

El silencio administrativo

Salvador Leal Wilhelm*

Resumen

Ante la inactividad de la Administración las soluciones son el silencio negativo que es una garantía para el particular y lo faculta para optar entre esperar una decisión expresa y entonces recurrir o bien considerar negada su petición y recurrir de inmediato. Si no opta por esta última vía y nunca se dicta el acto no podrá nunca recurrir. La Administración si opta por recurrir, no pierde su competencia y aún pendiente el recurso contencioso administrativo puede dictar acto expreso. Si el silencio es en el procedimiento constitutivo debe utilizarse el recurso contra la abstención. En caso de permisos algunas leyes establecen el silencio positivo si la solicitud cumple con los requisitos de forma una vez transcurrido el lapso para decidir se forma un acto presunto que debe ser certificado por la Administración. En caso de negativa puede acudir al juez para obtener la certificación.

Palabras Claves: derecho administrativo, abstención administrativa.

The Administrative Silence

Abstract

In front of the inactivity of the Administration the solutions are the silence negative that is a guarantee for the private citizen and it authorise he or she to opt between waiting for a expressed decision and then appeal or well consider denied their petition and appeal of immediate. If he or she opt for this last way and the decision is never taken he or she will never can appeal. The Administra-

Recibido: 23-6-97 • Aceptado: 2-11-97

* Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Departamento de Derecho Público, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela.

tion if /he/she opt by appealing doesn't lost its authority and still pending the resource in courts it could dictate expressed decision. If the silence is in the constituent procedure should utilise the witt of mandamus. In case of permissions some laws establish the silence positive if the application fulfils the requirements of form once the lapse is finished in order to make up presumed decision that should be certified by the administration, in case of negative the judge could come to in order to get the certification.

Key Words: positive silence, negative silence, administrative inactivity.

Introducción

Un particular se dirige ante la Administración y hace una solicitud y sus dependientes ¿o amos?, como tituló Niskanen su obra, no contestan su solicitud o bien contestan en un sentido distinto del solicitado y se recurre, pero de nuevo la respuesta es el silencio.

Ante esto la ley le da en general sentido negativo a la omisión, pero ¿es esto admisible y razonable?. Y si ante el silencio se acudió ante los Tribunales ¿puede la Administración pronunciarse cuando el recurso está en etapa de sentencia?. Las leyes orgánicas de Ordenación del Territorio y de Ordenación Urbanística sustituyen el silencio negativo por el positivo, provocando un rechazo unánime de la doctrina ¿es este rechazo razonable? o ¿sólo la expresión de una mentalidad autoritaria?. El particular ¿tiene el derecho a la constancia del acto?, ¿o sólo a que el juez ordene que se le otorgue?. A continuación intentaremos demostrar que el silencio negativo es un acto y agota la competencia del órgano para decidir y que el silencio positivo deviene en un acto creador de derechos, en suma irrevocable que el juez puede sustituir a la Administración y su sentencia vale como tal acto.

El Derecho de Petición:

La Constitución Nacional en su artículo 67 establece:

“Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos y a obtener oportuna respuesta.”

Este derecho, derecho de petición es desarrollado por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (L.O.P.A. en lo adelante) de 1.982. En su artículo 2 ordena resolver las instancias o peticiones o bien declarar los motivos para no hacerlo (Ej. no ser competente, no

tener interés legítimo el particular. Art. 2 y 21 L.O.P.A. y 121 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). En orden a garantizar esta obligación el artículo 3 L.O.P.A. establece la posibilidad de denunciar al funcionario que incurra en retardo, omisión o incumplimiento que se hacen sujetos posibles de sanciones que será instruida por el superior jerárquico inmediato y se aplicarán por el Ministro o autoridad jerárquica superior si no se trata de un ministerio y podría alcanzar hasta el equivalente del cincuenta por ciento del sueldo. Y en caso de reiteración en omisión de decidir que signifique silencio negativo acarreará amonestación por escrito (Art. 4 L.O.P.A.). Dada la redacción de la ley la amonestación no procederá si el silencio es positivo, lo cual evitaría en ese único caso que la constancia del silencio que ordena otorgar el artículo 55 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio se convierta en una confesión de la parte sobre su negligencia. (Parada. 1.996: 124). En Venezuela la Casación Civil ha mantenido constantemente la necesidad de la intención de confesar, "Animus confidendi", a los efectos de dar valor a la confesión .

Este primer remedio tiene dos defectos, el primero es su incongruencia, pues el remedio para el problema no se dirige al objeto buscado por la parte que en la emisión del acto pedido o en todo caso que se abra alguna posibilidad de obtenerlo. Segundo se dirige a un funcionario de inferior jerarquía quien no tiene poder de decisión alguna pues en la estructura piramidal de la Administración, y en Venezuela además rígidamente centralizada en la capital de la República, quien puede resolver por regla general es el Ministro o bien el director general del Ministerio o directores generales a los cuales la sanción no puede alcanzar, en el caso del Ministro, es el superior de la jerarquía y el control de su actividad es político e inefectivo que lo realiza la Cámara de Diputados y no llega a una decena el número de Ministros que hayan recibido el voto de censura y en un sólo caso acarreó la destitución y el Presidente de la República lo nombró en un cargo distinto. El control electoral es especialmente débil desde que el Presidente no puede ser reelegido por lo cual no hay incentivo para desarrollar una labor eficiente (Hamilton et al. 1981) En definitiva se sanciona, y eso por demás es poco probable dado los vínculos personales y hasta familiares entre los funcionarios que crea un espíritu de cuerpo frente al extraño; el usuario a quien no tiene responsabilidad por la omisión.

Si las sanciones se aplicasen podría llevar a tener decisiones apresuradas y siempre negativas para evitar cualquier responsabilidad por un permiso mal concedido (Parada, 1996: 124).

El Silencio Administrativo.

El silencio administrativo es el segundo remedio, ante la inocuidad de ese primer remedio a la omisión o abstención surge el silencio administrativo que consiste en darle a la omisión efectos jurídicos bien con un sentido negativo o bien positivo, rechazo o aceptación de la solicitud.

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia fue la primera en instaurar el silencio rechazo en su Artículo 134 pues permite al interesado recurrir contra el acto si la Administración no ha decidido el recurso jerárquico en el plazo de noventa días continuos a partir de su interposición. Esta ley estaba todavía bajo la influencia de la doctrina sobre el carácter revisor del contencioso administrativo. En sus artículos 124 y 84 exige el agotamiento de la vía administrativa para que haya un acto sobre el que pronunciarse (Garrido 1994: 486). En caso de no haber decisión no podría recurrirse de no ser por el sistema del silencio negativo. La tesis del carácter revisor a pesar de los reclamos de los Tribunales sobre el carácter pleno del contencioso administrativo se mantiene, así en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 27 de marzo de 1996, se dijo:

“Constatados (SIC), como ha sido la falta de coincidencia entre lo retenido en la querrela con respecto a lo pedido en vía conciliatoria, se debe tener como no realizada la gestión conciliatoria.... y en consecuencia procede la inadmisibilidad de la querrela.

Es decir no se trata de un mero requisito procesal sino que es necesario que haya habido una decisión sobre el fondo por parte de la Administración, tesis errada ésta última pues el juez no sólo tiene competencia para anular sino también para restablecer la situación jurídica lesionada (Art. 206 C.N.).

Y no es modo alguno una segunda instancia. Así la Ley Organica de la Corte Suprema de Justicia (L.O.C.S.J.), se refiere a juicio de nulidad no a apelaciones como las viejas leyes de minas o ley de naturalización, ni siquiera se refiere a recursos como la doctrina sino a juicios.

La L.O.P.A. en su artículo 4 va más allá y restablece que en todo procedimiento no sólo en vía de recurso sino incluso en procedimientos constitutivos se presumirá, "se considerará" dice la ley, que ha resuelto negativamente, abriendo la vía de recurso siguiente. En definitiva al hecho jurídico administrativo omisión de expresión de voluntad se le imputa como consecuencia jurídica la negativa de lo pedido, pero se han planteado dudas sobre su verdadera naturaleza ¿hecho, acto o ficción?.

Naturaleza del Silencio Negativo.

En el considerado como "leading case", por moda pues la variabilidad de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia hace esa denominación sólo una pretensión, por ejemplo sentencias de 13 octubre de 1994 y 18 de julio de 1996 sobre delegación, (Corte Suprema de Justicia, 1994: 168, 1996: 71); sentencia caso FORD del 22 de junio de 1982 lo considera simplemente un hecho administrativo y no un acto que permite el acceso a la vía contencioso administrativa y no hay acto que pueda devenir firme (Corte Suprema de Justicia, 1982: 439 y Araujo, 1996: 415) en definitiva un hecho jurídico del que la ley extrae una consecuencia jurídica en definitiva una presunción de decisión negativa, pero la misma sentencia sin texto legal expreso en tal sentido afirma que la Administración, continuará obligada a decidir:

"El silencio no exime a la Administración del deber de dictar un pronunciamiento expreso debidamente fundado..." (Corte Suprema de Justicia, 1982: 534) .

Sin embargo en la misma decisión algunos elementos son consecuencia de una teoría distinta, la del silencio como acto pues se afirma que:

"el administrado decide la oportunidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa... cuando la administración le resuelve su recurso administrativo..."

Que de no producirse nunca la decisión administrativa expresa, no podrá el interesado ejercer el recurso contencioso administrativo pasados los nueve meses a que se refiere el artículo 134 de la L.O.C.S.J., invocando el silencio administrativo." (Corte Suprema de Justicia, 1982: 534).

O en suma, el silencio administrativo deviene firme pues caducó el recurso, en consecuencia hay un acto presunto (Fernández, 1967: 282)

La posición de la Corte Suprema de Justicia es simplemente la interpretación dada en España a la Ley de Procedimientos Administrativos del 58 hoy modificada y allá tiene texto legal expreso que la respalda; pero en Venezuela choca con las normas siguientes o más del 68 de la Constitución y el derecho a obtener oportuna respuesta, las del artículo 2 L.O.P.A. en el mismo sentido y la del artículo 41 e jusdem que establece:

“Los términos o plazos establecidos en esta y otras leyes relativas... obligan por igual, y sin necesidad de apremio, tanto a las autoridades y funcionarios competentes para el despacho de los mismos.”

Y artículo 60 que establece un lapso de 4 meses prorrogable hasta por 2 meses máximo para decidir. Luego la Administración no sería competente pues el tiempo de competencia se habría agotado.

Por otra parte y eso es más grave aún dado que y se admite unánimemente por la doctrina que si el particular se vale del silencio y recurre a la Administración tampoco pierde su competencia. Podría producirse una decisión incluso cuando el procedimiento Contencioso Administrativo esté para sentencia (Fraga, 1997: 13) y si se considerase el recurso de nulidad como objetivo la sentencia no tendría fuerza de cosa juzgada contra el nuevo acto. Así en sentencia Nelly Parrilli Araujo de 21 de abril de 1988 la Corte Suprema de Justicia consideró válido un acto dictado estando pendiente un recurso contencioso administrativo (Corte Suprema de Justicia, 1988: 138).

A pesar de esto la Corte ha ratificado su doctrina por la cual el silencio negativo es una presunción de negativa a lo solicitado, pero contiene elementos de una teoría del acto negativo presunto que hoy en día en España es la tesis de ley.

Efectos del Silencio Negativo:

Si en el lapso legal según la L.O.P.A. o ley aplicable al particular tiene la potestad, no la obligación, de intentar el recurso administrativo o contencioso siguiente pues si no recurriese la Administración sigue obligada a contestar, sin poder afirmar como ha llegado a hacerlo, que:

"el asunto se resolvió al aplicar expresamente la administración el silencio administrativo negativo". (Corte Suprema de Justicia, 1991:133).

Por lo que la resolución tardía, es decir, fuera de lapso es recurrible en caso de llegarse a producir.

Esta interpretación es la única razonable desde que si fuese obligatoria recurrir se estaría convirtiendo en un garantía del particular en una excusa para la Administración que a más de no decidir le impondría al particular los gastos de un proceso que puede devenir inútil.

El Silencio en los distintos procedimientos

Según el tipo de procedimiento en constitutivo o de revisión, el silencio negativo traerá consecuencias distintas.

En el caso del procedimiento de revisión la ley y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia salvo los problemas ya planteados no conllevan mayor complicación, dictado el acto administrativo si este produce un perjuicio y se pretende su revisión deberá intentarse recurso de reconsideración, de no obtener respuesta podrá intentarse el jerárquico si procediese o el contencioso administrativo dentro de los plazos correspondientes o no recurrir y esperar que la decisión se produzca, si la decisión se produce seis meses, un año, cinco años después entonces se intentará el recurso jerárquico o contencioso administrativo contra el acto tardío.

Si se optó por esperar y no se produce el acto, el particular está obligado a solicitar de nuevo lo pedido a los efectos de obtener una respuesta que abrirá nuevos lapsos de recursos sin que pueda alegarse el otro procedimiento, pues no hay acto firme que lo impida. (Fernández, 1967: 301).

Sin embargo que pasaría si el lapso para la solicitud se hubiese agotado, el acto presunto quedó firme a pesar de la hábil solución ensayada en España que por demás es válida pues la Administración es la única culpable y no puede alegar su propia torpeza (Idem) lo cual lo distingue netamente de los casos en que se intente un nuevo recurso habiendo decisión expresa a los efectos de abrir un nuevo lapso cuando el de caducidad se ha dejado vencer por culpa del particular.

El Silencio en el procedimiento constitutivo

Ahora qué pasa si el silencio se produce en el procedimiento constitutivo es decir no ha habido ningún acto, la L.O.P.A. es clara, pueden intentarse los recursos correspondientes. Contra esta posibilidad se ha alegado que al producirse el silencio en este punto no hay contra que recurrir (Brewer, 1985: 233) Y es más la Corte Suprema en sentencia de 9 de mayo de 1988, sentencia Redimaq: establece lo siguiente:

“sólo puede el Juzgador entrar a conocer de una acción fundamentada en ese silencio, cuando el mismo se ha dado precisamente y solamente respecto de la no resolución del correspondiente recurso administrativo. Más cuando tal silencio ocurre... en relación con la solicitud formulada a una autoridad administrativa para que emita un acto, no tiene la Sala obviamente, acto alguno que anular, ni puede tomar una decisión creadora del mismo -que es de la competencia de otro poder del Estado... (Corte Suprema de Justicia en Escudero, 1994: 478).

Esta sentencia choca con el texto expreso del Artículo 206 de la Constitución Nacional:

“Los órganos de la jurisdicción Contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos... contrarios a derecho... Y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa.”

Es decir el Juez sí puede ir más allá de la simple nulidad pero el medio procesal apropiado es el recurso contra la abstención que traerá consecuencias distintas según el acto sea reglado o discrecional o el silencio se produzca sin haber siquiera substanciado el expediente o si se ha substanciado éste.

Si el acto es reglado significa que la ley otorga el acto correspondiente tan pronto se cumplan los requisitos si el expediente ha sido substanciado la decisión del Juez a los fines de restablecer la situación jurídica lesionada no puede ser otra que dictar el acto si procediese., o bien eximir del requisito valiendo la sentencia por tal. No se justifica dar una orden a la Administración que esta no cumplirá pues no sería sancionada por no hacerlo. Si el expediente no fue substanciado, el lapso probatorio del proceso contencioso puede subsanar la falta.

Distinto es el caso del acto discrecional en cuyo caso la Administración dentro de lo razonable (Art. 12 L.O.P.A.) puede negarse lo pedido y habrá actuado legalmente. Aquí lo que corresponde es ordenar a la Administración que dicte el acto sin imponerle un sentido, si fuese negativo, se abrirá de nuevo la vía de recurso. Si se negase a dictarlo el juez no podría en modo alguno obligar a la Administración por la defectuosa regulación del contencioso administrativo.

Si se hubiesen violado derechos constitucionales o se trata de una omisión genérica el remedio para el silencio será el recurso de amparo con base en el artículo 5 Ley Orgánica de Amparo de Garantías y Derechos Constitucionales.

El Silencio Positivo.

Una pareja desea contraer matrimonio, como son dueños de un terreno desean construir una casa así que deberían solicitar un permiso, constancia de variables urbanas para lo cual acuden a la Alcaldía , donde se les exige, en contra de la L.O.P.A. artículos 45 y 50, cada día un nuevo requisito, luego de años de ir y venir como K en el Castillo, cuando van a conocer sus primeros nietos obtienen el permiso. En el periódico de hoy 13 de julio de 1.997, un titular dice: "15 mil millones de bolívares para inversión en explotación de oro represado por falta de autorizaciones ministeriales". Ante esto la Ley y la Doctrina ofrecen dos soluciones: consideren negada la solicitud y acudan al contencioso administrativo de nulidad o bien intenten un recurso contra la abstención , en caso en de que no suceda que por el transcurso de un año el tribunal que faltó no declare la perención del procedimiento, que no declare la inadmisibilidad por los conceptos injuriosos emitidos en el recurso, por demás justificados, o no declare la extinción del proceso porque el día 15 para consignar un cartel, por demás es facultativo del juez solicitar la publicación del cartel, el tribunal no laboró y sus recursos no le permiten habilitar y finalmente transcurridos hasta 30 años (véase sentencia de la Corte Especial Tributaria de 28 de noviembre de 1996: 185 Corte Suprema de Justicia) le ordena a la Administración que dicte el acto, sentencia que no puede obligar a cumplir. Si se dicta el acto y es negativo, como Sísifo, de nuevo habrá de recurrirse a la sede del contencioso administrativo para que anule el acto negativo y ordene dictar otro.

¿Cómo se ha llegado a esta situación? El Estado en defensa del "interés público" interviene limitando la actividad particular pero lo deja a cargo de funcionarios sin ningún interés que no sea su propio sueldo y convierten cada requisito en una alcabala, generando corrupción, pues es la única forma de obtener el permiso. Para evitar la corrupción se establecen nuevos controles que significan más requisitos y más corrupción haciendo la Administración aún más lenta y trayendo más corrupción, que traerá más controles. Los reclamos del público caen en oídos sordos, si el funcionario es de libre nombramiento y remoción, está disfrutando su parte del botín (To the winner goes the spoils) y trabajó por el partido, si es un funcionario de carrera, cual Bartleby, es intocable e inamovible pues cualquier defecto en el acto de destitución le servirá para volver. El Estado comenzó con unos pocos controles y luego el órgano que crea va tendiendo su actividad y creando más controles que justifiquen su existencia (Mitnick, 1989). Al mismo tiempo necesita colocar en posición laboral a los que han trabajado por la causa y como no puede desalojar a los anteriores, que no sólo gozan de estabilidad sino que tienen el poder, pues tienen el conocimiento (Tullock., 1979; Weber, 1983; Johnson y Libecap, 1994) debe justificar el crear nuevos organismos controladores y así tener puestos de trabajo que otorgar.

Para resolver esos problemas y con el fin de presionar a la burocracia, las leyes españolas, luego copiadas en Venezuela crean la figura del silencio positivo, una vez hecha la solicitud la Administración debe resolver caso contrario, lo solicitado se considerará concedido por un acto presunto que la Administración debe certificar. En Venezuela fue consagrado en al menos tres leyes y un reglamento.

Ley Orgánica de Ordenación del Territorio en sus artículos 54 y 55 frente a los particulares y en los artículos 49, 50 y 51 en caso de las autorizaciones, son previas, que deben recabar entre sí las distintas autoridades nacionales, estatales, impropriadamente la ley habla de regionales, y municipales entre sí. En tales casos el silencio positivo por definición no puede ser objetado pues se presume que en cada caso buscan el interés público en diferentes planos territoriales superpuestos (Garrido, 1994:490)

La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en razón del artículo 119 que ordena la aplicación supletoria de la L.O.O.T. ha extendido a la materia de urbanismo el silencio positivo. La Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros en su articulado 46 establece el silencio positivo

en las autorizaciones de propaganda de los promotores de una empresa en proceso de promoción de la suscripción de acciones. Y el reglamento de acreditación de post grados por el Consejo Nacional de Universidades también consagra la figura.

Sin embargo a pesar de los argumentos incluso de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo sobre esta institución como un instrumento de depuración administrativa, pues:

“el medio para impedir las prácticas de la corrupción administrativa no podría ser otro que sancionar con la figura del silencio concesión o silencio afirmativo la omisión culposa de la administración, a pronunciarse dentro de los lapsos que la norma prevé” (Escudero, 1994: 480).

Son muchas las voces que se han levantado contra la figura y de seguidas pasamos a examinar la naturaleza de la figura para poder estudiar sus ventajas y desventajas.

Naturaleza del Silencio Administrativo y sus Efectos

A diferencia del silencio negativo el silencio positivo da lugar a un acto administrativo según se desprende del Artículo 55 L.O.O.T., pues la norma establece que se considerarán concedidos los permisos y el Municipio deberá , “están obligados” dice la ley, a otorgar las constancias, es decir a certificar actos que ya existen.

En los dos casos principales, LOOT y L.O.O.U., se trata de autorizaciones regladas o permisos que se corresponden con la teoría que las define como actos por los cuales se remueve un obstáculo que impide el ejercicio de un derecho preexistente.

En suma se trata de una simple posibilidad de veto, y ante la ineficacia de la Administración el derecho del particular debe prevalecer (Coscuella, 1993: 317). El particular tiene derecho a que se le facilite la adquisición de una vivienda cómoda e higiénica (artículo 73 C.N.) y se le garantiza el derecho de propiedad que puede ser restringido sólo en razón de su función social (artículo 99). Pero tales derechos resultan conculcados si una excesiva permisería le impide gozar de su propiedad y proveerse a sí mismo y a su familia una vivienda. De allí que la L.O.O.U. establezca como potestativa la consulta sobre variables urbanas (Artí-

culo 81 L.O.O.U.) y baste para iniciar la construcción una simple notificación (artículo 84 ejusdem).

Esto que por demás es una opción ante el silencio positivo, tiene el gran defecto de que una vez iniciada la obra de lo cual se deriva inseguridad jurídica pues el particular queda sometido a la Administración que podrá exigir al particular que acepte cualquier condición, legal o no , o perder su inversión (Fernandez, 1992: 133). Ese acto presunto es un acto definitivo del cual la Administración dejará constancia una vez transcurrido el lapso para decidir.

Como acto definitivo creador de derechos subjetivos es irrevocable (artículo 19, numeral 2, 82 y 83 L.O.P.A.) salvo que haya causas de nulidad absoluta que pueden ser declaradas en cualquier tiempo (artículo 83 L.O.P.A.) (García de Enterría, 1995: 575). Así en casos de urbanismo si el acto conllevase un cambio de zonificación, es decir no correspondiese a la zonificación, (Art.113 L.O.O.U.) serían nulo absolutamente los actos expresos o presuntos (artículo 56). En ambos casos el acto sería revocable de oficio (artículo 83 y 19 numeral 1 L.O.P.A.) (Escudero, 1994: 480). Se ha dicho que en cualquier caso de ilegalidad el acto debería poder ser revocable sin importar el grado de ilegalidad (Santamaría en Fernández, 1992: 136) Pero recordemos que el acto expreso viciado de nulidad relativa es irrevocable (artículo 82 y 83 L.O.P.A.). Y si el acto expreso no puede ser revocado cuando la Administración fue diligente, cuando no lo fue ,¿se le premia y el acto es menos firme?.

Argumentos Contra el Silencio Positivo:

Tanto en España como en Venezuela, y en este último país es explicable por la concepción autoritaria y patrimonial del estado como dueño del país que brinda sus limosnas a los que ruegan sus favores, se han levantado voces contra la figura. En España la Ley de Régimen de las Administraciones Públicas y Procedimientos Administrativo común lo convirtió en la regla a pesar de las protestas que generó su inclusión en la Ley de Procedimientos Administrativos del 58.

Atenta contra el interés público (Meier, 1992: 358) pues su desorganización y falta de información y planificación, la disolución del Estado de la que habla el Contralor General de la República Roche Lander, en sus informes al Congreso, produce riesgos impredecibles. Pero si el Estado no es capaz de controlar por qué dicta leyes para hacerlo, acaso

en tal Estado hay garantías de que el acto expreso sea el correcto. Porque el particular debe ver impedido el ejercicio de sus derechos por la ineptitud administrativa. Por demás la solicitud debe ser hecha en materia de urbanismo con los planos y proyectos elaborados por un ingeniero o arquitecto que obtiene su título de una entidad estatal Universidad Pública o bien de una privada bajo control del Estado, no es eso garantía de su pericia. Por demás ¿se le exige a un abogado o un médico permiso para litigar u operar?.

Las mismas respuestas son válidas para otros argumentos sobre la peligrosidad para el interés público porque cualquier petición por absurda que sea tendrá por concedida (Garrido, 1955:99), ¿habrá mayor dificultad en obtener cualquier absurdo previo pago de soborno o simplemente por la falta de diligencia de la Administración al revisar los recaudos para emitir un acto expreso?.

Se dice, que convierte a los particulares en administradores que se conceden a sí mismos lo pedido, pero es la ley la que levanta el veto por el transcurso del tiempo (Fernández, 1992: 110). Veamos por demás que la L.O.O.U. autoriza a comenzar la obra sin más que notificar. Igualmente se ha alegado que resulta inútil ante la imposibilidad de obligar a la Administración ejecutar su acto presunto (Garrido, 1955: 99).

Pero los actos de autorización habilitan para efectuar una actividad material o jurídica, luego no son actos ejecutables (Fernández, 1992: 113). Por demás la obligación de otorgar la constancia elimina la incertidumbre acerca del derecho.

Requisitos del Silencio Positivo en las leyes que lo consagran

La solicitud del interesado:

Esta debe cumplir con los requisitos de forma correspondientes, según la L.O.P.A., leyes de procedimientos de los Estados o Municipios (artículo 55 LOOT).

Si tiene defectos de forma o faltan requisitos la Administración debe notificar al particular para que corrija. Si luego de corregido o sin necesidad de corrección se la da entrada a la solicitud, el silencio positivo operará, pues los defectos de forma se deberían ya no a la responsabilidad del particular sino a la falta de la Administración (Garrido y Fernández, 1995:215).

Deberán acompañarse los documentos necesarios (L.O.P.A. 49, 5 y 6) para que la Administración decida, si faltan la Administración debe notificarle al particular, de no consignarlos le sería imposible a la Administración decidirse, por lo cual el silencio no operaría. Si la Administración no los requiriese en cambio no impedirá la eficacia del silencio (Garrido y Fernández, 1995: 215).

Debe estar fundada jurídicamente en el entendido de que, esto significa sólo que la solicitud se dirija a obtener actos que la ley en cuestión permite, sin extenderlo más allá hasta exigir requisitos sustantivos o no contrariedad con el ordenamiento jurídico (Romero, 1989: 179).

De la misma manera que el acto administrativo anulable tiene plena existencia, la tiene el acto presunto, es más se ha llegado a afirmar que así como el acto nulo produce efectos hasta que es eliminado del ordenamiento jurídico, el acto presunto debe tenerlos por lo tanto ni aún la contrariedad total con el derecho que conllevara nulidad absoluta debería impedir que el acto presunto se produzca (Garrido y Fernández, 1995: 218). En el estado actual del problema en Venezuela no es razonable esperar más que la aceptación de tesis según la cual hasta que no adolezca de vicios graves que acarreen nulidad absoluta.

El transcurso del tiempo

Debe transcurrir el lapso fijado por la ley L.O.O.U. y LOOT, 60 días , para decidir de manera expresa sin que se produzca decisión, ni positiva ni negativa por parte de la Administración. En caso de haberse producido pero no haberse notificado en base a los artículos 73 y 74 L.O.P.A. el silencio operaría, pues antes de la notificación los actos no producen ningún efecto, por demás se evita la posibilidad de antedatar la decisión expresa para impedir la operatividad del silencio. Tampoco los actos de trámite interrumpen el transcurso del lapso (Romero, 1989:179).

El lapso se inicia con la introducción de la solicitud y se acredita con el recibido obligatorio para la Administración (artículo 45 y 46 L.O.P.A.).

Si se solicitase el particular nuevos documentos, se suspende el lapso pues la Administración estaría imposibilitada para decidir si hubiese una segunda solicitud de documentos y esta decisión que recurre de nuevo se suspende el lapso pero si fuese declarado con lugar el recurso

jerárquico (Artículo 50 L.O.P.A.), debería tenerse como no suspendido el lapso y el silencio habría operado si el tiempo de decisión excediese el lapso del silencio.

Certificación

Transcurrido el lapso para decidir la autoridad administrativa debe conceder la constancia del permiso (artículos 54 y 55 LOOT).

La Administración que no actuó en tiempo útil ahora debe otorgar el permiso sin mayor dilación y análisis, por el simple transcurso del tiempo de la ley decidió por ella.

Esto plantea los siguientes problemas:

El artículo 112 L.O.O.U. ordena sancionar a funcionarios con multas por haber retrasado u omitido actos, luego si otorga la constancia, está confesando su culpa, lo cual violenta la prohibición de exigir confesar en causa penal (artículo 60 Ordinal, 4 C.N.) (Parada, 1996:125), pero en Venezuela se exige el *animus confidendi*, la intención de confesar, para que esta tenga valor; por lo que la culpabilidad tendría que se probada. La culpabilidad es requisito del acto por el cual un particular va a ser sancionado, pues de lo contrario se violaría la presunción de inocencia (Parejo, 1996:16). Aún cuando en Venezuela todavía se defiende la tesis de la responsabilidad objetiva sin intencionalidad o voluntariedad (Corte Suprema de Justicia, 1988:145) por la simple infracción de la ley aún sin culpabilidad.

Segundo y de mayor trascendencia, lo ilusorio de esperar que la Administración remisa a contestar, vaya ahora a dar constancia del permiso, lo cual nos llevará al contencioso administrativo, a través de un recurso contra la abstención, este recurso se tramita por el procedimiento de los juicios de nulidad, pero la decisión final puede ser, siguiendo la norma del Código Orgánico Tributario, sobre amparo tributario que se de un plazo para que la Administración lo otorgue y de no hacerlo que la sentencia del juez valga por tal, no bastaría con eximir el requisito, se necesita el permiso para tramitar préstamos en el banco o impedir que el inspector del Municipio paralice la obra. Dos: que la sentencia del juez sustituya dado el carácter reglado y la imposibilidad legal para la Administración de dictar un acto que no sea otorgar el permiso pues la ley no el juez lo otorgó o limitarse a ordenar a la Administración que dicte el acto, no teniendo el juez medio alguno a su disposición para forzar al funcionario. Desde el momento que el Artículo 206 de la Constitución

da competencia al juez para restablecer la situación jurídica lesionada y visto que se trata de una decisión declarativa, el juez debe dictar sentencia que sustituya el permiso (Calvo, 1992 y García de Enterría y Fernández. 1995: 638).

Conclusiones

El particular se ve obligado por las leyes a acudir ante la Administración a solicitar permisos, licencias, subsidios, subvenciones, autorizaciones, inscripciones, concesiones y se ve enfrentado a burócratas sin poder de decisión pero que se ven a sí mismos como amos y señores que displicentemente acumulan expedientes sin resolver. Ante esto y para evitar la paralización de la actividad del país y satisfacer el derecho constitucional de petición se instrumentan dos soluciones la sanción al funcionario y el silencio administrativo negativo y positivo.

La sanción del funcionario es incongruente con el interés del particular que no es otro que obtener el acto, y por demás no es probable que se aplique la sanción.

La segunda solución es el silencio rechazo o dar sentido negativo a la abstención. La interpretación jurisprudencial lo considera un hecho que permite acceder a la vía contencioso - administrativa. Pero la administración continua obligada a decidir y lo puede hacer pendiente el juicio sobre el acto. Para el particular se abre la opción de recurrir o esperar la decisión expresa y entonces recurrir. Si no recurre en los seis meses posteriores al momento de decidir sólo podrá hacerlo si hay decisión expresa, lo cual corresponde a una teoría del silencio como acto y no como hecho. La decisión tardía viola el derecho a la oportuna respuesta y no se sanciona.

Al particular no se le debe impedir salvo que haya un lapso específico para iniciar el procedimiento que lo inicie de nuevo para reabrir el lapso pues la falta es de la Administración.

El silencio en vía de recursos es una solución pero en el procedimiento constitutivo es inútil por no haber acto sobre el cual disputar en los tribunales. Lo que obliga a intentar un recurso contra la abstención. Si el acto es reglado el juez puede sustituir a la Administración y su sentencia vale por el acto. Si es discrecional no puede sino ordenar el dictado del acto.

El Estado impotente y su actividad lenta y pesada son protegidos por el silencio negativo que hace que recaiga el peso de la ineptitud del Estado sobre el particular impidiéndole el goce de sus derechos que se convierten en privilegios que el burócrata otorga. Como las autorizaciones son los actos administrativo que eliminan un obstáculo que impiden ejercer un derecho preexistente algunas leyes empiezan a instrumentar una nueva técnica, el silencio positivo por el cual solo la actividad expresa de la Administración puede evitar que por el sólo transcurso del tiempo desde la solicitud desaparezca el veto que impide el ejercicio de un derecho. En un estado donde los derechos fundamentales y su preservación sean su objeto y donde se parta de que el hombre sólo es libre si es responsable de sus actos y que el estado no puede obligarlo tener "aquello que quiere, pero no sabe que quiere" ni pensar, ni prever por él, y es de esperarse que actúe responsablemente y sin necesidad de vigilancia, debe darse preferencia al levantamiento de la restricción.

Los requisitos del silencio positivo que deviene en un acto irrevocable salvo que incurra en vicios de nulidad absoluta, tal como el acto expreso, son: la solicitud correcta y completa del interesado, el transcurso del tiempo y la certificación otorgada por la Administración o el Juez.

Bibliografía

- ARAUJO JUAREZ, José. 1996. **Principios de Derecho Procesal Administrativo**. Valencia: Vadell Hermanos.
- BREWER CARIAS, Allan. 1985 **La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Derecho Administrativo**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- CALVO CHARRO, Mario. 1992. "El silencio positivo y acciones declarativas". **Revista de Administración Pública**, 128. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 1991. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Marzo 1991, Caracas: Pierre Tapia.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 1994. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Octubre 1994, Caracas: Pierre Tapia.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 1996. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Julio 1996, Caracas: Pierre Tapia.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 1982. Gaceta Forense. 2do. trimestre 1982 Caracas: Fundación Gaceta Forense.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 1988. Gaceta Forense. 2do. trimestre 1988
Caracas: Fundación Gaceta Forense.
- COSCUELLA MONTANER, Luis. 1993. **Manual de Derecho Administrativo**.
Madrid: Civitas.
- DOWNS, Anthony. 1970 **Teoría Económica de la Democracia**. Madrid: Aguilar.
- ESCUADERO LEON, Margarita. 1994. "El Requisito Procesal del Acto Previo a
la luz de la Jurisprudencia Venezolana". **Revista de Derecho Público**,
No.57, 58. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- FERNANDEZ PASTRANA, José. 1992. "Reivindicación del Silencio Positivo:
Reflexiones para su recuperación en el ámbito de las Autorizaciones
Administrativas". **Revista de Administración Pública**. No.127. Madrid:
Centro de Estudios Constitucionales.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. 1967. "El Silencio Negativo, Actos
Firmes y Actos Confirmatorios". **Revista de Administración Pública**.
No.53. Madrid: Secretaría Técnica de Gobierno.
- FRAGA PITALUGA, Luis. 1997. **Los Recursos Tributarios, El Efecto
Suspensivo y las Medidas Cautelares**. Caracas: FUNEDA.
- GARCIA ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón Fernandez. 1995. **Curso de
Derecho Administrativo**. Tomo I. Madrid: Civitas.
- GARRIDO FALLA, Fernando. 1955. "La Llamada Doctrina del Silencio
Administrativo", **Revista de Administración Pública**, No.16. Madrid:
Secretaría Técnica de Gobierno.
- GARRIDO FALLA, Fernando. 1994. **Tratado de Derecho Administrativo**.
Parte general. Volumen I, Duodécima Edición. Madrid: Tecnos.
- GARRIDO FALLA, Fernando y José Fernandez Pastrana. 1995. **Régimen
Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas**. (un
estudio de la ley 30/ 1992). Madrid: Civitas.
- HAMILTON, Madison y Jay. 1981 (1787) **El Federalista**. México: Fondo de
Cultura Económica.
- JOHNSON, Ronald y Gary Libecap. 1994. **The Federal Civil Service System
and the Problem of Bureaucracy**. Chicago: The University of Chicago
Press.
- MEIER, Henrique. 1992. **Procedimiento Administrativo Ordinario**. Caracas:
ALVA.
- MITNICK, Barry. 1989 (1980) **La Economía Política de la Regulación**. México:
Fondo de Cultura Económica.
- PARADA, Ramón. 1996. **Derecho Administrativo**. Parte General. Tomo Y.
Madrid: Marcial Pons.

- PAREJO ALFONSO, Luciano. 1996. "La Actividad Administrativa Represiva y el Régimen de las Sanciones Administrativas en el Derecho Español", en *Jornadas de Brewer Carías*. Caracas: FUNEDA.
- ROMERO MUCI, Humberto. 1989. "El efecto positivo del Silencio Administrativo en el derecho urbanístico venezolano". En **Ley de Orgánica de Ordenación Urbanística**. Caracas: Editorial Jurídica de Venezuela.
- TULLOCK, Gordon. 1979. **Los Motivos del Voto**. Madrid: Espase Calpe.
- WEBER, Max. 1983. (1918) **El Trabajo Intelectual Como Profesión**. Madrid: Burguera.