

Agotamiento opcional de la vía administrativa en Venezuela*

Innes Faría Villarreal **

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo determinar el criterio de aplicación del agotamiento de la vía administrativa en Venezuela. Para alcanzar el objetivo propuesto se precisan las vías de impugnación de los actos administrativos, se estudia el agotamiento de la vía administrativa conforme a la legislación y la doctrina nacional, y se analiza el agotamiento de la vía administrativa a la luz de sentencias emanadas del Tribunal Supremo de Justicia desde enero 2000 hasta marzo 2009. La investigación es jurídico-descriptiva, de tipo documental. Se aplica el método analítico. Se concluye que el agotamiento de la vía administrativa conforme al ordenamiento jurídico venezolano vigente es opcional, lo cual contribuye a garantizar el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: Agotamiento, vía administrativa, opcional, impugnación actos administrativos.

Abstrac

The present work must like objective determine the criterion of application of the exhaustion of the administrative route in Venezuela. In order to reach the proposed objective the routes of opposition of the administrative acts settle down, the exhaustion of the administrative route according to the legislation and the doctrine studies national, and he is analyzes the exhaustion of the administrative route to the light of emanated sentences of

* Recibido: 11-05-2009 Aceptado: 28-05-2009

**Profesora de la Universidad Rafael Urdaneta. Profesora del Programa de Especialización en Derecho Administrativo de la División de Estudios para Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de La Universidad del Zulia.

the Supreme Court of Justice between January 2000 until March 2009. La investigation is legal-descriptive, of documentary type. The analytical method is applied. It is concluded that the exhaustion of the administrative route according to the effective Venezuelan legal ordering has optative character, because the serious opposite to attempt against the right of all person to the effective judicial trusteeship.

Key words: Exhaustion, administrative route, optative character, opposition administrative acts.

Introducción

La discusión sobre el carácter optativo del agotamiento de la vía administrativa a través del ejercicio de los recursos administrativos es de vieja data, tanto en doctrina venezolana como extranjera.

En Alemania, Francia e Italia, ha privado la tendencia de consagrar la vía administrativa como facultativa u opcional para el administrado, imponiendo su obligatoriedad en ciertos casos expresamente previstos, bien por vía legal o jurisprudencial. En España, se ha discutido en doctrina y jurisprudencia la efectividad real de la vía administrativa, lo que se reflejó en las sucesivas reformas de la ley regulatoria de la vía de impugnación de los actos de la Administración Pública, como es la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya última reforma se produjo en 1999, siendo su antecedente la Ley dictada en 1992.

En Venezuela, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos vigente desde 1982 regula de forma general en el artículo 93, como condición de admisibilidad de los recursos contencioso administrativos, la necesidad de agotar la vía administrativa. De esa disposición en concordancia con los artículos 91 y 92 *ejusdem* deriva la necesidad de interponer los recursos de reconsideración y jerárquico en caso de tratarse de un acto dictado que no ponga fin a la vía administrativa, o en la posibilidad de interponer el de reconsideración en caso de actos que si la agoten, y, el agotamiento se produce por la resolución de los correspondientes recursos administrativos, o mediante la figura del silencio negativo. En ese orden, se expresaba el artículo 124 numeral 2 de la derogada Ley de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, en el ámbito legislativo la tendencia a finales de la década de los noventa y principios del presente siglo era entender como optativo

el acudir a la vía administrativa previamente al acceso al contencioso administrativo. La tendencia apuntada pareció cristalizarse cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de la Administración Pública del 17 de octubre de 2001, la cual en el artículo 7 numeral 9 al establecer los derechos que los particulares tienen en relación con la Administración, dispone como uno de ellos: “*Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la Ley*”. Sin embargo, la vigencia de la norma quedó sujeta a la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, conforme a la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica de la Administración Pública, ley que hasta el presente aún no ha sido aprobada; pero el suspenso en esta materia acabó con la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública publicado en la Gaceta Extraordinaria No. 5.890 el 31 de julio de 2008.

Por otra parte, en el ámbito jurisprudencial se han evidenciado una serie de decisiones contradictorias, lo cual describe un avance y un retroceso, sumándose al estado de confusión el hecho de que en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, instrumento que derogó la Ley de la Corte Suprema de Justicia, no está contemplado el agotamiento de la vía administrativa en el artículo 19, 5 aparte dentro de las causales de admisibilidad, situación considerada por un sector de la doctrina como la eliminación del carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa, pero el asunto no acaba allí por cuanto a esta disposición la ha seguido algunas otras decisiones judiciales contradictorias.

El presente trabajo tiene como objetivo general, determinar el criterio de aplicación del agotamiento de la vía administrativa conforme al marco del ordenamiento jurídico vigente en la República Bolivariana de Venezuela. Para alcanzar el objetivo propuesto se establecen como objetivos específicos: precisar las vías de impugnación de los actos administrativos, estudiar el agotamiento de la vía administrativa conforme a la legislación y la doctrina nacional, y analizar el agotamiento de la vía administrativa a la luz de sentencias emanadas de la Sala Político Administrativa, Sala Constitucional, Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia y de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo en el periodo comprendido desde enero 2000 hasta marzo 2009.

La investigación es jurídico-descriptiva, de tipo documental con aplicación del método analítico. Además pretende destacar la importancia de la vía administrativa para la protección de los derechos de los particulares frente al Estado, pero sobretodo contribuir a solventar la discusión sobre el carácter obligatorio u optativo de ésta, lo cual redundaría en el ejercicio de una función administrativa de una forma mas clara, a través de la concreción de los principios de celeridad, responsabilidad, eficacia y efectividad.

1. Vías de impugnacion de los actos administrativos

En el desarrollo de las actividades de la Administración Pública pueden producirse actos administrativos ilegales y causar daños y perjuicios a particulares y entidades privadas y públicas (Lares Martínez, 2001).

Al surgir situaciones conflictivas entre la Administración Pública y un particular o empresa privada o dos entidades públicas, por razón de actos administrativos ilegales, es indispensable en el estado de derecho la existencia de mecanismos que permitan revisar dichas decisiones y controlar la legalidad de las actuaciones administrativas, en otras palabras, vías de impugnación.

Existen dos vías para impugnar un acto administrativo, a saber: la vía del recurso administrativo y la vía del contencioso - administrativo.

En la vía del recurso administrativo, señala Leal (2001), la autoridad que decide es la propia Administración Pública, como regla la misma de la cual emana el acto, si bien puede ser el mismo o distinto órgano el que dictó el acto. En ella los interesados podrán interponer en ciertos casos, determinados recursos: uno de ellos es el recurso de reconsideración, del cual conoce el propio autor del acto; otro es el recurso jerárquico, del cual conoce el superior; existe finalmente un recurso excepcional, el de revisión, del cual conoce el Ministro del ramo. En fin, "... dentro de la vía administrativa habrá tantos procedimientos administrativos como instancias se consagren en el derecho positivo" (Araujo Juárez, 2005: 46).

Por otra parte, en la vía contencioso – administrativa, quien conoce es un órgano judicial ajeno a la Administración Pública el cual tiene por finalidad primordial velar por la legalidad de los actos administrativos, por medio de la anulación de los actos administrativos contrarios a derecho.¹ Estos

¹ Además cuando sea procedente mediante el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas, y la condena al pago de la indemnización de daños y perjuicios provenientes de la actividad administrativa, todo conforme

órganos forman la jurisdicción contencioso – administrativa con fundamento en el artículo 259 de la Constitución de 1999.

2. Regulación general del agotamiento de la vía administrativa

La exigencia del necesario agotamiento de la vía administrativa, como requisito de admisibilidad del recurso contencioso - administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares se encontraba recogida en el artículo 124, 2, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. La norma establecía: “El Juzgado de Sustanciación no admitirá el recurso de nulidad: (...) 2.- Cuando el recurrente no hubiere agotado la vía administrativa”.

Esta causal tiene su origen en la interpretación que la antigua Corte Federal y de Casación hacía al artículo 123 numeral 11 de la Constitución de 1936, en el sentido de entender que el recurso contencioso administrativo de anulación por ilegalidad procedía sólo cuando el acto administrativo había causado estado. Es decir, agotado el recurso jerárquico, no era posible una revisión en sede administrativa, criterio confirmado en sentencia de la Corte Federal del 24 de noviembre de 1953 (citada por Brewer - Carias, 2007).

Tal criterio vino a ser recogido además en la regulación del contencioso - administrativo prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y de forma general en el artículo 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que en interpretación concordada con los artículos 91 y 92 de la misma Ley deriva en la necesidad de interponer los recursos de reconsideración y jerárquico en caso de tratarse de un acto dictado que no ponga fin a la vía administrativa, o en la posibilidad de interponer el de reconsideración en caso de los actos que si la agoten (Brewer - Carias, 2007)

El fundamento principal del agotamiento de la vía administrativa se encuentra en la potestad de autotutela que posee la Administración Pública. Tal privilegio le permite a la misma dirimir sin intervención de un tercero independiente e imparcial los conflictos que surjan con los Administrados.

Existen como se estableció, actos que agotan de forma directa la vía administrativa, caso de las decisiones adoptadas por los ministros, las cuales puede considerarse por sí mismas agotan la vía administrativa. Pero como

señala Brewer - Carias (2007) ello no obsta para que el interesado pueda interponer ante el propio ministro un recurso de reconsideración, que debe ser resuelto a los noventa (90) días de su presentación, tal como lo estatuye la LOPA en su artículo 91. En el supuesto de que el interesado intente el recurso de reconsideración en lugar de acudir a la vía contenciosa, señala el 92 de la Ley mencionada *up supra*, no puede acudir a la vía contenciosa hasta tanto no se produzca la decisión respectiva o venza el lapso que tiene el ministro para decidir. Esta tesis fue desconocida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia en sentencia del 20 de febrero de 2008 por considerar que “vulnera el orden público y limita de manera indebida el acceso a la justicia..”.

Por consiguiente, queda claro que contra una decisión que agota la vía administrativa, el particular tiene la oportunidad de dirigirse a la vía contenciosa.

También están los actos que no agotan directamente la vía administrativa, dentro de los cuales se distinguen tres supuestos, a saber: En primer lugar, los casos en los cuales la vía administrativa debe hacerse mediante la vía de reconsideración; en segundo lugar, el caso del agotamiento de la vía con el recurso jerárquico y por ultimo el caso de los institutos autónomos. Los cuales se abordan a continuación:

- El agotamiento de la vía administrativa mediante el recurso de reconsideración.

Este supuesto está regulado en el artículo 94 de la LOPA y se establece cuando el acto no pone fin a la vía administrativa. Aquí el recurso de reconsideración debe interponerse ante el mismo órgano que decidió el procedimiento de primer grado el cual debe resolver dentro de los 15 días hábiles al recibo del mismo. Señala Brewer - Carias que ésta hipótesis (2007) requiere de una regulación expresa en una ley especial. Puede decirse que en general no se consagra el agotamiento de la vía administrativa mediante el ejercicio del recurso de reconsideración sino por leyes especiales que lo establezcan por vía optativa.

- El agotamiento de la vía administrativa mediante el recurso jerárquico

Este segundo supuesto es el regulado y establecido tanto por la jurisprudencia como por la legislación especial, y es el de la necesidad de

agotar la vía administrativa con la decisión del superior jerárquico del organismo respectivo; y en caso de los ministerios por el ministro. Señala Brewer – Carias (2007), que tradicionalmente una decisión de un inferior puede ser recurrida de forma directa ante el ministro por vía jerárquica, y lograrse así con la decisión del ministro, el agotamiento de la vía administrativa.

- El agotamiento de la vía administrativa en las decisiones de los Institutos Autónomos.

Por ultimo, el caso de los Institutos Autónomos. Si se trata de un acto emanado de un órgano inferior de un Instituto Autónomo el recurso de reconsideración se intenta ante el órgano subalterno. En principio, señala Brewer Carias (2007), se exigiría que se intente el recurso de reconsideración ante el órgano subalterno, conforme se regula en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Si este recurso no le da la razón al recurrente y el órgano inferior decide no modificar el acto en la forma solicitada en el recurso de reconsideración ante los órganos superiores de los Institutos Autónomos de acuerdo a los artículos 95 y 96 de la Ley. Luego de dictada la decisión por el superior jerárquico del organismo autónomo o venció el lapso respectivo, es necesario que se intente un recurso jerárquico por ante el respectivo ministro de adscripción, tal como lo exige la ley.

Por lo tanto en el caso de los Institutos Autónomos, se tiene que cumplir tres (3) vías de recurso a los efectos de agotar la vía administrativa: Un recurso de reconsideración previo, en el caso de que la decisión sea dictada por un órgano inferior de un instituto autónomo; posteriormente un recurso jerárquico ante los órganos superiores del Instituto autónomo y, por último, un nuevo recurso jerárquico ante el ministerio de adscripción respectivo cuya decisión pondrá fin a la vía administrativa. Salvo que la Ley establezca lo contrario.

3. Polémica doctrinaria sobre el agotamiento de la vía administrativa

El problema principal en esta materia, se plantea cuando se analiza la posibilidad de obviar la vía administrativa y pasar directamente a la vía judicial, y si dicha circunstancia es valida, conforme al ordenamiento jurídico venezolano.

Al respecto Moya Millán (2007) considera, que existen criterios antagónicos que han quedado plasmados en decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. La primera ha considerado el agotamiento de la vía administrativa para recurrir a la vía jurisdiccional una opción del administrado y sin carácter obligatorio. La segunda ha sentenciado que el agotamiento de la vía administrativa es necesario por ser un medio de protección del administrado.

Señala el mismo autor, que el agotamiento de la vía administrativa como requisito previo para acceder a la jurisdicción ha sido desechado por el derecho comparado, y en nuestro país, el Código Orgánico Tributario en su artículo 259 es un fiel ejemplo de ello pues no requiere el agotamiento de la vía administrativa al estatuir: “El recurso contencioso tributario procederá: 1. Contra los actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación, mediante recurso jerárquico, sin necesidad previo de dicho recurso...”. Asimismo, el artículo 92 de la Ley del Estatuto de la Función Pública en su artículo 92 establece que para intentar el recurso contencioso funcional no se exige como condición de admisibilidad el agotamiento de la vía administrativa quedando los afectados de pleno derecho habilitados para intentar la vía judicial.

Pero definitivamente, la regulación mas importante, hasta ese momento, en esta materia se encuentra en la hoy reformada Ley Orgánica de la Administración Pública¹, de fecha 17 de octubre de 2001, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305, la cual estatúa en su artículo 7, numeral 9, la posibilidad que tienen los particulares de ejercer a su elección y sin que fuere obligatorio el recurso de la vía administrativa, en los siguientes términos:

“Los particulares tienen en relación con la Administración, tendrá los siguientes derechos:

9. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la Ley”.

La vigencia de esta norma quedó sujeta a la entrada en vigencia de la ley de jurisdicción contencioso - administrativa, de conformidad a la Disposición Transitoria Séptima *ejusdem*, lo cual aun no ha ocurrido.

¹ Esta Ley derogó la Ley Orgánica de la Administración Central.

Para la doctrina administrativista moderna, el agotamiento de la vía Administrativa puede considerarse como un formalismo que entraba el acceso a la justicia, y como señala Brewer - Carias (2007), la necesidad de que el acto administrativo impugnado en vía administrativa cause estado, es decir agote la administrativa, prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo de 1982, ha hecho mucho más complicado y engorroso el acceso a la justicia contencioso - administrativa. Ortiz - Ortiz (2001: 246 - 247) afirma su inconstitucionalidad como condición del acceso a la justicia, por cuanto "... desde el mismo momento que se presenta como una causal de inadmisibilidad, esto es, desde que se consagra como una imposibilidad de que los justiciables acudan a los órganos de administración de justicia se "elimina" la posibilidad de accionar, y ello es "limitación" no regulación del ejercicio del derecho".

En contra del agotamiento obligatorio de la vía administrativa se esgrimió el argumento de lo complicado del sistema de recursos de la LOPA, a saber, recurso de reconsideración, recurso jerárquico y el jerárquico institucional. Así como, que el carácter opcional debe ser consagrado como uno de los mecanismos de atemperación de la desigualdad procesal producto de la existencia de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, además del hecho de que el agotamiento obligatorio retrasa el acceso a la justicia y la posibilidad de impedir los daños irreparables.

Por el contrario, quienes abogan por la vía administrativa señalan que ella no es contraria a la tutela judicial efectiva, ni necesariamente debe entenderse como vinculada a la concepción de carácter revisora de la jurisdicción contencioso – administrativa con sus consecuencias limitativas¹. Por cuanto, ella se justifica en ser una garantía favorable a los administrados que permite dilucidar controversias con la Administración de una forma más expedita, menos onerosa y permite la revisión del acto no solo por motivos de legalidad sino también por razones de mérito². Bajo esta óptica, los recursos administrativos no son una carga sino una fórmula conciliadora que permiten una solución no contenciosa (Torrealba, 2006).

En la misma línea de pensamiento, se acota que la existencia de los recursos administrativos no plantea problema sino que brinda una solución al administrado pues le permite impugnar sin las exigencias formales del

¹ No presentar en vía contencioso – administrativa argumentos o hechos no vinculados en la vía administrativa.

² Razones de oportunidad y conveniencia, incluyendo el aspecto netamente discrecional del acto administrativo.

proceso judicial, y que el dilema radica es en su carácter obligatorio, y es aquí donde el recurso pasa de ser una garantía a ser una carga para el particular, al igual que un exagerado privilegio de la Administración. Incluso hay quienes apuntan, que el problema radica en el excesivo número de recursos y sobretodo en la extensión de los lapsos de decisión.

4. El carácter opcional del agotamiento de la vía administrativa en las leyes especiales

La tendencia de la legislación venezolana en la década de los noventa y principios de este siglo, evidencia una clara inclinación a consagrar como optativo el acudir a la vía administrativa previo al acceso a los tribunales de la jurisdicción contencioso - administrativa.

La Ley Orgánica de Salud de 1998 se ubica dentro de las primeras en la lista, ésta en su artículo 68 establece el derecho de todo sujeto a quien le sean lesionados sus derechos subjetivos o intereses legítimos en los términos establecidos en ella, de recurrir ante la vía administrativa o ante la jurisdicción administrativa.

Otros ejemplos lo constituyen, los artículos 451 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, al prescribir: “Contra las decisiones del Superintendente de Bancos y otras instituciones financieras solo cabe ejercer, en vía administrativa el recurso de reconsideración. En todo caso, para acudir a la vía contencioso administrativa no es necesario interponer el recurso de reconsideración”; y, el artículo 21 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, el cual establece que, “Las decisiones que adopten el Consejo Directivo y el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones serán recurribles directamente ante el Ministro de Infraestructura o ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a opción del interesado”.

Dentro del grupo también se encuentran el artículo 204 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el artículo 144 de la Ley de Tránsito Terrestre, los artículos 107 y 108 de la Ley de la Contraloría General de la República, el artículo 123 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, el artículo 107 de la Ley contra la Corrupción; finalmente el Código Orgánico Tributario establece el recurso jerárquico con carácter optativo en su artículo 242.

5. Desarrollo jurisprudencial a partir de la Constitución de 1999

La Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 manifestó en sentencia del 29 de mayo de 1997, caso: José del Carmen Blanco que el agotamiento de la vía administrativa tiene como fin el de dar mayor seguridad jurídica al permitir la clara diferenciación entre el procedimiento administrativo y el contencioso administrativo.

Entrada en vigencia la Constitución de 1999, en el ámbito jurisprudencial se debe hacer referencia la sentencia No. 2000-511 del 24 de mayo de 2000 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso Raúl Rodríguez Ruiz, con ponencia del Magistrado Rafael Ortiz-Ortiz, en la cual se establece que el mandato constitucional contenido en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra expresamente que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y ésta no debe ni puede sacrificarse por la omisión de formalidades no esenciales.

La Corte analiza en la sentencia lo que en otras oportunidades se ha denominado valores normativos y valores de aplicación, siendo los primeros el conjunto de consideraciones axiológicamente apreciables que el legislador o el constituyente toman en cuenta en el momento normativo, con base en las creencias y necesidades del pueblo, mientras que los segundos son el conjunto de consideraciones axiológicamente apreciables que el juzgador, en su tarea de interpretación y corrección de la norma, debe tomar en cuenta a la hora de aplicar la norma a cada caso concreto.

En ese sentido expresa que si los valores normativos coliden o quebrantan el orden axiológico aplicable a cada caso concreto, deben prelar los valores de aplicación. Si los valores normativos establecidos en una ley se oponen a los valores normativos contenidos en la Constitución, debe dársele preeminencia a los valores que el propio texto constitucional establece.

Continúa revisando las disposiciones que consagran a nivel legislativo el agotamiento de la vía administrativa como “requisito de la acción” o “requisito de la demanda”. En este orden, el artículo 84, ordinal 5° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 124, ordinal 2° de la misma ley, el artículo 15 de la Ley de Carrera Administrativa, y el artículo 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, entre otros, los

cuales exigen como paso previo a la actuación frente a la jurisdicción, que el administrado acuda a las instancias administrativas para agotar ésta vía.

Además, a juicio de la Corte los artículos 19 y 26 constitucionales consagran el derecho a accionar, entendido éste como el derecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales para efectuar una pretensión de carácter procesal. En consecuencia, si este derecho ha sido calificado como una garantía universal e incondicional y como tal es un valor de aplicación directa e inmediata ante cualquier limitación legal o doctrinal, debe prevalecer el mandato constitucional en razón del principio de supremacía constitucional. Así las cosas, la acción no encuentra más requisito que ser persona humana por cuanto se trata de un derecho fundamental que debe ser respetado y garantizado por los órganos del Poder Público¹, y al cual debe dársele tutela judicial efectiva sin formalismos no esenciales².

Se afirma que el principio de la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa ha sido abandonado por el Derecho Comparado y en nuestro propio país ese abandono encuentra antecedentes en el artículo 185, ordinal 1° del Código Orgánico Tributario y en el artículo 5°, Parágrafo Único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

La Corte concluye que las disposiciones constitucionales permiten el libre y universal derecho de accionar como integrante del derecho a una tutela judicial efectiva con aplicación inmediata y no programática, sin más limitaciones que las que establecidas en la propia Constitución. Asimismo la Corte establece, que aún para los casos en curso no es necesario el agotamiento de la vía administrativa o la reclamación administrativa previa, como había sido previsto en los artículos 84 ordinal 5° y 124, ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 15 de la Ley de Carrera Administrativa, el artículo 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, artículo 32 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo y artículo 36 de la Ley de la Procuraduría General de la República.

Finalmente, se considera conveniente citar el texto final de la motiva de la sentencia comentada, la cual señala:

“Esta necesidad de garantizar una “efectiva” y “expedita” justicia es lo que, en definitiva, mueve a esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a eliminar el carácter obligacional del agotamiento previo de la vía administrativa y la reclamación previa a las demandas patrimoniales contra

¹ Artículo 19 de la CRBV.

² Artículos 26 y 257 CRBV.

el Estado a que aluden las disposiciones legales señaladas *ut supra* y en su lugar aplicar de manera preferente las normas constitucionales también invocadas, y así se declara”.

Con respecto a esta Sentencia, se aprecia un primer intento de la Corte de abandonar el carácter obligatorio del agotamiento a la vía administrativa con fundamento en disposiciones constitucionales que permiten el libre y universal derecho de accionar como integrante del derecho a una tutela judicial efectiva, los cuales son de aplicación directa e inmediata y no programática y sin más limitaciones que las que establezca la propia Constitución.

Esa posición se mantuvo hasta la fecha de 27 de Marzo de 2001 donde en Sentencia 00489 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia caso Fundación Hogar Escuela José Gregorio Hernández vuelve a su anterior criterio y mantiene el carácter obligatorio la vía administrativa. Esta sentencia, con ponencia conjunta, sostuvo en torno a los requisitos de admisibilidad previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 124, ordinal 2, lo siguiente:

“...debe afirmarse que los recursos en sede administrativa no fueron concebidos por el legislador para imponer una carga al administrado, sino más bien, como un medio garantizador de la esfera jurídica de los particulares. De tal manera que, aún y cuando en la práctica el ejercicio obligatorio de tales recursos, se ha considerado como una carga del administrado, debe señalar esta Sala, que tal concepción ha sido constreñida por la conducta irresponsable de funcionarios que, en sus quehaceres, lejos de enfrentar objetiva, imparcial y eficazmente el propósito del recurso, han desvirtuado la verdadera naturaleza del agotamiento de la vía administrativa. ...omissis...

En este sentido resulta oportuno puntualizar que el uso de la vía administrativa no corresponde al cumplimiento de ninguna formalidad, sino como una necesidad que la propia dinámica administrativa impone en beneficio del administrado para ventilar la solución del conflicto antes de acudir a la vía jurisdiccional. Respecto a la figura de la conciliación, la Constitución de 1999, en su artículo 258 único aparte, reconoce los medios alternativos de resolución de conflictos como parte integrante del sistema de justicia venezolano. (...). Ello obedece al interés de que se implementen mecanismos que permitan la solución no contenciosa de los conflictos que puedan surgir en un momento determinado entre los particulares y los intereses del Estado, con el fin último de garantizar de una manera efectiva la tutela de dichos intereses y la participación ciudadana en el marco de la resolución de los conflictos. ...omissis...

Lo anterior, tiene su fundamento en el hecho de que la propia administración tiene facultad de revisar sus actos, bien sea de oficio o a solicitud de partes, pues como quedó establecido, no es posible controlar, de una manera efectiva y rápida todos los actos administrativos por vía judicial. De allí que la solución en cuanto a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, no se encuentra en la eliminación de los recursos administrativos, sino en mantenerlos para que no se cercene la posibilidad de que el administrado obtenga rápidamente una decisión respecto a su planteamiento.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 19.5, a diferencia de la derogada, no trae como requisito de inadmisibilidad, el agotamiento de la vía administrativa, no obstante a ello, la interpretación y el texto expreso de los artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, nos indican que no se podrá acceder a la sede jurisdiccional, sin haber agotado los recursos en sede administrativa lo que deviene en una causal de inadmisibilidad planteada por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, así se decide.

La citada sentencia afirma Mostafa Paolini (2001:14), analizó lo relativo al agotamiento de la vía administrativa, y se determinó la razón de ser de los recursos administrativos, como paso previo a la vía jurisdiccional, “concluyéndose que los recursos en sede administrativa están concebidos como un medio garantizador de la esfera jurídica de los particulares y no como una carga al administrado”. Al tiempo que explicó la razón fundamental por la cual la doctrina como la jurisprudencia han considerado negativo el ejercicio obligatorio de los recursos administrativos, la cual deriva del hecho de que los funcionarios públicos han asumido una conducta irresponsable en la resolución de los mismos, la cual, lejos de enfrentar objetiva, imparcial y eficazmente el propósito del recurso, han desvirtuado la verdadera naturaleza del agotamiento de la vía administrativa.

De igual forma, el criterio de entender la vía administrativa como opcional fue abandonado por la propia Corte Primera de la Contenciosos Administrativo en sentencia del 26 de abril de 2001 caso Antonio Moreira vs Ingeniería Municipal de Baruta. Incluso en este mismo sentido se pronunció la Sala Constitucional en sentencia 833 del 25 de mayo de 2001, caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, la cual señaló:

“Si bien es cierto que la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 señala que “ ... con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial efectiva de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, la ley orgánica deberá eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso administrativo de nulidad, lo cual quedara como una opción a elección del interesado, pero no como

un requisito de cumplimiento obligatorio...” de la misma transcripción se emerge que será la ley orgánica la que eliminara la utilización obligatoria de la vía administrativa para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, y la establecerá como una opción... *osmosis*...y, por lo tanto, hasta el momento en que no sea promulgada la ley orgánica a la cual se refiere la exposición de motivos o se declare la inconstitucionalidad de dicho artículo por parte del organismo jurisdiccional competente, la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se mantienen su vigencia, siendo un formalismo esencial para acceder a tal jurisdicción”

En fecha posterior, otra sentencia de la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de fecha 18/10/2002 se puede apreciar que, aun cuando un juzgado de sustanciación haya admitido una acción de nulidad, la misma puede ser declarada inadmisibile por el tribunal de la causa cuando se constate que no se ha agotado la vía administrativa:

“En el caso de autos, tal como lo aprecio el Ministerio de Justicia, al no haber interpuesto el recurrente de reconsideración dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sanción, el acto administrativo contenido de aquella, quedó definitivamente firme, no conformidad con los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así se declara.

Por otra parte la ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal añade, a las causales de inadmisibilidat comunes a todos los juicios que se siguen ante el Máximo Tribunal, otros requisitos o condiciones de inadmisibilidat específicos a ciertos recursos, teniendo en cuenta la naturaleza del acto impugnado.

Así, el artículo 124 *eiusdem* faculta al Juzgado de Sustanciación a no admitir el recurso de nulidad que se intente contra un acto administrativo de efectos particulares cuando el recurrente no hubiera agotado la vía administrativa (ordinal 2°).

En el caso bajo examen, el Juzgado de Sustanciación no se percató de tal omisión y admitió el recurso por auto del 16 de diciembre de 1998.

Empero, esta admisión pronunciada por el juez sustanciador, conforme a la doctrina de esta Sala, no es vinculante para ella, cuando, en el presente caso, al momento de decidirse el fondo de la controversia, sea detectada una causal de inadmisibilidat.

En consecuencia, demostrado como ha quedado que el recurrente, antes de acudir a la vía contenciosa no agoto la vía administrativa, al ejercer tardíamente el recurso jerárquico y sin la previa interposición del recurso de reconsideración, y que tal omisión constituye una causal de inadmisibilidat a tenor de lo dispuesto en el ordinal 2° del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala considera inadmisibile

el recurso y revoca el auto dictado por el Juzgado de Sustanciación el 16 de diciembre de 1998. Así se declara.”

Del análisis de esta sentencia se concluye, si bien es cierto que el juzgado de sustanciación no se percató del no agotamiento de la vía administrativa por la parte recurrente, al ejercer el recurso jerárquico sin haber interpuesto el recurso de reconsideración, no es menos cierto que esta decisión no es vinculante, por lo tanto la sala no podía conocer al fondo del asunto, no le quedaba otra opción que corregir esta omisión y aplicar el derecho, como era revocar el auto de admisión del recurso *in comento*.

Ahora bien, la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en la cual no se contempla el agotamiento de la vía administrativa dentro de las causales de inadmisibilidad ¹, permitió que la Sala Político Administrativa primero de forma tímida y luego categórica modificara el criterio de entenderla obligatoria. En esta línea se ubica la sentencia No. 786 del 07 de julio de 2004, caso Farmacia Big Low S.R.L. vs Ministerio de Salud y Desarrollo Social, la cual señaló:

“Determinada como ha sido la competencia de esta Sala para conocer de la Presente causa, pasa decidir provisoriamente sobre la admisibilidad de la acción principal de nulidad, a los solos fines de examinar la acción cautelar de amparo; a tal efecto deben examinarse las causales de inadmisibilidad de los recursos de nulidad previstos en el artículo 19 quinto aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sin proferir pronunciamiento alguno con relación a la caducidad de la acción, de conformidad con lo previsto en el párrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, toda vez que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el agotamiento de la vía administrativa ya no se constituye como una causal expresa de inadmisibilidad de los recursos contencioso administrativos de anulación. Así pues, la caducidad del recurso se examinará al momento de la admisión definitiva que realice el juzgado de sustanciación”.

En este sentido también se pronunció la sentencia 1609 del 29 de septiembre de 2004 caso *Juan Romero y otros*, al expresar: “...se observa que en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia... el legislador no previó en su artículo 19 la falta de agotamiento de la vía como causal de inadmisibilidad de los recursos de nulidad, con lo cual la oposición que al efecto realizó el órgano contralor resulta a todas luces improcedente”.

Estas posturas se ratificaron de forma mucho mas clara en sentencia de la Sala Constitucional No. 957 del 09 de mayo de 2006 bajo la ponencia

¹ Artículo 19, 5 aparte de la LOTSJ.

de Rondón Haaz la cual afirma la posibilidad de interponer el Recurso Contencioso Administrativo de nulidad de actos administrativos de efectos particulares sin que deba agotarse, de manera previa y obligatoria, la vía administrativa, en los siguientes términos:

“Consta en autos que, el 20 de octubre de 2005, el ciudadano LUIS EDUARDO MONCADA IZQUIERDO, titular de la cédula de identidad N° 6.234.719, abogado, con inscripción en el I.P.S.A. bajo el N° 38.679, en su propio nombre, intentó ante esta Sala amparo constitucional contra la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, para cuya fundamentación denunció la violación a sus derechos al trabajo y al debido proceso que acogieron los artículos 87 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...

De la doctrina transcrita supra se colige que la demanda de amparo constitucional presupone la inexistencia de un medio procesal idóneo contra la providencia que fue dictada o, en caso de existencia de éste, la imposibilidad de su ejercicio útil o su agotamiento inútil.

En el presente caso, la Sala comprueba que, si bien en un inicio la parte demandante denunció violaciones a sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso sobre la base de la actuación material en su contra, también consta que el propio demandante propuso recurso de reconsideración contra esa decisión y el mismo fue respondido por la Comisión Judicial con la remisión de las actuaciones a la Inspectoría General de Tribunales y a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, a quienes compete su resolución de conformidad con las Normativas sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicadas en la Gaceta Oficial n° 37.014 del 15.08.00.

Así, la Sala considera que, por cuanto el recurso de reconsideración no se pronunció sobre el fondo del asunto, el quejoso dispondrá de la pretensión contencioso administrativa para la satisfacción de su pretensión de tutela de derechos constitucionales; medio judicial que puede ser interpuesto sin que deba agotarse, de manera previa y obligatoria, la vía administrativa, puesto que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia eliminó el requisito del agotamiento previo de la vía gubernativa como un presupuesto necesario para la admisión de la pretensión contencioso administrativa de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares y la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal así ya lo ha precisado (Ver, entre otras, sentencias n^{os} 786/2004, 944/2004 y 1609/2004); de forma tal que el justiciable pueda escoger entre acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa o el ejercicio de los recursos administrativos.

En este caso, el recurso de reconsideración fue decidido en los términos que se señaló precedentemente, por lo que, contra esa decisión o contra

la que resuelva el asunto –o en el caso de que hubiera operado el silencio administrativo-, el administrado puede válidamente acudir a la sede judicial para la protección de su situación jurídica. La aclaratoria es pertinente, pues es deber de la Sala, como máxima intérprete y garante de la Constitución, garantizar el acceso a la justicia”.

En efecto, es preciso aclarar que, por cuanto los actos administrativos inciden en la esfera jurídica de sus destinatarios desde que son dictados, por su carácter de ejecutividad y ejecutoriedad el interesado tiene la posibilidad de dirigirse a la sede judicial sin necesidad de agotamiento de la vía administrativa, pues esto último constituiría una interpretación contraria al principio constitucional *pro actione*¹.

En sentencia N° 1778 de fecha 26 de octubre 2006 caso Maria Consuelo San Juan y otros, pero esta vez de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, se aprecia el criterio de que a los efectos de no ser declarada inadmisibles la acción de nulidad contra un acto administrativo, es necesario el agotamiento de la vía administrativa, lo que significa un notable retroceso y sobretodo un desconocimiento de las sentencias antes aludidas de la Sala Político Administrativa. Ésta sentencia se expresó como sigue:

“remitió a esta Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social, el expediente contenido del recurso de nulidad contra el acto administrativo distinguido con el N° 20-01 de fecha 7 de agosto de 2001, emanado del Directorio del Instituto Agrario Nacional, ejercido conjuntamente con solicitud de Amparo Cautelar, intentado ... La remisión realizada, es por motivo de la apelación interpuesta por la representación judicial de la parte accionada contra la sentencia definitiva de fecha 16 de mayo de 2003, emanada del precitado Tribunal, mediante la cual se declara: 1.- Con lugar la presente demanda; 2.- se dejan sin efecto los títulos de propiedad otorgados sobre las tierras de la finca denominada “...”, (...) se declara nulo por inconstitucional e ilegal el referido Acto Administrativo; y 3.- se restituye a la parte accionante, (...) anteriormente identificada, en la propiedad y en la posesión de la referida finca ganadera (...). ...

Distingue esta Sala, que el asunto bajo examen se inicia con la interposición de un recurso de nulidad de acto administrativo, conjuntamente con acción de amparo cautelar; por consiguiente, el tribunal de la causa, en la primera oportunidad en que se pronuncie sobre dicho asunto, está en la obligación de revisar los requisitos de admisibilidad de la acción interpuesta, los cuales están insertos en el contenido del artículo 173 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

En adición a lo explicado anteriormente es menester señalar, que, antes de interponer una acción de nulidad contra un acto administrativo, y a los

¹ Artículo 26 CRBV.

efectos que no sea declarada inadmisibles, es preciso, en el caso que se requiera, el agotamiento de la vía administrativa, tal y como lo indica el numeral 11° del artículo 173 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Con relación al obligatorio agotamiento de la vía administrativa, las distintas Salas que integran este alto Tribunal, se han pronunciado de forma reiterada determinando el motivo o fundamento para ejercer los respectivos recursos administrativos, como requisito previo antes de acudir a los tribunales correspondientes, a fin de accionar contra la administración pública.

Es por ello, que se sostiene que los recursos a ejercer en vía administrativa no son, en forma alguna, una pesada carga para los administrados que ha sido impuesta por la norma; por el contrario, son un medio que procura asegurar los derechos de los particulares. Es un beneficio para éstos, en razón que se puede ventilar el arreglo de la controversia antes de emplear recursos judiciales ante la sede correspondiente.

Así pues, al garantizarle a los administrados el acceso de los recursos citados, éstos pueden solucionar la controversia suscitada en la misma sede administrativa, procurando un arreglo expedito, de ser factible, entre éstos y la administración. Así se establece.

Sin perjuicio de lo anterior, es de indicar que para el caso en que se haya interpuesto la acción de nulidad conjuntamente con un amparo cautelar, como sucede en el asunto bajo examen, no es necesario el agotamiento de la vía administrativa, tal y como se dispone en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en su artículo 5, cuando señala: ...

Empero, si el recurso de amparo cautelar ejercido conjuntamente con recurso de nulidad, es declarado sin lugar, debe proceder el juzgador a revisar la totalidad de los requisitos de admisión del recurso de nulidad interpuesto, verificando, en consecuencia, el agotamiento de la vía administrativa y la caducidad de la acción; ello, motivado a que el eximiente para no acudir a la sede administrativa, ha sido negado por el sentenciador de la causa.

Para el asunto *in examine*, se aprecia que el *a quo*, en decisión de fecha 3 de junio de 2002, negó la solicitud de medida de amparo cautelar efectuada por la parte actora; por consiguiente, era necesario que el Tribunal de la causa revisara, como requisito de admisión del recurso de nulidad accionado, si se había recurrido previamente a la vía administrativa, antes de acudir a la vía jurisdiccional, así como también verificar la caducidad de la acción propuesta.

Indicado lo anterior, observa esta Sala que en el expediente que contiene el recurso de nulidad que nos ocupa, no hay constancia que el Tribunal que actúa como Primera Instancia haya revisado si el actor agotó la vía administrativa antes de ejercer el recurso en cuestión, ni tampoco se examinó sobre la caducidad, motivo por el cual, deberá declararse con lugar la apelación interpuesta. Así se decide.

La última sentencia que se encuentra en esta revisión es la dictada por la Sala Constitucional el 20 de febrero de 2008 bajo el número 130 caso Fondo Único para el Desarrollo del Estado Trujillo (*FUDET*) en la cual se decide a favor del carácter opcional de la vía administrativa, así:

“...Esta Sala Constitucional en sentencia N° 957 del 9 de mayo de 2006 (caso: Luís Eduardo Moncada Izquierdo), dejó sentando el criterio relativo a que cuando se intenta un recurso administrativo, el recurrente, para poder incoar la demanda contencioso administrativa que corresponda, debe, o bien esperar la respuesta expresa del recurso, o el silencio administrativo negativo, de conformidad con lo que dispone el artículo 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. ...omissis...

Por otra parte, se observa que la decisión objeto de revisión se fundamentó en una sentencia de esta Sala Constitucional, del 16 de diciembre de 2004, (caso: María Dorila Canelón y otros), en el que se establecía que “(...) el acceso previo a la vía administrativa era opcional para el recurrente, pero que en caso de haberse utilizado dicha vía, era imprermitible su agotamiento antes de acudir a la vía contencioso administrativa”, la cual es de fecha anterior a la citada parcialmente *ut supra*, en la que se deja sentado el criterio relativo a que cuando se intenta un recurso administrativo, el recurrente, para poder incoar la demanda contencioso administrativa que corresponda, debe o bien esperar la respuesta expresa del recurso o el silencio administrativo negativo, sin que pueda obligársele a ejercer el recurso jerárquico. Ahora bien, considera esta Sala que es necesario dejar claro a fin de garantizar el principio *pro actione* consagrado en el artículo 26 de nuestra Carta Magna, que las causales de inadmisibilidad deben estar contenidas expresamente en el texto legal, por lo que no podrá declararse la inadmisibilidad de una acción o un recurso, sin que la causal se encuentre expresamente contenida en ley (Vid. Sentencia N° 759 del 20 de julio de 2000). En este sentido, es oportuno indicar que en virtud de que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, eliminó el requisito previo de agotamiento de la vía administrativa como un presupuesto necesario para la admisión de la pretensión contencioso administrativa de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares, esta Sala debe ser congruente con lo establecido en la referida Ley y no condicionar al que accede al órgano jurisdiccional a intentar el recurso jerárquico una vez obtenida la decisión del recurso de reconsideración o haber operado el silencio administrativo, garantizando de esta manera la tutela judicial efectiva, el principio *pro actione* y el principio “antiformalista” consagrados en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide. Así las cosas, considera esta Sala que la Sala Política Administrativa fundamentó su decisión en el hecho de que una vez que el particular hubiese decidido ir a la vía administrativa, debe agotarla como requisito de admisibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa,

lo cual vulnera el orden público y limita de manera indebida el acceso a la justicia, en los términos expuestos por esta Sala...”

Como se aprecia de la cita, esta decisión va un paso mas adelante al establecer que una vez iniciada la vía de recurso en sede administrativa no es necesario interponerlos todos, es decir, agotarlos, para acudir a la sede jurisdiccional. Permite pues, abandonar la vía administrativa y pasar a la contencioso - administrativa.

6. El agotamiento de la vía administrativa a partir de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008

La Ley Orgánica de la Administración Pública de fecha 17 de octubre de 2001, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305, fue reformada en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública publicado en la Gaceta Extraordinaria No. 5.890 el 31 de julio de 2008.

En la reforma fue revisado el artículo 7, pasando al numeral 10 el derecho que tiene toda persona en su relación con la Administración Pública de ejercer a su elección y sin que fuere obligatorio la vía del recurso administrativo, en los siguientes términos:

“Las personas en sus relaciones con la Administración Publica tendrá los siguientes derechos:

10. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la Ley, salvo el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la Republica.”

Este derecho entró en vigencia plena con el decreto legislativo pues no se somete al cumplimiento de ninguna condición, ni la entrada en vigencia de la ley de jurisdicción contencioso-administrativa, ni de ninguna otra, como si lo hacia la ley anterior en la Disposición Transitoria Séptima, y esto a pesar de que en la disposición transitoria única se establece el lapso de un año a partir de la publicación del decreto ley para que la Administración publica dicte los instrumentos correspondientes a los fines de adaptar la estructura, organización y funcionamiento de sus órganos y entes a las previsiones respectivas.

De esta forma se recoge todo el desarrollo descrito en los puntos anteriores a nivel de derecho administrativo, al afirmar el artículo 7 en cuestión

que los derechos allí estatuidos les corresponden a las personas, y no a los particulares, o administrados, lo cual supone un avance en relación a la teoría general de los administrados.

Conclusiones

En Venezuela, si bien la LOPA y la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia prescribían el agotamiento obligatorio de la vía administrativa, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se introdujo tímidamente por vía legislativa el agotamiento opcional de ésta, pero luego de la vigencia del Texto Fundamental aumento de forma notable el número de leyes que la prevén como tal.

En la doctrina, se encuentra que ésta en los procedimientos especiales o cuando una ley especial así lo determine ha estado de acuerdo en la posibilidad de acudir a la vía contenciosa sin agotar la vía administrativa, como es el caso en materia tributaria y funcionarial. Pero en los supuestos genéricos, dicha facultad no se aceptó de forma clara, sobretodo con fundamento en la Ley Orgánica de la Administración Pública del 2001, situación que perjudicó de manera directa al administrado a quien en la práctica se le exigía agotar la vía administrativa.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, se aprecia la inestabilidad de sus criterios pues ha dado muchos saltos en esta materia, así, en algunos casos la ha establecido con carácter optativo y en otros como obligatoria.

La concreción legislativa pareció plantearse con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Administración Pública en la Gaceta Oficial N° 37.305 en fecha 17 de Octubre de 2001 la cual estableció una particularidad muy especial al respecto, pues estatuye el derecho de los administrados de ejercer a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa los recursos administrativos o judiciales a los efectos de defender sus derechos e intereses frente a la Administración Pública. Sin embargo, este derecho quedo, en el texto sometido a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica que regule la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, situación que afectaba a los particulares al supeditar un derecho de los administrados al cumplimiento de la labor legislativa por parte de la Asamblea Nacional, la cual hasta la actualidad aun no ha cumplido con su obligación.

Ahora bien, si es cierto que hasta el presente no se ha dictado la referida ley del contencioso administrativo, también lo es que el suspenso legislativo

del derecho en cuestión acabo con la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública el 31 de julio de 2008, por cuanto en su artículo 7 numeral 10 lo ratifica, pero sobretodo, porque eliminó la Disposición Transitoria Séptima y afirma en su disposición final la vigencia del decreto legislativo a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la Republica, lo cual ocurrió en la Gaceta Extraordinaria No. 5.890 de la fecha indicada. Con esto se hace efectivo de modo directo, expreso e inmediato todo el desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial logrado en la materia en Venezuela.

Se concluye que el agotamiento de la vía administrativa conforme al ordenamiento jurídico venezolano vigente es de carácter optativo, lo cual contribuye a garantizar el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, criterio este que ha privado en el Máximo Tribunal de la República, y en la doctrina patria. Esto es así, pues el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido constitucionalmente como un derecho humano en el artículo 26 de la constitución vigente posee en virtud del artículo 2 *ejusdem* preeminencia sobre el ordenamiento jurídico, lo cual se traduce en jerarquía supraconstitucional, imponiéndose por tanto a toda exigencia legal que limite el acceso a la justicia, como es el caso del agotamiento de la vía administrativa entendido como una carga, como una obligación para los administrados. Debe ser entonces, decisión del particular agotar los recursos administrativos o ir directamente a la vía jurisdiccional.

En ningún caso se trata de eliminar el agotamiento de la vía administrativa, ni de mermar la capacidad de la Administración Pública de revisar la legalidad o legitimidad de sus propios actos, sino de colocar la opción al administrado de agotar la vía administrativa a través del ejercicio de los correspondientes recursos administrativos o acudir de modo directo ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, una vez que se opta por una u otra no pueden tramitarse ambas a un mismo tiempo, es decir, en paralelo, pues si el administrado ejerció los recursos administrativos debe esperar la respuesta de la Administración Pública, o el cumplimiento del lapso que tiene ésta para dar respuesta, y solo de esta manera podrá acudir ante los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, es necesario hacer notar que el numeral 10, salva el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la Republica, es decir, el antejuicio administrativo regulado en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica, el cual por tanto sigue teniendo carácter obligatorio antes de acudir al contencioso de las demandas.

Terminado el suspenso legislativo los ciudadanos gozan de una consagración expresa del derecho a escoger entre la vía administrativa y la contencioso administrativa, con fundamento en una tutela judicial efectiva que les permita escoger bien sea por razones de conveniencia o de oportunidad si agotan o no la vía administrativa u optan por la jurisdiccional.

Referencias Bibliográficas

ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ (2005) **Tratado de Derecho Administrativo Formal**. Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores.

ASAMBLEA NACIONAL (2000) **Ley Orgánica de Telecomunicaciones**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 36.970. 12 de junio de 2000.

ASAMBLEA NACIONAL (2001) **Código Orgánico Tributario**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 37.305. 17 de octubre de 2001.

ASAMBLEA NACIONAL (2001) **Ley Orgánica de la Administración Pública**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 37.305. 17 de octubre de 2001.

ASAMBLEA NACIONAL (2004) **Ley Orgánica de la Contraloría General de la República**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 37.347. 17 de diciembre de 2001.

ASAMBLEA NACIONAL (2003) **Ley Contra la Corrupción**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 5.537 Extraordinaria. 07 de abril de 2003.

ASAMBLEA NACIONAL (2004) **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 37.942. 20 de mayo de 2004.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (2000) **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 5.453. 24 de marzo de 2000.

BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph (2007) **El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativa**. No. 16. Caracas, Venezuela. Editorial Jurídico Venezolana.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA (1981) **“Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 2.818 Extraordinario. 01 de julio de 1981.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA (1998) **“Ley Orgánica de Salud”**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 36.579. 11 de noviembre de 1998. Mes XI.

CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (2000) Sentencia del 24 de mayo de 2000. Caso: Raúl Rodríguez Ruiz. En <http://www.jca.tsj.gov.ve/decisiones>. Fecha de acceso 08 de febrero de 2006.

LARES MARTÍNEZ, Eloy (2001) **Manual de Derecho Administrativo**. Caracas, Venezuela. Editorial Exlibris.

LEAL WILHELM, Salvador (2001) **Teoría del Procedimiento Administrativo**. Caracas, Venezuela, Valencia. Vadell Hermanos Editores.

MOYA MILLÁN, Edgar José (2004) **“Derecho Contencioso Administrativo”**. Caracas, Venezuela. Vadell Hermanos Editores.

MOSTAFÁ PAOLINI, Hadel José (2001) **“Los Recursos administrativos y la vía administrativa como garantía del administrado”**. En: Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje No. 2.

ORTIZ - ORTIZ, Rafael (2001) **“La inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa como condición del acceso a la justicia”**. En: Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje No. 2.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (2008) **“Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios”**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 27 de mayo de 2008.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (2008) **“Ley Orgánica de la Administración Pública”**. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 5.890 31 de julio de 2008.

TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel (2006) **“Manual de Contencioso Administrativo”**. Editorial Texto, C.A. Caracas.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Casación Social (2006) Sentencia del 26 de octubre de 2006. Caso: María Consuelo san Juan y otros contra Instituto Agrario nacional (IAN). En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional (2001) Sentencia del 25 de mayo de 2001. Caso: Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional (2006) Sentencia del 09 de mayo de 2006. Sentencia No. 957 Caso: Luis Eduardo Moncada Izquierdo. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional (2008) Sentencia del 20 de febrero de 2008. Caso: Fondo Único para el Desarrollo del Estado Trujillo (FUDET). En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Político Administrativa (2001) Sentencia del 27 de marzo de 2001. Sentencia 487. Caso: Fundación Hogar José Gregorio Hernández. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.

- (2001) Sentencia del 19 de noviembre de 2002. Sentencia No. 442. Caso: Antonio Moreira vs. Ingeniería Municipal Baruta. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.
- (2002) Sentencia del 18 de julio de 2002. Caso: Rosa Margarita Suárez. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>.
- (2004) Sentencia del 07 de julio de 2004. Sentencia No. 786 En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>. Caso: Farmacia Big Low S.R.L. vs. Ministerio de Salud y Desarrollo Social.
- (2004) Sentencia del 29 de septiembre de 2004. Sentencia 1609 En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>. Caso: Juan Romero y otros.
- (2002) Sentencia del 20 de noviembre de 2002. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>. Fecha de acceso 10 de febrero de 2006.
- (2003) Sentencia del 04 de noviembre de 2003. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>. Fecha de acceso 10 de febrero de 2006.
- (2004) Sentencia del 22 de marzo de 2004. En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>. Fecha de acceso 10 de febrero de 2006.