¹¹². Criterios judiciales que, loables para la fecha en que se establecieron, dado que se trataba de «crear» un medio de control jurisdiccional de la inactividad administrativa basándose –en el mejor de los casos– únicamente en una norma de atribución competencial, no encuentran igual sentido ni en su connotación ni en sus limitaciones varias décadas después.

Sobre todo, a la luz, en primer término, de los cuestionamientos y propuestas de doctrina administrativista nacional respecto tratamiento del control judicial de la inactividad administrativa, en consonancia con las tendencias iberoamericanas¹¹³ (y también por algunos doctrinarios de

¹¹² TORREALBA SÁNCHEZ: *La ejecución de sentencias...*, pp. 220-226.

¹¹³ La inclusión del término «abstención» fue cuestionada y calificada de preocupante al conocerse el Proyecto de lo que luego fue la LOJCA, sobre la base de que parecía desconocer los criterios jurisprudenciales imperantes y eventualmente dejar sin protección judicial situaciones jurídicas lesionadas por la inactividad administrativa que no encuadrara en el uso tradicional, por lo que se proponía su entendimiento como un sinónimo de inactividad (*cf.* UROSA MAGGI: «Breves comentarios...», pp. 190-193). Ya vigente la Ley, ha planteado críticas a la redacción: BADELL BENÍTEZ: *ob. cit.*, p. 298. Pueden verse además, en materia de control y tutela judicial frente a la inactividad administrativa, a partir de la LOJCA: KIRIAKIDIS LONGHI, Jorge: *El contencioso-administrativo a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. 2.^a, FUNEDA. Caracas, 2013, pp. 81-105; PELLEGRINO PACERA, Cosimina G.: «La inactividad procedimental: La omisión de expedición de reglamentos y actos administrativos normativos». En: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. (dir.): *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*.

otros países iberoamericanos respecto al ámbito de aplicación del control de la inactividad administrativa en contraste con los marcos legales)¹¹⁴. Y en segundo lugar, de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en cuyo contenido lograron permear esos criterios doctrinarios, y que en última instancia obligó a la propia Sala Político-Administrativa, reacia a abandonar los criterios del pasado siglo, a reorientar su jurisprudencia en cuanto al ámbito de aplicación del llamado «recurso por abstención o carencia»¹¹⁵.

El resultado es que con la redacción legislativa se desperdició la oportunidad de establecer con claridad que el control jurisdiccional de la inactividad administrativa es tan pleno como lo es para cualquier otra manifestación del actuar de los órganos del Poder Público, y que solo estará condicionado por los parámetros de juridicidad que establece el propio ordenamiento y, sobre todo, por la posición constitucional del juez en el ordenamiento jurídico¹¹⁶.

Era, pues, deseable que en un asunto de tanta importancia y que había sido objeto de reflexión doctrinaria, como lo es el tema del control y tutela judicial de la inactividad administrativa, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa aportara mayor desarrollo, comenzando por abandonar los términos empleados por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Términos que, de acuerdo con un sector de la doctrina, incluso resulta dudoso que pretendieran establecer una verdadera norma

Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 373-377; GONZÁLEZ BETANCOURT, Gina: «La inactividad de la Administración Pública en cuanto al derecho de acceso a la información pública y el principio de transparencia administrativa. La inactividad procedimental: La omisión de expedición de reglamentos y actos administrativos normativos», en la misma obra colectiva citada *ut supra*, pp. 386-397.

¹¹⁴ *Cfr.* para el caso español: GARCÍA PÉREZ: ob. cit., pp. 95-98; GÓMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad de la Administración*. 2.^a, Editorial Aranzadi. Navarra, 2000, pp. 201-210. Para el ordenamiento peruano: HUAPAYA TAPIA: ob. cit., pp. 519-520.

¹¹⁵ *Cfr.* TORREALBA SÁNCHEZ: *Manual de Contencioso...*, pp. 348-357; UROSA MAGGI: «El recurso por abstención...», pp. 85-105; ESPINOZA y RIVAS: ob. cit., pp. 80-83.

¹¹⁶ Véase, entre otros: TORREALBA SÁNCHEZ: *La ejecución de sentencias...*, pp. 202-235.

atributiva de competencia jurisdiccional¹¹⁷. Así pues, hubiera bastado con aludir a que el control y tutela jurisdiccional administrativo abarca también a la inactividad administrativa, en cualquiera de sus manifestaciones¹¹⁸.

En todo caso, queda a la doctrina y jurisprudencia, y ciertamente la primera ya ha comenzado tal labor, aportar las tesis interpretativas que apunten a la consolidación de la plenitud de control jurisdiccional de la inactividad administrativa en cualesquiera de sus manifestaciones, no solamente en lo que se refiere a la inactividad administrativa formal y predominantemente reglada (que a ella se refería como objeto de control el criterio jurisprudencial del «recurso por abstención o carencia»).

1.7. La genérica y lamentable cláusula residual de cierre

Culmina la enumeración legal con una frase, pretendida cláusula residual de cierre, al establecer que será objeto de control de la jurisdicción contencioso-administrativa: «... en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados». Se trata, a nuestro modo de ver —y como expresamos en anterior oportunidad¹¹⁹—, de una infeliz culminación para un precepto que, como se cree resultó evidenciado en estas páginas, tiene sus luces y sombras. Y la escasa fortuna se evidencia sin requerirse demasiado análisis, sino con una simple lectura.

De hecho, una interpretación que se apoye principalmente en el elemento meramente gramatical, llevaría a sostener que todos los asuntos susceptibles de ser resueltos por la potestad jurisdiccional del Estado fácilmente encuadrar en esta hipótesis. Y ello, toda vez que cualquier relación jurídica sometida a controversia judicial a través de la interposición de la correspondiente

¹¹⁷ Cfr. UROSA MAGGI: *Tutela judicial...*, pp. 158-162.

¹¹⁸ Para el ordenamiento salvadoreño, véase: MEJÍA, Henry Alexander: «La jurisdicción contenciosa administrativa en El Salvador». En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA PÉREZ, M. (coords.): *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Iberoamérica*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 181.

¹¹⁹ Cfr. TORREALBA SÁNCHEZ: *Problemas fundamentales...*, pp. 81 y 82, nota al pie 132.

pretensión procesal, puede afectar intereses públicos o privados. Por no decir que «siempre» afectará a unos o a otros.

Ante tal conclusión, que implica que la Justicia Administrativa conozca de todas las controversias judiciales sin importar la materia debatida, es innegable que una interpretación apegada a la mera literalidad de esa cláusula final debe desecharse por «reducción al absurdo». Quedaría entonces proponer una tesis predominantemente lógica y sistemática destinada a esclarecer el alcance de tal expresión, pero lo cierto es que no luce tarea fácil, habida cuenta de lo genérico y lo impreciso de todos y cada uno de los vocablos empleados en esa oración conclusiva del precepto legal. Así, por ejemplo, tampoco resultaría sostenible plantear que la mera afectación de un interés público dentro de una controversia determinaría la competencia del orden jurisdiccional administrativo, pues ello también resulta un criterio competencial notablemente indeterminado.

Así pues, parece que la única solución interpretativa ante semejante cláusula es, sencillamente, darla por no escrita, salvo para entender confirmada la redacción meramente enunciativa de la enumeración contenida en el citado artículo 8, con el fin de que las sombras finales no oscurezcan la lista previa, que, a pesar de todo, tiene sus aciertos.

Y debe tratarse de una redacción meramente enunciativa, además de por todo lo antes expuesto, porque el precepto no se refiere, por ejemplo, al tema de la responsabilidad del Estado por actos, actuaciones o hechos que le sean imputables, bien sea producto de su obrar lícito (responsabilidad por falta) o no (responsabilidad sin falta). No obstante, se trata de actividad administrativa sometida al control no solo en cuanto a su juridicidad, sino también respecto a la determinación de sus efectos patrimoniales y, por tanto, que también resulta competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa a tenor del artículo 259 constitucional. Así además lo ha entendido la jurisprudencia e incluso puede evidenciarse de otros preceptos de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículos 9.4, 9.8, 9.11, 23.1, 23.12, 23.13, 24.1, 25.1, 33.5, 56 y 65 *in fine*).

CONSIDERACIÓN FINAL

De lo precedentemente expuesto ha quedado en evidencia que la redacción del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa opta por hacer una enumeración enunciativa de las modalidades de la actividad administrativa sometida al control de la Justicia Administrativa. Y esa lista, aunque ciertamente constituye un avance frente a la legislación precedente (como no podía ser de otra manera visto que se trata de la primera ley venezolana destinada especial y concretamente a regular a la jurisdicción contencioso-administrativa), así como aporta elementos útiles y novedosos, en la mayoría de las ocasiones no se destaca por un adecuado manejo técnico-jurídico de los vocablos más precisos y acertados. Se trata de un resultado que debía esperarse, dada la falta de amplitud de visión y de transparencia en la forma en que se produjo la elaboración del texto que terminó convirtiéndose en Ley.

Por consiguiente, solo con cierto esfuerzo interpretativo, y en algunos casos soslayando parcial o totalmente el elemento gramatical o literal del precepto, logra dársele un sentido acorde con los postulados constitucionales en materia de tutela judicial efectiva y universalidad o plenitud del contencioso-administrativo. Y en esta tarea el aporte de la doctrina es de fundamental importancia.

En esa labor ha resultado, y seguirá resultando, de destacada utilidad la obra de tres décadas de José R. ARAUJO-JUÁREZ, tanto en las aulas universitarias como en sus libros y artículos monográficos, en buena parte compilados y actualizados en su *Tratado de Derecho Administrativo* respecto a la parte general de la disciplina. Su dedicación al estudio y reflexión sobre los temas básicos de nuestra disciplina se erige en pilar fundamental, tanto para realizar esa tarea como en general para apoyarse en esta difícil hora actual. Y será igualmente o incluso más útil al momento de la recuperación de la práctica del Derecho Administrativo venezolano.

Gracias, pues, al autor homenajeado, y a tantos otros doctrinarios, los precursores y los más recientes, que con sus aportes han permitido que en las circunstancias actuales sean sus obras las llamadas a demostrar que en el ámbito académico sigue existiendo y desarrollándose un Derecho Administrativo venezolano que merece ser leído y estudiado, a la espera de esos mejores tiempos.