

revista
de
derecho
público

Nº 30

Abril-Junio 1987

Director: Allan R. Brewer-Carías

Editorial Jurídica Venezolana, Caracas

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

El Recurso Jerárquico por motivos de mérito y la figura del Silencio Administrativo (Estudio comparativo con el Derecho Venezolano), por José Antonio MUCI BORJAS 5

Contralor de la discrecionalidad administrativa en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, por Eduardo ORTIZ ORTIZ 19

Comentarios Monográficos

Obligaciones urbanísticas de la propiedad inmueble, derivadas de la regulación de los servicios educativos, por Allan R. BREWER-CARIAS 63

LEGISLACION

Información Legislativa

Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el segundo trimestre de 1987, por Ana María RUGGERI 77

Comentarios Legislativos

El Régimen de la Autonomía Universitaria en el Proyecto de Ley de Educación Superior, por Pedro Miguel REYES 93

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo), Segundo Trimestre de 1987, por Mary RAMOS FERNANDEZ 107

ESTUDIOS

Artículos

El Recurso Jerárquico por motivos de mérito y la figura del Silencio Administrativo

(Estudio comparativo con el Derecho venezolano) *

José Antonio Muci Borjas

Abogado

SUMARIO

I. INTRODUCCION

1. *Planteamiento del problema.*

II. ITALIA

2. *Recurso jerárquico. Carácter facultativo. Motivos admisibles.* 3. *El silencio administrativo. Naturaleza jurídica: manifestación tácita de voluntad; acto presunto; y, comportamiento meramente omisivo. Distinción entre silenzio-rigetto y silenzio-rifiuto.* 4. *Aplicación excepcional al recurso jerárquico no decidido (cuando ha sido intentado por motivos de mérito) del silenzio rifiuto.*

III. VENEZUELA

5. *Recurso jerárquico. Carácter obligatorio. Motivos admisibles.* 6. *El silencio administrativo. Teorías sobre su naturaleza jurídica. Análisis de los artículos 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.* 7. *El recurso jerárquico interpuesto por motivos de mérito y la inercia de la Administración. No aplicación excepcional del silencio administrativo consagrado en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Recurso de Amparo constitucional.*

I. INTRODUCCIÓN

1. El presupuesto fundamental de todo análisis jurídico consiste en el planteamiento, por parte del estudioso del Derecho, de una interrogante (suscitada por las disposiciones contenidas en un ordenamiento jurídico) a la cual se pretende dar respuesta, o con respecto a la cual —al menos— se desean plantear las dudas surgidas y los problemas detectados. En el caso concreto, la finalidad del presente (y, por lo demás modesto) estudio consiste en el análisis de las figuras del silencio administrativo y el recurso jerárquico, a fin de —a la luz de la doctrina y la legislación italiana— tratar de dar respuesta al problema que surge cuando la Administración Pública no decide el recurso administrativo jerárquico que ha sido interpuesto por motivos de mérito, por motivos que no son de “ilegitimidad”¹. Como se sabe, el recurso jerárquico

* Trabajo final presentado en el Corso di Perfezionamento in Scienze Amministrative de la “Università degli Studi di Roma” —La Sapienza—, año lectivo 1986-1987, dirigido por el Profesor Massimo Severo Giannini.

1. No está de más el precisar que el título del presente trabajo obedece —fundamentalmente— a los términos en los cuales se plantea el problema en Italia, ya que las reflexiones (conclusiones) que se harán en el capítulo referido a Venezuela —en particular en el número 7— no sólo valen para el recurso jerárquico, sino también para aquellos supuestos en los cuales la solicitud del particular (de 1º grado) se dirige —directamente— a la autoridad adminis-

puede ser interpuesto con base en motivos de ilegitimidad, así como de mérito (que comprende, según Pietro Virga, tanto la oportunidad como la conveniencia y la adecuación) y de hecho. El principio general para el caso de que la Administración no decida en el término legal es la aplicación del silencio administrativo, en virtud del cual se considera "rechazado" el recurso y, en consecuencia, se faculta al administrado para interponer el recurso siguiente. Ahora bien, como al juez administrativo no le está permitido el censurar la actuación administrativa por razones o motivos que no sean de ilegitimidad, la figura del silencio administrativo perjudicaría —lejos de mejorar— al recurrente que hubiese interpuesto el recurso jerárquico por motivos de mérito, ya que se hallaría frente a una "negativa tácita" en contra de la cual no es posible demandar la tutela del juez administrativo. ¿Qué remedio tiene el particular frente a la inercia de la Administración Pública? ¿Es acaso posible que en este caso no opere el silencio administrativo (el *silenzio-rigetto* italiano), y de ser así, cuál es la solución aplicable? Es a estas y a otras interrogantes que nos proponemos ofrecer respuesta, analizando —en primer lugar— las disposiciones del ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia italiana. Posteriormente, y con base en la experiencia italiana —*mutatis mutandis*—, en la medida que ello sea posible, trataremos de hallar la solución en el Derecho venezolano.

trativa que se halla al vértice de la organización, así como cuando el administrado intenta el recurso de reconsideración ante la autoridad que se halla a la cúspide administrativa (casos, pues, en los cuales la única vía que queda es la contencioso administrativa). El señalado *recurso de reconsideración* es aquel que, de conformidad con el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 2.818 Extraordinario, de fecha 1º de julio de 1981, procede contra todo acto administrativo de efectos particulares, *debiendo intentarse por ante el funcionario que dictó el acto*.

Sobre el tema objeto de este estudio pueden verse: G. Abbamonte, "Silenzio rifiuto e processo amministrativo", en *Il silenzio della pubblica amministrazione* (Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione), Giuffrè Editore, Milano, 1985; Allan R. Brewer-Carías, "El Derecho Administrativo y La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985; Allan R. Brewer-Carías, "Instituciones Políticas y Constitucionales", segunda edición, Tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985; Allan R. Brewer-Carías, "Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso administrativos en Venezuela", *Revista de Derecho Público*, Nº 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986; Alfredo Caracciolo, "Riflessi delle recenti leggi di giustizia amministrativa sul silenzio della pubblica amministrazione", *Foro Amministrativo*, Giuffrè Editore, 1972; Sebastiano Casarino, *Il processo amministrativo (nella legislazione e la giurisprudenza)*, Tomo I, Giuffrè Editore, Milano, 1984; Alberto De Roberto e Paolo Tomimi, "I ricorsi amministrativi" Giuffrè Editore, Milano, 1984; G. Ferrari, "Ricorsi amministrativi prospettanti censure di merito e silenzio della pubblica amministrazione", en *Il silenzio della pubblica amministrazione* (Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione), Giuffrè Editore, Milano 1985; Massimo Severo Giannini, "Diritto Amministrativo", Tomo II, Giuffrè Editore, Milano, 1970; Gian Antonio Micheli, "Derecho Procesal Civil", Volumen II (El proceso contencioso de cognición), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970; Mario Nigro, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1983; Alfonso Quaranta, "Il silenzio della pubblica amministrazione", *Foro Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1972; Alfonso Quaranta e Giuseppe Grasso, *I ricorsi amministrativi*, Giuffrè Editore, Milano, 1981; *Revista de Derecho Público*, Nos. 25 al 28 (ambos inclusive), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986; Rolando Roffi, *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1982; Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene Editore, XIV edizione, Napoli, 1984; Aldo Sandulli, "Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali", en *Il silenzio della pubblica amministrazione* (Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione), Giuffrè Editore, Milano, 1985; Filippo Satta, *Giustizia Amministrativa*, Cedam-Padova, 1986; Pietro Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, IV edizione, Milano, 1972; Pietro Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, III edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1982; Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Volume secondo (Giustizia Amministrativa), VIII edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1985.

II. ITALIA

2. Debemos comenzar señalando que en el ordenamiento jurídico italiano, de conformidad con el artículo 20 de la Ley número 1.034, del 6 de diciembre de 1971 (con la cual se instituyeron los Tribunales Administrativos Regionales)², ya no rige la tradicional regla de la obligatoriedad de la interposición del recurso jerárquico, como única manera de agotar la vía administrativa, y de obtener —por consiguiente— un acto impugnado ante el juez administrativo; el recurso jerárquico se ha convertido, de esta manera, en un remedio de carácter facultativo, a los fines del acceso a la tutela jurisdiccional.

Ahora bien, en el caso de que el particular opte por la vía administrativa, es decir, por interponer el recurso jerárquico, tal recurso puede fundamentarse en motivos de ilegitimidad y de mérito (comprendiendo el mérito, como se señaló *supra*, la oportunidad, la conveniencia y la adecuación), de conformidad con el artículo 1, comma 1, del D.P.R. número 1.199, del 24 de noviembre de 1971³. En otras palabras, la autoridad que conoce el recurso es competente para realizar un completo reexamen del acto (la decisión) impugnado.

3. El Consejo de Estado italiano individualizó el problema del silencio de la Administración Pública, por vez primera, en un fallo del 2 de marzo de 1894, al cual siguió la decisión “Longo”, de fecha 2 de agosto de 1902. Estas iniciales decisiones del “juez administrativo” dieron lugar a un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que condujo a la elaboración de la figura del silencio administrativo, elaboración esta que buscaba evitar que la inercia administrativa, en presencia de supuestos en los cuales la Administración debía adoptar un acto administrativo (un *provvedimento amministrativo*), pudiese perjudicar al administrado.

La primera teoría que se ocupó de la inercia de la Administración y de su significado veía, siguiendo los lineamientos de la doctrina privatista, una manifestación de voluntad (tácita). En efecto, los sostenedores de esta tesis se basaban (y continúan haciéndolo) en la doctrina pandectista, según la cual el silencio mantenido por un sujeto —en virtud del principio de autonomía de la voluntad— en ciertas circunstancias equivale a manifestación (tácita) de una voluntad negocial (declaración tácita de voluntad)⁴. Es así como el problema del silencio administrativo se redujo a una interpretación de la voluntad de la Administración Pública, y de cómo se comenzó a hablar de un acto (un *provvedimento amministrativo*) de negativa, implícito en el silencio. Una segunda tesis consideró que en los casos de inercia administrativa, no obstante hallarse la Administración obligada a pronunciarse, se debía presumir que ésta había querido decidir negativamente, teoría llamada del “acto presunto”. En contraposición con las dos tesis precedentes, los sostenedores de una tercera posición ven en la inercia, ya no un acto (implícito o presunto) sino un comportamiento meramente omisivo, un simple hecho, perjudicial al interés del particular. Según esta tercera teoría el silencio es, pues, una simple omisión de decisión, razón por la cual no puede asumirse *per se* significado alguno, ni positivo ni negativo: “*qui tacet neque negat, neque utique fatetur*”. Algunos hablan de simple hecho jurídico, en tanto otros hablan

2. El artículo 20, comma 1, de la Ley número 1.034 del 6 de diciembre de 1971 establece: “Nei casi in cui contro gli atti o provvedimenti emessi da organi periferici dello Stato o di enti pubblici a carattere ultra regionale sia presentato ricorso in via gerarchica, il ricorso al Tribunale amministrativo regionale è proponibile contro la decisione sul ricorso gerarchico ed in mancanza, contro il provvedimento impugnato, se, nel termine di novanta giorni, la pubblica amministrazione non abbia comunicato e notificato la decisione all'interessato”.

3. Según el artículo 1, comma 1, del D.P.R. número 1.199, del 24 de noviembre de 1971, “contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso ricorso in unica istanza all'organo sovraordinato, per motivi di legittimità e di merito, da parte di chi abbia interesse”.

4. Alfonso Quaranta, “Il silenzio della Pubblica...”, p. 342.

de mero comportamiento. Esta tercera posición o teoría es el producto de una revisión crítica de las tesis precedentes con base en la doctrina objetiva del negocio jurídico, según la cual el silencio no es reducible a una manifestación de voluntad del sujeto al cual es imputable la inercia, la inacción: la inercia sólo podría ser interpretada como un comportamiento omisivo, del cual el ordenamiento jurídico hace derivar efectos⁵.

A partir del año 1934 comienza a distinguirse, en algunas sentencias, entre *silenzio-rifiuto* (silencio denegación) y *silenzio-rigetto* (silencio rechazo), con lo cual se comienzan a individualizar dos figuras diferentes dentro de la noción de silencio administrativo. Sin embargo, no es sino hasta el año 1960, con la decisión número 8 de la Asamblea Plenaria (Adunanza Plenaria) del Consejo de Estado italiano, que se rompe definitivamente con la unidad conceptual del silencio administrativo, distinguiéndose entre la hipótesis en la cual el silencio se manifiesta como una mera condición para impugnar el acto *original* (entendiendo por tal aquel ya recurrido en vía administrativa), y aquella en la cual el silencio se presenta como mero incumplimiento del deber de pronunciarse.

El silencio denegación (*silenzio-rifiuto*) es, según la doctrina italiana, la figura que comprende todas las hipótesis —excepción hecha de aquellas que tienen origen en un recurso administrativo— en las cuales la Administración se abstiene de pronunciarse, sin que el ordenamiento jurídico atribuya un valor legal típico (negativo o positivo) a su inercia, de manera tal que dicha inercia no pueda asumir para el Derecho significado o valor que no sea el de mero incumplimiento del deber de decidir (de pronunciarse)⁶. El *silenzio-rigetto* (silencio rechazo, equivalente a la figura contenida en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), por su parte, dejó de ser considerado, a partir del año 1960, como una decisión tácita negativa —inmotivada—, afirmándose que la inercia de la Administración ante un recurso administrativo no hacía más que legitimar al interesado para impugnar el acto original (que no causaba *per se* estado) en base a los mismos vicios alegados en sede administrativa⁷.

La distinción entre *silenzio-rigetto* (silencio rechazo) y *silenzio-rifiuto* (silencio denegación) tiene en Italia mucha importancia, a los efectos de determinar el *objeto*

5. No obstante ser las teorías del acto implícito o presunto las más difundidas, y en la actualidad mayormente aceptadas, es indudable que estas posiciones no dejan de suscitar objeciones. En primer lugar, si en el silencio administrativo es posible encontrar un acto administrativo (implícito o presunto), y por lo tanto una manifestación de voluntad, surge el problema de que la voluntad *real* de la Administración puede ser totalmente contraria a aquellos efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a su inacción (como sería una voluntad administrativa conforme con la pretensión del particular en aquellos casos en los cuales la ley atribuye efectos denegatorios a la inercia), problema que *no* resuelve —ni siquiera— la teoría del acto presunto, tal y como lo señalaremos en el capítulo referido a Venezuela.

Por otra parte, que el silencio administrativo no puede ser considerado en nuestro país como manifestación tácita de voluntad (implícita o presunta en la inacción), parecería desumirse del contenido de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En efecto, tomando en consideración que la motivación del acto administrativo es un elemento formal del mismo, cuya ausencia hace el acto anulable, sería —en principio— siempre admisible la anulación del silencio *por falta de motivación de la decisión que éste encierra*. El admitir esta posibilidad significaría el admitir siempre, *a priori*, la ilegitimidad del silencio de la Administración Pública, ya que es imposible hallar motivación alguna en una inercia, simple inacción. ¿No constituiría un contrasentido el que el Legislador afirmara que el silencio contiene una manifestación de voluntad, condenada *ab-origine* a ser anulada por inmotivada? ¿Tiene algún sentido “*crear*” un acto sólo para (con la única finalidad) de impugnarlo y obtener su anulación?

6. Aldo Sandulli, “*Il silenzio della pubblica amministrazione...*”, p. 55.

7. Según Alberto De Roberto y Paolo Tonini, “*I ricorsi amministrativi...*”, p. 196, “*si preferiva dissimulare tale conclusione assegnandosi al silenzio il valore di decisione (reiettiva) confermativa dell'atto non definitivo. Nella pronuncia (tacita) finiva, così, per riflettersi —in conseguenza della nuova interpretazione— il contenuto dell'atto non definitivo (pur se imputabile, ormai, dopo il suo assorbimento nella decisione gerarchica, all'autorità sovraordinata)*”.

del proceso administrativo ocasionado por la inacción de la Administración Pública. En efecto, el *silenzio-rifiuto*, en cuanto mera omisión de decisión a la cual el Legislador no atribuye una calificación de carácter substancial (en el sentido de no atribuirle un valor, ni negativo ni positivo), en cuanto sola violación del deber de decidir, comporta que el juez administrativo puede examinar —solamente— si la negativa de la Administración a pronunciarse sea o no justificable⁸; y, por otra parte, la procedencia del recurso implica sólo el reconocimiento jurisdiccional de dicho deber, reconocimiento este que otorga la posibilidad de ejercer una ulterior acción para obtener el cumplimiento del fallo. En definitiva, pues, el juez administrativo declara la existencia (con un fallo mero declarativo) del deber de la Administración de decidir —de pronunciarse—, y devuelve los actos y documentos —por consiguiente— a la autoridad administrativa que debe decidir⁹.

En el *silenzio-rigetto*¹⁰ (silencio rechazo) la ley atribuye a la inercia observada por la Administración Pública el valor típico de un acto administrativo, como si la Administración hubiese emanado el acto. En otros términos, la ley atribuye un determinado valor jurídico a la inercia administrativa. Sin embargo, debe tenerse presente que la equiparación del silencio —en cuanto a sus efectos— a un acto administrativo (un *provvedimento amministrativo*), de manera tal de hacerlo equivalente, no puede hacer de la inercia un acto, ya que la esencia del silencio y del acto —no obstante la equivalencia de ley— es totalmente diversa. El silencio es un simple hecho que *per se* no tiene un significado preciso, mas al cual la ley —en ciertos casos— atribuye los mismos efectos de un acto. La ley, pues, *ex auctoritate*, atribuye al silencio de la Administración (que es mero comportamiento, sólo omisión) el valor de un acto administrativo, en cuanto hace derivar de la inercia los efectos propios de una decisión negativa del recurso, independientemente del real contenido (de cualquier contenido) de voluntad¹¹. Como se observa, la elaboración del *silenzio-rigetto* con respecto al recurso jerárquico permitía al administrado proponer, (y esta es la razón de su génesis) de frente a la inercia administrativa, el recurso jurisdiccional en un sistema que admitía únicamente la impugnación, en sede jurisdiccional, de actos “definitivos”¹².

Con la nueva disciplina contenida en el artículo 6 del D.P.R. 1.199 (sobre simplificación de los procedimientos en materia de recursos administrativos)¹³, y el artículo 20 de la Ley número 1.034 (institutiva de los tribunales administrativos regionales), el objeto del recurso jurisdiccional es el acto emanado por la autoridad administrativa subordinada, impugnado directamente ante el juez administrativo (ya que, como se recuerda, el recurso jerárquico es facultativo) o una vez transcurrido inútilmente el término de 90 días —caso del *silenzio-rigetto*— para decidir el recurso administrativo jerárquico. El recurso jurisdiccional, pues, tiene por objeto —en caso de *silenzio-rigetto*— el acto “original”, aquel de la autoridad subordinada contra el cual se intentó el recurso jerárquico, y no el silencio.

8. En Italia, a diferencia de Venezuela, no existe una ley general que regule el procedimiento administrativo. Por otra parte, no está consagrado legalmente —y de manera general— el deber de la Administración Pública de proceder y pronunciarse sobre toda solicitud interpuesta por los administrados, lo cual exige un análisis casuístico por parte del juez administrativo, tendente a verificar la existencia del deber en el caso concreto.

9. Alfonso Quaranta, “*Il silenzio della pubblica amministrazione...*”, p. 345.

10. Igual ocurre en los casos de *silenzio assenso* (silencio positivo), que no constituyen objeto de las breves reflexiones que aquí hacemos.

11. Mario Nigro, *Giustizia Amministrativa...*, p. 158.

12. Es necesario precisar que en Italia el *atto definitivo* es aquel que agota la vía administrativa, aquel que “causa estado”, según la terminología jurídica venezolana.

13. El artículo 6 del D.P.R. número 1.199 del 24 de noviembre de 1971, establece que “decorso il termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti, e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso all'autorità giurisdizionale competente, o quello straordinario al Presidente della Repubblica”.

4. En el supuesto de un recurso jerárquico intentado por motivos de mérito (sean o no argumentados de manera exclusiva) y de posterior inercia de la Administración Pública, la única solución aceptable, sostenida por un importante sector de la doctrina italiana, es la de aplicar —excepcionalmente— la figura del *silenzio-rifiuto* (*silenzio-inadempimento*) y no la figura del *silenzio-rigetto*. En otras palabras, la inacción administrativa (el silencio) debe ser tratada como la injustificada omisión de decisión sobre el recurso intentado. Los artículos 6 del D.P.R. 1.199 y 20 de la Ley número 1.034 no pueden ser interpretados de manera tal que la inercia de la Administración Pública signifique el *rechazo* del recurso ya que, no siendo —de máxima— denunciados estos vicios en vía jurisdiccional, el recurrente vería frustrada la tutela que la ley le ha acordado con los recursos administrativos. En efecto, sería del todo irracional el que una normativa que consagra el recurso administrativo por motivos de mérito excluya la posibilidad de posterior actuación del administrado de frente a la evasión de tal instancia, considerándola —por consiguiente— vacía de todo contenido o relevancia. El recurrente, pues, en el absurdo supuesto de que el recurso no decidido debiera considerarse rechazado, no podría obtener ningún pronunciamiento sobre las censuras de mérito, no obstante la posibilidad de alegarlas en sede jerárquica, visto que el juez administrativo no puede conocer sobre el mérito de la actividad administrativa. Es por lo anterior que, transcurridos los 90 días para la decisión del recurso jerárquico, el silencio de la autoridad debe considerarse (excepcionalmente) como *silenzio-rifiuto* (*silenzio-inadempimento*) y no como *silenzio-rigetto*. Debe considerarse como mero incumplimiento del deber de decidir y, por lo tanto, incapaz de producir efecto alguno asimilable a un acto administrativo, con la posibilidad de obtener la declaratoria de ilegitimidad del silencio¹⁴. Por lo demás, esta tesis ya había sido acogida por el Consejo de Estado italiano en pleno (Adunanza Plenaria), en la decisión número 8 del 3 de mayo del año 1960.

La tesis esbozada precedentemente fue abandonada por el Consejo de Estado italiano en pleno (Adunanza Plenaria) mediante la decisión número 4, del 7 de febrero del año 1978. En efecto, la señalada decisión —basándose fundamentalmente sobre la disposición contenida en el artículo 6 del D.P.R. número 1.199— afirmó que transcurrido el término previsto (90 días) *adquiere vida una decisión tácita de rechazo*, imputable por lo tanto a la autoridad que conoce el recurso jerárquico, en la cual se refleja el acto “no definitivo” (aquel dictado por la autoridad subordinada), impugnado con el recurso jerárquico, sobre el cual no hubo decisión expresa. El acto tácito que adquiere vida una vez transcurridos los 90 días sería, pues, *idéntico* al ya impugnado con el recurso jerárquico. Así, en el supuesto de inercia frente a vicios de mérito (sean o no propuestos conjuntamente con vicios de legitimidad), no existiría ninguna posibilidad de obtener ulterior tutela ante el juez administrativo¹⁵, no obstante la evasión de la instancia por parte de la Administración Pública.

14. Debemos señalar que en estos supuestos el resultado procesal obtenido es mínimo respecto a aquel —mucho más satisfactorio— que podría ser alcanzado de haber sido alegados (sólo) motivos de ilegitimidad.

Sobre este punto véase: Sandulli, “*Manuale di Diritto...*”, p. 657, Sandulli, “*Il silenzio della pubblica amministrazione oggi...*”, p. 59; y, Quaranta, “*Il silenzio della pubblica amministrazione...*”, p. 346.

15. Ferrari, “*Ricorsi amministrativi prospettanti censure...*”, pp. 253 y ss.; De Roberto-Tonini, “*Ricorsi amministrativi...*”, p. 206.

Según el Consejo de Estado italiano (Adunanza Plenaria), si “la normativa vigente prevede che nel caso di decorso del termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l'organo addetto abbia comunicato la decisione «il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti», l'inercia assume per dettato legislativo valore di comportamento legalmente tipizzato, da interpretarsi cioè non come emissione ma come modo (sia pure tacito) di provvedere. In base alla nuova disciplina introdotta con il D.P.R. del 1971, il silenzio costituisce non un rifiuto di decisione, bensì una vera e propria decisione di rigetto, come tale equiparata a tutti gli effetti ad una decisione esplicita di rigetto”, (Decisión número 4, de fecha 7 de febrero del año 1978).

III. VENEZUELA

5. En primer lugar, debemos precisar que en el ordenamiento jurídico venezolano, a diferencia de lo que ocurre en Italia, el recurso administrativo jerárquico —en línea de máxima— *no* es facultativo sino obligatorio¹⁶, ya que el administrado debe agotar la vía administrativa antes de tener derecho a la tutela del juez con competencia en lo contencioso administrativo. Obligatorio, pues, en el sentido de que sólo los actos que agotan la vía administrativa, es decir aquellos que *causan estado* (“definitivos” en Italia), pueden ser —posteriormente— impugnados en vía judicial, ante los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo. En otros términos, el haber agotado la vía administrativa es una condición de recurribilidad, en vía judicial, de los actos administrativos de efectos particulares.

En lo que se refiere a los motivos argüibles al intentar el recurso administrativo jerárquico, si bien es cierto que no existe una norma que de manera expresa prevea cuáles son los motivos admisibles, doctrina y jurisprudencia admiten —pacíficamente— que los mismos pueden ser de cualquier naturaleza: tanto razones de ilegitimidad (cuando se estima que el acto es contrario a Derecho), como razones de mérito, de inoportunidad, de inconveniencia o de hecho¹⁷.

6. Debemos comenzar diciendo que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han considerado el silencio administrativo, tradicionalmente, o bien como una *manifestación tácita de voluntad implícita* en la inercia de la Administración, o bien como una *presunta declaración (negativa) de la voluntad* administrativa. Ambas posturas, a nuestro modo de ver, son susceptibles de ser criticadas.

En efecto, la tesis del *acto tácito implícito* en el silencio de la Administración Pública encuentra un escollo insalvable en la disposición contenida en el artículo 134, primer aparte, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Establece el mencionado artículo que “*el interesado podrá intentar el recurso* previsto en el artículo 121 . . . , dentro del término de seis meses establecido en esta disposición, *contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo* en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo” (el subrayado es nuestro). No hay en el silencio un acto administrativo (una decisión tácita negativa) y, precisamente por ello, el recurso contencioso administrativo de anulación se intenta *contra el acto ya recu-*

16. Como señalamos *supra*, el principio general es que sólo son recurribles en vía judicial aquellos actos que causan estado. Ahora bien, este principio general ha sufrido una fractura con el Código Orgánico Tributario, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 2.992 Extraordinario, del 3 de agosto de 1982, y la disposición contenida en su artículo 174, ordinal primero. Establece el mencionado artículo:

“El recurso contencioso tributario procederá:

1. Contra los mismos actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso jerárquico, sin necesidad del previo ejercicio de dicho recurso”.

Que el acto agote la vía administrativa, pues, ya *no* es un requisito *sine qua non* de recurribilidad en vía contencioso administrativa (no constituye un presupuesto procesal de *todo* proceso contencioso administrativo), pues el *Código Orgánico Tributario* en su artículo 174, dispone que la interposición del recurso jerárquico es facultativa.

No podemos dejar de señalar el *asombro* (al límite de la estupefacción) que causa la disposición contenida en el Parágrafo Único del artículo 174 del Código Orgánico Tributario. Según la norma *in commento*, “el recurso contencioso tributario podrá también ejercerse subsidiariamente al recurso jerárquico, en el mismo escrito, para el caso de que hubiese expresa denegación total o parcial, o denegación tácita de dicho recurso jerárquico”. Nos preguntamos, ¿es acaso posible el proponer un recurso contencioso tributario de anulación contra el acto denegatorio emanado por el superior jerárquico (nos referimos al supuesto de denegación expresa, total o parcial) *antes* de que exista el acto que se impugna? En otras palabras, ¿es posible que se proponga un recurso (aun cuando sea en vía subsidiaria) cuando el “objeto” mismo de dicho proceso —más preciso sería decir “impugnación”— aún no existe? De no ser así, ¿cuál es el sentido de la norma? A decir verdad, lo ignoramos.

17. Allan R. Brewer-Carías, “*El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica . . .*”, p. 336.

rrido en vía administrativa y no contra el silencio y la decisión en él supuestamente implícita. Sin embargo, debemos destacar que un respetable sector de la doctrina venezolana considera que la disposición contenida en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ha sido derogada ("modificada") por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, visto que en esta última norma "se presume que se produce (en caso de silencio) una decisión tácita denegatoria"¹⁸: *lex posteriore derogat priori*.

En nuestro parecer, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no deroga (no modifica) la norma contenida en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y el fundamento de tal afirmación se halla —por extraño que parezca— en la normativa contenida en el Código Orgánico Tributario. En efecto, el referido Código contiene dos normas que equivalen, respectivamente, a los artículos 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como son los artículos 160 y 174. El artículo 160 dispone que "el recurso (jerárquico) deberá decidirse mediante resolución motivada", y que "vencido el término fijado en el artículo anterior (4 meses) sin que hubiere decisión, el recurso se entenderá denegado", en tanto que el artículo 174 establece que el recurso contencioso tributario procederá contra los actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso jerárquico "cuando habiendo mediado recursos jerárquico éste hubiere sido denegado tácitamente conforme al artículo 160 de este Código". Estas dos normas, de acuerdo a lo que en nuestro criterio debe ser la interpretación ajustada, formando parte de un único cuerpo legislativo —de un único "conjunto orgánico de normas"—, no pueden ser entendidas como disposiciones incompatibles entre sí sino que, por el contrario, deben ser analizadas partiendo de la base de que son normas que coexisten y regulan de manera armónica —complementándose— la figura del silencio administrativo y el objeto de la impugnación en vía judicial. En otras palabras, estando contenidas estas dos normas en una única ley, es evidente que no pueden —entre sí— plantear problemas o conflictos. De ser así, no planteándose el problema de que la vigencia de una excluiría la vigencia de la otra, ¿es posible afirmar que el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (equivalente al 160 del Código Orgánico Tributario) derogó el 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (equivalente al 174 del Código Orgánico Tributario)? Creemos que la respuesta ha de ser negativa.

Por lo demás, el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es una *norma especial* que precisa cuál es el objeto de la impugnación en sede contencioso administrativa (una *norma procesal*), en tanto el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es una norma general (con incidencia *procedimental*) que especifica cuáles son los efectos de la inercia administrativa¹⁹.

Por su parte, la tesis del "acto presunto" no crea menores dudas e inconvenientes que la teoría precedente. En primer lugar porque el *presumir* que en el silencio de la Administración se encierra un acto (una decisión) tácito denegatorio estaría en franca contradicción con lo establecido en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ya que según esta norma el objeto de la impugnación en vía judicial (en caso de silencio administrativo) no es el silencio o el presunto acto que éste encierra, sino el acto ya impugnado en vía administrativa y sobre el cual no se obtuvo respuesta. La actual vigencia del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se halla fuera de toda duda, tal y como lo señalamos precedentemente.

18. Allan R. Brewer-Carías, "Instituciones Políticas y Constitucionales...", p. 665.

19. A la base de la afirmación, según la cual el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos habría derogado el 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se halla —a nuestro modo de ver— la tradicional idea de la manifestación de voluntad (el acto administrativo tácito denegatorio), implícita o presunta en el silencio de la Administración.

El hecho de que el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no establece una presunción legal (y, por ende, no surge un “presunto acto negativo”) se desprende por otra parte, del análisis del artículo 1.394 del Código Civil²⁰. En efecto, si bien es cierto que en el caso de silencio administrativo existe un hecho conocido (como es el inútil transcurso del término para decidir, la inercia de la Administración Pública ante un recurso administrativo propuesto, la no decisión del Recurso), así como unas consecuencias que la Ley saca de dicho hecho (como son el considerar resuelto negativamente el recurso y el facultar —consecuentemente— al interesado para interponer el recurso siguiente), no es menos cierto que falta el hecho desconocido, o mejor dicho, la finalidad de establecerlo: estamos en presencia de un supuesto que no presenta la “estructura” de la presunción, razón por la cual no cabe hablar ni de acto presunto ni de presunción. No cabe contraargüir que el hecho desconocido que se presume acaecido es la decisión (o el contenido negativo de la misma), ya que la inercia —que es precisamente el hecho conocido— es “inexistencia de decisión” (decisión que por lo demás requiere de una externación formal). En otros términos, en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no hay presunción alguna²¹.

Ahora bien, si en la inercia administrativa no es posible encontrar un “acto administrativo negativo” (sea tácito o presunto), ¿qué es en definitiva el silencio administrativo? Pareciera que debe afirmarse que el silencio es un mero comportamiento (acto omitido), en el cual no es posible encontrar una manifestación de voluntad de la Administración Pública. En este orden de ideas, *la equiparación del silencio, sólo en cuanto a sus efectos, a un acto administrativo*, de manera tal de hacerlos equivalentes, no puede hacer del silencio un acto: no puede por imposibilidad natural, por la diversa esencia de uno y otro instituto. El silencio administrativo es un hecho, un hecho con relevancia jurídica, y *no* diventa un acto por la equivalencia hecha por la Ley. *Los efectos son los mismos de un acto, mas es allí donde finaliza la similitud*, ya que el silencio es precisamente no decidir.

El silencio administrativo es una figura que presenta un doble aspecto: un aspecto o carácter substancial y un aspecto o carácter procedimental, íntimamente ligados.

El carácter (aspecto) substancial consiste en que el Legislador, *ex auctoritate legis*, atribuye al silencio de la Administración Pública, a su inercia, un valor legal típico, *equivalente* a un acto administrativo, con contenido negativo o positivo. En tal sentido cuando el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que en caso de inercia administrativa “se considerará que ha resuelto negativamente” el órgano al cual competía decidir, tal previsión *no* hace surgir un acto administrativo tácito negativo; por el contrario, *sólo le da al comportamiento omisivo un valor equivalente al del acto*, sólo le atribuye a la inercia (que es un hecho, en el cual no es posible hallar manifestación de voluntad alguna) los efectos que produciría un acto denegatorio²². Esta equivalencia a nivel de efectos se realiza, y ello es bueno tenerlo presente, sólo a fines procedimentales.

20. Según el artículo 1.394 del Código Civil venezolano, “las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido”.

21. En contra de esta posición puede verse Rolando Roffi, “Contributo per una teoria delle presunzioni...”, p. 62. Según Roffi, “in realtà la presunzione non rende affatto noto ciò che non lo è, bensì, per effetto della presunzione, un rapporto giuridico viene disciplinato come se un certo fatto o certi presupposti si atteggiassero in un certo modo anche quando non sia, al momento, certo se effettivamente essi si sono atteggiati nel modo presunto”. “Se la Pubblica Amministrazione non decide nel termine di 90 giorni, la legge dichiara il ricorso respinto *in via di presunzione legale...*” (el subrayado es nuestro).

22. La posición del *acto administrativo tácito negativo* es sostenida, entre otros, por mi Profesor y Maestro Allan R. Brewer-Carías. Véase “*El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica...*”, p. 107. El artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario, de fecha 1° de julio de 1981, establece:

“En los casos en que un órgano de la Administración Pública no resuelve un asunto o

En cuanto se refiere al carácter (aspecto) procedimental del silencio administrativo (elemento que se manifiesta "particularmente" en los casos de silencio negativo), la equivalencia de la inercia de la Administración a un acto administrativo faculta al interesado cuyo interés personal, legítimo y directo ha sido lesionado a intentar el recurso siguiente, incluidos aquellos en sede contencioso administrativa, garantizando así la tutela de las posiciones jurídico subjetivas del particular, sin que sea necesario esperar una decisión expresa. En el caso analizado, es decir una solicitud o recurso intentado ante la autoridad que se halla al vértice de la organización administrativa (cuya decisión, por consiguiente, agotaría la vía administrativa) sin que se obtenga una resolución en el lapso fijado por la Ley, la función procedimental del silencio se evidencia en la posibilidad otorgada al sujeto interesado de dirigirse al juez con competencia en lo contencioso administrativo para proteger sus situaciones jurídicas subjetivas (derechos e intereses), independientemente de la emanación del acto que decida la solicitud o recurso propuesto, evitando de esta manera que la inercia de la Administración Pública pueda perjudicar o hacer nugatoria la tutela judicial²³ garantizada por la Constitución venezolana (artículo 68)²⁴.

Recapitulando, en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos el Legislador venezolano ha atribuido al silencio administrativo un valor equivalente al de un acto negativo, denegatorio. Es fundamental recalcar que *no* hay en el silencio acto alguno, implícito o presunto; la Ley, sólo a efectos procedimentales, atribuye a la inercia los efectos que produciría un acto de contenido negativo. El silencio *no* puede constituir un acto administrativo, ni tácito ni presunto, por una limitación que le es intrínseca, como es el ser inacción administrativa, una omisión de decisión, un mero hecho²⁵. A la inercia se atribuyen los efectos que derivarían de un acto administrativo negativo, sólo a los efectos (es ésta la finalidad del instituto) de permitir al recurrente la interposición del recurso inmediato siguiente.

El artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia²⁶, por su parte, establece que el objeto del recurso contencioso administrativo de anulación en el supuesto del silencio —de frente a un recurso administrativo— es el acto *original* ya impugnado en vía administrativa. Se impugna el acto emitido por la autoridad inferior (*verdadera manifestación de voluntad* de la Administración Pública), solución legislativa que rompió con la tradicional teoría que veía en el silencio un acto administrativo tácito. El control del juez con competencia en lo contencioso administrativo se concentra sobre la decisión (sobre el acto) emitido por la autoridad subordinada. *El transcurso inútil del lapso para decidir el recurso administrativo jerárquico se configura, pues, como una condición de admisibilidad (un mero presupuesto procesal) para la impugnación —en vía judicial— del acto que no causa estado, ya impugnado con*

recurso dentro de los correspondientes lapsos, *se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente*, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que les sean imputables por la omisión o demora" (el subrayado es nuestro).

En definitiva, el silencio administrativo no hace más que permitir impugnar directamente ante el juez con competencia en lo contencioso administrativo un acto cuya legitimidad, originalmente, no podía ser controlada —de manera *inmediata*— por el juez administrativo.

23. Caracciolo. "Riflessi delle recenti leggi di giustizia...", p. 233; Quaranta-Grasso, "I ricorsi amministrativi...", p. 120.
24. Establece el artículo 68 de la Constitución venezolana que "todos pueden utilizar los órganos de administración de justicia para la defensa de sus *derechos e intereses*, en los términos y condiciones establecidos en la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es inviolable en todo estado y grado del proceso".
25. Filippo Satta, "Giustizia Amministrativa...", p. 196.
26. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia fue publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 1.893 Extraordinario, de fecha 30 de julio de 1976.

el recurso jerárquico ²⁷. El transcurso inútil de tal *spatium deliberandi* constituye, pues, uno de los presupuestos procesales para la interposición, contra el acto original, del recurso ante el tribunal contencioso administrativo competente.

No obstante lo breve de las precedentes consideraciones, resulta indudable que el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia disciplinan —complementándose— de manera armónica la figura del silencio administrativo (negativo): el primero atribuye un valor substancial a la inercia de la Administración, haciéndola *equivalente* a un acto de contenido negativo, valor que le viene atribuido *sólo* a los efectos de permitir al administrado intentar el recurso siguiente (aspecto procedimental); el segundo identifica cuál es el objeto de la impugnación en sede judicial, en el supuesto de inútil transcurso del lapso fijado en la Ley, señalando que se trata del acto (original) ya impugnado previamente en vía administrativa.

7. Habiendo ya analizado, si bien brevemente, la disciplina legal —general— del silencio administrativo y del recurso jerárquico (al menos en los aspectos que más nos interesan), nos corresponde ahora precisar cuál es el remedio concedido por el ordenamiento jurídico venezolano al recurrente que, habiendo intentado un recurso jerárquico por motivos de mérito (de más está el insistir en que análogas consideraciones cabe hacer con respecto a toda solicitud o recurso en reconsideración cuando éstos se intentan ante la máxima autoridad, poniendo fin a la vía administrativa), ha visto transcurrir inútilmente el lapso legal sin que la Administración tome una decisión.

Como punto previo, sin embargo, es fundamental el precisar que en el supuesto bajo análisis no opera la figura del silencio administrativo. No opera porque de atribuirse a la inercia de la Administración el valor de una decisión negativa, el recurrente se vería imposibilitado a acudir a la vía contencioso administrativa en defensa de sus intereses, lo cual desvirtuaría la finalidad (intrínseca) eminentemente procedimental del silencio administrativo negativo. La Ley, en efecto, considera resuelto negativamente el asunto o recurso que no viene decidido por la Administración en el lapso establecido, *a fin de* permitir al interesado el intentar el recurso siguiente. Si el recurrente interpuso el recurso jerárquico por motivos de mérito (aislada o conjuntamente con motivos de ilegitimidad), es claro que su pretensión se satisface sólo con la decisión del órgano al cual compete conocer del recurso jerárquico interpuesto, pues en la vía contencioso administrativa el control del juez se extiende solamente a la contrariedad al Derecho, a la ilegitimidad del acto impugnado ²⁸. Si la finalidad del silencio administrativo negativo es fundamentalmente procedimental, permitiendo al interesado intentar el recurso siguiente (evitando que la inercia de la Administración lo perjudique), resulta evidente que en el supuesto aquí estudiado —precisamente por no haber recurso siguiente, no pudiendo apreciar el juez los motivos de mérito alegados— la aplicación del silencio resultaría contraria a la finalidad procedimental del mismo, a la razón de ser del instituto. De hecho, el recurrente quedaría privado de todo medio de tutela de sus intereses, lo cual estaría en franca contradicción con lo dis-

27. Cassarino, "Il processo amministrativo...", p. 1.288.

28. Consideramos conveniente el realizar una aclaratoria que hasta ahora no habíamos hecho en estas breves reflexiones, quizás por lo obvio que resulta: cuando el recurrente interpone, ante la máxima autoridad administrativa (no habiendo posterior recurso en vía administrativa), un recurso por motivos de mérito, *conjuntamente* con motivos o alegatos de ilegitimidad, bien *puede* valerse del silencio administrativo (cuando la Administración dentro del lapso de Ley no decide) para así intentar el recurso en vía judicial con base sólo en los motivos de ilegitimidad (aquellos que puede conocer el juez con competencia en lo contencioso administrativo), o bien *exigir* una decisión de la autoridad administrativa competente que comprenda todas las razones o motivos por él alegados. En lo relativo a los motivos del recurso Contencioso-Administrativo de anulación, véase Allan R. Brewer-Carías. "Instituciones Políticas y Constitucionales", Caracas 1985 pp. 665 y siguientes.

puesto en los artículos 67 y 68 de la Constitución venezolana²⁹. Ahora bien, no siendo aplicable al presente caso el contenido (valor) negativo que la Ley atribuye al silencio, siendo éste tan sólo silencio —mera violación del deber de decidir— ¿cuál es el medio al cual puede recurrir el administrado para tutelar sus intereses?

No resultando aplicable la figura del silencio administrativo contemplado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el problema analizado debe plantearse en términos de un derecho (cuya titularidad corresponde al recurrente) a dirigir peticiones y obtener oportuna respuesta, y un deber (de la Administración Pública) de resolver acerca de las instancias o peticiones que le sean dirigidas, derecho —y correlativo deber— exigible, de acuerdo a la más reciente jurisprudencia venezolana, a través del *Recurso de Amparo* consagrado en el artículo 49 de la Constitución venezolana, según el cual:

“Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, de conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”.

La jurisprudencia venezolana se ha pronunciado sobre la procedencia del Recurso de Amparo constitucional cuando intentado un recurso de reconsideración (que en el caso *sub-iudice* agotaba la vía administrativa) no se obtiene oportuna respuesta, a fin de obtener del tribunal competente una orden, dirigida a la autoridad administrativa, *emplazándola* a pronunciarse. Los razonamientos del juez contencioso administrativo son plenamente aplicables al caso aquí analizado³⁰. En efecto, la inercia administrativa violaría la garantía contenida en el artículo 67 de la Constitución, garantía desarrollada en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³¹.

Como se observa, el interponer el Recurso de Amparo constitucional y —por consiguiente— el dejar de aplicar “excepcionalmente” la figura del silencio administrativo (lo cual se justifica sobre la base de que la aplicación de este último desnaturaría el instituto, ya que dicha aplicación iría en contra de la finalidad que le sirve de fundamento, de justificación) es la única solución aceptable, por lo demás consona con los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, cuando la Administración, frente a una solicitud o recurso interpuesto por motivos de mérito, y contra la cual no hay ulterior recurso en vía administrativa, no decide dentro del lapso establecido en la Ley.

29. Según el artículo 67 de la Constitución venezolana “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”.

30. Nos referimos a la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso Federación Venezolana de Tiro, de fecha 13 de febrero de 1986, con ponencia de nuestro Profesor Román J. Duque Corredor, publicada en la *Revista de Derecho Público*, Nº 25, Editorial Jurídica Venezolana, p. 114. Cabe también citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 29 de abril de 1986, en *Revista de Derecho Público* número 26, pp. 122 y 123.

31. Establece el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que “toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias y peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieren para no hacerlo”, El artículo 3 *eiusdem*, por su parte, dispone que “los funcionarios y demás personas que presten servicios en la Administración Pública, están en la obligación de tramitar (deber de proceder, de sustanciar) los asuntos cuyo conocimiento les corresponda y son responsables por las faltas en que incurran”.

Por la vía del amparo constitucional, pues, se acude al juez competente a fin de que se restablezca el goce del derecho lesionado (el derecho de petición), por lo cual se puede exigir el cumplimiento, en un plazo perentorio fijado por el tribunal, del contenido de tal derecho, a través de la emanación del acto (de la decisión) que se pretende.

Roma, 8 de junio de 1987.

Contralor de la discrecionalidad administrativa en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica

Eduardo Ortiz Ortiz
*Profesor de Derecho Administrativo
San José. Costa Rica*

SUMARIO

- I. DISCRECIONALIDAD: CONCEPTO, ELEMENTOS Y ESPECIES
- II. LA REGULACION MINIMA
- III. LA REGULACION INSUFICIENTE
 1. *Discrecionalidad en cuanto al fin.* 2. *Discrecionalidad en cuanto al motivo.* 3. *Discrecionalidad en cuanto al contenido. Poderes implícitos, cláusulas generales de competencia y situaciones de urgencia.*
- IV. LA DISCRECIONALIDAD POR ELECCION FACULTATIVA O POTESTATIVA
 1. *La dicotomía legalidad y oportunidad.* 2. *La dicotomía en el contralor jurisdiccional de la Administración.* 3. *La posición discrepante de la Ley General.* 4. *Consecuencias prácticas de la posición de la L.G.: el control jurisdiccional total.* 5. *Vicios de la función y vicios del acto (irracionalidad, iniquidad, inutilidad).* 6. *El reino del Juez.* 7. *El reino de la ciencia. La llamada discrecionalidad técnica.* 8. *La L.G. y los principios generales de Derecho.* 9. *Conclusión.*

I. DISCRECIONALIDAD: CONCEPTO, ELEMENTOS Y ESPECIES

Es bien sabido que la discrecionalidad es concebida como la libertad de la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades de imperio, al dictar actos administrativos¹. Se podría definir como la libertad de la Administración para determinar y decidir su conducta imperativa frente a otros sujetos en cuanto a los aspectos de esa conducta no regulados por la ley. En los ideales de la Revolución Francesa, madre del Derecho Administrativo y del Estado de Derecho, la ley es la única auténtica expresión de la Nación, titular último del poder, en cuanto emana de la Asamblea Nacional, su representante por excelencia. Todas las demás funciones no son sólo subordinadas sino auxiliares de la legislación, a modo de mecanismos necesarios para su fiel cumplimiento. El modelo perfecto de éste sería la aplicación de la ley sin actos interpuestos de otros supremos poderes, mediante una previsión total de la conducta administrativa por la Asamblea Legislativa, pero es irrealizable². Inevitable y forzosamente, la Asamblea tiene que abandonar en el Gobierno y en su Administración la regulación de parte de la conducta de éste frente a los demás, que está fuera de su alcance prever o entender, con lo que nace una potestad de estos dos últimos para completar su obra y regular la realidad, con alcance general o indivi-

1. Umberto Fragola, *Gli Atti Amministrativi*, Jovene, Napoli, 1964, pp. 38 y 39; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, 1979, Rio de Janeiro, pp. 471 a 473.

2. Lino Di Qual, *La Competence Liee*, LGDJ, París, 1964, pp. 4 y 5; Carre de Malberg, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pp. 310, 315, 317 y 318; Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo 1, pp. 165 y ss., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.

dual. Se trata de una potestad normativa, que apodera a la Administración para determinar aquello dejado en blanco por la ley y por sus reglamentos, en lo que toca a las relaciones de esa misma Administración con otros sujetos, principalmente con el ciudadano, el administrado³. Escapa a la Administración la regulación de otras zonas de la vida social, que quedan reservadas a la ley, como las relaciones entre particulares, materia principal de los códigos privados. De este modo puede decirse que la potestad de la Administración para completar la regulación legal se funda en dos hechos, que obran de consuno, a saber: la ausencia de ley sobre la materia y la supuesta idoneidad de la Administración para suplirla, dado que se aplica siempre sobre sus relaciones con otros. Juega, aunque en menor grado, la necesidad de garantizar la superioridad de la Administración por encima del interés privado, aunque atemperada por la otra de sacrificar éste en un mínimo, sobre todo cuando se trata de derechos humanos o de garantías constitucionales. La norma que otorga la potestad considera también sus relaciones con esos intereses y derechos privados, aun si no lo hace expresamente, y es a partir de la diversa posición que les otorga respecto de ella que nace, precisamente, la distinción entre unos y otros (el derecho subjetivo armado con la potestad de exigir, a la inversa del interés legítimo, que sólo alcanza a anular el ejercicio desfavorable de la potestad, cuando es ilegal)⁴. El interés público que la potestad administrativa de imperio persigue, por otra parte, nunca se da aislado, sino conjuntamente con otros, que pueden tener mayor o menor valor y urgencia, según las circunstancias de cada caso. La discrecionalidad aparece como un regulador de la realización de ese fin público normativo y principal, para coordinarlo con los otros intereses públicos y privados en juego y lograr que su realización se obtenga en la mayor armonía posible con éstos y el menor sacrificio de todos⁵. Es, entonces, una libertad de identificación y jerarquización de los intereses presentes en una determinada circunstancia, con base en una situación de hecho que llama a actuar para satisfacerlos, o que impone no hacerlo si actuar en ese momento resulta nocivo para el logro del fin legal de la potestad o para los otros conexos con éste en esa circunstancia⁶. Si hay acto, el fin legal de la potestad ejercida tiene que predominar, pues lo contrario sería usarla para un fin diverso del legalmente previsto y desviación de poder; pero puede más bien optarse por no actuar, cuando el fin legal sólo puede alcanzarse a costa de un excesivo sacrificio de los demás conexos con el acto. La discrecionalidad es, entonces y en primer lugar, una libertad para decidir si dictar un acto o no dictarlo. Caso de que se decida dictarlo, puede ser una libertad para conformar y dar vida a elementos del acto dejados en blanco por el ordenamiento o determinados por éste en forma vaga e imprecisa, para permitir decisiones intermedias y menos drásticas: entre actuar y no hacerlo, la Administración puede elegir entre varias alternativas posibles, según la configuración que ella misma les dé con vista del caso, más o menos adaptadas al fin legal de la potestad y a los otros intereses —públicos y privados— conexos, siempre con preferencia para ese fin legal⁷. Es

3. Aldo Piras, "Discrezionalità (voz)", *Enciclopedia del Diritto*, pp. 76, 77 y 85; Constantino Mortati, *Sul Potere Discrezionale*, pp. 1.000 a 1.002, "Problemi di Diritto Pubblico Nella Attuale Esperienza Costituzionale Repubblicana", *Raccolta di Scritti II*, Giuffrè, Milano, 1972.

4. Mario Nigro, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 105 a 109.

5. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vol. 1, p. 481, Giuffrè, Milano, 1970.

6. Giannini, *op. cit.*, p. 480.

7. Giannini, *op. cit.*, tomo II, p. 908, expone detalladamente el acto de elección que constituye la esencia misma de la discrecionalidad entendida como ponderación de intereses conexos con el fin público de la potestad administrativa para la escogencia de la alternativa que mejor coordine aquél con estos últimos, diciendo: "También el momento de la «escogencia» da lugar a problemas. Normalmente, en efecto, la elección es obra de la autoridad que decide. No hay normas que indiquen los criterios generales de preferencia; rige, sin embargo, el principio de la «subordinación» del interés primario (como se ha dicho cuando se ha hablado de la discrecionalidad). Ello significa que si los intereses secundarios son de hecho prevalentes sobre el

evidente que la ley, en lugar de callar o hablar con conceptos "elásticos", para abrir ese juego de alternativas, puede hacerlo expresa y precisamente y facultar a la Administración para escoger entre varias, cada una bien definida por ella misma. En lugar de decir que la Administración podrá imponer "sanciones disciplinarias" a sus empleados, sin más, podrá agregar que en virtud de "faltas" de ellos y dar la lista de las sanciones aplicables; la ley puede llegar más allá y establecer otra lista de faltas y la correlación entre éstas y las sanciones. En este último caso no habrá discrecionalidad, pues la ley habrá determinado anticipadamente todos los elementos fundamentales del acto, el motivo (la falta típica), el contenido (la sanción correlativa) y el fin (la ejemplaridad del castigo en beneficio de la buena marcha del servicio). La discrecionalidad sólo existirá en los cuatro primeros casos, a saber:

a) cuando se faculta —expresa o implícitamente— a la Administración para escoger entre dictar un acto o no dictarlo;

b) cuando se faculta —expresa o implícitamente— a la Administración para escoger entre varios tipos de actos, a partir de una determinada situación de hecho;

c) cuando implícitamente se faculta a la Administración para escoger y adoptar la configuración de un elemento de fondo del acto, motivo o contenido, no determinado por la ley o determinado en forma vaga e imprecisa, que exija una ulterior determinación —en este caso, administrativa— para que el evento real a que se refiere tal configuración pueda reputarse elemento integrante del acto en la realidad del caso concreto y no sólo en la letra de la norma;

d) cuando se faculta a la Administración —expresa o implícitamente— para escoger el momento del acto debido en virtud de ley. En esta hipótesis no hay libertad para no dictarlo, pero sí la hay para dictarlo después y denegarlo ahora, dada la potestad de escoger libremente el momento de su realización.

De este modo, hay dos formas esenciales de discrecionalidad, según su origen o condicionamiento: la discrecionalidad por ausencia o imprecisión de la regla aplicable en cuanto a elementos materiales del acto administrativo, necesariamente implícita y consistente en la libertad para configurarlos según un criterio personal del funcionario; y la discrecionalidad para escoger entre varias conductas (y, como variante, para despejar la alternativa de si actuar o abstenerse), que puede ser expresa tanto como implícita, especialmente cuando se trata de esto último (si actuar o abstenerse, lo que a menudo es inferible y no literal).

El examen que sigue tiene como objeto mostrar cómo la Ley General de Administración Pública, al recoger posiciones nuevas y agregar otras de su cosecha, en punto a esencia y contralor de la discrecionalidad, la ha destruido o, en el mejor de los casos para ella, la ha reducido a fenómeno absolutamente marginal y anormal de la vida administrativa. Esas presuntas formas de discrecionalidad, por silencio y por autorización de la ley, como las llamaremos, no existen más en Costa Rica, pese a su enorme solera doctrinal e institucional.

primario, éste se frustra, total o parcialmente. Dicho con más precisión, la ponderación de los intereses puede conducir a juicios valorativos de, al menos, tres tipos: 1) el interés primario es considerado digno de tutela y los secundarios o son neutros a su respecto o, más bien, lo refuerzan: el interés primario resulta así dominante y la escogencia va orientada en el sentido de la adopción de un acto administrativo; 2) los intereses secundarios, todos o algunos, resultan más dignos de tutela que el primario: éste se subordina y la escogencia se orienta en el sentido del acto de denegación o negativo; 3) el interés primario resulta digno de tutela, pero también algunos intereses secundarios; hay una subordinación parcial del interés primario y la escogencia se orienta en el sentido de dar el acto administrativo favorable, pero con cláusulas especiales, limitativas o ampliativas, para tutelar los secundarios; en este evento, que es el más frecuente, se arriba a un compromiso entre los diversos intereses introducidos en el procedimiento administrativo". Véase también al respecto Franco Ledda, *Il Rifiuto di Provvedimento Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964, p. 181.

II. LA REGULACION MINIMA

Fuera de los elementos de fondo, que son el medio inmediato y directo para la consecución de los fines públicos, el acto administrativo tiene elementos formales, que son: el sujeto, la competencia, la forma y, dentro de la idea amplia de tales elementos, aunque impropia (como veremos), el procedimiento administrativo. Hay una fuerte tendencia hacia el carácter reglado de dichos elementos formales en todos los ordenamientos, como si fueran las condiciones genéricas y mínimas que deben darse para que pueda ejercerse adecuadamente la potestad administrativa. Podría decirse que mientras los elementos materiales y de fondo (fin, motivo y contenido) determinan la realización del fin público en la mejor forma posible, los elementos formales del acto administrativo son las condiciones objetivas sin las cuales es imposible el acto, y que, por ello mismo, han de configurarse independientemente de la voluntad del autor de éste, según una predeterminación legal imperativa. Se trata, en su mayoría, consiguientemente, de elementos reglados del acto administrativo⁸. Pero puede haber excepciones, aunque leves y confinadas.

a) *Sujeto*. Es innecesario insistir en la idea de que todo fin público ha de tener su centro de acción destinado a su cumplimiento y responsable por este último. Ese centro de acción es siempre y necesariamente un sujeto o persona jurídica, que no necesariamente es público. Puede haber entidades de Derecho Privado encargadas de cometidos y de potestades públicas⁹. En todo caso, el sujeto de actos o actividades públicos está dado por ley o norma escrita dictada por otro sujeto y normalmente por el Estado, no mediante autodeterminación del sujeto mismo. No hay normalmente discrecionalidad al respecto.

b) *Competencia*. Si entendemos ésta como la titularidad y la cantidad de situaciones jurídico-subjetivas ordenadas al cumplimiento de un fin público y, más específicamente, de las potestades públicas instrumentales para ese fin público, entonces la competencia tampoco puede ser discrecional. La atribución de potestades y, en general, de situaciones jurídico-subjetivas, implica la titularidad de ellas por un sujeto, en virtud de una distribución legal que todos deben respetar. Normalmente tampoco hay discrecionalidad al respecto. Ello no obstante, puede ocurrir que la distribución legal exija ulteriores reparticiones internas al sujeto favorecido con la competencia, y que éste no encuentre norma a él extraña que las haga. En esta hipótesis, las puede operar a su criterio y ejercer una libertad, aunque limitada, principalmente por razones de afinidad de la competencia a distribuir entre sus órganos con las ya pertenecientes a éstos. La regla es dar esa competencia genérica al órgano de materia más afín dentro de la estructura del ente público. Si no lo hay, podrá crearse con ese exclusivo objeto. Y, salvo que la norma legal de atribución de la competencia diga lo contrario o que la organización sea colegial, el órgano inferior, no jerarca, que resulte así apoderado sólo podrá ejercer su competencia sujeta a plena jerarquía respecto del superior. El jerarca podrá, en lugar de atribuir esa competencia a un órgano distinto y dependiente, entenderla dada a él y ejercerla con exclusividad. Dentro de estos límites, una cierta discrecionalidad para la asignación de cometidos y poderes puede entenderse posible siempre que los mismos vengan dados genéricamente a un sujeto y no a un órgano determinado de éste¹⁰.

8. Jean Claude Venezia. *Le Pouvoir Discretionnaire*, LGDJ, París, 1959, p. 17.

9. Franck Moderne, "Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo de origen privado", *Civitas*, Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), Nº 4, 1975, Madrid, pp. 10 y 11. Giuseppe Guarino, "Pubblico Ufficiale ed Incaricato de Pubblico Servizio", *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 218.

10. Art. 59.2. "La distribución interna de competencias así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia" (LGAP).

Art. 62. "Cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente u órgano compuesto por varias

c) *Forma*. La forma es el método de externación de los elementos del acto administrativo, para los efectos de su formación o de su eficacia. Es decir: por la forma, esos elementos se convierten en conocibles para terceros frente a la Administración, lo cual puede ser reputado por cada ordenamiento como factor de validez o condición de los efectos del acto administrativo. Contra lo que suele decirse, la forma escrita es esencial para la existencia y validez del acto, tanto como para su eficacia e impugnabilidad. No hay libertad ni discrecionalidad al respecto, con las salvedades que indique la ley. La razón es una y muy clara: es el carácter masivo de los actos públicos, que han de ser documentados para guardarse y conservarse, sin lo cual desaparecerían. Y esto es así tanto si el acto otorga derechos subjetivos como si priva de ellos, pues en ambos casos resulta necesario conocer su contenido y alcances imperativos. En cuanto sujeto a contralores administrativos y jurisdiccionales, como rasgo esencial y connatural con el Estado de derecho, el acto administrativo tiene que ser escrito. Las excepciones en favor de lo oral son el acto tácito (implícito en comportamientos); el implícito (contenido en otro u otros actos), y los actos inmediatos respecto de su motivo, como los de policía¹¹. Podría considerarse posible una cierta libertad en punto a la elegibilidad de tales vías de externación, alternativas frente a la escrita. Esta libertad tiene dos graves limitaciones: la necesidad de comunicar por escrito el acto lesivo —cuando lo sea— antes de su ejecución material, que de otro modo se convertiría en una vía de hecho contra el ciudadano¹²; y la necesidad y oportunidad de la excepción a ese imperativo, lo que —como se verá— supone la aplicación de tales conceptos indeterminados (pero de alcance determinable con vista del caso ocurrido), que justifiquen indubitablemente el recurso a esas otras formas de expresión del acto y de sus elementos, dentro de las circunstancias. Habría que demostrar que fue imposible usar la forma escrita, salvo en la

oficinas, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar y, si no la hay, la de grado superior, o la que ésta disponga”.

11. Art. 137. “Los comportamientos y actividades materiales de la Administración que tengan un sentido unívoco y que sean incompatibles con una voluntad diversa, servirán para expresar el acto, salvo que la naturaleza o circunstancia de éste exijan manifestación expresa”.
Art. 138. “El acto podrá expresarse a través de otro que lo implique necesariamente, en cuyo caso tendrá existencia jurídica propia”. (LGAP).
12. Una de las especies de la vía de hecho es la actuación material lesiva de la Administración contra la propiedad o la libertad de las personas sin vinculación con un acto administrativo eficaz, sea porque éste no exista, porque carezca de los requisitos necesarios para ser eficaz o (lo que es una especie de lo último) porque sea nulo de pleno Derecho o absolutamente nulo (y, por ello mismo, intrínseca e irreversiblemente ineficaz, según el articulado de la Ley General de Administración Pública y la mejor doctrina). Ver al respecto Juan José Sobrado, *La vía de hecho y la acción interdictal contra la Administración*, Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, 1981, Imprenta Lehmann, pp. 335 a 339; así como André de Laubadère, *Traité Elementaire de Droit Administratif*, L.G.D.J., París, 1963, vol. 1, pp. 401, 403 y 406. Pero es muy importante hacer tres advertencias, a saber: a) cuando hay un acto administrativo precedente, que tendrá que ser uno gravemente viciado y absolutamente nulo, la vía procesal sumaria para combatir la actuación material constitutiva de la vía de hecho (interdicto, amparo o suspensión incidental) debe servir también para impugnar el acto precedente en sí e impedir el inicio de su ejecución, por una evidente implicación lógico-normativa: si se trata de poner fin perentoriamente a una violación grave del ordenamiento, la misma vía procesal debe servir también para evitarla (véase Sobrado, *op. cit.*, pp. 353 y 354); b) la vía procesal sumaria debe ser acumulable u optativa, y entenderse que, en los casos de acto precedente absolutamente nulo, éste puede ser combatido, a elección o simultáneamente, en la vía declarativa ordinaria, normalmente orientada a proteger los derechos e intereses del administrado, y no sólo su posesión, con autoridad de cosa juzgada; esto se halla expresamente previsto por el art. 357.1 de la Ley General, al disponer ésta que en la hipótesis propuesta se podrá accionar judicialmente “inclusive por la vía interdictal”, con clara alusión a y autorización de las otras existentes; c) hay frecuentes hipótesis de “coacción directa”, en las que la Administración notifica y revela el acto lesivo por medio de su ejecución material, dada la inmediatez temporal entre motivo y decisión, lo que es común, por ejemplo, en materia de policía de tránsito, de orden y seguridad, etc. En tales hipótesis el ordenamiento

hipótesis de actos "inmediatos", los cuales, por su carácter de tales y de su masiva ocurrencia, quedan justificados por sí mismos. La forma escrita, en conclusión, es general, imperativa y de principio, por lo que normalmente no hay discrecionalidad al respecto¹³.

d) *Procedimiento*. Esta materia está dominada por la distinción fundamental entre formalidades procedimentales de índole sustancial y de índole dispensable. Las primeras son aquellas cuya realización hubiese alterado sustancialmente la posibilidad o el contenido mismo del acto, porque no se habría dictado o se habría dictado con alcance y efectos muy distintos; y son insustanciales, a su vez, las que son dispensables sin cambio importante al respecto, porque el acto se habría realizado igualmente sin ellas. Esto monta a decir que son sustanciales aquellas que influyen o determinan los elementos de fondo del acto y su configuración, y a la inversa¹⁴. Las primeras son casi siempre legalmente obligatorias y su omisión determina la invalidez del acto, pero ésta es normalmente relativa, no absoluta, y, consiguientemente, subsanable mediante la realización tardía de la formalidad omitida¹⁵. Excepcionalmente, como cuando se trata de dictámenes, su omisión es insubsanable y absoluta la nulidad que generan. Pero son importantes y pueden ser sustanciales las formalidades y actos del procedimiento administrativo aun si no son legalmente obligatorios, sino libremente pedidos o realizados. Los informes técnicos, las audiencias concedidas, etc., pueden arrojar elementos de juicio y de ponderación impeditivos o habilitantes del acto. En estas hipótesis, su omisión no tiene repercusiones, pero su presencia y realización

permite el acto oral y el tácito, sin procedimiento que lo prepare ni forma que lo externe antes de su ejecución, lo que no obsta para su existencia como acto tácito, según lo previsto por el art. 137 *ibidem*. La diferencia fundamental entre este tipo de actos tácitos y los demás radica en lo que hemos llamado "la intermediación" entre motivo del acto y emisión del mismo, así como en su carácter masivo y serial. notas ambas que justifican lo que de otro modo sería una vía de hecho típica. Si esas notas y circunstancias justificantes no se dan, la ejecución material de un acto lesivo, sin previa notificación del mismo con todos sus requisitos de eficacia cumplidos, configura una vía de hecho que, fuera la ordinaria, es impugnabile en la vía interdictal, del amparo o de la suspensión incidental del acto impugnado (art. 357.2 *ibidem*). Cuando existan aquellas justificantes de la confusión entre acto y ejecución, entre deliberación y actuación, no habrá vía de hecho y sólo podrán emplearse contra el acto las vías procesales ordinarias disponibles. Ver respecto de la "coacción directa" y las formas de exteriorización e impugnación de los actos de policía de orden y de seguridad los excelentes artículos de Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, "Las Medidas de Policía: Su Exteriorización e Impugnación", *RAP*, Nº 61, Madrid, 1970, pp. 137 a 140, lo mismo que José Luis Carro, "Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público", *REDA*, Nº 15, Madrid, 1977, pp. 605 a 607.

13. Es conocida la posición inversa del C. E. francés, que reputa "insustancial", "no obligatoria" y "prescindible" la forma escrita en el acto administrativo; ver *Auby et Drago, op. cit.*, tomo II, pp. 288 y 289, y Guy Issac, *La Procedure Administrative non Contentieuse*, L.G.D.J., París, 1968, pp. 288 a 291, 293 y 294. La tesis del C.E. tiene por consecuencia habilitar la posibilidad de actos lesivos no escritos o informales, eventualmente implícitos en su ejecución, sin constituir vía de hecho, lo que resulta inadmisibile.
14. Marcel Waline, *Droit Administratif*, Sirey, París, 1963, pp. 459 y 460. La distinción es normal y tratada por todas las obras generales de Derecho Administrativo francés. En apasionada boga por el carácter secundario de las formas y formalidades en el Derecho Administrativo y por la irrelevancia normal de los vicios al respecto, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, "Curso de Derecho Administrativo", *Civitas*, Madrid, 1980, vol. 1, pp. 541 a 548, especialmente 542 y 543.
15. Art. 188. 1. "Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, éstos podrán darse después del acto, acompañados por una expresa manifestación de conformidad con todos sus términos.
2. Lo anterior no podrá aplicarse a la omisión de dictámenes ni a los casos en que las omisiones arriba indicadas produzcan nulidad absoluta, por impedir la realización del fin del acto final".

La norma ha acogido indudablemente la posición antiformalista asumida por los autores citados en nota anterior.

aporta elementos, principalmente de hecho, que deben tomarse en cuenta como integrantes de los elementos de fondo del acto, en forma tal que su ignorancia, falta total de consideración o tergiversación, representan vicios lógicos del acto, que lo anulan. Todo esto revela que hay en materia de procedimiento administrativo gran libertad de invención, con eventuales graves resultados para vincular la libertad de la Administración al dictar el acto final. Sin embargo, se trata normalmente de actos o comportamientos fundados en o referidos a un juicio, representación o valoración, cuyo límite intrínseco está en sí mismos, pues tienen que darse de acuerdo con la realidad a la que se refieren y según las reglas que la describen y gobiernan. La discrecionalidad al respecto es muy poca o inexistente, en la mayoría de los casos. La hay, entonces, únicamente para escoger el tipo de los actos y formalidades, no para realizarlos ni configurarlos, y aun aquella libertad está reducida por su debida correlación y adecuación a las circunstancias y a la realidad del caso, lo que prácticamente la reduce a nada. Sin embargo, es esta materia la única de la vida formal del acto administrativo en la que se puede crear y ejercer una libertad de elección o escogencia de la Administración, auténtica especie de discrecionalidad administrativa, dentro de los límites y condicionamientos relatados, y sujeta, por ello mismo, a todos los otros principios que se indicarán y analizarán respecto de los elementos de fondo del acto, verdadera sede de aquella discrecionalidad. Las reglas y conclusiones al respecto serán íntegramente aplicables a cada uno de los actos del procedimiento, distintos del principal, que constituyen externación de elecciones o escogencias por parte de la Administración.

Ahora bien: hay una formalidad esencial e inexcusable previa al acto lesivo, exigible por razón de principio general y aunque ninguna ley la imponga, que es la audiencia y la oportunidad de prueba suficientes en favor del administrado sujeto a un procedimiento administrativo eventualmente desfavorable a sus derechos e intereses¹⁶. Cuando se va a dictar un acto que puede lesionarlos gravemente debe

16. El "debido proceso" es de principio y su rango es constitucional. Quiere decirse que no está a disposición de la ley y que ésta debe observar ciertos límites y cumplir con cierta amplitud en su regulación, so pena de inconstitucionalidad. Incluye la posibilidad de saber lo que se propone o eventualmente puede hacer la autoridad en contra del ciudadano y, cuando hay contraparte privada, lo que ésta pide y por qué. Esta oportunidad inicial de oír y conocer las pretensiones opuestas del adversario; para defenderse de ellas, es tan esencial al abrirse el respectivo procedimiento y, más bien, para abrirlo, como la oportunidad para hacerse oír, hacer alegatos y presentar y tramitar pruebas en apoyo de las peticiones propias. Significa, por lo pronto, que la Administración o la contraparte tienen que definir inicial, exacta y precisamente sus pretensiones, los hechos y las pruebas en que las fundan, antes de dar la audiencia o al darla, sin lo cual la sustanciación de los puntos de vista del favorecido con ella sólo puede ser teórica e insuficiente, por falta de conocimiento del agravio que puede causársele; en tales condiciones, la audiencia no es tal y se viola el derecho constitucional correspondiente. La audiencia debida exige, si no un proyecto del acto final, una clara comunicación de sus extremos esenciales, no sólo del por tanto o disposición, sino también de los considerandos y de la motivación del mismo. Obviamente que el derecho de audiencia y defensa comprende el de concurrir al trámite de la prueba del adversario tanto como al de la propia, lo que implica el derecho, por ejemplo, a repreguntar testigos y peritos. Todo lo dicho es claro cuando se trata de procedimientos ablatorios y desfavorables contra el ciudadano desde que se plantean; pero es también aplicable y exigible cuando se trata de procedimientos de autorización, iniciados por el propio administrado en su interés. Si la Administración vislumbra un resultado desfavorable para el promotor o para terceros identificados en el expediente y, en último término, para grupos determinados, la Administración tiene que abrir el trámite de audiencia y comparecencia, para garantizar la defensa del interés del administrado. Esto es debido sobre todo cuando hay disputa sobre hechos; pero también cuando el resultado desfavorable es posible, aun si sólo se trata de diferencias en cuanto a enfoques o cuestiones de Derecho. El tratamiento de los alcances de la audiencia y defensa previas, como expresión del "debido proceso", es especialmente amplio, generoso y preciso en las obras argentinas, impulsadas por la jurisprudencia de su Corte Suprema; ver al respecto Agustín Gordillo, *Procedimiento y Recursos Administrativos*, Ediciones Macchi, Bs. Aires, 1971, pp. 72 y ss., y el extenso desarrollo sobre el contenido del "derecho a vista" en el procedimiento administrativo

hacérselo saber al administrado, con indicación de lo que se prepara, y darle la oportunidad de decir lo que tenga contra el proyecto de acto o contra su posibilidad, y de probar hechos que favorezcan su tesis, con miras a evitar el agravio. Esa oportunidad debe ser razonable y suficientemente amplia en todo concepto: en cuanto a información sobre el acto en preparación y a su alcance lesivo; en cuanto al alcance y fines de la audiencia que se concede en el procedimiento en curso; en cuanto al plazo para evacuarla, para alegatos y para medios de prueba para sustanciarla; en cuanto al acceso a las oficinas administrativas para prepararlas con vista de documentación pertinente, que debe ponerse a disposición del administrado; en cuanto a recursos dentro del procedimiento y en cuanto a las etapas de éste, etc. Reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales ha exigido esta formalidad en punto a despidos o remociones administrativos y ha fundado su existencia, por analogía, en el art. 39 C. Política, que exige juicio penal previo y sentencia firme antes de la ejecución de la pena¹⁷. Hoy en día su fundamento claro está en los arts. 217 y 218, así como en los arts. 308 y 320 de la Ley General de Administración Pública (LGAP)¹⁸. El

argentino, en pp. 238 y ss. Pero el alcance y contenido de ese "debido proceso" es principalmente ilustrativo y digno de emulación en la jurisprudencia y doctrina de EE.UU., centradas alrededor de la Enmienda 14 de su Carta, que literalmente lo exige para privar a cualquier ciudadano de su vida, propiedad o libertad, con desarrollo jurisprudencial que sobrepasa totalmente el texto constitucional y convierte ésta en la garantía más importante de su sistema jurídico y político. Véase al respecto edición oficial, por la Biblioteca del Congreso, dirigida por Edward Corwin, *U.S.A. Government de la Constitución de EE.UU.*, Printing Office, Washington D.C., 1953, pp. 1085 a 1087; así como Kenneth Culp Davis, *Administrative Law*, West Publishing Co., 1953, pp. 113 a 116 y 119 a 121, lo mismo que Bernard Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law*, New York, Oceana Publications, 1958, pp. 120 121. Para el derecho inglés, véase H. W. R. Wade, "Derecho Administrativo", *Estudios de Administración*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pp. 272 y ss. Pero el "debido proceso", contra lo que se cree, no es una creación anglosajona, sino una de honda raigambre hispánica: la noble figura del "Justicia" aragonés, Juez de causas contra el Rey y los servidores de la Corona aragonesa, apareció ya en 1265 y tuvo su apoyo entre 1436 y 1520, con poderes no sólo para juzgar y reprimir entuertos ya cometidos sino amenazados o por cometer, en decisión del famoso "proceso de firma", bajo sus dos especies significativamente llamadas "firmas de agravios hechos" y "firmas de agravios temidos o facederos", cuyo alcance comenta Víctor Faren Guillén, *Antecedentes Aragoneses de los Juicios de Amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, pp. 65 y 66: "Por medio de las primeras se pedía la revocación de los agravios inferidos, con inhibición del juez agravante en tanto la Justicia no resolviera sobre si había lugar o no a ratificar su firma; mediante las segundas, se alegaba que tal oficial o juez intentaba o pretendía obrar desafortadamente y se pedía al Justicia que le ordenase no proceder" (p. 66). Y si bien el extracto transcrito se refiere a jueces y no a autoridades reales o administrativas, el mismo autor expresamente aclara que el recurso o acción de firma se daba y otorgaba contra "jueces, oficiales y aun particulares a fin de que no se perturbasen a las personas y a los bienes contra fuero y derecho, existiendo tanto en materia civil como criminal (como política, hay que añadir)" (p. 65).

17. Art. 39. "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

No constituye violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores". La jurisprudencia que se alude es principalmente la cristalizada en los siguientes fallos de la Corte de Casación.

18. Art. 217. "Las partes tendrán derecho a conocer el expediente con las limitaciones de esta Ley y a alegar sobre lo actuado para hacer valer sus derechos o intereses, antes de la decisión final, de conformidad con la ley".

Art. 218. "Las partes tendrán derecho a una comparecencia oral y privada con la Administración, en que se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba, siempre que la decisión final pueda causar daños graves a alguna o a todas aquéllas, de conformidad con la ley".

Art. 308. 1. "El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:

art. 308 —que desarrolla el art. 218— exige una comparecencia oral y privada para efectos de que el administrado se defienda y presente prueba, siempre que “el acto final pueda causar un perjuicio grave al administrado”. Según la misma norma, ello puede ocurrir cuando se intente imponer sanciones u obligaciones, suprimir o limitar derechos o, incluso, lesionar gravemente intereses, lo que hace exigible la oportunidad de defensa en todos los actos de la Administración, excepto en procedimientos de concesión, en los que la lesión normalmente no es grave, aun si se da, por limitarse a mantener el *statu quo* patrimonial preexistente, al no ampliar ni enriquecer los derechos subjetivos del administrado. Pero ello no es así y el “debido proceso” es exigible cuando la concesión requiere un concurso para su otorgamiento, por ser posible el conflicto entre interesados¹⁹ y equivalerse al mal de uno el bien concedido a otro de los competidores o partes en disputa.

Fuera de las hipótesis de concesiones sin concurso, en las que lo exigen y en todos los demás procedimientos, tanto en los de sacrificio como en los de autorización, la insatisfacción del interés en conservar la posición competitiva o el patrimonio (ante el acto que lesiona aquella, o limita y mutila éste), o del interés en ejercer derechos condicionados (ante el acto denegatorio de la autorización solicitada), debe reputarse una forma de lesión grave, que amerita la audiencia y defensa del administrado. Ello es así sin importar la clase del interés o del bien lesionado, tanto si son patrimoniales como personales o personalísimos. Lo que se defiende aquí no es un valor económico determinado sino la esfera de libertad del administrado, entendida como todo aquello que puede hacer o tener, eventual o actualmente, tanto si es libre como si está sujeto a intervenciones opuestas o negativas de la Administración. Libre de tales intervenciones casi no hay derecho subjetivo alguno, pero la sujeción está legalmente regulada y la libertad resultante también. Podrá prescindirse de esta garantía de previa audiencia, escudo de esa libertad expresa o residual, únicamente

a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos;

b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente.

2. Serán aplicables las reglas de este Título a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad”.

Art. 320. “Cuando no se esté en los casos previstos por el artículo 308, la Administración seguirá un procedimiento sumario”.

19. La afirmación del texto respecto de actos de concesión con concurso corresponde al espíritu, aunque no a la letra, de los artículos de la Ley General transcritos y, sobre todo, del art. 308 *ibidem*. Es evidente, en efecto, que en procedimientos de concesión puede causarse un perjuicio al patrimonio del interesado, que es el fortalecimiento del competidor dentro del concurso (esté o no legalmente formalizado) para obtener una concesión administrativa (de algún derecho, principalmente contractual). En tales hipótesis, si bien no hay amenaza para derechos preexistentes del interesado, hay peligro para su posición competitiva en el mercado y evidente legitimación para hacerla valer y objetar cualquier ventaja ilegalmente concedida al competidor, dentro del procedimiento de concurso y/o en el acto final del mismo, llámese adjudicación o cualquier otra cosa. De este modo, una correcta interpretación de los artículos 217 y 308 de la Ley General conduce a la exigencia legal de la comparecencia oral o de cualquier otro procedimiento sucedáneo para el desarrollo y decisión del concurso administrativo, al menos de aquel que está legalmente regulado o formalizado, porque están jurídicamente reguladas su apertura y conclusión. En C.R. el art. 182 de la C. Política exige licitación para las obras públicas, las compras de toda clase y las ventas y arrendamientos de bienes del Estado, municipalidades y entes autónomos, mediante procedimiento a regular por la ley. La norma constitucional tiene su desarrollo en los artículos 92 y ss. de la Ley de Administración Financiera de la República, en la que los principios de publicidad del concurso, de trato igual para todos los concursantes y de adjudicación al mejor, previo acceso de cada participante a todas las piezas del expediente, son esenciales. Su violación produce la nulidad absoluta de lo actuado, según mandato del art. 100 de la misma LAF.

por razones de urgencia, entendidas como aquellas que así lo exigen para evitar daños irreparables o de difícil reparación a personas o cosas, pero la existencia de la eximente estará sometida a total contralor jurisdiccional²⁰, sobre todo en lo que toca a los motivos que deberán ser examinados íntegramente. Se trata de la formalidad sustancial y reglada más importante y genérica de nuestro ordenamiento administrativo.

e) *Conclusión:* No hay discrecionalidad administrativa en punto a la elección y configuración de los elementos formales del acto administrativo, que están normalmente determinados por el ordenamiento, expreso y escrito, o por principios generales no escritos. Excepcionalmente, esa libertad pareciera posible, pero, entonces, en estrecha correlación y proporción con las circunstancias del caso, lo que hace controlable su ejercicio y reduce a nada esa discrecionalidad en la mayoría de las hipótesis imaginables.

La verdadera sede de la discrecionalidad administrativa y donde ésta pareciera revestir toda su complejidad e importancia como medio de expresión de potestades normativas y creadoras de la Administración está en los elementos de fondo de sus actos autoritarios, fin, motivo y contenido. Pero se verá, sin embargo, el carácter ilusorio de esas virtudes creativas.

III. LA REGULACION INSUFICIENTE

Es posible que la discrecionalidad se dé, como se dijo, por carencia parcial de regulación de la potestad de fondo, fin, motivo o contenido. La otra forma de regulación insuficiente puede darse mediante el empleo de conceptos vagos o imprecisos, que la doctrina suele llamar indeterminados. En ambos casos se está delegando en la Administración la creación de una regla complementaria y concreta, para el caso determinado, que supla el silencio de la ley y que configure en lugar de ésta el elemento no reglado por ella; o bien, que precise y determine lo indeterminado e indique cómo debe entenderse realizada la categoría conceptual utilizada por la ley. La primera forma de discrecionalidad a examinar, que es la que se da por regulación insuficiente de los elementos del acto se divide, entonces, en dos grandes rubros: ausencia parcial de regulación y empleo de conceptos indeterminados. Examinemos estas diversas especies.

1. *Discrecionalidad en cuanto al fin*

Se da típicamente cuando el fin del acto no está indicado, sino sólo su contenido. Así, una norma autoriza al Concejo Municipal para remover al Ejecutivo Municipal, por mayoría de dos tercios de sus votos, sin decir por qué ni para qué. El Juez censura una remoción y hace ver la posibilidad de una desviación de poder por móviles de tipo político-partidista. Esa censura implica la asignación judicial de un fin a la remoción, pese al silencio de la ley. ¿Cómo es ello posible? Doctrina y Ley General proceden a este respecto por pasos ascendentes, en orden restrictivo, hasta imponer al Juez precisamente la fijación de fines del acto público.

Los artículos 49 de la Carta y 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 12 de marzo de 1966, sancionan la desviación de poder con la invalidez del acto y la definen como "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley" (art. 1.3 L.R.J.C.A.).

20. Art. 219. 1. "La Administración podrá prescindir excepcionalmente de los trámites de audiencia y comparecencia señalados por los artículos 217 y 218, únicamente cuando lo exija la urgencia para evitar daños graves a las personas o de imposible reparación en las cosas.

2. La omisión injustificada de dichos trámites causará indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente".

La primera consecuencia de tales normas es la prohibición que pesa sobre el servidor y funcionario público de actuar para fines distintos del señalado por la ley, cuando lo está. Pero van más allá, pues implican la prohibición de actuar para fines personales —propios o de terceros— aun cuando no lo esté. Es decir, ambas normas significan que la fijación de fines del acto administrativo es materia legal, reservada a la ley o a su reglamento ejecutivo o delegado, que no puede nunca ser libremente regulada por el propio funcionario; y que esos fines no pueden coincidir nunca con los personales de éste ni de nadie, porque, en tanto que reservados a la ley, tienen que ser de interés público, extraños a aquéllos. Puede, a lo sumo, caber el reglamento delegado o autorizado, que habilite la regulación administrativa sobre la materia dentro del marco de sus indicaciones y directrices, sin las cuales la ley claudicaría de su reserva, implícitamente incorporada al art. 49 C. Política, para abandonar la fijación de fines de la conducta administrativa en la misma Administración.

Ahora bien: el genérico del interés público tampoco es suficiente para configurar la potestad administrativa y el acto que autoriza. El giro en cuestión —el interés público— como, en general, cualquier otro vago e impreciso que es susceptible de múltiples sentidos en abstracto, sólo puede tener uno en el caso concreto y obliga al Juez a determinarlo, con exclusión de otras posibilidades. Pero la determinación de lo indeterminado se da enmarcada en varios preceptos, que guían al Juez.

El art. 131 (L.G.) dispone:

Art. 131.1: “Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás”.

La norma significa que todo acto tiene un fin preferente, no obstante darse en conexión con varios, en la norma misma o en la circunstancia de su aplicación. Nunca un interés (fin) se presenta aislado, sino en conjunto con otros, dentro de una circunstancia y, según sea el número y el valor de los otros, así será la satisfacción, que recibe el fin principal y el grado de esa satisfacción, que eventualmente puede hacerse mínimo o inexistente. En efecto, la autoridad, después de sopesar los hechos y los fines afectados por ellos, puede decidir no actuar y dejar las cosas como están. De este modo, el ejercicio de la potestad discrecional conlleva siempre dos operaciones importantes, a saber: la ponderación de los intereses públicos en juego frente a una situación de hecho, para determinar cuál es, en la circunstancia, el más importante y apremiante, por comparación con el señalado por la ley; la determinación de si actuar o no, según que ese fin más importante en la circunstancia sea o no el preferido por la ley. Si no lo es, la abstención es debida, pues todo acto destinado a fin diverso del legal, sería, por todo lo dicho, una desviación de poder. Dispone el inciso 3 del art. 131 *ibidem*:

Art. 131.3: “La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder”.

¿Qué ocurre cuando la ley no fija expresamente el fin del acto?

Dispone el art. 131.2 (L.G.):

Art. 131.2: “Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento”.

La regla sienta el principio fundamental de que el Juez puede y debe suplir las lagunas de la ley en punto a fin del acto, con vista de sus otros elementos (principalmente del motivo, como se verá) y del resto del ordenamiento, que puede contener indicaciones indirectas sobre ese fin, por analogía con actos semejantes y del mismo

ramo, que sí lo tienen expresamente señalado. Hay una íntima relación, sobre todo, entre fin y motivo y será éste, la mayoría de las veces, el factor determinante del fin, cuando no ocurre lo inverso²¹.

Es decir: el fin siempre será reglado, por la ley o por el Juez. La norma consagra el principio, dominante en doctrina, en favor del carácter reglado y vinculado del fin del acto²². Quiere ello decir que el Juez deberá buscar siempre el fin del acto sin límites ni cortapisas fundados en una presunta libertad de la Administración al respecto, pues ésta no puede existir ahí donde debe ser siempre el ordenamiento —y no la Administración— la única fuente posible de regulación. No debe haber esfera de libertad para la Administración en la definición de los fines de su conducta, al menos de la imperativa, ni, de consiguiente, podrá la Administración nunca invocar una reserva a su favor sobre tal materia, frente al Juez o a la ley, para determinar ese fin por sí misma, como si pudiera escogerlo. Ello equivale prácticamente a autorizar al Juez, en ausencia de ley, para que, con vista de las otras normas y de los otros elementos regulados, él descubra y, en último término, escoja el fin del acto que la Administración debe perseguir. Se busca impedir que ésta fije su propia esfera de competencia y los límites de su acción frente al particular, al delimitar los intereses públicos a su cargo y, por exclusión, los que están a cargo de este último, disponiendo de la libertad y de la propiedad privadas. El Juez, en otras palabras, debe proteger estas últimas mediante la eliminación de la discrecionalidad en materia de fines de los actos administrativos, sin poder abandonar su determinación a la Administración ni hacerla en forma tal que reste siempre a ésta, por la imprecisión o la insuficiencia del acotamiento judicial, un margen de escogencia al respecto.

¿Cuál es la principal técnica utilizada por el Juez para suplir la laguna legal en punto a fines del acto administrativo? Dijimos ya de la íntima vinculación entre éstos y el motivo del acto. Hay, en general, una estrecha vinculación entre los elementos materiales del acto, fin, motivo y contenido, que son el medio inmediato de realización del fin público que corresponde a cada uno. Esa relación es más firme todavía cuando se trata del fin y del motivo. Podría decirse que o bien el fin es lo inverso del motivo; o bien que éste es el evento que provoca la necesidad cuya satisfacción es el fin. De este modo, establecido uno de los dos elementos, queda automáticamente determinado y definido el otro, por negación o relación de antítesis, aunque esta determinación por exclusión sea incompleta y exija —como se verá— de complementación. Así, si se prevé la potestad de dar permisos de construcción para garantizar la salubridad, seguridad, funcionalidad y belleza urbanísticas, se entenderá que el motivo ha de ser una solicitud de esa misma licencia que impone examinar su admisibilidad desde aquellos puntos de vista; y, a la inversa, si se dispone que se concederán licencias de construcción por solicitud del interesado, habrá que establecer primero los peligros que éstas presentan, de ser indiscriminadamente otorgadas, y determinar

21. Venezia, *op. cit.*, pp. 21, 22, 40, 42 y 43. Un distinguido autor argentino, Juan Francisco Linares, *Poder Discrecional Administrativo*. Abeledo Perrot, Bs. Aires, 1958, p. 105, ha puesto nítidamente de relieve esta conexión, entre motivo y fin, en su magnífica, pero poco leída, obra citada. Sacaremos ulterior provecho de sus enseñanzas. Véase, además, Jaime Sánchez Issac, *La Desviación de Poder en los Derechos Francés, Italiano y Español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1973, p. 73.
22. Julio Prat, *Derecho Administrativo*, tomo 3, Acalí Editor, Montevideo, 1978, p. 104; Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1971, pp. 401 y 402; Marcelo Caetano, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Editorial Sucesores de Gali, Santiago de Compostela, sin año, pp. 283 a 288, esp. 283, 286 y 288; Giuseppe Guarino, *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. II. Giuffrè, Milano, 197, pp. 85 y 86; Marcel Waline, "Le Pouvoir discretionnaire de l'Administration et sa limitation par le controle juridictionnel", *Revue du Droit Public*, 1930, París, p. 205; Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Uruguay, 1953, tomo 1, pp. 408 y 409; Consuelo Sarria, *Acto Administrativo*, Ediciones UNSTA, Tucumán, Argentina, 1982, pp. 111 y 117. Elio Lasetta, "Attività e Atto Amministrativo", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957.

así, por negación, el fin del otorgamiento de la licencia, que sólo puede ser la eliminación de esos riesgos y, concretamente, lo contrario de éstos, es decir: la construcción de viviendas saludables, seguras, funcionales y estéticas. Todo esto demuestra cómo, sin el motivo debido, la persecución del fin es imposible y el acto objetivamente desadaptado a este último, pues sólo puede servir para satisfacer necesidad distinta de la que el fin es supresión o eliminación. Un distinguido autor ha llegado a formular esa relación genérica y necesaria entre motivo y fin en la siguiente forma:

“Dadas las circunstancias no-A, debe ser: hacer H con el fin A”²³.

En ese sencillo esquema el motivo es determinado como la negación del fin y si éste es A, aquel será no A, es decir: lo que autoriza para realizar el acto con ese fin, consistente, a su vez, en la remoción o eliminación de los resultados del motivo.

Puede decirse, de este modo, que el motivo es la inversión del fin, y a la inversa, y que establecido uno queda necesaria y lógicamente definido el otro, al menos preliminarmente. Si, entonces, nunca hay discrecionalidad en cuanto al fin, porque o bien lo determina expresamente la norma escrita con rango de ley formal o su reglamento ejecutivo; o bien lo determina el Juez con vista del resto del ordenamiento, tampoco hay discrecionalidad en cuanto al motivo, que sólo será, en consecuencia, la negación del fin, una vez esté determinado.

Se ha opuesto a la anterior doctrina otra —aguda pero aislada— según la cual los límites de la discrecionalidad están exclusivamente en la actividad conexas al acto, no en éste ni en sus elementos, ni tampoco, consiguientemente, en el fin legal, que nunca es el fin real del acto, dada la complejidad de los intereses públicos en juego por virtud de los hechos y de las relaciones sociales que son el motivo inmediato de ese mismo acto. Quiere decir esta doctrina que el fin del acto está dado por la Administración, no por la ley ni por el Juez, y que, aun si éstos los dan, sus reglas al respecto han de entenderse como normas flexibles y sujetas a desaplicación sin infracción del ordenamiento, siempre y cuando la circunstancia justifique el fin o el interés escogidos para su acto por la Administración. Lo importante no es que el fin sea el legal sino que la escogencia de éste sea razonable y útil de acuerdo con la circunstancia. Si los hechos que son el motivo así lo justifican, el fin puede ser cualquiera y la ley administrativa no lo prohíbe, en tanto se satisfaga un fin también público, aunque sea distinto del asignado al acto por la ley. Esta, en punto a fines, sería una directriz, obligatoria sólo si la circunstancia no aconseja o impone su desaplicación, a exclusivo juicio discrecional del funcionario actuante. La infracción de tal regla no sería vicio de legalidad ni anularía el acto consiguiente²⁴.

Es precisamente contra tal tipo de doctrina que ha reaccionado la L.G., al disponer la posible intervención judicial para suplir el silencio de la ley en punto a fines, innecesaria cuando éstos se hallan señalados. Mediante esta técnica se distingue el acto administrativo del acto privado de autonomía negocial, e, incluso, del acto político o de gobierno, si es que éste puede conceptuarse como el de rango constitucional con efecto reglado pero fin indeterminado, o determinable sólo con vistas de los actos de alta política y de dirección gubernamentales, caso por caso. El acto administrativo, a diferencia de aquéllos, tiene su fin determinado por ley o por el Juez, con independencia de la Administración y aun del Gobierno. Esta determinación inicial define —como se dijo— el motivo del acto, que es la negación de su fin. Así, el acto administrativo es aquel regulado por ley o con base en ella, que tiene determinados el fin y el motivo, en antitética implicación o correlación. La polémica doctrinal antes esbozada, que parte de opuesta base, es minoritaria, incluso en su país de origen²⁵. Lo

23. Linares, *op. cit.*, p. 108.

24. Piras, *op. cit.*, pp. 74 y 77.

25. Renato Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1966, vol. 1, pp. 208 a 210; Dario Foligno, *L'Attività Amministrativa*, Giuffrè, 1966, p. 158. Véase, además, la lite-

que es cierto es que el ejercicio discrecional supone, en primer término, una identificación del fin principal normativamente preestablecido del acto y la ponderación de rango e importancia a su respecto de los otros intereses en juego cuando se realiza un hecho que afecta aquel fin principal, para determinar si se actúa, o no, y, caso afirmativo, la graduación en que los fines secundarios concurrentes han de realizarse, siempre con prevalencia del principal en la intención o en la letra de la ley, o, en su caso, de la norma jurisprudencial. Esa graduación se da normalmente mediante la conformación o configuración de los elementos de fondo, motivo y contenido, para adaptarlos entre sí y al fin, tomando en cuenta los hechos del caso, la "circunstancia" en que se actúa. Ello requiere o supone la fijación previa del fin por el ordenamiento, mediante norma escrita o jurisprudencia. La anterior doctrina, por otra parte, es la única que parece compatible con el ordenamiento costarricense, pues el art. 49 de la Carta y 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa reputan imperativa la existencia de un fin normativo y objetivo del acto administrativo, al estimar la actuación para fin diverso —ahí llamada desviación de poder— como vicio de legalidad y, en consecuencia, como "motivo de impugnación de los actos administrativos". Ello supone que siempre hay una regla sobre el fin y que su infracción genera la nulidad del acto, con entera independencia de la voluntad de la Administración.

2. *Discrecionalidad en cuanto al motivo*

No hay libertad administrativa de escogencia del motivo del acto, según lo dicho. Conviene, sin embargo, alguna consideración adicional sobre la naturaleza y consistencia de los motivos del acto, dada su importancia para la realización del fin, así como sobre sus relaciones con el ejercicio de las potestades administrativas. La génesis del acto administrativo está siempre en una necesidad social o pública, provocada por una realidad externa al funcionario. Este no actúa caprichosamente, sino habilitado u obligado por un evento exterior, que puede ser de múltiple naturaleza: un hecho natural o humano (conducta), un conjunto de hechos en relación, una situación jurídica subjetiva, una condición o cualidad determinadas. Así, una solicitud de pensión y los hechos que la justifican, un deterioro del área urbana o una escasez de vivienda barata, la condición de extranjero o de pensionado, la calificación de tradicional o lo contrario en una exportación, la urgencia de una obra pública y la necesidad de una finca para esa obra, etc. Y, en inmediata vinculación con el evento en cuestión, un acto de la Administración se hace posible o necesario, un único acto legalmente posible o uno entre varios, fijados, o no, por el ordenamiento. Aquellos eventos de diversa naturaleza son los motivos del acto. El funcionario enfrentado a la realidad social tiene que compararla con el ordenamiento y establecer si los hechos ocurridos crean una necesidad social que entra en su esfera de competencia y, más propiamente, si esa necesidad puede o debe satisfacerse a través del ejercicio de las potestades que componen esta última. La relación entre la necesidad así creada y el fin a lograr puede hallarse expresamente establecida por el ordenamiento, tanto como ser únicamente determinable por el funcionario. En el primer caso habrá un motivo reglado y, aparentemente, habrá uno discrecional y de libre escogencia y configuración en el segundo. Pero, como ya vimos, aun en este último caso esa libertad será sólo aparente, pues la previa determinación del fin a cumplir, concebido como la negación o satisfacción de la necesidad pública a satisfacer, implica ya una primera determinación objetiva —y, en todo caso, no administrativa— de ese motivo, correlativamente en-

ratura italiana citada en nota 19, que expresa la opinión doctrinaria y jurisprudencial ampliamente dominante en su país al respecto; el fin del acto administrativo está determinado objetivamente por la ley o por el juez, nunca por la Administración.

tendido como el hecho generador de esa necesidad y, en último término, como la antítesis del fin en cuestión. Ello, sin embargo, no basta para eliminar toda libertad, por ser una determinación puramente negativa del motivo. El campo de lo que es contrario al fin, en cuanto crea la necesidad pública suficiente para justificar el acto administrativo (en lugar de satisfacerla), puede abarcar muchas posibilidades, que exigen o bien precisión mayor, o bien un margen de libertad en su elección. Si ese margen se diera, habría verdaderamente discrecionalidad. Así, lo que es una morada aceptable urbanísticamente, en cuanto satisfacción de la necesidad habitacional, puede corresponder a carencias y circunstancias de muy diverso tipo, como motivo de la licencia respectiva. La precisión de este tipo de necesidad y de los hechos que la generan en el caso concreto, para saber si se puede, o no, conceder esa licencia, requiere saber mucho más de lo que permite su conocimiento genérico, como aquella cuya satisfacción es el fin del acto: todo depende de la zona, de la existencia de servicios públicos, de los planos a ejecutar, etc. Fuera de saber que el motivo es lo opuesto al fin y éste la satisfacción de la necesidad pública que aquél genera, se requiere conocer más para justificar la conducta administrativa adoptable.

La primera opción a despejar será, según todo lo dicho, la de actuar o abstenerse. Como tal, esa decisión es una especie de la consistente en escoger entre varias conductas a seguir y será examinada cuando enfoquemos este género de decisión administrativa, desde el ángulo de la discrecionalidad. Nos interesa determinar ahora cómo se da la decisión cuando ésta es de actuar y de emitir un acto administrativo. La doctrina y la jurisprudencia francesa han desglosado varias etapas y posibilidades al respecto, cada una de las cuales supone una forma de intervención contralora del Juez sobre la decisión adoptada, más o menos intensa, según la naturaleza de la operación lógico-volitiva de que se trata. Tales etapas, en otras palabras, corresponden a otros tantos grados de contralor jurisdiccional sobre el acto administrativo, favorable o desfavorable al administrado. El Conseil d'Etat ha elencado tres principales etapas al respecto, a saber²⁶:

a) *Control de primer grado (mínimo): Existencia y exactitud materiales de los hechos.* Aún si el motivo es discrecional y elegible, por no estar previsto legalmente, alguno tiene que haber y darse en la realidad tal y como ha sido invocado para dictar el acto, porque la Administración carece de privilegio para mentir o actuar por puro capricho. Es la hipótesis del acto nulo, por aceptación de una renuncia que no se había presentado (arret Camino, C.E., 14 de enero de 1916). El Consejo de Estado es generoso en favor del actor agraviado en punto a prueba de la inexistencia total o de la inexactitud grave de los hechos afirmados por la Administración y en su apreciación como causa de anulación del acto cuando la comprobación se dé. El art. 133, inciso 1, L.G., confirma el principio para C.R., cuando dispone:

Art. 133.1: "El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto".

b) *Control de segundo grado (normal).* La ley puede definir el motivo del acto y calificarlo para lograr la definición, en lugar de omitir la regulación al respecto. La ley puede decir que cuando haya una *epidemia* podrá decretarse una cuarentena o una vacunación general, o que cuando haya una *amenaza grave contra la estabilidad de la moneda* se podrá fijar tasa múltiple de cambio a las divisas, según el fin a que se destinen. Es evidente la profunda diferencia que media entre ambas calificaciones, la de epidemia (como motivo de la cuarentena) y la de amenaza contra la estabilidad de la moneda (como motivo de un régimen cambiario múltiple). La primera es una condición técnica de fácil comprobación, sin lugar a apreciaciones personales; la se-

26. Auby et Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, L.G.D.J., París, 1975, pp. 386 y ss. Di Qual, *op. cit.*, pp. 384-87.

gunda es un hecho social complejo, más futuro que actual, cuya existencia depende de su gravedad y cuya gravedad depende de la opinión personal del técnico economista sobre el complejo juego de la oferta y demanda de divisas en el país. Durante mucho tiempo, el C.E. se negó a entrar en la fiscalización de los motivos legalmente calificados de los actos administrativos, para establecer si la Administración había actuado bien o mal, al tenerlos por establecidos. En un famoso arret Gomel, C.E. 4 de abril de 1914, el Conseil d'Etat anula la denegación de un permiso de construir que se fundaba en una ley que prohibía darlo con perjuicio de las "perspectivas monumentales", y expresamente declara no sólo que no lo es la plaza fronteriza cuya existencia motivó el acto anulado, sino, además, que también entraría en su competencia, de haber resuelto lo contrario, establecer si, siendo monumental la plaza, habría sido perjudicial a ella la construcción proyectada. Esto sentó la regla de que la "calificación jurídica" de los motivos legales puede entrar en la competencia del contralor jurisdiccional de la Administración, aunque, según la naturaleza del acto y de los intereses en juego, pueda también quedar fuera de ella. Es evidente que en casos como el de la epidemia, el Juez se atendrá a reglas médicas y de laboratorio que le permitan juzgar la conducta de la Administración, casos habrá, como el de la crisis monetaria o como el de la perspectiva monumental, en los que los criterios aplicables podrán ser subjetivos y podrán permitir teóricamente un último reducto de opinión o preferencia personales, no mensurables ni valorables objetivamente. El C.E., realista como siempre, no ha extendido el control de la calificación jurídica de los motivos legales a todas las zonas de la acción administrativa y ha dejado muchas sin otra fiscalización que la de la existencia y exactitud materiales de los hechos correspondientes, por ejemplo, en lo que toca a medidas de policía general sobre extranjeros, en materias altamente técnicas (de ciencias naturales), en algunos casos aislados del contencioso de la función pública, etc.²⁷. Pese a ello, un hecho es evidente: la jurisprudencia así creada ha definido la naturaleza de la operación lógica y valorativa en que consiste la llamada "calificación jurídica" de los hechos como una forma de aplicación de la ley, que siempre puede entrar en el control de la legalidad, sea cual sea la dificultad técnica o valorativa que esa operación envuelva. Esa operación puede describirse, en otra forma, como la concreción y aplicación al caso de los conceptos vagos, imprecisos o indeterminados empleados por la ley²⁸. La más nueva doctrina española (pero fundada más bien en la alemana, que, a su vez, tiene que haber tomado en cuenta la jurisprudencia francesa) propugna la univocidad, el sentido simple y único del concepto indeterminado frente a los hechos del caso, en razón de una su congénita posibilidad de determinación y de aplicación exactos dentro de la circunstancia²⁹. Paradójicamente, parte importante de la doctrina francesa³⁰ y, por ella, de la

27. Todos los tratados y monografías francesas dan cuenta de cómo el C.E. se reserva el fiscalizar o no la calificación jurídica de los hechos, según que quiera, o no, concederle a la Administración discrecionalidad al respecto; en el campo de la policía ello es tan curioso como grave, para lo cual véase Jean Castaigne, *Le Controle Jurisdictionnel de la Legalité des Actes de la Police Administrative*, pp. 154 a 157, L.G.D.J., París, 1964; véase también Di Qual, *op. cit.*, pp. 118 y 121.

28. Di Qual, *op. cit.*, pp. 85, 86 y 127-129; Waline, "Le Pouvoir discretionnaire...", *op. cit.*, pp. 216 y 217.

29. Véase al respecto la ya clásica y hermosa monografía de Eduardo García de Enterría, "La Lucha contra las Inmunidades del Poder", *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1974, pp. 34-38, seguido en esto por su discípulo Fernando Sainz Moreno, "Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa", *Civitas*, Madrid, 1976, pp. 224 y ss., con erudita y penetrante reseña del Derecho Comparado sobre el tema, y conclusión favorable a la incompatibilidad entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado; en todo caso véase el notable artículo discrepante de Ml. Martín González, "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos", *RAP*, 1967, Nº 54, pp. 104-112.

30. Michel Dubisson, *La Distinction entre la Legalité et l'Opportunité dans la Theorie du Recours pour Exces de Pouvoir*, L.G.D.J., París, 1958, pp. 59-62; Daniele Loschak, *Le Role Politique*

latinoamericana ³¹, sigue fincando la esencia de la discrecionalidad en la elección marginal sobre motivo y contenido, nacida de una presunta subjetividad irreductible de los conceptos vagos, elásticos o indeterminados que los califican y que no necesariamente corresponden —como los que expresan valores o realidades sociales muy complejas— a parámetros objetivos de sentido y de interpretación. La discusión se halla todavía sobre ascuas entre quienes sostienen factible la reducción del concepto indeterminado a un solo sentido concreto y quienes lo reputan imposible. Como se verá de inmediato, el asidero más importante de la doctrina favorable a la limitación de la discrecionalidad por los conceptos indeterminados, en tanto que excluyentes de ella, es la realidad de la función jurisdiccional, fuente de Derecho y, por ahí, de precisión de esos conceptos, como si se tratara de la misma ley ³². El Juez, en otras palabras, crea una interpretación del concepto legalmente indeterminado que se impone a la Administración, eliminando toda posibilidad de elección al respecto. Y, todavía más, el Juez suple el silencio de la ley, que no ha fijado motivo legal alguno, para insertar uno de su elección y anular todo acto que invoque o tenga otro, como si violara la ley ³³. En último término no hay discrecionalidad administrativa frente al motivo definido por la ley en forma vaga o imprecisa, dado el arbitrio del Juez, que determina lo indeterminado, con base en criterios de oportunidad propios, como ocurre en el controlador máximo o de tercer grado que pasamos a explicar.

c) *Control de tercer grado (máximo)*. El Juez controla las elecciones o escogencias hechas por la Administración dentro del marco de libertad que le ha dado la ley y juzga si el motivo escogido se adapta al contenido dictado, o a la inversa, con lo que suplanta, en realidad, a la Administración. En el ejemplo de la potestad disciplinaria, el Juez controla no sólo la existencia del hecho imputado y no sólo si se trata, o no, de una falta disciplinaria capaz para motivar una sanción, sino también la proporción entre la gravedad de la falta cometida y la de la sanción impuesta, el ajuste del motivo con el contenido del acto. Esto ocurre, sobre todo, en materia de policía municipal, esfera dentro de la cual el C.E. se convierte en defensor de los derechos humanos y constitucionales, frecuentemente violados en poblados rurales, para lo cual entra a apreciar si las medidas de conservación o restablecimiento del orden público son estrictamente necesarias y proporcionales al motivo. Así en el arret Benjamin, C.E. 19 de mayo de 1933, anula una decisión de un alcalde prohibiendo una conferencia pública por la invocación de posibles desórdenes con ese motivo, después de analizar la situación de hecho en su conjunto y concluir en que otras medidas de prevención, menos drásticas, habrían bastado para lograr el fin buscado. La doctrina francesa, en búsqueda de una explicación, formula la regla de que la lesión administrativa de derechos humanos y constitucionales, o debidamente otorgados y nominados por ley, se da siempre sujeta al principio de vinculación total, expresa o implícita, de la potestad pública, que resulta ejercitable únicamente cuando ello sea estrictamente “necesario”,

du Juge Administratif Français, L.G.D.J., París, 1972, pp. 48-50 y 140-143; Michel Stassinopoulos, *op. cit.*, pp. 147 y ss., 150, 151, 156 y 161-164. Fuera de Francia la “discrecionalidad intelectual”, fundada en los “conceptos indeterminados”, tiene apoyo en Forstthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 125, 126, 128 y 129; y en Italia, sobre todo, en Alessi, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1966, vol. 1, pp. 204, 205, 212 y 213.

31. Celso Antonio Bandeira de Mello, “Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial”, separata *Revista de Derecho Público, Anuario de Derecho Administrativo*, 1975-1976, Universidad Católica de Chile, pp. 451 y 452; Linares, Juan Fco., *op. cit.*, pp. 18, 36, 66, 179 y esp. 209-230; Germán Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, EDIAR, Bs. Aires, tomo 1, 1964, pp. 756 y 757; Manuel María Díez, *El Acto Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, 1956, Bs. Aires, p. 114; Sarria Consuelo, *op. cit.*, p. 107, pero con neta contradicción en pp. 118 y 119, donde niega que “el concepto indeterminado” pueda ser fuente de discrecionalidad.
32. Yves Gaudemet, *Les Methodes du Juge Administratif*, L.G.D.J., París, 1972, pp. 211 y 249 y ss.
33. Loschak, *op. cit.*, p. 49.

apreciación que exige aplicar criterios de oportunidad, que así quedan incorporados a la legalidad de la acción administrativa; cuando, a la inversa, los derechos amenazados o violados no son constitucionales, nominados ni expresamente regulados, el contralor encuentra firme la distinción tradicional entre legalidad y oportunidad como dominios exclusivos y excluyentes del Juez contencioso y de la Administración, respectivamente³⁴. Aquí, como en todos los otros dominios de su jurisdicción, el C.E. se muestra cauto y amigo de distinciones, por lo que contrasta con la profunda penetración del control jurisdiccional en favor de los derechos constitucionales o legalmente garantizados, su laxitud en defensa de los que no lo están (como el derecho a las procesiones sobre vías públicas), relajamiento que llega hasta la abstención total de fiscalización sobre los motivos, por ejemplo, de los "actos de alta administración", respecto de los cuales le basta intervenir sobre la legalidad externa (procedimiento, competencia y forma), sin verificación ni aun de la existencia y exactitud materiales de los hechos de base. Sin embargo, la imbricación de oportunidad y legalidad como regla jurídica, en cuanto sólo resulta legítima la conducta administrativa oportuna y necesaria, ha cobrado ya otros campos de la acción administrativa distintos de la policía local, en la jurisprudencia del C.E., sobre todo en materia de expropiaciones y de urbanismo. En tres fallos recientes que significan un vuelco histórico, el C.E. ha dejado sentado el principio general de que las expropiaciones y los permisos "derogatorios" (de normas y planes) en materia de urbanismo deben juzgarse legítimos únicamente si sus ventajas sobrepasan su costo financiero y social, esto último entendido ya no sólo en relación con su fin inmediato sino por referencia del mismo a toda clase de intereses públicos en juego³⁵. Por arret Ville Nouvelle-Est, 28 de mayo de 1971, el C.E. anula un decreto de expropiación considerando que el costo financiero y los problemas sociales directamente provocados por el respectivo proyecto de obra pública exceden sobradamente las ventajas y beneficios de ésta. "El Juez, ha dicho Marcel Waline, se otorga aquí el derecho de apreciar todas las ventajas y los inconvenientes de todo tipo de la operación proyectada, establece un balance entre ellos, como si hiciera una suma algebraica de unos y otros, y no da su luz verde sino cuando el resultado del balance le parece francamente favorable". En un segundo caso, C.E., Société Civile Sainte Marie d l'Assomption, 20 de octubre de 1972, se anula otro decreto de expropiación para construir un anillo vial, en razón de perjudicar el ambiente de un hospital psiquiátrico vecino, con audaz ampliación del campo de apreciación de los intereses en juego, al decir el Conseil d'Etat:

"Una operación no puede legalmente declararse de utilidad pública, sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y los eventuales inconvenientes de orden social, así como la amenaza a otros intereses públicos, no son excesivos en relación con el interés que la operación presenta"³⁶.

Han sobrevenido ya otros fallos sobre la base del mismo principio general, de la "ecuación entre presupuesto, costo y beneficio"³⁷.

Es evidente que el juicio sobre ese balance comprensivo de utilidad económico-social del proyecto es el que la Administración ha tenido que hacer antes de iniciar

34. Castaigne, *op. cit.*, p. 160; Marcel Waline, *Etendue et Limite du Controle du Juge Administratif, Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1956, pp. 27 y 28. Este último autor ha dicho muy gráficamente: "es necesario renunciar a explicarlo todo diciendo: el Juez controla la legalidad, lo que puede obligarlo en ciertos casos a controlar la oportunidad".

35. Ver el comentario de Jeanne Lemasurier, "Vers un Nouveau Principe General du Droit? Le Principe «Bilan-Cout-Avantages»", en *Melanges Offerts a Marcel Waline*, París, L.G.D.J., 1974, pp. 551 y ss., esp. pp. 560-562; así como, en la misma obra colectiva, André de Laubadère, "Le Controle Juridictionnel du Pouvoir Discretionnaire dans la Jurisprudence Recente du Conseil d'Etat", pp. 531 y ss., esp. pp. 541, 543 y 547; y Jean Waline, "Le Role du Juge Administratif dans la Determination de l'Utilité Publique", esp. pp. 815 y 821-825.

36. Tomado del artículo de Lemasurier, citado en nota anterior, *op. cit.*, p. 555.

37. Lemasurier, *op. cit.*, p. 556.

la obra, como parte de su programa de gobierno; el Juez, al repetirlo, la suplanta. Los comentarios doctrinales han sido mixtos, encomiosos unos, críticos otros.

d) *La posición de la Ley General.* Esta se ha hecho eco de la tendencia favorable a la eliminación de la discrecionalidad en punto a apreciación y configuración del motivo, hasta hacer imposible una verdadera elección del mismo fuera de criterios estrictos que, a modo de coordenadas, convergen hacia su identificación única e insustituible. Son más bien esos criterios, que no la libre elección del funcionario, los que determinan la identidad y consistencia del motivo así revelado o descubierto. Disponen expresivamente el párrafo 2) del art. 133 *ibidem*:

“Art. 133.2: Cuando no esté regulado (el motivo) deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento”. Después de exigir en su párrafo primero el contralor total de la existencia y exactitud materiales del motivo (contralor de 1er grado o mínimo), el art. 133.2 impone el de los conceptos indeterminados que lo definen y de su aplicación (contralor de 2do grado o medio), tanto como el de su proporcionalidad al contenido y, por ahí, al mismo fin, que sólo a través del juego entre motivo y contenido puede lograrse. Esto último implica el contralor máximo posible o de 3er grado. El art. 133.2 hace general en C.R. lo que en Francia es el contralor máximo del Juez sobre la conducta administrativa, hasta hacerla incompatible con la discrecionalidad. En Francia tal contralor, sobre la proporcionalidad del motivo con el contenido, es potestativo para el C.E. y aplicado con grandes cautelas y reservas, que dejan por fuera del mismo grandes e importantes porciones de la conducta autoritaria de la Administración. El art. 133.2, como se dijo, impone su generalización, haciendo de principio la inexistencia de discrecionalidad y de libertad administrativas para adaptar el motivo al contenido, y excepcional la discrecionalidad, más en atención a la circunstancia de cada caso que como delimitación de un campo reservado exclusivamente al arbitrio administrativo. Tal reserva general de libertad en favor de la Administración viene negada por el art. 133.2, que faculta automáticamente al Juez para juzgar sobre la relación de proporcionalidad y, por ende, de eficiencia y de oportunidad, del motivo respecto del contenido, como medios para alcanzar el fin público del acto; y que autoriza al Juez, eventualmente, para anularlo cuando esa relación sea negativa, por carencia o por exceso (del acto) respecto de ese fin, o del motivo respecto del contenido, según su exclusivo criterio. Se crea, en otras palabras, la posibilidad de que el Juez se sustituya a la Administración en punto a la oportunidad de sus resoluciones y actos, en lo que mira a la adaptación y proporción del motivo respecto del fin público.

En el fondo ambos métodos de eliminación de la discrecionalidad —el legislativo y el jurisprudencial— son equivalentes, aunque pueda ser más flexible el jurisprudencial que el legislativo: si bien en éste media una aparente obligación rígida de controlar aquella proporcionalidad entre el motivo no regulado o regulado insuficientemente y el contenido previsto, que en aquel método jurisprudencial no se da, hay en ambos por igual una libertad del Juez para actuar siguiendo su exclusivo criterio y, consecuentemente, para disfrazar la abstención de contralor con uno de alcance expresamente positivo y favorable al acto. El Juez deviene el árbitro de la oportunidad de los actos administrativos en relación con sus motivos no expresos o indeterminados, con la opción de abstenerse de todo control al respecto si encuentra el acto razonable y justo a primera vista y, a la inversa, de anularlo, cuando —también a primera vista— lo halle grosera o reiteradamente violatorio de la ley y del Derecho, incluyendo de reglas no jurídicas y de principios generales, tan importantes como esta última. Como ha dicho Guy Braibant, Comisario de Gobierno ponente de la tesis aceptada por el Conseil d'Etat en la jurisprudencia Ville Nouvelle Est, antes citada, “se trata de censurar las decisiones arbitrarias, irrazonables o mal estudiadas de la

Administración, más que de una regla general aplicable al contralor de todos sus actos". El exceso en que puedan haber incurrido la jurisprudencia francesa o la ley costarricense, viene compensado sobradamente con la imposibilidad en que el Juez se halla de ejercer ese penetrante poder en todos los casos y por la utilidad social e institucional que puede procurar, en cambio, un precedente ejemplar, que ponga coto a la irresponsabilidad, maldad o empirismo de la Administración moderna, hoy más frecuentes que nunca.

Todo lo dicho anticipa un progreso fundamental que la Ley General ha introducido en C.R., a saber: la integración de la oportunidad y de sus reglas al bloque de la legalidad administrativa, como un conjunto más de normas jurídicas condicionantes de la validez del acto o, al menos, como reglas implicadas y supuestas por el Derecho Administrativo de la conducta imperativa de la Administración. Esto ocurre, por lo pronto y según todo lo dicho, también en Francia, en aquellas zonas de la conducta administrativa —como la policía municipal y rural, sobre todo en protección de derechos humanos y constitucionales— en los que el C.E. ejerce su contralor máximo o de tercer grado sobre el acto administrativo. Ocurre, también en Italia, en la llamada jurisdicción de mérito, pero también en forma limitada a casos legalmente tasados, fuera de los cuales tal contralor es imposible, por ilegítimo³⁸. En su jurisdicción normal, fundada en cláusula general de atribución, el Consiglio di Stato —y ahora los tribunales regionales italianos— anula invocando la violación de normas jurídicas escritas, sin dar órdenes a la Administración, ni sustituirla. Las reglas jurídicas aplicadas son normalmente generales y decretadas, como las leyes o los reglamentos, aunque ocasionalmente puedan también ser principios generales de Derecho o reglas jurisprudenciales. Son siempre normas jurídicas por naturaleza, *ab origine* o por incorporación, no provenientes de otros órdenes. Se mantiene siempre, tanto en Italia como en Francia, la neta distinción entre legalidad (como materia propia de la jurisdicción) y oportunidad (como materia propia de la administración), con la prohibición al Juez de invadir el campo de esta última, salvo excepciones taxativas de ley.

La situación es ahora radicalmente diversa en C.R. Al concebirse aquí la proporcionalidad entre motivo y contenido y su conjunta adecuación al fin del acto, como parte de la materia controlable por el Juez en virtud de regla general (art. 133.1 y 2), las disposiciones que regulan ese juego de recíprocas adaptaciones entre los elementos materiales, bajo la guía del fin legal, se convierten en verdaderas normas jurídicas obligatorias para la Administración, o en parte implícita del supuesto o hipótesis normativa de estas últimas (según la tesis que se adopte al respecto), cuya infracción genera la nulidad del acto. De este modo, la oportunidad pasa a formar parte de la legalidad y el control de ésta se amplía hasta abarcar también el de aquélla, todo con las limitaciones que se verán.

La Ley General ha completado el círculo de contralor jurisdiccional alrededor de la potestad administrativa y de su aparente discrecionalidad, estrangulándola, al regular, correlativamente con el motivo no expreso o indeterminado, la hipótesis del contenido en iguales circunstancias.

38. Ver Ottorino Tentolini, *La Giurisdizione di Merito del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1942, pp. 184 y ss.; y Pier Giorgio Ponticelli, *La Giurisdizione di Merito del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 125 y ss.; Pietro Virga, *La Tutela Giurisdizionale Nei Confronti della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, pp. 176 y ss., donde el autor hace ver que la jurisdicción de mérito o exclusiva —como suele llamarse en Italia— es, a diferencia de la ordinaria de legitimidad, de tipo excepcional y por atribución tasada de materias, aunque el autor niegue expresamente que el Juez pueda conocer de la oportunidad o conveniencia del acto en tal sede (ver p. 177).

3. *Discrecionalidad en cuanto al contenido. Poderes implícitos, cláusulas generales de competencia y situaciones de urgencia*

Entendemos por el contenido simplemente el efecto jurídico del acto, el cambio que introduce en el ordenamiento jurídico o, todavía mejor, la representación de ese efecto y de esa innovación en el proceso lógico-volitivo conducente a su adopción. El contenido, así entendido, es la expresión normal de la potestad de base necesaria para la validez del acto o, en otras palabras, el elemento del acto indicado por la potestad, de base puede definirse como la autorización de un acto mediante la de su contenido, entendido, según lo dicho, como el efecto típico a producir por el ejercicio de esa potestad. En virtud del principio de legalidad, todo acto debe ser ejercicio de una potestad para dictarlo, normalmente expresa y específica: expresa, porque esté dada por una norma escrita, y específica, porque tenga un contenido determinado o determinable con un nivel suficiente de exactitud como para saber, desde que se conoce o cuando se aplica la norma que otorga la potestad, qué es o en qué consiste el acto jurídico que ésta autoriza. Aquello que se puede hacer en virtud de la potestad es justamente el contenido del acto y, de consiguiente, éste es el elemento del mismo comúnmente regulado al crear la potestad que lo legitima.

El principio de legalidad no es otra cosa que una exigencia general de especificidad normativa del contenido del acto administrativo, como condición de su legitimidad.

Dispone al respecto el art. 11 de nuestra Constitución:

Art. 11. "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública".

La norma constitucional prohíbe la acción sin o más allá de potestades legalmente concedidas, lo que reafirma el art. 59 de la Ley General, al disponer:

Art. 59.1. "La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio".

Esta norma aclara el alcance de la regla constitucional, al exigir ley formal y expresa para la creación de potestades de imperio, necesaria y lógicamente frente a otros sujetos.

El art. 11.2 *ibidem* indica precisamente el sentido del art. 59.1, al disponer:

Art. 11.2. "Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa".

Una potestad, para serlo, debe contener, según ello, la indicación legal del motivo o del contenido del acto, o de ambos a la vez.

El art. 132.1 desarrolla todavía más las exigencias del principio de legalidad respecto del contenido de la potestad necesaria para legitimar el acto imperativo, al disponer:

Art. 132.1: "El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas".

La norma tiene por sentido establecer las condiciones en que un acto administrativo deberá entenderse como legalmente autorizado por razón de su contenido

y pareciera exigir a ese efecto que el contenido sea "preciso". Pero es lo cierto que el párrafo final de la norma contempla la posibilidad de agregar al contenido términos, condiciones y obligaciones modales, posibles únicamente cuando el contenido está dado "imprecisamente", por lo que la exigencia del párrafo primero en sentido contrario ha de entenderse como compatible con esta otra posibilidad. Dispone dicho inciso 4):

Art. 132.4: "Su adaptación (del contenido) al fin se podrá lograr mediante la inserción discrecional de condiciones, términos y modos, siempre que, además de reunir las notas del contenido arriba indicadas, estos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo".

La posibilidad de un contenido impreciso viene reafirmada por el párrafo tercero *ibidem*, que dispone:

Art. 132.3: "Cuando el motivo no esté regulado el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa".

Esta regla es importante, además, porque exige una regulación del contenido del acto cuando el motivo no esté regulado, lo que significa una prohibición de actos administrativos carentes de regulación en cuanto a motivo y contenido simultáneamente. La mera regulación del fin, no obstante implicar una automática definición del motivo, no basta para fundar el acto cuando, además, la norma ha omitido regular el contenido. Si bien ello es teórica y lógicamente posible, la Ley General ha acogido aquí una exigencia del principio de legalidad en bien de la seguridad del ciudadano, que descarta la posibilidad de la discrecionalidad cuando la indeterminación legal abarque el motivo y el contenido, por ausencia total de regulación legal al respecto. Si, en cambio, el contenido está determinado, aunque imprecisamente, el acto debe reputarse como legalmente autorizado, no obstante carecer de motivo legal. En esta hipótesis, según se vio, existe una determinación implícita, aunque preliminar e incompleta, del motivo, como negación del fin regulado. El párrafo 3) del art. 132 sienta la regla de principio, en otras palabras, de que la creación de competencias mediante la sola indicación de fines no autoriza los actos para realizarlos, si éstos no tienen, al menos, dos elementos de fondo precisa o imprecisamente regulados, el fin y el contenido, o éste además de aquél.

Las normas anteriores significan la prohibición de potestades de imperio con base en las siguientes fuentes:

a) Reglamentos autónomos, por los que se entiende aquellos que, aunque subordinados a la ley, no requieren de ésta para su existencia. Su fundamento es una potestad reglamentaria inherente a la Administración, para regular sus relaciones con el administrado, incluso mediante la creación de potestades de imperio frente a él. Esa potestad autónoma de reglamentación no existe o sólo puede ejercerse en materia no reservada a la ley y está limitada a aquella no intersubjetiva en los sistemas —como el nuestro— en los que la propiedad y la libertad de los sujetos de derecho y, sobre todo, de los sujetos privados, están constitucionalmente garantizados y reservados a la ley (arts. 11 y 28 de nuestra Carta, en relación). En sistemas de este tipo, la autonomía administrativa de índole normativa sólo puede ser fuente de reglamentos internos de organización y de servicio, que no deben alcanzar siquiera a suprimir derechos del usuario fundados en la ley, lo mismo que ninguna de las garantías que ésta ofrezca dentro de la relación de prestación correspondiente. Los únicos reglamentos que pueden crear potestades de imperio frente al administrado u otros sujetos serían los reglamentos ejecutivos de la ley y los delegados por ésta, en materia reservada a ella, siempre dentro de los límites, bases y guías ofrecidos

e impuestos por la misma ley, en el marco de los cuales tiene que guardar su acción la Administración autora del reglamento, bajo sanción de nulidad por carencia de potestades más allá de tales barreras legales, tanto como por violación de la ley que las fija y exige. A modo de reafirmación de las reglas anteriores, y en ningún caso a título de exclusión de ellas, dispone el art. 19 *ibidem*:

Art. 19. 1. "El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes.

2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia".

Es decir: es reserva de ley (o de reglamentos que la desarrollan, como los ejecutivos o delegados, en virtud de correcta y limitada delegación), con exclusión de reglamentos autónomos, la creación de potestades de imperio frente a todo tipo de derechos o intereses legítimos del administrado, tanto si éstos son constitucionales como si son meramente legislativos.

Es evidente, por otra parte, que si las situaciones subjetivas del administrado tienen origen reglamentario, podrán ser afectadas como fueron creadas, reglamentariamente, en virtud de otra norma administrativa de rango y naturaleza iguales, sin protección de reserva legal al respecto, que sólo viene dada, según los principios generales de la materia y la Ley General, para dos tipos de derechos, a saber: derechos de origen legal, o de origen reglamentario pero indirectamente legislativo (reglamento ejecutivo o delegado); o, en último término y con no menos vigor y solidez, creados por principios generales de derecho de rango constitucional o legal, según el articulado de la misma Ley General. Lo que nos lleva directamente a comentar la vigencia de tales principios como fuente limitadora —y no potenciadora— del imperio administrativo.

b) Principios generales de Derecho, por los que se entienden las reglas no escritas, de rango constitucional o legal, superiores, por consiguiente, al reglamento (de todo tipo), vigentes por obra de la doctrina dominante y de la jurisprudencia, que regulan tanto la organización como el funcionamiento de la Administración, en garantía de los derechos subjetivos e intereses privados conexos a las potestades legales o reglamentarias (con los límites antes indicados) atribuidas a la Administración. Es decir: no existen potestades de imperio por virtud de principios, desde luego que un principio fundamental, el de legalidad, exige normalmente regla escrita y expresa que crea dichas potestades, en protección de los derechos e intereses del administrado, fundamentalmente de su libertad y de su propiedad. Lo que esos principios pueden crear son derechos y garantías del ciudadano, así como deberes y obligaciones de la Administración. Una zona entera de la vida administrativa escapa a tan rígida exigencia del principio de legalidad y de la Ley General, que es el campo de las relaciones especiales de supremacía u ordenamientos parciales del Estado, fundamentalmente de los originados por el ejercicio de potestades públicas creadoras de relaciones jurídicas de duración y de estrecho contacto entre Administración y administrado. Este campo es principalmente el de la prestación de servicios públicos y el de la ejecución de contratos administrativos. En este ámbito el principio de legalidad quiebra en su sentido y alcance estrictos, exigentes de una ley formal o de un reglamento de ella en orden a satisfacer las necesidades de seguridad del administrado frente a la administración imperativa, para permitir que sean principios generales doctrinarios y jurisprudenciales los que normalmente fijan las potestades imperativas de la Administración frente a los administrados, dentro del campo definido de la relación que los une, localizada y desarrollada, a su vez, en el ámbito físico de una institución prestadora de servicios. Ello debe ser así, en gran parte, porque en el marco de los contratos de la Administración y de la prestación de servicios públicos las potestades de imperio se entienden equilibradas, cuando no polarizadas, en bien de la contra-

parte de la Administración, y definidas y limitadas por las propias necesidades de ésta tanto como por las de la Administración, y el principio de legalidad puede expresarse a través de reglas tanto menos precisas cuanto menos autoritaria sea la prestación y mayor la seguridad y el beneficio del usuario, siempre dentro de los límites impuestos por la respectiva ley.

Todo lo anterior queda consagrado por el art. 14 de la Ley General, que dispone:

Art. 14. 1. "Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración.

2. Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular.

3. El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones".

En síntesis: la potestad ha de ofrecer normalmente una autorización expresa del acto por razón de su contenido, mediante ley o reglamento dependiente de ella, que lo indique. Sólo excepcionalmente podrán los principios generales de derecho autorizar potestades de imperio que serán implícitas, dentro del ámbito de las relaciones especiales de poder de la Administración. Fuera de ellas, las potestades de imperio que sean implícitas habrán de ser precisas, excepcionales y circunscritas indirectamente por la misma ley (poderes inherentes) o por el empleo de conceptos indeterminados, determinables con vista del caso, según lo ya visto (poderes genéricos y poderes de urgencia y emergencia).

Pasamos a examinar estas tres hipótesis, que terminan de aclarar la posición de los principios generales y de la Ley General en punto a contenido del acto imperativo y a la discrecionalidad administrativa al respecto ³⁹.

a) *Poderes inherentes o implícitos*. La necesidad de poderes específicos y expresamente determinados es compatible con la posibilidad de que sean implícitos en otros expresos, de los cuales puedan considerarse como correlatos necesarios, a título de fundamento, consecuencia o instrumento. No se trata de consagrar la analogía, que debe reputarse normalmente prohibida para atribuir potestades nuevas. No es posible crear esas potestades porque existan en relación con motivos similares, pero sí es admisible entenderlas incluidas en otras, que no podrían existir sin ellas como antecedentes, consecuencias o acompañamientos necesarios. Se trata más bien de un problema de interpretación del ordenamiento expreso, para hallar su extensión posible a casos no expresamente regulados. Esta interpretación extensiva es perfectamente legítima. En tal hipótesis, serán los principios doctrinarios y generales los que vengán a limitar y precisar el contenido de la nueva potestad hallada por vía de extensión de la norma escrita.

Así, la potestad de controlar implica la de vigilar o supervisar; la de dirigir un servicio comprende la de organizarlo y reglamentarlo; la de sancionar, supone la de instruir el expediente sobre lo ocurrido; la de dictar un acto discrecional la de condicionar su otorgamiento o la de mensurar su contenido con modos o términos; la de titular un bien de dominio público, la de deslindarlo y defenderlo frente al público, etc.

39. Para una adecuada definición de los tres temas y de su importancia en relación con el principio de legalidad, véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, "Curso de Derecho Administrativo", *Civitas*, 1980, vol. 1, pp. 377-381.

b) *Poderes genéricos*. Se trata de aquellos enmarcados en cuanto a contenido y/o motivo mediante conceptos indeterminados. Ello, como vimos, no sólo es posible sino que es lo normal tratándose de los motivos del acto y permite la ulterior determinación precisa del elemento así regulado, sea motivo o contenido, con vista de los hechos y circunstancias del caso concreto. Lo usual cuando se habla de poderes genéricos es la referencia a las llamadas "cláusulas generales de apoderamiento", cuya característica es la indeterminación del contenido de los actos autorizados, por total omisión o inexistencia de regulación sobre el mismo, al tiempo que la indicación del motivo a través de aquellos conceptos indeterminados. El ejemplo clásico es la potestad de policía, que autoriza a hacer lo necesario para prevenir o terminar desórdenes públicos (contra la tranquilidad y la seguridad de personas y de cosas). El tipo más importante es el de la urgencia.

c) *Potestades de urgencia y emergencia*. Son éstas una especie de potestades genéricas, autorizadas en virtud de "cláusula general", consistente en apoderar a la Administración para hacer lo necesario o útil (cuando no se precisa en otra forma) para evitar o poner fin a peligros graves, inminentes o en curso de realización (no consumados), contra personas, cosas o intereses públicos. Juega aquí papel decisivo el principio de proporcionalidad, que impone la adaptación del contenido del acto al fin perseguido con vista del peligro, en función del motivo, para lograr al máximo su eliminación con el menor daño posible a otros bienes o intereses, públicos o privados. En el fondo, el estado de necesidad, de urgencia o emergencia equivale a una suspensión del bloque de la legalidad mientras dura el peligro, que sólo puede ser eliminado por vías anormales, distintas de las autorizadas legal y comúnmente. Ello supone la desaplicación de ese ordenamiento, sobre todo en el aspecto formal, pues el elemento esencial de la necesidad o urgencia es su premiosidad, sin la cual sería un motivo normal para un acto también normal de la Administración; lo que primero exige la urgencia es ganar tiempo y omitir formalidades y procedimientos administrativos que lo consumen, a efecto de hacer más rápida y eficaz la eliminación de las causas del peligro. Pero es posible que imponga también la creación de actos nuevos por su contenido, no previsto ni autorizado por el ordenamiento legal. Esto también es plausible en tanto lo justifique la situación de hecho frente al peligro, como razonable y proporcionado a éste. Lo decisivo es agregar que en todos estos casos, tanto como en los de "cláusulas generales" primeramente examinados, se trata de aplicar conceptos indeterminados o, más específicamente, de adoptar el acto "proporcional" o "insustituible" en relación con el motivo surgido, siempre en aplicación de criterios genéricos, incompatibles con la discrecionalidad. La proporcionalidad o la necesidad de un contenido innovador respecto del motivo de un acto urgente o necesitado, en efecto, es también un concepto indeterminado, determinable con vista de los hechos de cada caso ⁴⁰.

40. Agustín Gordillo, *Legalidad y Urgencia en el Derecho Administrativo*, Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, 1981, Imprenta Lehmann, pp. 292 y 293, aunque el autor —con fundamento— restringe el concepto y alcance de la urgencia como fuente de potestades administrativas distintas y específicas para lo anormal, para llegar a la conclusión de que aquélla es insuficiente al respecto mientras no se acompañe de la defensa de bienes jurídicos concretos, bajo la forma de un verdadero estado de necesidad administrativo, integrado por elementos similares al penal (peligro para bienes jurídicos de rango igual o superior a los destruidos o lesionados, mediante una conducta ofensiva proporcional y única en la circunstancia). Es claro, en cambio, que en Derecho Administrativo, a la inversa de lo que ocurre en Derecho Penal, es irrelevante el origen del peligro, que puede ser provocado por la misma Administración sin perder, por ello, su virtud generadora de potestades lesivas de ésta, en tanto aquél no sea superado. Debe aclararse que cuando en este trabajo nos referimos a la urgencia adoptamos tal concepto restringido de la misma, como estado de necesidad administrativa, concepto que es también el supuesto y empleado por la Ley General en varias de sus normas (artículos 43.2, 52.3, 110.1 y 226), como bien lo explica el distinguido autor argentino.

La Ley General no quiso autorizar expresamente la urgencia como creadora de nuevos contenidos de conducta administrativa autoritaria. Se limitó a autorizar la omisión de formas y procedimientos y ello únicamente cuando las circunstancias amenacen perentoriamente la integridad de personas o de cosas en forma irreparable o de difícil reparación. No prevé la Ley General la posibilidad de dictar actos desconocidos o innovadores por su contenido en hipótesis de urgencia o de estado de necesidad, ni aun siquiera la de tener por existente esa urgencia contra bienes jurídicos incorporales, pues sólo la contempla cuando provoque peligro de daño irreparable o de difícil reparación contra personas y cosas. Los arts. 219 y 226 de la Ley General omiten referirse a la urgencia o al estado de necesidad contra intereses públicos en general, frecuentemente no identificables en personas o cosas determinadas, y ocasionalmente más importante que los que sí lo están, como la estabilidad monetaria, la seguridad nacional, la marcha eficiente de servicios públicos de salud, de transporte, etc. No significa ello que la Ley General prohíba las potestades innovadoras de urgencia o emergencia, pero sí que hace depender su contenido de las circunstancias del caso y del criterio de un "buen padre de familia" o de un "buen funcionario público", en términos que pueda establecerse exactamente la proporcionalidad y necesidad de ese contenido respecto del hecho que crea la urgencia, tanto como la existencia y características de este último. El silencio al respecto abre el juego de los hechos como causa de concreción del contenido. Ello permite al juez un máximo de contralor sobre los hechos creadores de la urgencia y sobre la necesidad y perentoriedad de las medidas adoptadas, que lo habilita eventualmente para tenerlas por innecesarias o excesivas desde el punto de vista de su contenido en relación con el peligro o amenazas combatidos, aun si resulta probado que el hecho existe y que efectivamente crea una urgencia. Esto puede inducirse también de los arts. 219 y 226, que expresamente dispensan del cumplimiento de aspectos formales del acto administrativo de urgencia o en estado de necesidad, porque autorizan tanto la verificación y valoración del hecho desencadenante como su ajuste con el informalismo observado; y la solución no puede ser distinta, por mayoría de razón, en punto a innovaciones en el ordenamiento sustantivo o material con igual justificación. De este modo, en virtud del juego de los principios generales y de la reducción de los conceptos indeterminados de la urgencia, la necesidad y la proporcionalidad del acto (por razón del contenido), las potestades genéricas para enfrentar aquella, aparentemente discrecionales y libres en cuanto al mismo, resultan más bien ceñidas y sujetas en su alcance al máximo contralor jurisdiccional. Disponen los arts. 219 y 226 *ibidem*:

Art. 219. 1. "La Administración podrá prescindir excepcionalmente de los trámites de audiencia y comparecencia señalados por los artículos 217 y 218, únicamente cuando lo exija la urgencia para evitar daños graves a las personas o de imposible reparación en las cosas.

2. La omisión injustificada de dichos trámites causará indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente".

Art. 226. 1. "En casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas, podrá prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento e incluso crearse un procedimiento sustitutivo especial.

2. El juez podrá fiscalizar al efecto no sólo la materialidad de los hechos que motivan la urgencia sino su gravedad y proporcionalidad en relación con la dispensa o la sustitución de trámites operadas".

Debe notarse que, por lo antes dicho, tampoco hay discrecionalidad para innovar en aspectos formales del acto imperativo por razones de urgencia, dado el penetrante

alcance del contralor jurisdiccional autorizado por ambas normas sobre la existencia y alcances de la misma y del acto dictado, siempre que se invoque.

En el fondo, la Ley General ha optado por exigir una justificación excepcionalmente clara y vigorosa de la urgencia o del estado de necesidad como motivos de dispensa de la legalidad administrativa, justamente por la gravedad de su efecto derogatorio y suspensivo del ordenamiento. Para efectos prácticos, únicamente hipótesis no sólo de evidente existencia sino de evidente gravedad, por el rango de los bienes jurídicos amenazados, parecen aptas para poner en juego esa su eficacia *contra legem*, de otro modo absolutamente prohibida. Y permitida sólo si, pese a la violación de la ley, el acto dictado es apto y necesario para mantener el Derecho, es decir: los bienes jurídicos que éste tuela, los fines y valores públicos cuya realización y protección vienen encomendadas a la Administración.

En síntesis: el contenido del acto es también elemento incompatible con la discrecionalidad administrativa para su escogencia y configuración, aun si no está regulado o lo está imprecisamente, por tratarse del elemento definidor de la respectiva potestad, normalmente previsto por ésta en forma expresa y precisa, o imprecisa pero determinable con vista del motivo y del fin del acto, respecto de los cuales tiene que ser proporcional, cuando no único y necesario, según lo establezca el contralor jurisdiccional, habilitado al respecto en su máximo grado.

Conclusión: No hay discrecionalidad posible en cuanto a motivo y contenido por su necesaria correlación y adaptación recíprocas, a partir del fin del acto y en orden a su mejor cumplimiento posible, aun si hay carencia total de regulación de uno de ellos. La Ley General exige regulación, al menos, de uno de ellos, a la par del fin. En todo caso, el ajuste necesario del motivo al contenido a partir del fin se funda en la realización de los conceptos indeterminados de necesidad y de proporcionalidad de uno respecto del otro y de ambos respecto del fin, que son determinables exactamente con vista de los hechos de cada caso. Igualmente sucede con cualquier otro concepto indeterminado, vago o impreciso empleado por el ordenamiento al regular uno cualquiera de esos elementos, regulación que conlleva las mismas posibilidades de concreción por obra de la virtud normativa inherente a los hechos de cada caso, puestas en relación con el concepto indeterminado de que se trate.

En último término, el ajuste necesario y recíproco de motivo y de contenido y de ambos con el fin expresa la oportunidad, conveniencia o mérito del acto, mediante el empleo de conceptos que también son indeterminados pero determinables exacta y precisamente en la mayoría de los casos. Esto último merece mayor explicación.

Examinemos, de seguido, las hipótesis de discrecionalidad por opción o discrecionalidad potestativa o facultativa, como también puede llamársele.

IV. LA DISCRECIONALIDAD POR ELECCION, FACULTATIVA O POTESTATIVA

1. *La dicotomía legalidad y oportunidad*

Se da también la discrecionalidad cuando el ordenamiento expresa o implícitamente apodera a la Administración para optar entre varias conductas posibles, que puede regular expresamente o no regular del todo. En esta última hipótesis, carencia de regulación, volvemos al tipo de discrecionalidad por insuficiencia normativa ya examinado. Resta por analizar únicamente la hipótesis de potestades para escoger entre varias conductas legales —distintas por razón de su contenido preciso— con vista de un motivo determinado por la ley. La discrecionalidad existe aquí porque hay una libertad de elección, que, aparentemente, sólo puede ejercerse a través de

criterios y decisiones personales del funcionario, con independencia del ordenamiento. Dentro de esta hipótesis se halla obviamente la alternativa entre la acción y la abstención, cuando ésta sea posible, según el ordenamiento.

Se dice que esta zona de acción por opción, escogencia o elección entre alternativas varias, sobre todo si están expresamente dadas por ley, es el reino verdadero de la discrecionalidad, que se rige por el criterio a las preferencias personales y exclusivas del funcionario, inspirado, en todo caso, por guías o reglas que no son jurídicas.

La forma tradicional de plantear el problema ha sido la de correlacionar —en neta dicotomía— la discrecionalidad con la oportunidad y la vinculación con la legalidad del acto. Es decir: así como el acto está sujeto al ordenamiento en la medida en que la ley o el reglamento lo regulan —o, en ausencia de éstos, los principios generales—, así el acto es libre frente a ese ordenamiento, aunque no opuesto a él, cuando se rige por reglas llamadas de oportunidad, que se suponen no jurídicas y, por tanto, no obligatorias ni vinculantes para su validez. La discrecionalidad es libertad en la medida en que se orienta y rige por reglas o criterios de oportunidad, distintos de las normas jurídicas. La oportunidad es lo que permite valorar las iniciativas y elecciones del funcionario, para establecer cuál es la mejor en el caso, y, por ahí, para inclinarlo por una alternativa, con exclusión de otras. La verdadera fuente de la discrecionalidad, ya que no en la carencia o insuficiencia de reglamentación jurídica, está entonces en la posibilidad jurídica, dada y regulada por el Derecho, de optar entre varias conductas, según criterios no jurídicos y no obligatorios de oportunidad, que también suelen llamarse de conveniencia, mérito o eficiencia. El mundo de la Administración y de su organización y funcionamiento se divide así en dos grandes continentes: uno, regido por el Derecho; y otro por reglas no jurídicas, que dejan intacta la libertad de la Administración respecto de las conductas que regulan, en la medida en que, por no ser jurídicas, no son obligatorias ni condicionan la validez del acto. Su observancia puede, a lo sumo, formar parte del mundo interior de la Administración, a través de circulares, instrucciones y órdenes, que condicionan la posición personal del funcionario y, por su infracción o inobservancia, eventualmente su responsabilidad personal, sin repercusiones sobre el acto. Su violación puede también comprometer la responsabilidad de la Administración. Este enfoque se ha trasladado, como es inevitable y necesario, al concepto y función de la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. La dicotomía en el contralor jurisdiccional de la Administración

El planteo tradicional de la jurisdicción contenciosa francesa, heredado por las de Latinoamérica, ha sido hasta ahora el de que se trata de una jurisdicción de legalidad, por contraposición a la oportunidad⁴¹. Surgen dos problemas de interpretación, a saber: a) ¿Qué es legalidad? b) ¿Qué es oportunidad?

a) *Legalidad*. Es indudable que hasta la Segunda Guerra Mundial la doctrina francesa entendía —y con ella la latinoamericana— que la legalidad era el conjunto de leyes dictadas por la Asamblea Legislativa, ley formal y no sólo material⁴². La jurisprudencia del C.E demuestra lo contrario, desde mucho antes. El C.E no sólo interpreta los conceptos indeterminados de la ley, sino que la suple cuando ésta falta y también la descarta cuando su aplicación es claramente inconveniente o

41. Dubisson, *op. cit.*, pp. 1-25, con reseña de las principales variantes en la concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa como contralor de legalidad estricta, fundado en la ley formal; véase también Di Qual, *op. cit.*, p. 182; y Loschak, *op. cit.*, pp. 47-49.

42. Dubisson, *op. cit.*, p. 21; Waline, *op. cit.*, p. 33, y *Droit Administratif*, Sirey, París, 1963, pp. 268-270.

lesiva para el interés público, como ocurre con la llamada regla jurisprudencial de las circunstancias excepcionales, frente a las cuales desaparece o se suspende la vigencia de las leyes que regulan los aspectos externos del acto administrativo (procedimiento, competencia, legitimación y forma de extinción), para ser sustituidas por otras *ad hoc*⁴³. La legalidad está formada, para este efecto, no sólo por la ley (que abarca toda norma escrita en general, como el reglamento) sino también por las reglas creadas por la jurisprudencia, para interpretar, *completar o sustituir la ley*.

b) *Oportunidad*. La discrecionalidad es la libertad dejada a la Administración para escoger y crear la configuración de los elementos materiales del acto administrativo que no han regulado ni la ley ni la jurisprudencia. La oportunidad es la adecuación del acto a su fin o, en otras palabras, la aptitud del acto para realizar el fin legal que debe perseguir, en función de su motivo y/o de su contenido discrecionales. Esa adecuación del motivo y/o del contenido discrecionales al fin del acto se logra por la aplicación de las reglas o criterios de la oportunidad, es decir: de reglas cuya función es precisamente lograr el mayor rendimiento, la mayor eficiencia posibles del acto administrativo. Estas reglas de oportunidad, en otras palabras, orientan al funcionario en la escogencia y configuración del motivo y/o del contenido discrecionales, para que logren al máximo el fin legal. Podría decirse que la oportunidad es la adecuación o conformidad del acto a dichas reglas, pero ello sería una toma de posición en una ardua discusión. En efecto: una tesis reputa conocibles esas reglas de oportunidad, a modo de máximas de experiencia, antes de la aparición de los hechos del caso; otra posición lo reputa posible sólo en el acto mismo de su aparición y por virtud de ella. Ambos enfoques conducen a lo mismo. En efecto: en esta última hipótesis, se trataría de reglas no anticipables, que sólo se pueden conocer y precisar con vista de los hechos, exactamente como los conceptos indeterminados para quienes los creen unívocos o, al menos, no equívocos en su aplicación. Pero se trataría siempre de reglas conocibles objetivamente dentro del caso, quien quiera que sea el funcionario. De hecho, bien podría decirse que los giros "oportunidad", "acto oportuno" o similares, son conceptos indeterminados, a la espera de los hechos motivo del acto, para despejarse y concretarse en ellos o por ellos exacta y precisamente. Dentro de este enfoque hay una gradación de normas de oportunidad o de buena administración, como también se llaman, pues las mismas van de lo general a lo particular y de lo meramente directriz y programático a lo que es un verdadero imperativo del caso, bien definido dentro de la circunstancia. Si bien el caso sin precedente exige una regla nueva e individual, esta regla es igual para cualquiera dentro del caso y hasta puede formar precedente, si resulta adecuada ante nuevos casos iguales, convirtiéndose en práctica administrativa. Ocurre con las reglas de oportunidad, en esta versión, lo mismo que con las reglas de prudencia, en orden a las responsabilidades por hecho ilícito. Es difícil enunciarlas antes del accidente, pero resulta no sólo posible sino imperativo conocerlas y aplicarlas al momento de éste; esas reglas se determinan y conocen normalmente dentro de hechos concretos y en relación con ellos, aunque bien puede pensarse en algunas de enunciación general y de carácter preventivo, como ocurre con las contenidas en manuales o reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo, o con las leyes de tránsito. Ello no es esencial para su existencia, pues reglas de prudencia en el tráfico automotor o en labores peligrosas son, fuera de las codificadas, todas las que exija el momento y el lugar del accidente, y en responsabilidades se puede incurrir tanto por violación de unas como de otras. Igualmente cabe decir de las reglas de oportunidad, pues

43. Lucien Nizard, *La Jurisprudence Administrative des Circonstances Exceptionnelles et la Legalité*. L.G.D.J., París, 1962, pp. 85 y ss.

fracasos administrativos puede haber tanto por violación de las generales y elementales, como de las casuistas.

Hay polémica entre quienes sustentan la vigencia jurídica de esas reglas de oportunidad, cuya violación generaría la invalidez del acto, como si se tratara de quebranto de normas jurídicas; y quienes, a la inversa, las creen existentes pero jurídicamente irrelevantes y meramente útiles sólo para orientar el acto hacia su fin, sin ninguna imperatividad⁴⁴. Su violación tendría como única consecuencia la frustración del fin, no la invalidez del acto. Quienes sustentan esta tesis consideran que, por definición, la oportunidad es una cualidad individual de cada acto en relación irrepetible con su motivo de hecho, según una norma del mismo alcance, creada *ad hoc*, que puede estar enmarcada por leyes o reglas no jurídicas preexistentes y generales, pero que es irreductible a ellas en último término. Esa norma de oportunidad auténtica, que podría llamarse la regla de la discrecionalidad pura, es una verdadera invención para el caso, y, como tal, irrepetible. Es inconocible antes del caso e inadaptable después de éste. Es probable que ambas tesis estén equivocadas, por exageración, pues resulta evidente, por un lado, que máximas de experiencia administrativa y de buena administración son no sólo conocibles y codificables, sino objeto de estudios universitarios; y es cierto, por otro, que en múltiples ocasiones la situación es nueva e inútiles las experiencias y conocimientos adquiridos. En esta hipótesis hay imposibilidad de aplicar reglas preexistentes, por lo que la que resuelva el caso será creada por él y para él. Pero resulta fundamental entender que su existencia y apreciación se dan *in abstracto*, en función de los hechos del caso y sin tomar en cuenta, salvo en contra de la Administración, las cualidades, ni las fallas personales del funcionario agente, exactamente como se aprecia la "culpa" del servidor público y de la Administración para efectos de su responsabilidad civil⁴⁵. Es decisivo, entonces, entender y aceptar que siempre habrá dos fenómenos jurídicos paralelos, de extrema importancia en orden a la configuración de la potestad discrecional, a saber:

a) un deber funcional del servidor público de aplicar esas reglas —generales o individuales—, si conocerlas está dentro de sus posibilidades, y de hacerlo para lograr el óptimo resultado posible;

44. A favor de la vigencia jurídica de las reglas de oportunidad y, en general, de las reglas no jurídicas necesarias para completar la regulación legislativa y hacer posible su aplicación, véase Mortati, Costantino, en una serie de tres notables artículos de vieja publicación: "Note Sul Potere Discrezionale", *op. cit.*, pp. 1014 y ss.; "Norme Non Giuridiche e Merito Amministrativo", *op. cit.*, pp. 1045-1048; "Discrezionalità", *op. cit.*, pp. 1217-1219 y 1228-1230. Véase igualmente la brillante obra de Franco Bassi, *La Norma Interna*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 259 y ss., esp. 273 y 282-284, lo que viene apoyado por Guido Falzone, *Il Dovere di Buona Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 151-155, esp. 154 y 155. Claramente en contra de esa vigencia jurídica de las reglas de oportunidad, aunque reconociendo su existencia como tales y como criterios orientadores (pero no obligatorios) de la decisión discrecional, Onorato Sepe, *L'Efficienza nell'Azione Amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 65 a 69, esp. 65, 66 y 67; Aldo Piras, *op. cit.*, pp. 83 a 85; Giannini, tomo I, *op. cit.*, pp. 637-638. Estos dos últimos autores consideran que el acto discrecional puede estar condicionado lógicamente o psicológicamente —no jurídicamente— por las reglas de oportunidad u otras no jurídicas, pero que consiste siempre en la creación libre de una norma individual irrepetible, no sujeta a control.

45. A este respecto vale el mismo concepto de este tipo de valoración "in abstracto" —por contraposición a la que se da "in concreto"— para efectos de la responsabilidad extracontractual de la Administración: véase Henry et Leon Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. Editions, Paris, Monchrestien, 1960, vol. 1, pp. 490, 492 y 493; Laurent Richer, *La Faute du Service Public dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat*, Economica, Paris, 1966, pp. 65 y 66; Antoine Pirorand, *Faute Civile et Faute Pénale*, L.G.D.J., Paris, 1966, pp. 164 a 167; Michel Paillet, *La Faute du Service Public au Droit Administratif Français*, L.G.D.J., Paris, 1980, pp. 45, 50, 51, 60 a 62 y 166 a 168; Stéphane Riels, *Le Juge Administratif Français et la Technique du Standard*, L.G.D.J., Paris, 1980, pp. 325 y ss., esp. 332 a 335.

b) una regla jurídica del acto que se realizará, condición de su validez, según la cual éste debe conformarse a esas reglas de oportunidad como si fueran jurídicas, logrando el óptimo objetivamente posible dentro de la circunstancia.

Se trata de dos situaciones jurídicas distintas, aunque íntimamente conexas.

En virtud de la primera hay un deber funcional del servidor público, llamado a buscar siempre aquello que subjetivamente luzca como lo mejor en la realización de los fines públicos; la infracción de ese deber puede acarrear sanciones disciplinarias.

En virtud de la segunda hay un condicionamiento objetivo, dado por la circunstancia de hecho, en la realización del fin del acto. Con independencia del criterio personal del funcionario, el acto debe tener una determinada configuración objetiva en su motivo y/o contenido, para la realización del fin que persigue una vez realizado el motivo. Si no la logra, aunque el fin se alcance defectuosamente, el acto estará viciado, precisamente por ese defecto funcional, por su mal rendimiento. Y nuevamente surge aquí el símil del hecho ilícito, en el que —sobre todo tratándose de la “falta de servicio” en el seno de la Administración— lo que importa no es la negligencia personal, sino el mal funcionamiento objetivo, desde el punto de vista de un modelo de ese mismo servicio, al alcance de la Administración culpable⁴⁶. En punto a la validez del acto, si éste pudo y debió tener una determinada configuración objetiva de motivo y/o contenido para lograr su fin en óptimas condiciones, el no tenerlas es un vicio de validez, por quebranto del deber legal de lograrlo. Aquí la oportunidad se incorpora a la legalidad, siempre que el motivo y la circunstancia permitan al agente conocer y aplicar la regla concreta de configuración del acto en su máximo rendimiento, aunque esa regla sea “casuista” y no conocible antes del “caso”. Lo que importa es que sea objetiva y uniformemente conocible dentro del caso, en función de las circunstancias de éste externas al funcionario e independiente de sus condiciones, habilidades o falibilidades personales. Esto lo sostiene hoy, fuera de Francia, parte importante de la doctrina italiana, en cuanto pone a cargo del ente público —no del funcionario, sino del órgano— un “deber de buena administración”, que convierte en jurídica toda regla de oportunidad objetivamente conocible y aplicable dentro de la circunstancia, sin que medien impedimentos insuperables⁴⁷. Hay discrepancia sobre el mecanismo que permite los efectos jurídicos de la regla de oportunidad, como si fuera legal, pues mientras unos hablan de un “reenvío formal” (Mortati), otros hablan de una “presuposición sancionada” (con la nulidad del acto violatorio), desde el momento en que la ley ha dejado sin regular los criterios de elección y configuración tanto del motivo como del contenido del acto discrecional, con la obvia intención de que lo hagan reglas de otros ordenamientos; o, de plano, otras de índole no jurídica. Entran en juego, entonces, reglas jurídicas y no jurídicas, que completan la norma, sobre la base de un reconocimiento que de ellas hace el ordenamiento estatal, expresa o implícitamente⁴⁸. Esto nos lleva directamente a ha-

46. Odent, *op. cit.*, fascículo 3, p. 932; Jean Du Bois du Gaudusson, *L'Usager du Service Public Administratif*, L.G.D.J., París, 1974, pp. 167, 168 y 203-206; Francis Paul Benoit, *Le Droit Administratif Français*, Sirey, París, 1975, p. 709.

47. Bassi, *op. cit.*, pp. 270 y 271. Guido Ralzone, *Il Dovere di Buona Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 86, 111, 112, 114, 115, 131 y 132; Franco Gaetano Scoca, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 28 y 29; Franco Ledda, *Il Rifiuto di Provvedimento Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964, pp. 101 a 103; aunque este autor niega la existencia del “deber de buena administración”, después de admitir que el ejercicio de la discrecionalidad conduce a la formulación de una “norma del caso concreto” y que la misma reduce a una sola, la mejor posible, la conducta debida en el caso, eliminando toda alternativa en favor de la Administración; ello equivale a reconocer la posibilidad de conocimiento y, por ahí, la vigencia de la norma casuista, que sólo puede ser la mejor posible y conocible en el caso; véase *op. cit.*, esp. pp. 102 y 103.

48. Mortati reputa existente un “reenvío formal” del ordenamiento a las reglas de buena administración, en tanto que Bassi lo niega y considera, en su lugar, la existencia de lo que llama “presuposición reforzada”. Esto parece lo acertado. Existe el fenómeno cuando una norma

blar de los otros dos grandes sectores de reglas que complementan las jurídicas en la común tarea de limitar y reducir la discrecionalidad administrativa, lo que veremos de inmediato.

Puede decirse, en síntesis, que las reglas de oportunidad son las que orientan la configuración y la elección por la Administración del motivo y/o del contenido discrecionales del acto, en orden a la realización óptima de su fin público, estén o no previstas legalmente las alternativas correspondientes, siempre que sean objetivamente conocibles y aplicables dentro del caso en cuestión. Se definen por su función, que es justamente la de lograr la adaptación mejor posible de esos elementos discrecionales al fin del acto, para su óptimo rendimiento dentro de la circunstancia; y se trata normalmente de reglas de experiencia acumulada tanto como de reglas nuevas e individuales, con aquella función, conocibles y aplicables únicamente con vista del caso ya surgido. Pueden reputarse reglas jurídicas condicionantes de la validez del acto si es cierto y existente —como lo acepta este estudio— *el principio general según el cual el acto debe tener el ajuste mejor posible a su fin, que le permita la circunstancia en que se da*, por lo cual queda prohibido el acto que, dentro de esa posibilidad y factibilidad casuistas, no lo logre. La frustración del óptimo posible se convertiría en un caso de ilegalidad, por violación de un principio general de eficiencia, mérito u oportunidad máximas. Caso opuesto, se tratará de reglas cuya importancia será menor. Este es el tratamiento del problema adoptado en C.R por la Ley General.

3. *La posición discrepante de la Ley General*

La Ley General ha tomado posición en la anterior polémica doctrinal, en beneficio de la Administración y en posición discrepante de los principios dominantes, favorables a la obligatoriedad jurídica plena de las reglas de mérito u oportunidad, no sin importantes reservas⁴⁹. Y decimos que tal discrepancia es parcial porque no

emplea "conceptos indeterminados" que sólo pueden aplicarse y precisarse por el uso de reglas no jurídicas, como las de la prudencia (cuando se habla de "falta" o "cuasidelito"), las de la lógica (cuando se habla de "racionalidad" de un acto) o las de la buena administración (cuando se habla de su "oportunidad"). Las normas no jurídicas no se convierten, en esta hipótesis, en jurídicas (como ocurre en el caso de los "reenvíos"), sino que conservan su índole propia, pero producen efectos de Derecho al configurar un concepto de la norma jurídica con miras a su aplicación. Si esa configuración no se da o se da defectuosamente, se viola la norma y puede haber —aunque ello no es necesario, sino dependiente de cada ordenamiento— o una invalidez o una responsabilidad. La regla no jurídica queda así "presupuesta" o "supuesta" y la operación puede llamarse "reforzada" cuando su omisión o imperfección vienen sancionadas en alguna de las dos formas o por las dos. Véase por todos Bassi, *op. cit.*, pp. 240 y 245.

49. Nos referimos en primer término a la posición de las jurisprudencias francesa e italiana. Debe decirse que, pese al desarrollo científico ocurrido alrededor del tema, la doctrina de esos países sigue reputando existente e irreductible un margen último de auténtica discrecionalidad, que, sin embargo, admite ser cada día más restringido. Como se verá, este trabajo propugna la admisión de una discrecionalidad residual, en las hipótesis excepcionales en que los conceptos indeterminados y las reglas de oportunidad no sean determinables objetivamente, ni aun dentro de la circunstancia, por depender de valoraciones subjetivas y variables de persona a persona, principalmente cuando aquellos conceptos o las omisiones de la ley exijan tomar posiciones definidoras de la norma en sus espacios conceptuales en blanco de acuerdo con gustos y preferencias personales. Con sólida posición en contra de las reglas de oportunidad como distintas de la legitimidad y claramente a favor de un contralor jurisdiccional de su aplicación y de la presunta discrecionalidad administrativa fundada en ellas, toda la doctrina latinoamericana citada por Julio Rodolfo Comadira, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Astrea, Bs. Aires, 1981, pp. 4 y 5, nota 4. En C.R., como se hace ver en el texto, los artículos 16.1, 160 y 167 de la Ley General, fundan la reserva exclusiva de la Administración en la selección y aplicación de las reglas de oportunidad, mérito o conveniencia que garantizan la eficiencia del acto (por acomodamiento de su contenido y motivo a su fin) por encima de un grado mínimo y en uno medio o máximo, con prohibición al Juez de controlar la existencia

es completa. Para la Ley General tales reglas son también normas jurídicas, pero hasta cierto grado de potencia reguladora; no lo son, más allá de éste. La posición de la Ley General al respecto es típicamente costarricense, por ecléctica, y deriva de una transacción política con los imperativos de libertad de la Administración, en detrimento de la juridicidad de una porción grande de las reglas de oportunidad. En efecto: la L.G ha adoptado una tesis intermedia entre la que sostiene la obligatoriedad de todas las reglas de oportunidad, como condición de validez del acto administrativo, y la negación de esa juridicidad a todas, como meras guías para el ajuste óptimo del acto a su fin legal. Varios artículos de la L.G son decisivos al respecto. En tanto que los arts. 132.2 y 133.2 formulan a cabalidad el principio de proporcionalidad (entre motivo y contenido y de ambos con el fin del acto), lo cual es la forma más clara y correcta de imponer la incorporación de la oportunidad a la legalidad, como medio de garantizar la eficiencia o el rendimiento óptimos de la conducta administrativa dentro de la circunstancia; el art. 16 *ibidem* rebaja el nivel de excelencia encapsulado en esa proporcionalidad para conformarse con el respeto a los "principios elementales" de "conveniencia", entendida ésta precisamente como "oportunidad". Dispone el art. 16.1:

Art. 16. 1. "En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia".

2.

Es evidente que el art. 16 rebaja los niveles de operación de la Administración, al exigirle en sus actos discrecionales por motivo no ya de una proporcionalidad entre éste y el contenido, con vista del fin, en virtud de aquel balance global de logros y desventajas, sino, apenas, la observancia de las reglas "elementales" de "conveniencia". Estas han de ser, pues no tiene otro sentido el calificativo, las reglas generales, si no codificadas, del sentido común en punto a oportunidad y buena administración, que deben estar recibidas y aplicadas en y por el acto. Lo que, a su vez, significa que el vicio por su violación será equivalente al descenso de esa oportunidad o conveniencia por debajo de un mínimo, ya no de un óptimo, con el resultado de una plena y flagrante "inoportunidad" del acto, única forma de su "inconveniencia" que podrá ser causa de su invalidez, según dicho art. 16.1.

Pese a su evidente amor por lo vulgar, el art. 16.1 capta una innegable realidad, a saber: la imprevisible riqueza de la realidad y de sus imperativos circunstanciales en orden a la realización de un determinado fin público, así como la insuprimible falibilidad humana en el conocimiento de esa realidad y en la orientación de la conducta frente a ella. Es decir: es posible, primero, que haya hipótesis en que lo mejor u óptimo para el fin público esté dado en varias versiones y que la realidad —no la norma— abra alternativas todas intercambiables, desde el punto de vista de su oportunidad; aquí estaríamos, sin embargo, en una indiferencia jurídica de alternativas dentro de lo óptimo que, no obstante configurar el ejemplo típico de la

y alcances de estos últimos. La posición de la ley tiene su antecedente doctrinal en un ilustre origen, hoy no compartido por sus autores de entonces, para lo cual véase Alessi, *op. cit.* vol. 1, pp. 318 a 320, donde el autor finca igualmente la distinción entre legalidad y oportunidad en la existencia de un mínimo de eficiencia (legalidad), o de un grado medio o máximo de la misma (oportunidad) en el acto administrativo. Pero esta reserva de la L.G. a favor de la discrecionalidad padece dificultades de aplicación que la hacen casi imposible y nugatoria, como se puntualiza en el texto. Véase a este respecto Javier Salas Hernández, *El Tema de las Competencias: Instrumentación de las Relaciones entre el Estado y la Administración Local desde la Perspectiva de la Descentralización Territorial*, en la obra colectiva *Descentralización Administrativa y Organización Política*. Ediciones Alfaguzara, Madrid, 1973, vol. II, p. 381, nota 130.

oportunidad máxima para el ejercicio de la discrecionalidad, es también el caso más infrecuente. Lo normal es que la realidad ofrezca alternativas desiguales por su eficiencia y adaptación al fin público, en orden al cual puedan reputarse unas mejores o peores que otras. Pero, en tal hipótesis, también es normal que el funcionario, por incapacidad o simplemente por mala ubicación y defectuosa perspectiva, escoja mal y opte por lo bueno creyendo que es lo mejor. El art. 16.1 consagra y acepta esta posibilidad sin desmedro de la validez del acto, en la medida en que no se haya optado por lo "peor", aunque se haya ignorado lo "mejor". El acto "bueno" y "oportuno", aunque no sea "óptimo", es válido, como será lo contrario el acto "peor" e "inoportuno", por un desajuste radical e insubsanable respecto de su fin. Esto viene consagrado claramente por el art. 160 L.G. que dispone:

Art. 160. "El acto discrecional será inválido, además, cuando viole *reglas elementales* de lógica, de justicia o de *conveniencia*, según lo indiquen las circunstancias de cada caso".

El art. 167, *a contrario sensu*, introduce la legalidad como un elemento de la oportunidad, cerrando la ecuación parcial entre ambas notas del acto, al disponer que el mismo será absolutamente nulo cuando su ilegalidad impida la realización del fin público perseguido. Dispone dicha norma:

Art. 167. "Habrà nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, *salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta*".

En otras palabras: así como la inoportunidad evidente y elemental es un vicio de legalidad, la ilegalidad grave y flagrante se torna en uno de inoportunidad, cuando impida la realización del fin público perseguido. En esta hipótesis, la nulidad será absoluta.

La L.G. acepta y da relevancia a la distinción clásica entre legalidad, como conjunto de reglas jurídicas, y oportunidad, como conjunto de reglas de conveniencia u oportunidad, no jurídicamente obligatorias. La violación de estas últimas o de una especie de ellas no implica nulidad del acto administrativo. Ello es posible porque solamente una parte de las reglas de esta conveniencia del acto son reputadas jurídicas por la L.G. y son aquellas relativas a la oportunidad o eficiencia del mismo para cumplir su fin que viven en el sentido común de las personas y que son asequibles para todos dentro de la circunstancia, tomando en cuenta la actividad a que cada uno se dedica a la común de las gentes. Hay una gradación entre la evidencia y generalidad de tales reglas y su valor jurídico, en virtud de la cual sólo se reputan revestidas con este valor aquellas reglas de oportunidad que son evidentes para cualquiera de una especialidad o para cualquiera sin ella en el ámbito de la actividad común (no técnica ni empresarial), por corresponder al conocimiento elemental y más general de la actividad en ejecución al momento del acto administrativo; y son, en cambio, reglas de oportunidad no jurídicas las que sólo están al alcance del verdadero experto, por acumulación de experiencia o de conocimiento, no exigible de todas las gentes de la especialidad o en el quehacer común de que se trata. Hay, entonces, se dice, un margen de auténtica libertad para la Administración y, por ahí, de auténtica discrecionalidad, librada al criterio subjetivo del funcionario, en la escogencia y configuración de motivo y contenido, y en la adaptación de uno al otro y de ambos al fin, en la medida en que, más allá de la aplicación de reglas de conocimiento y aplicación elementales, la Administración actúa librada a reglas no jurídicamente obligatorias, equiparables a sus criterios personales y exclusivos, que pueden determinar y decidir las opciones de la Administración en punto a motivo y contenido no

regulados por escrito o regulados como optativos por el ordenamiento escrito de la Administración. Por encima de un grado mínimo de oportunidad, la Administración es libre para conformar el motivo y contenido de sus actos o para escoger entre varias opciones legales, en cuanto es libre para escoger y definir el contenido de las reglas y criterios que aplicará para apurar ese mínimo de conveniencia y lograr un grado medio o máximo de la misma por el ajuste del acto a su fin legal. Las reglas de la oportunidad pueden definirse así, de acuerdo con los artículos 16.1, 160 y 167 de la L.G., como las que guían a la Administración en el logro de un grado medio o máximo de ajuste del acto a su fin, no jurídicamente obligatorias ni condicionantes de la validez del acto, sino únicamente de su eficiencia o conveniencia para el interés público. Es evidente que el criterio de identificación de uno y otro tipo de reglas de oportunidad es objetivo o abstracto y coincide con el que aplicaría un "prudente padre de familia" o un "eficiente funcionario público", con entera independencia de los condicionamientos, virtudes o defectos personales del funcionario históricamente agente y autor del acto juzgado, en paralela condición con el criterio asumible para determinar las reglas exigibles de prudencia que establecerán si ha habido, o no, culpa del agente en casos de responsabilidad civil. Puede decirse que así como hay culpa grave, por violación de reglas elementales de pericia y de prudencia en un caso concreto, así también hay inoportunidad grave e ilegitimidad consiguiente en el acto que viola las reglas de conveniencia de igual elemental y general naturaleza; y que serán éstas las únicas con valor jurídico, seleccionadas según un criterio abstracto y objetivo, correspondiente a un modelo de normalidad o de eficiencia mínimas, aceptables dentro de un campo determinado de decisión administrativa. Lo que sea la oportunidad media o máxima cae fuera del campo de la legalidad, para servir de medio y guía de ejercicio de la discrecionalidad administrativa, en el sentido clásico de libertad no vinculada, contrapuesto a esa legalidad.

4. *Consecuencias prácticas de la posición de la L.G.: el control jurisdiccional total*

Es muy dudoso que una gradación del tipo apuntado opere prácticamente en beneficio de la Administración. Y esto porque en la realidad hay una intensa comisión de todas las reglas del obrar administrativo, que normalmente regulan partes de la conducta y del acto, pero no todas ellas, en una especie de distribución de campos reservados de regulación, complementarios entre sí. Para poder adquirir la visión del campo exacto de cada regla es necesario examinar el conjunto y hacer las particiones correspondientes, sin que haya normas escritas al respecto y, por ello, en forma necesariamente subjetiva y variable de caso a caso. El contralor jurisdiccional, para ser eficiente, tiene que ser total y abarcar todos los aspectos del acto administrativo, tanto los de relación entre éste y la norma escrita como entre éste y su fin. El límite entre lo evidente y elemental y lo complejo y velado del acto, respecto de este fin, es lábil y obviamente no preestablecido. Es el Juez quien lo crea en cada caso, de donde es él quien determina hasta dónde llega la legalidad y empieza la oportunidad, como contrapuesta y distinta. Lo que significa que, dada la mecánica de operación del contralor jurisdiccional, no hay esencial diferencia entre reglas jurídicas y de oportunidad y que su adscripción a una u otra categoría dependerá del criterio personal del Juez, que podrá reconocerla o negarla, a voluntad, naturalmente racional y razonable. Desde que una cierta dosis de conveniencia es parte de la legalidad del acto, su oportunidad se convierte en legitimidad, porque potencialmente toda regla de esta última índole puede ser jurídica, a juicio y decisión subjetivos del Juez. La usual matización que ha introducido el C.E. francés en el contralor jurisdiccional según los campos materiales en que se ejerza, para ampliarlo o restringirlo, y para abarcar, o no, cuestiones de

proporcionalidad entre motivo y contenido, y viceversa, es la prueba mejor de la soberanía del Juez en la materia, incompatible con una verdadera reserva, de límites jurídicamente exigibles, de discrecionalidad y de oportunidad administrativas en beneficio de la Administración, a modo de valladar y coto contra el Juez.

La L.G. ha querido respetar esa reserva administrativa, pero inevitablemente con timidez y contradicción. Esto último porque mientras los artículos 132.2 y 133.2 consagran abiertamente el principio de proporcionalidad entre motivo y contenido del acto, y viceversa, que es lo mismo que convertir esa proporcionalidad y el ajuste de ambos elementos al fin (del acto) en materia de legalidad sujeta a contralor jurisdiccional, con obligada incursión de este último en aspectos de conveniencia, mérito u oportunidad del mismo (que no son otra cosa que ese ajuste al fin); sus artículos 16.1, 160 y 167 limitan esa potestad de contralor jurisdiccional sobre el mérito o la oportunidad, al permitir que la Administración sea libre y no jurisdiccionalmente controlable después de que ha logrado un mínimo de conveniencia o eficiencia del acto, por observancia de reglas elementales y universales de eficiencia, y actúe para alcanzar un grado medio o máximo al respecto, que reputa como sin influencia sobre la validez del acto. Esto confina el contralor jurisdiccional a aquel mínimo y prohíbe el que tienda a verificar los grados superiores de eficiencia del acto como una abusiva intromisión del Juez en la vida de la Administración.

Ello no obstante, como se dijo, el permitir el contralor de oportunidad, aunque sea mínima, ha creado una potestad de ámbito difícilmente controlable en cuanto a sus límites, porque éstos son fijados por el mismo Juez, más que por la realidad sujeta a examen. Y, con ello, la L.G. hace difícil distinguir entre contralor de legalidad y de oportunidad y legitima prácticamente cualquier intervención de este último como si fuera de lo primero, dada la imposibilidad de hacer una neta partición entre los diversos grados de oportunidad o conveniencia del acto. La consecuencia es la de que, si bien en la letra, la L.G. ha creado un ámbito reservado de discrecionalidad administrativa auténtica, en la búsqueda de un grado medio o máximo de conveniencia del acto administrativo, ha hecho muy difícil respetar tal reserva, por la dificultad inherente a la distinción entre los diversos grados de oportunidad de un acto y, más concretamente, de un grado mínimo de ella. En la práctica, la aplicación de la L.G. conducirá normalmente a la invasión de todo el campo de la conducta imperativa como propio del contralor jurisdiccional de legalidad, con automática incorporación a ésta de las reglas de oportunidad, mérito o conveniencia del acto, que así se transmutan en jurídicas y en condiciones de validez del acto administrativo.

Lo anterior no es irrazonable ni peligroso para la marcha de la Administración, contra lo que pudiera creerse. Uno apenas entre los valores que la deben presidir es el de la autonomía administrativa, pero, evidentemente, el mismo debe subordinarse al servicio de la sociedad y del hombre. En un Estado de Derecho, en otras palabras, la Administración está para servir al hombre y satisfacer sus necesidades e incurre en un actuar inválido cuando más bien opera para dañarlo innecesariamente o para defraudar las legítimas expectativas puestas por el público en su funcionamiento.

Pero, con esto, hemos llegado ya a divisar el ordenamiento administrativo como parte del Estado de Derecho y la función de éste como actividad global presidida por el respeto y el impulso de ciertos valores fundamentales del hombre y de la sociedad.

El paso que falta por franquear en el ejercicio del contralor jurisdiccional de la Administración ha de partir de esa realidad fundamental que es la unidad del ordenamiento jurídico y de sus valores, como fuente de principios y reglas institucionales que inspiran y orientan la actividad de decisión y de elección de la Administración en su conjunto, más que el mero acto aislado. Nos explicamos.

5. *Vicios de la función y vicios del acto (irracionalidad, iniquidad, inutilidad)*

Un notable jurista italiano⁵⁰ ha hecho, no hace muchos años, una distinción fundamental —aunque elemental, como todo lo importante— para explicar el evidente fenómeno de la potenciación y ensanchamiento crecientes del contralor jurisdiccional sobre la discrecionalidad administrativa. Ha hecho la distinción entre función y acto. Función es la actividad necesaria para llegar a la emisión de un acto, a partir de una potestad⁵¹. Es decir: es el actuar con base en una potestad y para dictar el acto que éste autoriza, cuando todavía no se ha dictado. Su más visible manifestación es el procedimiento administrativo, legislativo, etc. Incluye obviamente la actividad intelectual y volitiva expresada en el acto, al final de ese procedimiento, naturalmente anterior a la declaración en que desemboca. En cuanto el acto es discrecional por tener elementos no regulados, resulta obvio que su emisión exige esa actividad lógica y sicológica previa, sin la cual no sería posible formular y querer la norma individual del

50. Feliciano Benvenuti, "Eccesso di Potere Amministrativo per Vizio della Funzione", *Rassegna di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 22 y ss., espec. 22-30. Una advertencia resulta fundamental: el hallazgo de Benvenuti vino precedido por una larga elaboración jurisprudencial llevada a cabo por el Consiglio di Stato en la configuración de los —hasta entonces— llamados "síntomas del exceso de poder", consistentes todos en defectos lógicos o axiológicos del acto, en relación principalmente con sus motivos. Esos síntomas eran el error de hecho (travisamento dei fatti), la contradicción entre considerando y dispositivo (motivazione contraddittoria), la incoherencia de la motivación (motivazione irrazionale), la disparidad de trato o discriminación en el trato de casos iguales (disparità di trattamento), la violación de circulares, precedentes y prácticas administrativas (violazione di atti interni), etc. Se llaman "síntomas" del exceso de poder porque basta su comprobación, sin más, para justificar la anulación del acto, a manera de presunción absoluta de un defecto en alguno de sus elementos, no identificado, como resultado de la imperfección del pensamiento y de la voluntad expresados en él; para una buena reseña de la historia, evolución y tratamiento jurisprudenciales y doctrinarios del "eccesso di potere" y de sus "síntomas" véase Giovanni Di Cesare, *Problematica dell'Eccesso di Potere*, CEDAM, Padova, 1973, especialmente pp. 81 y ss. El mérito de Benvenuti reside en haber demostrado pulcramente que esos síntomas no son vicios de ningún elemento del acto, puesto que no hay ley que sienta por escrito la regla que infringen ni hay partes del acto que coincidan con el proceso lógico-sicológico de su formación. Esos "síntomas" no son tales, sino vicios autónomos e independientes, y no del acto, en la concepción de Benvenuti, porque son violaciones de principios generales que regulan, más bien, la función administrativa en el segmento precedente al acto, como quedó explicado en el texto. El acogimiento de los principios que regulan la función, sin el aparato doctrinal referido, es hoy universal en Occidente. En América Latina su forma más desarrollada está en la teoría de la "razonabilidad" del acto operada por la Corte Suprema argentina, cuyo contenido y alcance puede estudiarse en todos los tratados y manuales de la materia, principalmente en Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Bs. Aires, 1974, Cap. VIII, pp. 30-32.
51. Entiéndese aquí la potestad —a diferencia del derecho subjetivo— como autorización normativa para realizar actos jurídicos indeterminados por razón de objeto y sujeto pasivo; véase al respecto Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 110 y ss.; lo mismo que Eduardo Ortiz Ortiz, "Los Privilegios de la Administración Pública", separata *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de C.R., N° 23, San José, 1974, pp. 38 y 39. En cuanto a la función y a su íntima relación con el procedimiento, explica Benvenuti: "el procedimiento es, tal y como aparece, la vía por la cual discurre la potestad para concretarse el acto, (por lo que) me parece cierto que el procedimiento es no más que la manifestación sensible de la función, el modo de externación del devenir del acto. Cuando, de hecho, yo pienso en la función, por un lado, como al devenir de la potestad en acto y, por el otro, en el procedimiento como en la historia causal del acto, creo no errar diciendo que el procedimiento es la historia de la transformación de la potestad en acto, historia jalonada por toda la serie de actos necesarios para la concreción de la potestad en una realización concreta. Bajo el perfil objetivo, entonces, el procedimiento es manifestación de la función, así como el acto es la manifestación del resultado de la función. Y porque la función es su contenido, (el procedimiento) es la forma de la función. En términos tales que, en virtud de este enfoque, me parece posible sostener, en definitiva, que el procedimiento es el fenómeno que se produce con cada realización de la función. Por lo que, si equiparo "fenómeno" con "apariciencia", puedo concluir en que el procedimiento es únicamente el "fenómeno de la función" (Funzione Amministrativa, Procedimiento, Processo, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano,

caso, que determina los elementos dejados en blanco por el Juez o por la ley⁵². De este modo, hay dos zonas importantes de conducta administrativa anteriores a la declaración del acto administrativo —como a cualquier otro acto público, ley o sentencia— que condiciona su existencia y que tienen un régimen propio, distinto del que corresponde al acto y sus elementos, pero obviamente condicionante de su validez, por referirse a eventos anteriores y preparatorios. Son la actividad precisamente preparatoria (procedimiento) y la actividad constitutiva, el proceso lógico-sicológico de creación del acto mismo. Así: es posible la invalidez derivada del acto, por vicios que están fuera de sus elementos, presentes sólo en su preparación o en su formación interna. El régimen de la función tiene por fin garantizar la conformación del acto administrativo de acuerdo con los valores fundamentales del ordenamiento de un Estado de Derecho, único en el cual ese acto —como subordinado a la ley— es jurídicamente posible y concebible al servicio del hombre. Ese régimen se expresa en tres principios fundamentales, cuya violación en el procedimiento o en la formación de la voluntad antecedente al acto genera la invalidez de éste, ya no por desajuste de sus elementos con la ley que los regula, sino por desajuste del acto como un todo (lógico-sicológico) con aquellos valores fundamentales. Son los principios generales de racionalidad, de justicia y de funcionalidad, cuyo quebranto genera actos absurdos, inicuos o inútiles. Se trata de verdaderos principios generales y su cumplimiento o violación tiene lugar principalmente en el momento constitutivo del acto, en el proceso lógico-sicológico de su formación. De este modo, se viola el principio de racionalidad si el acto es contradictorio en sí mismo, absurdo o desproporcionado a su motivo o en su motivación; se viola el principio de justicia si el acto es discriminatorio; se viola el principio de funcionalidad si el acto es totalmente inoportuno e inconducente para su fin⁵³. Estas categorías de vicios pueden reproducirse en infinidad de hipótesis. En el fondo, todo puede resumirse diciendo —como lo ha hecho algún ilustre jurista⁵⁴— que el régimen de la función —a diferencia del régimen del acto— es la “interdicción de la arbitrariedad” en el obrar administrativo, con entera independencia del texto escrito de la ley.

Esto nos lleva directamente, otra vez, a los artículos 16.1 y 160 L.G., que ahora y a esta luz se pueden entender mucho mejor. No son otra cosa que formulación general de la triada de principios generales descubierta o revelada por Benvenuti. Su texto —pero no la L.G.— se ha quedado corto, como la concepción inicial del maestro italiano, porque está llena de posibilidades hasta ahora en abierto desarrollo jurí-

1952, año II, Nº 2, p. 128). Es claro cómo aquí el autor entiende como esencia de la función la correlación de intereses —públicos y privados— que se hacen presentes y se ordenan dentro del procedimiento administrativo, como base del razonamiento valorativo y de la volición consiguiente en que consiste el acto administrativo discrecional o, mejor dicho, el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. El procedimiento es el método de identificación, valoración y ordenación de los varios intereses concurrentes en un caso con vistas de su mejor y más completa satisfacción a través del ejercicio de la potestad, mediante el acto administrativo. El fenómeno involucra, entonces, dos aspectos esenciales: el procedimiento y el contenido sicológico valorativo del acto, esquematizado como prius lógico en este último. Los vicios del procedimiento, en la medida en que se reflejan en ese contenido sicológico y valorativo, son vicios de la “función” o manifestaciones de los vicios de ésta, suficientes para invalidar el acto. Tal es, en síntesis, el planteo del distinguido jurista italiano, posteriormente acogido, expresa o encubiertamente, por la mayoría de la doctrina italiana, sobre todo como explicación del “exceso di potere”, cabalmente definido como un desfasamiento funcional y objetivo entre el acto administrativo como expresión de un juicio lógico y valorativo y el fin público que está llamado a cumplir.

52. di Cesare, *op. cit.* pp. 109 y 110 y nota 23.

53. Cualquier manual de “giustizia amministrativa” da cuenta de los vicios o síntomas del “exceso de poder”, en forma coincidente; ver por todos Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1954, vol. II, pp. 195-198.

54. Eduardo García de Enterría, *La Interdicción de la Arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria, ahora como apéndice de la Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 226-232, esp. 228-230.

dico. Coincidentemente, las jurisprudencias francesa, italiana, española y argentina han abierto, sobre la base de parecida intuición, el barbecho para la germinación de los principios generales de derecho, de las reglas jurisprudenciales y de la apropiación de reglas no jurídicas, como instrumentos de contralor jurisdiccional de la discrecionalidad⁵⁵. Todo lo tiene contemplado la L.G.

6. *El reino del Juez*

La existencia del "common law" y, sobre todo, la experiencia paradigmática del Conseil d'Etat, a la par de sus homónimos de Italia, de España y del resto de L.A., prueba sobradamente el papel normativo e innovador que juega el Juez en un ordenamiento, incluso si éste es de origen romano⁵⁶. El Juez no sólo es árbitro de la aplicación de la ley escrita, sino, incluso, de su misma desaplicación, cuando la juzga inoportuna o lesiva, como ocurre con la hipótesis —ya mencionada— de las circunstancias excepcionales. El Juez, sobre todo, es el dueño de la delimitación entre legalidad y oportunidad, si es que por razones de esta última índole puede, incluso, desaplicar la ley. En esta situación de supremacía, al menos frente a la Administración, el Juez puede crear normas interpretativas o integradoras del ordenamiento administrativo, que vienen a agregarse a las legislativas y recortar más la discrecionalidad de la Administración⁵⁷. El ejemplo mejor, entre nosotros, está en la jurisprudencia sobre responsabilidad pública, que, al descartar la necesidad de una falta en la elección o en la vigencia para dar lugar a la responsabilidad del Estado por hecho de sus servidores, no obstante el texto contrario del art. 1048 C. Civil, ha permitido el desarrollo de esa responsabilidad pública, de otro modo imposible. Esta función creadora (el Juez) la desempeña con cautela y respeto al ordenamiento, lo que significa, primero, que el Juez rehúye enfrentarse abiertamente a la ley diciéndolo, accediendo a peticiones ilegales o sin graves motivos que lo justifiquen⁵⁸; segundo, y sobre todo, que está limitado en ese ejercicio por los valores y el sentido normativo que tienen las instituciones fundamentales del ordenamiento en que actúa, a las que las leyes pertenecen⁵⁹; y, tercero, que sólo gradual, casuista e insensiblemente —sin revoluciones— puede crear e instalar una nueva norma en el ordenamiento⁶⁰. El Derecho Judicial, como alguien lo ha llamado, viene a ser, ello no obstante, un límite importante y creciente de la discrecionalidad administrativa, que suplanta y sustituye los juicios

55. Para Francia e Italia véanse las obras citadas, fundamentalmente Di Qual y Di Cesare. Para España, ver Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, "Curso de Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, 1980, pp. 381-403, esp. 397-400; y el excelente ensayo de Sebastián Martín Retortillo, "La Desviación de Poder en el Derecho Español", RAP, Nº 22, Madrid. Para Argentina, véase Linares, *op. cit.*, pp. 135 y ss. Este notable estudio es lo mejor sobre el tema en Argentina; véase Genaro Carriro, *Recurso de Amparo y Técnica Judicial*, Abeledo Perrot, Bs. Aires, 1959, ensayo de teoría general sobre el uso de la "razonabilidad" en el razonamiento del Juez.

56. El mejor análisis en nuestra lengua del Poder normativo del Juez está en Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1973, pp. 211 y ss; una excelente versión del poder pretoriano del C.E. francés está en las dos tesis de doctorado aquí tan citadas, de Gaudemet y de Loschack, con múltiples ejemplos de reglas jurisprudenciales creadas al margen, en complemento o en contradicción con la Ley.

57. Loschack, *op. cit.*, pp. 121 y 122.

58. Loschack, *op. cit.*, pp. 84-88.

59. de Laubadere, "Melanges offerts a Marcel Waline", *op. cit.*, tomo II, pág. 544, que dice: "la sustracción, por el Juez, al ámbito del poder discrecional, de competencias respecto de las cuales el ordenamiento no ha precisado los motivos de las decisiones que autoriza, es inadmisibles fuera del caso en que el Juez deduce esos motivos de los fines e intenciones suficientemente claros de la ley, o, en todo caso (sgún la opinión dominante), si se trata de medidas restrictivas de las libertades públicas o del derecho de propiedad. Si, en efecto, se puede aceptar que el Juez vincule competencias que la ley ha dejado aparentemente como discrecionales, es difícil admitir que él lo pueda hacer discrecionalmente".

60. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 219 y ss.

de oportunidad de la Administración por el dictado del Juez, quien así convierte en reglado lo que era discrecional. Esto ocurre porque el Juez crea o encauza tres tipos de normas reductoras de la libertad de la Administración, a saber ⁶¹.

1) *Los principios generales de Derecho.* Se trata de las reglas no escritas, sino apenas descubiertas y enunciadas por la jurisprudencia, que expresan el espíritu regulador inherente a la realidades sociales e históricas más importantes de la comunidad, así como los valores y las metas derivables de ellas y del ordenamiento político, como proyecto colectivo de vida. Su "supuesto de aplicación" se connota por su abstracción extrema, que revela su vocación hacia la ley y la jurisprudencia como vehículos normales de concreción y expresión, respecto de las cuales se dan como fundamento, guía y/o límite a la vez. Se hallan en el más estrecho contacto con lo que podría llamarse la "ética colectiva" y su formulación y aplicación por el Juez implica una adecuación del Derecho a la cultura y a la ideología tradicionales y predominantes, por obra del Juez, convertido en su intérprete y servidor ⁶². Son pocos y decisivos, muchos de origen constitucional, pero no necesariamente tales: derechos humanos, preferencia por la libertad y principio de legalidad, igualdad ante la ley, responsabilidad del Poder Público, etc.

Aquí cobran su sitio las reglas fundamentales de la función administrativa, antes enunciadas, pues el principio de legalidad no es otra cosa que garantía de racionalidad, justicia y utilidad a través de la norma escrita, para bien de Administración y administrado; y, por lo mismo, tiene asiento también el principio de la responsabilidad de la Administración. La L.G. tiene un Capítulo único e inicial de Principios Generales del Régimen Jurídico de la Administración y otro del Régimen de Procedimiento Administrativo. Ambos contienen los principios generales fundamentales del obrar de la Administración y del régimen mismo que la regula. El art. 7 distingue dos tipos de principios, a saber: los que sirven para interpretar, integrar o delimitar el campo de aplicación de otras normas y viven en función de ellas, fundamentalmente en referencia a la ley ordinaria (incisos 1 y 2); y los principios que tienen — como el de igualdad ante la ley, el de un debido proceso, el de existencia y respeto de los derechos humanos, etc.— vigencia sustantiva propia, de materia autónoma y específica, con independencia de otras normas (inciso 3). Los primeros tienen el rango de la norma escrita que interpretan, integran o delimitan; los segundos el rango de su origen y materia, eventualmente mayor que el de la norma escrita, sea ley ordinaria o reglamento. Los habrá, entonces, de rango constitucional, como los antes enumerados; y de rango legal, suprarreglamentario, como los que de seguido llamamos reglas jurisprudenciales, que también configuran verdaderos principios generales pero con otro nombre, para revelar su materia y rango menores respecto de la Constitución. Llamaríamos al primer tipo —por función siempre ligada a otra norma— el principio general dependiente; y al segundo, el principio general autónomo, dado su fundamento y función como regla material que funda una institución o expresa por sí un valor capital del ordenamiento. Es en relación con este tipo de principio general que tiene y cobra todo su sentido el inciso 3 del art. 7 L.G., cuando sibilina, pero significativamente, dice:

"Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de rango inferior".

Es, simplemente, una forma de hacer constar la existencia —mucho más que la posibilidad— de principios autónomos de rango superior a la ley y, en cuanto son su fundamento, también a la Constitución. Estos principios —revelados jurisprudencial-

61. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 248 y ss., especialmente 252 y 253.

62. Jean Rivero, "Le Juge Administratif Français: un juge qui gouverne", vol. II, *Pages de Doctrine*, L.G.D.J., 1980, pp. 304, 306 y 307; "Los Principios Generales en el Derecho Administrativo Francés", *Revista de Administración Pública*, Nº 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 293, 296, 299 y 300.

mente— cierran el ordenamiento administrativo, del cual sólo puede la Administración escaparse a otros Derechos, como el privado, cuando falte en aquel no sólo la norma escrita sino también el principio que regule el caso. Es evidente, dado el carácter jurisprudencial de la forma de aparición y de vigencia del principio general, que tal podrá ser no sólo el enunciado en la L.G. —lo que sería tanto como degradarlo o, al menos, confundirlo con la ley ordinaria— sino todo aquel que rija como tal en esa jurisprudencia o en la opinión dominante de la doctrina. La enumeración y formulación legales no son ni pretenden ser taxativas. En el marco de lo anterior pueden entenderse los artículos 7, 8 y 9 de la L.G., que disponen:

Art. 7.

1. “Las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de Derecho —servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.
2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.
3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior”.

Art. 8.

“El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo”.

Art. 9.

1. “El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.
2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios”.

2) *Reglas jurisprudenciales procesales internas.* Se dan sobre todo en el campo procesal: inexistencia del recurso de reposición cuando el jerarca decide en alzada; clasificación de los diversos tipos de interés como causas de legitimación en la vía contencioso-administrativa, con exclusión de unos e inclusión de otros; carácter no anulable del reglamento en la vía de su impugnación indirecta, etc.

3) *Reglas jurisprudenciales materiales externas.* Se aplican como régimen del obrar administrativo extraño al proceso y en materia especializada; como tales se presentan normas tan fundamentales en el Derecho Administrativo como la continuidad del servicio público, el derecho al equilibrio financiero del contrato administrativo, el carácter inherente del poder de auto-organización, la inderogabilidad singular del reglamento, etc., reglas todas de origen jurisprudencial. Pero se trata de materia de técnica jurídica, normalmente extraña a la Constitución y librada a la ley ordinaria, cuyo rango normalmente tienen. Por eso, su campo preferido y más relevante prácticamente es la acuñación de las fórmulas interpretativas y operativas de los conceptos o calificaciones indeterminadas empleados por la ley al definir los supuestos o motivos del acto administrativo. De este modo, dejan de serlo para convertirse en partes de una regla jurídica completa y precisa, sin margen para la discrecionalidad administrativa o sólo para una menor, norma compuesta en realidad por dos, la legislativa y la judicial, que llena de sentido lo que la ley dejó en blanco.

7. *El reino de la ciencia. La llamada discrecionalidad técnica*⁶³

Para aplicar una norma puede ser necesario aplicar una ciencia o una técnica establecidas. Para adoptar medidas de salud, es preciso saber de medicina, y así en todos los ramos de la administración, que abarcan obviamente todos los del saber humano. Hoy en día nada a la Administración le es extraño. El carácter técnico y heterogéneo del obrar administrativo es parte de su esencia y, por ello, el principio de racionalidad y el de utilidad (o conveniencia) exigen por igual la adaptación estricta de aquel obrar a los principios y reglas exactos de la ciencia, como si se tratara de normas jurídicas. No son ni llegan a serlo, por el mero hecho de ser necesarias para la aplicación del Derecho Administrativo, aunque podrían llegar a serlo, si así el ordenamiento escrito lo dispusiera. Pero aun ante el silencio del ordenamiento —que no equipara expresamente una determinada regla científica al Derecho, ni tampoco “reenvía” a esa regla para su complementación— basta con que el concepto empleado sea técnicamente determinable o que lo sean, a su luz, los hechos de base, para que se entienda que el Derecho acepta la vigencia jurídica de esas reglas dentro de la circunstancia, en la medida en que sirvan para su exacta definición con fines de aplicación de la norma. La ignorancia de las reglas científicas de aplicación unívoca es un vicio de legalidad, que invalida el acto. La Administración no puede ser empírica, en virtud de los principios de racionalidad y de conveniencia, antes mencionados. Por una nueva “presuposición reforzada” —que eventualmente puede no serlo y carecer de sanción— la técnica y la ciencia y sus dictados exactos se incorporan al Derecho, siempre dentro de la circunstancia. No vale la regla técnica como tal, ni la ley científica, sino dentro y frente a la circunstancia de hecho.

Distinguidos autores han sostenido la posibilidad de la discrecionalidad relativamente a la conducta técnica de la Administración en la medida en que ésta haga elecciones de metas e, incluso, de medios y aparatos técnicos, no reducibles enteramente mediante la aplicación de reglas técnicas o científicas⁶⁴. Es decir: se trata de operaciones de tal índole que dejan siempre margen para una elección, según preferencias personales, después de aplicadas todas las reglas técnicas en orden al fin público perseguido. Así, es discrecionalidad —y no técnica— escoger el trazado de una vía, cuando las alternativas son iguales; pero es técnica —y no discrecionalidad— construirla adecuadamente, según las reglas de la ingeniería del ramo. Todavía más claro: es discrecionalidad elegir entre los diversos tipos de semáforo, pero es técnica mantenerlos en buen estado. La partición que se propone alude a la distinción entre elección (entre alternativas) y ejecución (de la escogencia). Pero, a la luz de todo lo dicho, resulta evidente que en buena teoría la distinción es tan falsa como la conclusión a que se llega, pues eso que se llama elección sólo es posible cuando se arriba a las alternativas indiferentes, no jurídica sino técnicamente, lo que es bastante infrecuente y marginal. Fuera de la conclusión técnica exacta en la ejecución, es posible reducir la elección según el principio de proporcionalidad entre motivo, contenido y fin, siguiendo los dictados del caso concreto en orden a la realización óptima de este último en la circunstancia. Sólo cuando ese óptimo no sea conocible en la circunstancia, según prueba que rinda la Administración para demostrar la existencia de alternativas equiparables de indiferente elección desde el punto de vista de la realización del fin público, podrá

63. Las relaciones entre “discrecionalidad” y “técnica” han sido estudiadas con particular extensión y agudeza por la doctrina italiana, que predica su incompatibilidad; véase por todos la bibliografía citada por Sainz Moreno, *op. cit.*, p. 267; y la obra de Bachelet, *op. cit.*, pp. 58-63, con la jurisprudencia reciente del Consiglio di Stato sobre el tema, favorable a la existencia de la “discrecionalidad técnica” o, más bien, enmarcada por y fundada en la técnica, según aquí lo propugnamos.

64. Vittoria Bachelet, *L'Attività Tecnica della Pubblica Amministrazione*. Giuffrè, Milano, 1967, pp. 40 y 41.

invocarse la existencia de verdadera discrecionalidad técnica o relacionada con la técnica, lo que es insólito.

Y una aclaración es importante: pareciera que cuando se trata de reglas técnicas carece de valor la posibilidad de rebajar al mínimo la adecuación del acto a su fin, pues ello sólo podrá ser posible en la hipótesis de aquellas alternativas equiparables, generalmente en el terreno de la elección de metas y medios, no en su construcción ni aplicación. En cuanto a este último extremo, la Administración no puede actuar por grados, dado que la operación ejecutada será técnica o empírica y no habrá una tercer posibilidad. Pero todo ello exige una advertencia fundamental, a saber: la norma técnica, como la de oportunidad, es siempre circunstancial y casuística, aun si, además, es general y conocida de antemano. Quiere decirse que dejará de ser tal si no fue conocida en el caso concreto, dadas las limitaciones precisamente técnicas de la circunstancia en que actuó la Administración. Serán esas circunstancias objetivas y externas, apreciadas "in abstracto", las que iluminen la regla técnica o la preferencia a seguir, pero sólo será posible exigirla si la circunstancia la revela, no si más bien la vela u oculta, total o parcialmente. En el caso de que así sea y pueda concluirse en la imposibilidad de conocimiento objetivo de la regla técnica o de su aplicación en el caso, por razones y circunstancias también objetivas y externas, que lo expliquen y justifiquen, la regla casuista será inexistente y, por tanto, no será exigible su aplicación. Es en estos casos marginales, verdaderos acertijos propuestos al funcionario dentro de la circunstancia y cuenta habida de las limitaciones técnicas y de medios a su disposición, que puede justificarse la opción por lo peor, sin que ello constituya vicio ni genere invalidez de la operación técnica, por ser, en el caso, "lo mejor", cuando no la única solución posible.

8. *La L.G. y los principios generales de Derecho*

Nuestra L.G. se ha hecho cargo de toda la trabajosa y lenta evolución anterior, al supeditar la validez del acto a la observancia de los principios de racionalidad, de justicia y de utilidad (o conveniencia), con la "presuposición" o bajo el supuesto de que existen otras reglas de conducta, no jurídicas ni decretadas, fundadas en la realidad social y natural, que vienen incorporadas a la norma y a su aplicación al caso, para hacerla posible y compatible con aquella y con los valores y principios de un Estado de Derecho. Disponen al respecto los artículos 15, 16, 158 y 160:

Art. 15.

1. "La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, *para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable.*
2. El Juez ejercerá contralor de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites".

Art. 16.

1. "En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.
2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad".

Art. 158.

1. "La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.

2. Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.
3. Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.
4. *Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.*
5. Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente”.

Art. 160.

“El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso”.

9. Conclusión

El ordenamiento costarricense hace posible la reducción de la discrecionalidad a la potestad pura de elección del motivo o del contenido del acto, según criterios personales de oportunidad del funcionario, siempre y cuando no sea posible determinar preventivamente su voluntad y conducta por los criterios del ordenamiento, a través de la correlación entre aquellos elementos, enmarcados por el Derecho Legislativo y jurisprudencial, con aplicación exacta de las reglas de lógica y razonabilidad, de justicia y de conveniencia (oportunidad), de ciencia y de técnica, que exijan la circunstancia o el caso concreto. Es posible, que, aun aplicado este agobiante e incisivo bloque de reglas, jurídicas o no jurídicas, pero reconocidas o supuestas por el ordenamiento, reste un margen de auténtica libertad, que enfrentará al administrador con el caso nuevo y que le exigirá una elección totalmente suya, fincada en sus valores personales y en los de la función administrativa que desempeña y que, aun entonces, no deberán ser opuestos a los del ordenamiento, porque tendrán que ser, más bien, compatibles con ellos, aunque sean distintos. Este es, en Costa Rica, el único verdadero y justificado momento de la discrecionalidad incontrolable de la Administración. García de Enterría lo ha dicho con su habitual lucidez:

“Al término de esta formidable reducción de la discrecionalidad queda de ésta un último reducto, aquel en que se manifiesta como una apreciación de valores singulares (la oportunidad es sólo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo... Es en esta libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el Juez está exento y que nunca puede pretender sustituir. El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades”. (*La Lucha contra las Inmunidades del Poder*, op. cit. pp. 48 y 49).

Comentarios Monográficos

OBLIGACIONES URBANISTICAS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE, DERIVADAS DE LA REGULACION DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS

Allan R. Brewer-Carías

I. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA EDUCATIVA Y EL CARACTER CONCURRENTE DEL SERVICIO PUBLICO EDUCACIONAL

De acuerdo a la Ley Orgánica de Educación (G.O. N^o 2.635 Extra de 28-7-80).

“la educación, como medio de mejoramiento de la comunidad y factor primordial de desarrollo nacional, es un *servicio público prestado por el Estado o impartido por los particulares* dentro de los principios y normas establecidos en dicha Ley Orgánica, bajo la suprema inspección y vigilancia del Estado y con su estímulo y protección moral y material” (art. 4).

Se trata, por tanto, de un típico *servicio público concurrente* (en contraste con los servicios públicos exclusivos y excluyentes o exclusivos pero concedibles) que corresponde ser prestado paralelamente, tanto al *Estado* como a los *particulares*. Ello, por lo demás, tiene fundamento constitucional, y de allí la redacción del mencionado artículo 4^o de la Ley Orgánica de Educación.

En efecto, la Constitución establece expresamente, al consagrar el derecho de todos a la educación, que “El Estado *creará y sostendrá* escuelas, instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura” (art. 78); es decir, establece un típico servicio público al imponer al Estado la *obligación constitucional* de crear y sostener institutos educativos. Pero además, la Constitución en su artículo 79, consagra el derecho de todos a establecer servicios educativos, en la forma siguiente: “Toda persona natural o jurídica podrá dedicarse libremente a las ciencias o a las artes, y previa demostración de su capacidad, fundar cátedras y establecimientos educativos bajo la suprema inspección y vigilancia del Estado”.

Esto confirma el carácter concurrente del servicio público de la educación, pues paralelamente a su consagración como de *prestación obligatoria* por el Estado, se establece también un derecho de los particulares a prestarlos, la cual se precisa en el mismo artículo 70 de la Constitución al establecer que “El Estado estimulará y protegerá la *educación privada* que se imparta de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en las leyes”.

Por tanto, el servicio público de la educación no es (ni constitucional ni legalmente) en Venezuela, un servicio exclusivo del Estado, sino que es un servicio público concurrente conforme a lo cual, tan obligatorio es para el Estado prestarlo como tanto es el derecho de los particulares para también prestarlo, bajo el marco regulador de la Ley y la suprema inspección y vigilancia de aquél. Por ello, la Ley Orgánica de Educación clasifica los planteles educacionales en planteles oficiales y planteles privados. Los *planteles oficiales* son los fundados y sostenidos por la República (por órgano del Ejecutivo Nacional), por los Estados, por los Territorios Federales, las Municipalidades, los Institutos Autónomos y las empresas del Estado, debidamente autorizados por el Ministerio de Educación. Los *planteles privados* son los fundados,

sostenidos, y dirigidos por personas particulares (art. 55 de la Ley Orgánica de Educación).

De lo anteriormente expuesto resulta, por tanto, que el servicio público de la educación se presta concurrentemente por el Estado y por los particulares, quedando comprendido dentro de los servicios del "Estado" el servicio educativo prestado por los que la Ley califica de planteles oficiales, dentro de los cuales están, entre otros, los planteles *municipales* autorizados por el Ministerio de Educación.

Ahora bien, para facilitar la prestación de los servicios educativos, el ordenamiento urbanístico prevé diversas obligaciones que afectan la propiedad urbana, y que conciernen al uso de la propiedad que debe determinarse en los planes urbanísticos; a la cesión obligatoria y gratuita de inmuebles por los urbanizadores con fines educacionales para planteles oficiales; a la construcción de edificaciones educativas para planteles oficiales a costa de los urbanizadores; o a la afectación al uso educativo de parte de inmuebles de propiedad particular.

II. LOS USOS EDUCACIONALES EN LA ZONIFICACION URBANISTICA Y EN EL PROCEDIMIENTO DE URBANIZACION

Tomando como ejemplo el caso del Distrito Sucre del Estado Miranda en la Ordenanza de Zonificación se regula, en la Sección XIX, las Zonas E: Educacional, en la siguiente forma:

Artículo 175.— Las Zonas E son aquellas que han sido destinadas por la Nación, el Municipio o los particulares para usos educativos y culturales.

Por tanto, en los parcelamientos aprobados por la autoridad Municipal, conforme a esa norma, deben establecerse áreas educacionales, con precisión de si son públicas y en este caso, nacionales o municipales o privadas. Por ello, conforme a las regulaciones de la Ordenanza de Zonificación, el Urbanizador debe prever en el proyecto de urbanización o parcelamiento a desarrollar, la necesaria existencia de *áreas de parcelas destinadas a usos educacionales, tanto públicos como privados*. Así resulta, además, de las previsiones que se encuentran en las normas de la Ordenanza sobre Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en general (1978).

En efecto, una vez que el Urbanizador ha consultado con la OMPU el *Estudio Preliminar* y ha obtenido de esa Oficina los "lineamientos generales de desarrollo" debe elaborar el *Anteproyecto* y someterlo a la Dirección General del Desarrollo Urbano del Concejo (Ingeniería Municipal), el cual, entre otros aspectos, estará integrado por (Art. 12):

"...2. *Plano de Vialidad, Zonificación y Parcelamiento, con indicación de las áreas de las parcelas* y su nomenclatura, tanto de la zona residencial, como de las zonas de servicios públicos, comercial, *educacional, pública y privada*, médico-asistencial, recreativa, deportiva y de culto, en escala no menor de 1: 1.000".

...6. Memoria Descriptiva, Tabla de Usos de Tierra, *Cálculos de las áreas de las diferentes zonas* y sus porcentajes con relación al área bruta, *áreas de uso público y de uso privado* (entre otras: áreas recreacionales, comerciales, sociales, asistenciales, *públicas*, residenciales, vialidad, área para la ubicación de centrales telefónicas, estaciones de servicios-gasolineras, etc.), densidad de población y *población escolar*, reglamentación propuesta por la cual regulan las futuras construcciones en la Urbanización. Todos los porcentajes anteriores, deberán estar de acuerdo como mínimo con los *índices exigidos* por los respectivos *organismos nacionales y municipales*..."

7. *Plano de Parcelamiento*, con sus áreas, nomenclatura, zonificación y topografía modificada.

Este Anteproyecto de *Parcelamiento, Zonificación y Vialidad*, una vez aprobado por la Ingeniería Municipal, debe acompañarse a la solicitud de *Permiso de Movimiento de Tierra* (art. 13, numeral 2º) con las respectivas copias de los planos.

Posteriormente, en el *Proyecto Definitivo*, los planos de las obras ejecutadas (art. 15), comprenden los siguientes:

1. *Plano definitivo de Zonificación, Vialidad y Parcelamiento*, en el cual se indicará: *parcelas definitivas* con sus áreas y números de catastro; *uso y densidad* de las mismas; *áreas de uso público con indicación precisa de sus características y los usos para ellas aprobados*.
- ...
4. Presentar *proyecto de Documento de Urbanización o Parcelamiento de la Urbanización* ejecutada, para ser conformado por la Dirección General de Desarrollo Urbano, y el cual será registrado por ante la Oficina Subalterna de Registro correspondiente del Distrito Sucre del Estado Miranda”.

Este último documento, ya registrado, es condición necesaria que debe cumplirse posteriormente para la obtención del *Permiso General de Construcción* en las parcelas (art. 16, ord. 2º).

En consecuencia, durante todo el proceso de urbanización, de acuerdo con la Ordenanza de Zonificación, en los planos de la Urbanización deben especificarse, necesariamente, las áreas de parcelas destinadas a usos educacionales, con precisión de cuáles han de ser *educacionales públicas y cuáles educacionales privadas*. Por otra parte, y particularmente para el momento de aprobarse el *Proyecto Definitivo* de la Urbanización, los planos deben especificar, necesariamente, las áreas de uso *educacional público*, “con indicación precisa de sus características y los usos para ellas aprobadas” (art. 15, ord. 1º), lo que necesariamente debería implicar la determinación precisa de si esas áreas se destinarán a planteles oficiales *nacionales* o *municipales* o de otras entidades públicas, y si su destino es para educación preescolar, básica o de otra naturaleza, única manera de poder determinar las otras obligaciones de los urbanizadores por razones educacionales.

En el supuesto de que en relación a las *áreas educacionales públicas* no se precise su carácter municipal o de otra característica (aun cuando se precisen los usos aprobados: preescolar o básica), debe entenderse de acuerdo a la Ley Orgánica de Educación, que se trata de áreas destinadas a servicios educativos *nacionales*.

III. LAS CESIONES OBLIGATORIAS Y GRATUITAS DE INMUEBLES PARA FINES EDUCACIONALES

Pero además de la necesaria afectación al uso educacional (tanto público como privado) de ciertas parcelas o áreas de la Urbanización, que conforme a las Ordenanzas de Zonificación se impone como obligación al Urbanizador, la segunda obligación que se le impone en el ordenamiento urbanístico, es la de *ceder en forma obligatoria y gratuita* a los entes públicos, determinados inmuebles con fines educacionales.

Esta cesión obligatoria y gratuita de inmuebles a los entes públicos con fines urbanísticos, que la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 regula y legitima como una contribución especial en especie por el mayor valor adquirido por la propiedad por el proceso de urbanización (art. 68), en materia educacional se había establecido originalmente en la Ley de Educación de 1955, al regularse una

“donación” obligatoria a la *República* por los urbanizadores, de “terrenos suficientes y adecuados para la edificación de escuelas y parques de recreo, en proporción a su población escolar y de conformidad con las Ordenanzas Municipales respectivas (art. 16); obligación que fue reglamentada por el Decreto Nº 347 de 20-8-74 (*G.O.* Nº 30.491 de 4-9-74). Posteriormente, la Ley Orgánica de Educación de 1980 (*G.O.* 2.635 Extra de 28-7-80), recogió implícitamente en su artículo 111 la obligación de los urbanizadores de ceder a la *República (la Nación)* inmuebles con fines educativos donde, además, tendrían la obligación de construir locales suficientes y adecuados “para que la *Nación* pueda prestar los servicios de educación preescolar y básica”. Por tanto, la Ley Orgánica de Educación de 1980, además de establecer, implícitamente, la obligación de los Urbanizadores de ceder inmuebles con fines educativos a la República, incluyó una nueva obligación a cargo de los Urbanizadores, la de *construir* las edificaciones educativas respectivas, conforme se determinase reglamentariamente.

De lo anterior resulta, en todo caso, que el Urbanizador está obligado, además de prever en los planos de la Urbanización áreas destinadas a usos educacionales públicos, que la Administración Municipal debe aprobar “con indicación precisa de sus características y los usos” para las mismas (art. 15, ord. 1º), a *ceder a la República las parcelas educacionales públicas*.

Pero tal como lo hemos indicado anteriormente, las Municipalidades también pueden prestar servicios educativos, mediante *planteles oficiales municipales*, razón por la cual es evidente que *no necesariamente todo uso educacional público asignado a parcelas en una urbanización, tiene que ser para planteles nacionales*. Sin duda, los usos educacionales públicos que se asignen a parcelas, *pueden ser educacionales públicos municipales*, en cuyo caso, la obligación de ceder los inmuebles impuesta a los Urbanizadores sería a favor de la *Municipalidad* y no de la República. Ello, sin embargo, *debe estar precisamente determinado*, y así se regula en el procedimiento de Urbanización.

En efecto, hemos señalado que en dicho procedimiento deben establecerse *con precisión* las áreas educacionales públicas en los parcelamientos, conforme a las Ordenanzas de zonificación, y en cuanto a las *áreas de uso público*, incluyendo las educacionales públicas, en el *Proyecto Definitivo* debe haber “indicación precisa de sus características y los usos para ellas aprobados” (art. 15, ord. 1º); es decir, debe haber indicación precisa de si son educacionales públicas *nacionales o municipales* o para otro tipo de planteles oficiales, y los usos educacionales aprobados (educación preescolar, básica, etc.).

Lamentablemente, no siempre se precisan en el Proyecto Definitivo estas características y los usos educativos específicos aprobados. Es muy común que sólo se identifique la parcela como “educacional pública” en cuyo caso debe entenderse, por la preeminencia en materia de educación de la Ley Orgánica de Educación, particularmente del artículo 111, y del papel de la República (la Nación) en materia educativa, que la cesión obligatoria de los inmuebles debe ser a favor de la *República*. En cuanto al uso, si bien en la mayoría de los casos, éstos se especifican (por ejemplo, kinder o preescolar), si ello no se indica, se presume que pueden los inmuebles ser destinados a cualquier uso educativo.

Por tanto, *para que proceda una cesión de inmuebles con fines educacionales a favor de la Municipalidad*, es preciso que en el *Proyecto Definitivo* de la Urbanización se especifique *la característica municipal del uso educacional*, conforme a lo que apruebe la propia autoridad municipal (art. 15, ord. 1º de la Ordenanza). Por supuesto, para ello, la Ingeniería Municipal deberá tener una información precisa de parte de las unidades del Concejo que se ocupan de la educación municipal, así como de las autoridades respectivas del Ministerio de Educación.

Ahora bien, si en el *Proyecto Definitivo* de la Urbanización se identifican *áreas educacionales públicas municipales*, entonces la *cesión obligatoria de dichos inmuebles resulta necesaria a favor de la Municipalidad* para la obtención por el Urbanizador del *Permiso General de Construcción en las parcelas* (art. 16). En efecto, para la obtención de este permiso, el Urbanizador debe cumplir entre otros con el siguiente requisito:

7. Documento protocolizado por ante la Oficina Subalterna de Registro correspondiente del Distrito Sucre del Estado Miranda, traspasando todos los *terrenos* de las áreas verdes y servicios comunales, educacionales públicos, parques, áreas respectivas, áreas deportivas, avenidas y calles y zona de reserva especial, a la Municipalidad del Distrito Sucre”.

Aparte de la distinción precisa que resulta de esta norma entre los servicios comunales (que básicamente son los servicios públicos municipales conforme al artículo 30 de la Constitución y 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal) y los servicios educativos (los cuales sólo pueden ser, eventual, pero no necesariamente municipales conforme al artículo 8 de la misma Ley Orgánica), debe indicarse, ante todo, que de acuerdo a esta norma de la Ordenanza y a su interpretación concatenada con todo su texto y la Ley Orgánica de Educación, *no puede deducirse de ella que todas las áreas educacionales públicas deban ser traspasadas a la Municipalidad*, pues ello sería contrario a la propia Ley Orgánica de Educación. En realidad, *sólo los inmuebles a los cuales en el Proyecto Definitivo de la Urbanización se ha asignado un uso educacional público municipal* (art. 15, ord. 1º) son los que deben cederse a la Municipalidad. Si en dicho Proyecto Definitivo, no hay “indicación precisa de las características y usos aprobados” para la parcela educacional pública, en particular, de su destino nacional o municipal, se debe aplicar preferentemente la Ley Orgánica de Educación y la cesión obligatoria tendría que hacerse a *favor de la República* o al organismo que el Ministerio de Educación indique (por ejemplo, FEDE) y no a la Municipalidad. A ésta sólo deben cederse, como lo indica el artículo 26, Parágrafo Único de la misma Ordenanza,

“...las avenidas, calles, plazas, parques, sistemas de servicios públicos y demás construcciones que por su origen, naturaleza y destino no sean propiedad particular, sino que correspondan al uso público o privado de la Municipalidad para ser administrado como bien de ésta, sin que tenga que indemnizar nada al respecto”.

Y es evidente que no toda parcela educacional pública, por su origen, naturaleza y destino deba ser considerada como un bien del dominio municipal. Al contrario, en general, deben considerarse como destinadas al dominio público nacional, salvo que en el Proyecto Definitivo de la Urbanización se precise la *característica municipal del área educacional*.

Por tanto, se insiste, no toda parcela educacional pública, así prevista en un Proyecto Definitivo de una Urbanización, es necesariamente municipal, por lo que esas parcelas o se cederán a la República o a la Municipalidad, según las características y usos especificados en el Proyecto Definitivo; y sólo deberán ser cedidas a la Municipalidad, cuando ello se establezca en forma *precisa*, pues sólo así será que por su naturaleza, origen y destino puede decirse que deben formar parte del dominio municipal. De lo contrario, si ello no se especifica, deben pasar al *dominio público nacional* conforme al artículo 111 de la Ley Orgánica de Educación.

En todo caso, y para los supuestos de cesiones de parcelas educacionales públicas a la República, es evidente que la Municipalidad, por aplicación analógica del ar-

título 16, ordinal 7, debe también exigir el documento de cesión a la República o a FEDE para otorgar el Permiso General de Construcción en las Parcelas.

Por último, en relación a las cesiones de inmuebles por razones urbanísticas o educativas tanto a la República como a la Municipalidad, a los efectos de la entrega de la Urbanización a la Municipalidad, entre los recaudos que debe presentar el Urbanizador a la Ingeniería Municipal (art. 17), está el juego de planos definitivos de vialidad, zonificación y parcelamiento, debidamente actualizados, que incluyan todas las modificaciones sufridas durante el proceso de ejecución de la Urbanización, especialmente:

“1... la delimitación exacta de todos los terrenos a entregarse a la Municipalidad o a la Nación con indicación de sus áreas y linderos, así como las obras que implícitamente tienen carácter público, de acuerdo a la presente Ordenanza”.

En todo caso, para asegurar dicha entrega, en la Municipalidad del Distrito Sucre se ha dictado la “Reglamentación para garantizar la entrega de los terrenos para servicios comunales”, mediante el Acuerdo Nº 50 de 8-10-74.

IV. LA OBLIGACION DE LOS URBANIZADORES DE CONSTRUIR OBRAS EDUCATIVAS

Pero además de imponerse a los Urbanizadores la obligación de prever en los planos de los parcelamientos parcelas educativas, tanto públicas como privadas, y de cederlas sea a la República o a la Municipalidad, según se establezca, también se ha previsto en el ordenamiento jurídico una carga para el urbanizador, de construir las edificaciones educativas públicas por cuenta propia a favor de la República.

En particular, ello se ha establecido en la citada norma del artículo 111 de la Ley Orgánica de Educación, en la cual en forma expresa se estableció lo siguiente:

“Art. 111.— Las personas que se ocupen por cuenta propia del parcelamiento de terrenos o de la construcción de barrios o urbanizaciones de viviendas unifamiliares o multifamiliares, que tengan la magnitud y destino señalados en el reglamento, tendrán la obligación de construir, en la oportunidad y de acuerdo con las especificaciones que establezca el Ministerio de Educación, locales suficientes y adecuados para que la Nación pueda prestar los servicios de educación pre-escolar y básica”.

Esta norma, sin embargo, no es de ejecución inmediata, pues supedita el cumplimiento de la obligación impuesta a los Urbanizadores, a que previamente el reglamento determine la magnitud y destino del desarrollo urbanístico al cual se exigirá la obligación, y a que el Ministerio de Educación determine, también previamente, la oportunidad y las especificaciones necesarias para el cumplimiento de dicha obligación. El Reglamento General de la Ley Orgánica de Educación dictado por Decreto Nº 975 de 22-1-86 (G.O. Nº 3.713 Extra de 7-3-86) nada establece al respecto, y el reglamento parcial al cual remite en el artículo 188 de dicho Reglamento General, hasta la fecha, no se ha dictado, razón por la cual la carga impuesta a los Urbanizadores en esta norma no se puede exigir. En esta forma, mientras ese reglamento se dicta, los Urbanizadores sólo tienen la obligación de ceder en forma gratuita y obligatoria a la República los terrenos en los cuales deberán construirse esas edificaciones escolares, de acuerdo a lo señalado anteriormente.

En materia municipal, puede decirse que no existe obligación alguna establecida en esta forma general, a cargo de los Urbanizadores, de construir en las parcelas zoni-

ficadas como educacional público las edificaciones escolares necesarias, aun cuando, incluso, se hubiere precisado en el Proyecto Definitivo, su característica de educacional pública *municipal*.

En efecto, en el campo municipal, si bien se ha regulado tradicionalmente, con carácter general, la obligación de los urbanizadores de construir a sus expensas por cuenta de la Municipalidad, las obras destinadas a los *servicios públicos municipales*, en esas cláusulas generales nunca se han incluido los *servicios educativos* los cuales, por lo demás, no están incluidos ni en la enumeración el artículo 30 de la Constitución, ni en la del artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. No hay que olvidar que sólo es el artículo 8 de dicha Ley Orgánica el que atribuye a los Municipios *facultad para*

“4. Establecer servicios médicos-asistenciales, *educacionales*, culturales y otros de conformidad con las normas y en *coordinación con las políticas adoptadas por el Poder Nacional* sobre la materia respectiva”.

Ahora bien, como se ha señalado, en materia de servicios públicos municipales ha sido tradicional la consagración de la obligación urbanística de los Urbanizadores de realizar por cuenta de las Municipalidades, las construcciones respectivas y transferirlas a aquéllas. Esta obligación general, incluso, recientemente se recogió en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio en la cual se estableció (art. 68, Parágrafo Unico) que:

“En el caso de urbanizaciones, los propietarios urbanizadores deberán *ceder* al Municipio, en forma gratuita, libre de todo gravamen, terrenos para *vialidad, parques y servicios comunales* y *deberán costear las obras* respectivas conforme a lo establecido en las correspondientes Ordenanzas. Dichos bienes pasarán a formar parte del dominio público *municipal*...”.

En la Ordenanza sobre Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en General, esta misma obligación general de construir por cuenta de la Municipalidad, determinadas obras relativas a vialidad, parques y *servicios públicos comunales*, se ha especificado en diversas normas del procedimiento para urbanizar. En particular, en las normas para la elaboración del *Anteproyecto* (art. 12), como hemos visto, se exige al Urbanizador presentar una:

“6. Memoria Descriptiva, Tabla de usos de tierra, cálculo de las áreas de las diferentes zonas y, sus porcentajes con relación al área bruta, *áreas de uso público y de uso privado* (entre otras: áreas recreacionales, comerciales, sociales, asistenciales, públicas, residenciales, vialidad, áreas para la ubicación de centrales telefónicas, estaciones de servicios-gasolineras, etc.), densidad de población y población escolar, reglamentación propuesta por la cual se regulan las futuras construcciones de la Urbanización. Todos los porcentajes anteriores deberán estar de acuerdo como mínimo con los índices exigidos por los respectivos organismos Nacionales y Municipales...”.

Esta Memoria Descriptiva, por tanto, debe especificar tanto las *áreas de uso público* como las de *uso privado*, y a tal efecto se establece una enumeración, *enunciativa, válida tanto para las de uso público como para las de uso privado*, y que respecto de las de uso público serían, eventualmente, algunas recreacionales, asistenciales, vialidad y áreas para la instalación de centrales telefónicas, etc.

Pero esta norma, además de regular el requisito de presentación de la Memoria Descriptiva para el Anteproyecto, incluye en el mismo ordinal 6º (art. 12), una norma

de carácter sustantivo en relación con la obligación de los urbanizadores de desarrollar y construir las áreas públicas, del tenor siguiente:

"las áreas públicas requeridas en este aparte deberán ser desarrolladas y construidas por cuenta del propietario de los Desarrollos Urbanísticos o nuevos Desarrollos Residenciales en el Distrito Sucre, de acuerdo a las respectivas normas de construcción Nacionales, Estadales y Municipales y los proyectos correspondientes deberán ser aprobados por la Dirección General de Desarrollo Urbano. Estas construcciones deberán ser transferidas a la Municipalidad como requisito indispensable para el otorgamiento bien de la Cédula de Habitabilidad en el caso de desarrollos residenciales o del Permiso General de Construcción en el caso de Urbanizaciones. Los propietarios de Urbanizaciones podrán presentar fianza a satisfacción de la Cámara Municipal que garantice el desarrollo y construcción de los servicios requeridos. Las áreas para la ubicación de Centrales Telefónicas deberán ser cedidas gratuitamente a la CANTV.

Ahora bien, ¿cuáles son estas construcciones que deben desarrollar y realizar los Urbanizadores por cuenta de la Municipalidad, y luego transferírselas? Por supuesto, la respuesta a esta pregunta tiene que resultar de la interpretación concatenada, de todas las normas de la Ordenanza, particularmente de las que regulan las fases siguientes del procedimiento.

En particular, en la fase de *movimiento de tierra*, para obtener el permiso respectivo (art. 13), deben estar especificadas detalladamente las *vías (avenidas, calles)* a ser construidas. Por otra parte, en la fase de *ejecución de obras de urbanismo*, en la norma relativa a los requisitos para obtener el Permiso respectivo (art. 14), se hace mención a las obras para los *sistemas sanitarios*, entre los cuales están, las redes de distribución, sistemas de aducción, detalles de modos, tomas particulares, pozos, tratamiento en caso de hacerlos, etc.; colectores de aguas negras, bocas de visita, empotramiento, descarga de redes a los colectores existentes, etc.; sistema de drenajes pluviales, alcantarillas de avenidas y calles, canales, torrenteras, etc.; a las obras de *canalización telefónica*; a las obras de *instalación eléctrica*, que comprende el alumbrado público y privado; a las obras de *canalización de gas*; al diseño del *tipo de pavimento*, e incluso a las obras de arborización en calles y avenidas, plazas públicas, parques recreativos y áreas deportivas.

Precisamente por ello, una vez ejecutadas esas obras, para solicitar el *Permiso General de Construcción* (art. 16), el urbanizador debe presentar los planos de *construcción de los servicios públicos*, en particular, los relativos a drenajes pluviales, colectores de aguas negras, sistema de distribución de agua, sistemas de alumbrado, público y privado, canalización telefónica, canalización de gas.

Todas estas construcciones, que se refieren a los *servicios públicos comunales*, que por lo demás, en general, son de la competencia municipal, como servicios públicos municipales, al igual que las avenidas, calles, plazas, parques, son por su origen, naturaleza y destino de propiedad pública municipal, y deben ser traspasados a la *Municipalidad*, y en el caso de las centrales telefónicas, a la CANTV. Todos ello de acuerdo con el artículo 26, Parágrafo Unico y con el artículo 12, ordinal 6 de la Ordenanza. Por supuesto, nada se establece en estas normas en relación a la *construcción de edificaciones educativas* en parcelas afectadas a uso educacional, y una obligación como la que se deriva de la carga impuesta al Urbanizador de construirlas, no puede estar establecida sino de manera expresa, como ocurre en el artículo 111 de la Ley Orgánica de Educación, en relación a la República.

Por tanto, en nuestro criterio no sería correcto deducir de la sola norma del artículo 68, Parágrafo Unico de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y de las contenidas en la última parte del artículo 12, ordinal 6º de la Ordenanza sobre

Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en general del Distrito Sucre, una supuesta obligación para el Urbanizador de construir edificaciones escolares en las parcelas de uso educativo público, pues esas normas se refieren básicamente, a obras de servicios públicos municipales (comunales), como los enumerados en los artículos 30 de la Constitución y 7º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, entre los cuales *no está el servicio público educativo* que, como hemos señalado, regulado por la Ley Orgánica de Educación, corresponde a todos los entes públicos (incluyendo las Municipalidades) y a los particulares, bajo las orientaciones del Ejecutivo Nacional (Nótese, incluso, que al hablar de cesiones de terrenos, el artículo 16, ordinal 7º distingue entre terrenos educacionales y de servicios comunales).

En algunos casos muy específicamente determinados, sin embargo, podría derivarse la obligación para los Urbanizadores de construir edificaciones escolares por cuenta de la Municipalidad, y ello sólo existiría si en el *Proyecto Definitivo* de la Urbanización quedó la "indicación precisa" de las características municipales del área educacional pública y los usos para ella aprobados, y *el urbanizador convino expresamente, con la Municipalidad, en construir el establecimiento educativo*. Salvo este supuesto, en materia de establecimientos educativos puede decirse que *no está prevista en el ordenamiento jurídico nacional o municipal, obligación alguna a cargo de los Urbanizadores de construir establecimientos educativos municipales y transferirlos a las Municipalidades*.

V. LA OBLIGACION DE LOS PROPIETARIOS DE VIVIENDAS MULTIFAMILIARES, DE AFECTAR AREAS A USOS EDUCACIONALES

Por último, la cuarta de las obligaciones impuestas a los particulares para facilitar los servicios educativos, es la establecida en la Ley Orgánica de Educación, respecto de los propietarios de viviendas multifamiliares construidas sin formar parte de conjuntos de edificios. Estos inmuebles, dice el artículo 111 de la Ley Orgánica de Educación y dependiendo de "la magnitud, localización y destino que determine el Reglamento":

"...deberán contar con locales apropiados para el funcionamiento de un plantel de educación pre-escolar, los cuales formarán parte de los bienes comunes del inmueble y serán *ofrecidos al Ministerio de Educación para dicho uso*. Los propietarios, fuera del horario escolar, podrán utilizarlos para actividades compatibles con el fin señalado".

Esta afectación de parte de dichos inmuebles de propiedad privada a usos educativos por parte del Ministerio de Educación, sin embargo, al igual que lo que sucede con la obligación de construir prevista para los Urbanizadores, está supeditada en la Ley Orgánica a que se dicte el Reglamento respectivo, en el cual deben determinarse los inmuebles en los cuales por su magnitud, localización y destino se exigirá su cumplimiento, lo cual aún no se ha hecho.

VI. CONCLUSIONES

Como conclusión de todo lo anteriormente expuesto en relación a las obligaciones impuestas a los urbanizadores y constructores para facilitar la prestación de los servicios educativos, podemos indicar lo siguiente:

1. El servicio público educativo está concebido en el ordenamiento constitucional y legal, como un servicio concurrente que puede ser prestado tanto por el Es-

tado como por los particulares. En cuanto a los servicios educativos del Estado, éstos pueden prestarse por la República, los Estados, las Municipalidades y demás entidades de la Administración descentralizada. A tal efecto, los planteles educativos se dividen en oficiales (los del Estado) y privados.

2. Dentro de las competencias municipales en el campo de los servicios públicos enumeradas en el artículo 30 de la Constitución y en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, no se incluyen los servicios educativos. Sin embargo, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal atribuye facultad a las Municipalidades para establecerlos de conformidad con las normas y en coordinación con las políticas adoptadas por el Poder Nacional sobre la respectiva materia.

Por tanto, en materia de servicios educativos la Ley Orgánica de Educación es el cuerpo normativo con preeminencia en la materia.

3. Tomando como ejemplo la situación en el Distrito Sucre del Estado Miranda, en el proceso de urbanización de acuerdo con la Ordenanza de Zonificación, en los parcelamientos que se construyan en el Distrito, deben preverse parcelas para usos educativos, los cuales pueden ser públicos (nacionales o municipales) o particulares (privados).

En la aprobación del Proyecto Definitivo de la Urbanización, en relación a las áreas educacionales públicas, conforme se establece en el artículo 15, ordinal 1º deben establecerse "con indicación precisa de sus características y los usos para ellas aprobados", es decir, debe indicarse si son áreas educacionales públicas nacionales o municipales o de otras entidades públicas, y cuál es el uso específico: pre-escolar básica, etc.

Si no hay indicación en el Proyecto Definitivo de la característica nacional o municipal de dichas áreas, dada la preeminencia nacional en el servicio, debe entenderse que se trata de áreas educativas públicas nacionales. Además si no hay indicación de los usos específicos educacionales de las áreas, la República puede destinarlas a cualquier uso educativo.

4. De acuerdo a la Ley Orgánica de Educación (art. 111), los Urbanizadores están en la obligación de ceder a la República las áreas educacionales públicas previstas en los planos de los parcelamientos. Sin embargo, cuando en el Proyecto Definitivo de la Urbanización se precise que un área educacional pública es *municipal*, entonces la cesión debe hacerse a favor de la Municipalidad de acuerdo a la Ordenanza sobre Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en general (art. 16, ord. 7).

Por tanto, no todas las áreas educacionales públicas deben ser cedidas a la Municipalidad sino que como principio, esa cesión debe hacerse a favor de la República, salvo que en el Proyecto Definitivo de la Urbanización se haya indicado, con precisión, la característica municipal del área educativa en cuyo caso se pueden considerar como bienes que han de formar parte del dominio público municipal (art. 26 de la Ordenanza de Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en general).

En todo caso, para el otorgamiento del Permiso General de Construcción (art. 16, ord. 7 de la Ordenanza), la Municipalidad debe exigir la previa cesión de las áreas educacionales públicas, tanto a favor de la República como a favor de la Municipalidad, en su caso, las cuales deben luego aparecer en los planos de la entrega de la Urbanización a la Municipalidad (art. 17 de la Ordenanza).

5. La obligación impuesta a los Urbanizadores de construir por cuenta propia a favor de la República obras educativas en las áreas educacionales públicas; establecida en el artículo 111 de la Ley Orgánica de Educación, no puede hacerse efectiva hasta tanto se dicte el reglamento parcial correspondiente, lo cual se corrobora con lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley Orgánica de Educación (art. 188).

En materia municipal, no existe obligación alguna expresamente regulada que prevea de manera general a cargo de los Urbanizadores, la obligación de construir en las parcelas zonificadas como educacional público, edificaciones escolares, ni siquiera,

cuando se haya precisado en el Proyecto Definitivo de la Urbanización, el carácter municipal del área educacional. Una obligación de tal naturaleza requiere texto expreso y explícito y no puede derivarse de meras apreciaciones.

Por otra parte, la obligación impuesta en las Ordenanzas Municipales de construir las obras de los servicios comunales, se refiere a aquellos previstos en la Ordenanza de Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en General (art. 12, ord. 6º, arts. 14 y 16), tales como vialidad, parques, redes de acueductos y drenajes, cloacas, canalizaciones telefónicas y eléctricas, etc., que se refieren a servicios comunales, es decir, servicios públicos municipales; construcciones que por su origen, destino y naturaleza deben pasar al dominio público municipal.

La norma del Parágrafo Unico del artículo 68 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio se refiere, precisamente, a esos servicios comunales (públicos municipales) y la misma no autoriza a que se deduzca de ella la obligación de construir obras para servicios educativos municipales, máxime cuando la Ordenanza distingue en su artículo 16, ordinal 7º los inmuebles destinados a los servicios comunales de los terrenos educacionales.

El único supuesto en el cual los Urbanizadores estarían obligados a construir establecimientos educativos a favor de la Municipalidad, sería cuando el Urbanizador haya *convenido* en ello, expresamente, con la Municipalidad y se hubiese previsto la característica *municipal* del área pública educativa en el Proyecto Definitivo de la Urbanización.

6. La obligación de los propietarios de viviendas multifamiliares que no formen parte de conjuntos de edificios, de afectar al uso educativo público nacional, determinadas áreas de los inmuebles, no es exigible sino cuando se dicte la reglamentación parcial respectiva prevista en el artículo 111 de la Ley Orgánica de Educación.

LEGISLACION

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 1987

Recopilación y selección
Ana María Ruggeri
Profesora de Derecho Administrativo
en la Universidad Central de Venezuela

SUMARIO

I. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

1. *Administración Central*. A. Comisiones Presidenciales. B. Organización Ministerial. a. Ministerio de Hacienda. b. Ministerio de Educación. c. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. d. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. 2. *Administración Descentralizada*. A. Gobernación del Distrito Federal. B. Fundaciones. 3. *Organismos con Autonomía Funcional*: Consejo Supremo Electoral.

II. ADMINISTRACION GENERAL

1. *Sistema Presupuestario*. 2. *Sistema de Estadística e Informática*. 3. *Sistema de Personal*. 4. *Sistema de Control Fiscal*. 5. *Sistema de adquisición y enajenación de bienes públicos*. A. Enajenación de bienes del sector público no afectos a las Industrias Básicas. B. Licitaciones y procedimientos de contratación de obras.

III. POLITICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales. B. Notas Reversales. 2. *Política de Relaciones Interiores*. A. Justicia. B. Sistema Electoral.

IV. DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*. 2. *Salud*. 3. *Relaciones Laborales*. 4. *Colegios Profesionales*. 5. *Promoción Cultural*.

V. DESARROLLO ECONOMICO

1. *Régimen Impositivo*. A. Impuesto sobre la Renta. B. Aduanas. C. Timbre Fiscal. 2. *Régimen de las Finanzas*. A. Regulación de Operaciones Bancarias y Crediticias. B. Régimen de la Moneda y del Control de Cambio. 3. *Mercado de Capitales*. 4. *Régimen de Comercio Interno*. 5. *Régimen de la Industria*. 6. *Regulación de Servicios Públicos*. 7. *Régimen del Comercio Exterior*. 8. *Régimen de Desarrollo Agropecuario*. 9. *Régimen de Energía y Minas*.

VI. DESARROLLO FISICO Y ORDENACION DEL TERRITORIO

1. *Urbanismo*. 2. *Régimen de Protección del Ambiente y de los Recursos Naturales*. 3. *Desarrollo Rural*. 4. *Régimen de Transporte y Tránsito*. A. Transporte y Tránsito Terrestre. B. Transporte y Tránsito Fluvial. 5. *Régimen de Comunicaciones*.

I. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

1. *Administración Central*

A. *Comisiones Presidenciales*

—Decreto N° 1.546 mediante el cual se crea la Comisión de Importaciones, integrada por los Ministros de Hacienda, quien la presidirá, de Fomento quien cubrirá las faltas temporales del primero, de Agricultura y Cría, de Estado, Jefe de la Oficina Central de

Coordinación y Planificación y por los Presidentes del Banco Central de Venezuela y del Instituto de Comercio Exterior *G.O.* Nº 33.712 de 7-5-1987.

—Decreto Nº 1.553 mediante el cual se crea la Comisión Nacional de Integración, la cual tendrá los objetivos que en él se señalan. *G.O.* Nº 33.712 de 7-5-1987.

—Decreto Nº 1.576 de 27-5-1987 mediante el cual se crea la Comisión Nacional para el Abastecimiento y la Producción, como órgano asesor del Ejecutivo Nacional, con carácter *ad-honorem*. *G.O.* Nº 33.727 de 28-5-1987. *G.O.* Nº 33.738 de 12-6-1987 (reimpresión por error de copia).

—Decreto Nº 1.568 mediante el cual se crea una Comisión que elaborará el informe final para el Presidente de la República en lo referente a las normativas y procedimientos necesarios para el desarrollo, dirección, coordinación y control del sector marítimo, fluvial y lacustre. *G.O.* Nº 33.716 de 13-5-1987.

B. Organización Ministerial

a. Ministerio de Hacienda

—Decreto Nº 1.545 mediante el cual se reforma el Reglamento Orgánico del Ministerio de Hacienda *G.O.* Nº 33.711 de 6-5-1987.

—Resolución Nº 1.328 del Ministerio de Hacienda de 11-6-1987, mediante el cual se dicta el Reglamento Interno de la Dirección General Sectorial de Divisas para Importación. *G.O.* Nº 33.738 de 12-6-1987.

—Decreto Nº 1.544, mediante el cual se dispone que la Oficina del Régimen de Cambios Diferenciales (RECADI) cesará en sus actividades el 15 de junio de 1987, y a partir de esa fecha sus atribuciones, competencias y funciones serán ejercidas conforme a las normas contenidas en este Decreto. *G.O.* Nº 33.711 de 6-5-1987.

b. Ministerio de Educación

—Resolución Nº 225 del Ministerio de Educación de 30-3-1987, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno del Consejo Nacional de Educación. *G.O.* Nº 33.691 de 2-4-1987.

—Resolución Nº 455 del Ministerio de Educación de 2-6-1987, mediante la cual se dicta el Reglamento sobre las Atribuciones y Obligaciones del Comisario del Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación. *G.O.* Nº 33.734 de 8-6-1987.

—Resolución Nº 490 del Ministerio de Educación de 8-6-1987, mediante la cual se dispone que se tenga como oficial la edición del Manual de Organización de las zonas educativas. *G.O.* Nº 33.735 de 9-6-1987.

—Resolución Nº 491 del Ministerio de Educación de 8-6-1987, mediante la cual se dictan las Normas de Organización y Funcionamiento de las zonas educativas. *G.O.* Nº 33.735 de 9-6-1987.

—Resolución Nº 361 del Ministerio de Educación de 12-5-1987, mediante la cual se prorroga, por un lapso de 90 días continuos, contados a partir del 25 de mayo de 1987, la actuación de la Comisión Reorganizadora del Instituto Universitario Politécnico Experimental de Guayana. *G.O.* Nº 33.718 de 15-5-1987.

—Decreto N° 1.397 mediante el cual se dicta el Reglamento General de la Universidad Nacional Experimental de Guayana. *G.O.* N° 33.692 de 3-4-1987.

—Decreto N° 1.498 mediante el cual se dicta el Reglamento de la Universidad Experimental de los Llanos Occidentales "Ezequiel Zamora". *G.O.* 33.690 de 1-4-1987.

c. *Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*

—Resolución N° G-814 del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social de 3-4-1987, mediante la cual se crea una Comisión que orientará los estudios tendentes a promover el proyecto para el perfeccionamiento de la legislación vigente sobre límites de concentraciones de radio-nucleidos. *G.O.* N° 33.692 de 3-4-1987.

d. *Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables*

—Resolución N° 29 del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables mediante la cual se crea una Comisión Asesora para la reorganización de los servicios de fauna de este Ministerio. *G.O.* 33.747 de 26-6-1987.

2. *Administración Descentralizada*

A. *Gobernación del Distrito Federal*

—Decreto N° 30 de la Gobernación del Distrito Federal de 20-2-1987, mediante el cual se dicta el Reglamento Interno de la Gobernación del Distrito Federal. *G.O.* N° 3.976 Extraordinario de 10-4-1987.

—Decreto N° 77 de la Gobernación del Distrito Federal de 12-6-1987, mediante el cual se dictan las normas sobre Organizaciones Voluntarias de Defensa Civil en el Distrito Federal. *G.O.* N° 33.740 de 16-6-1987.

—Decreto N° 2 de la Gobernación del Distrito Federal, mediante el cual se dispone que la Lotería del Distrito Federal funcionará como un servicio autónomo sin personalidad jurídica, adscrito jerárquicamente al despacho del Gobernador. *G.O.* N° 33.693 de 6-4-1987.

B. *Fundaciones*

—Decreto N° 1.552, mediante el cual se procede a constituir una Fundación sin fines de lucro, con la denominación "Fondo de Cooperación y Financiamiento de Empresas Asociativas (Foncofin)". *G.O.* N° 33.716 de 13-5-1987.

3. *Organismos con Autonomía Funcional: Consejo Supremo Electoral*

—Resolución N° 17-87 del Consejo Supremo Electoral de 27-2-1986, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno. *G.O.* 33.702 de 22-4-1987.

II. ADMINISTRACION GENERAL

1. *Sistema Presupuestario*

—Decreto N° 1.527 de 22-4-1987, mediante el cual se reforma el Reglamento de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario sobre avances y adelantos de fondos a funcionarios. *G.O.* N° 33.702 de 22-4-1987.

—Resolución Nº 1.333 del Ministerio de Hacienda de 12-6-1987, mediante la cual se aprueba la Estructura para la Ejecución Financiera del Presupuesto de Gastos manejados mediante avances. *G.O.* Nº 33.740 de 16-6-1987.

2. *Sistema de Estadística e Informática*

—Resolución Nº 253 de la Oficina Central de Estadística e Informática de 10-4-1987, mediante la cual se dispone que los Directores, Jefes o Gerentes responsables de la actividad informática en los diferentes organismos de la Administración Pública Nacional, Central y Descentralizada, están en la obligación de remitir anualmente a esta Oficina, la información correspondiente a los equipos informáticos instalados; recursos humanos existentes; programas operativos de aplicación, manejadores de base de datos y cualquier otra tecnología en uso. *G.O.* Nº 33.697 de 10-4-1987.

3. *Sistema de Personal*

—Resolución Nº DGSSA-DSE-130 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 12-6-1987, mediante la cual se dispone que los derechos y deberes de los funcionarios que integran el personal en comisión, técnico y auxiliar del Servicio Exterior en sus relaciones con la Administración Pública Nacional, quedan regulados por la Ley de Carrera Administrativa, su Reglamento General, la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios y su Reglamento. *G.O.* Nº 33.739 de 15-6-1987.

—Decreto Nº 1.615, mediante el cual se establece la Escala General de Sueldos para los cargos de Controladores de Tránsito Aéreo adscritos al Ministerio de Transporte y Comunicaciones. *G.O.* 33.741 de 17-6-1987.

—Resolución Nº 03 del Consejo Nacional de Universidades de 23-3-1987, mediante la cual se modifican las tablas de sueldos de profesores y de investigadores y de los auxiliares docentes y de investigación y los aumentos anuales presentados a profesores titulares de dedicación exclusiva y a tiempo completo y a los auxiliares docentes, categoría V, de tiempo completo. *G.O.* Nº 33.690 de 1-4-1987.

—Resolución Nº 10 del Ministerio de Educación de 26-5-1987, mediante la cual el Consejo Nacional de Universidades dicta las Normas sobre el escalafón del Personal Docente y de Investigación Ordinaria de las Universidades Nacionales. *G.O.* Nº 33.732 de 4-6-1987.

—Decreto Nº 1.508, mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los funcionarios o empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. *G.O.* Nº 33.708 de 30-4-1987.

4. *Sistema de Control Fiscal*

—Resolución CG-006 de la Contraloría General de la República de 5-5-1987, mediante la cual se exceptúan del requisito de control previo establecido en el Artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, los compromisos que en ella se especifican: los contratos de construcción de obras cuyos montos no excedan de setecientos cincuenta mil bolívares (Bs. 750.000), los contratos de adquisición de bienes inmuebles y bienhechurías cuyos avalúos no excedan de setecientos cincuenta mil bolívares (Bs. 750.000), etc. *G.O.* 33.710 de 5-5-1987.

—Resolución Nº 01 de la Gobernación del Distrito Federal de 22-4-1987, mediante la cual se exceptúan del requisito del Control Previo establecido en el Decreto Nº 43 de

fecha 23-3-87, los compromisos que en ella se especifican, como los Contratos de Construcciones de Obras cuyos montos no excedan de doscientos cincuenta mil bolívares (Bs. 250.000). *G.O.* N° 33.703 de 23-4-1987.

—Decreto N° 71 de la Gobernación del Distrito Federal, mediante el cual se dispone que el Gobierno del Distrito Federal se ajustará a las disposiciones contenidas en la Resolución N° 6 de la Contraloría General de la República, derogando el Decreto N° 43 de 23-3-1987. *G.O.* N° 33.725 de 26-5-1987.

5. Sistema de adquisición y enajenación de bienes públicos

A. Enajenación de bienes del sector público no afectos a las Industrias Básicas

—Decreto N° 1.547 mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley Orgánica que regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas. *G.O.* N° 33.711 de 6-5-1987.

—Decreto N° 1.487 mediante el cual se dispone que los Ministerios, los Institutos Autónomos de carácter no financiero y las Fundaciones del Estado a que se refiere el artículo 1 de la Ley Orgánica que Regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, deberán enajenar los bienes que no fueren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades. *G.O.* N° 33.708 de 30-4-1987.

—Decreto N° 1.571 mediante el cual se dispone que los Ministerios, los Institutos Autónomos con excepción de la Corporación Venezolana de Guayana y los de carácter financiero y las fundaciones del Estado a que se refiere el artículo 1° de la Ley Orgánica que Regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, deberán enajenar los bienes que no fueren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades, los que hubiesen sido desincorporados y los que se encontraran en estado de obsolescencia o deterioro, conforme a los términos establecidos en la citada Ley. *G.O.* N° 33.723 de 22-5-1987.

—Resolución N 1.301 del Ministerio de Hacienda de 18-5-1987, mediante la cual se fija un plazo de noventa (90) días continuos para que las máximas autoridades de los entes u organismos indicados en el Decreto N° 1.487 de fecha 11 de marzo de 1987, remitan al Director General del Ministerio de Hacienda, Presidente de la Comisión para la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas, un Informe sobre la existencia y el estado de los bienes de su propiedad que no fueren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades o que hubieren sido desincorporados o se encontraran en estado de obsolescencia o deterioro. *G.O.* N° 33.720 de 19-5-1987.

—Resolución N° 1.307 del Ministerio de Hacienda de 26-5-1987, mediante la cual se dictan las Normas Generales sobre Licitación para la Venta de Bienes objeto de la Ley Orgánica que Regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afectos a las Industrias Básicas. *G.O.* 33.725 de 26-5-1987.

B. Licitaciones y Procedimientos de contratación de obras

—Decreto N° 49 de la Gobernación del Distrito Federal de 7-4-1987, mediante el cual se dictan las Normas y Procedimientos a cumplirse en la tramitación de Contratos y Proyectos para obras a ejecutar por el Gobierno del Distrito Federal. *G.O.* N° 33.696 de 9-4-1987.

—Decreto N° 52 de la Gobernación del Distrito Federal de 13-4-1987, mediante el cual se asignan como miembros fijos de la Comisión de Licitaciones Públicas y Privadas, a los funcionarios que en él se mencionan. *G.O.* N° 33.699 de 14-4-1987.

III. POLITICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. Política de Relaciones Exteriores

A. Tratados, Acuerdos y Convenios Internacionales

—Acuerdo Nº CJ/TA-83 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 29-4-1987, de Cooperación Económica y Tecnológica entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos. *G.O.* Nº 33.711 de 6-5-1987.

—Resolución Nº CJ/TA-00084 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 29-4-1987, mediante la cual se publica el Instrumento de Modificación y Prórroga del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos sobre el Programa Interamericano del Centro Interamericano de Desarrollo Integral de Aguas y Tierras (CIDIAT). *G.O.* Nº 33.711 de 6-5-1987.

—Acuerdo de Cooperación Turística entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Italiana. *G.O.* Nº 33.721 de 20-5-1987.

—Resolución Nº CJ/TA-119 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 4-6-1987, mediante la cual se publica la modificación del Acuerdo de Alcance Parcial de Renegociación de las Preferencias Otorgadas en el Período 1962-1980, suscrito entre Chile y Venezuela. (Acuerdo Nº 16). *G.O.* Nº 33.732 de 4-6-1987.

—Acuerdo Nº CJ/TA-123 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 16-6-1987, entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Cooperativa de Guyana sobre Prevención, Control y Represión del Consumo y del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y de Sustancias Psicotrópicas. *G.O.* Nº 33.740 de 16-6-1987.

—Resolución Nº CJ/TA-125 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 12-6-1987, mediante la cual se modifica el número de frecuencias de vuelos semanales realizados por los Representantes de los Gobiernos de la República de Venezuela y de la República Dominicana. *G.O.* 33.740 de 16-6-1987.

—Acuerdo Nº 13 de Alcance Parcial de Renegociación de las Preferencias Otorgadas en el período 1967-1980, suscrito entre Brasil y Venezuela. *G.O.* Nº 3.993 Extraordinario de 23-6-1987.

—Acuerdo Básico Nº 0114 de Cooperación Científica y Tecnológica entre el Gobierno de la República de India y el Gobierno de la República de Venezuela. *G.O.* Nº 33.733 de 5-6-1987.

—Convenio sobre Transporte Aéreo entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania. *G.O.* Nº 33.721 de 20-5-1987.

—Convenio Básico de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Federal de Alemania. *G.O.* Nº 33.721 de 20-5-1987.

—Acuerdo de Alcance Parcial de Renegociación de las Preferencias Otorgadas en el período 1962-1980, suscrito entre Argentina y Venezuela (Acuerdo Nº 7). *G.O.* Nº 33.709 de 4-5-1987.

—Acuerdo del Ministerio de Relaciones Exteriores de 29-4-1987, de Cooperación Económica e Industrial entre la República de Venezuela y el Reino de España. *G.O.* Nº 33.709 de 4-5-1987.

—Acuerdo Complementario de Cooperación Agrícola entre el Ministerio de Agricultura y Cría de la República de Venezuela y el Ministerio de Agricultura y Alimentación de la República Popular de Hungría. *G.O.* N° 33.709 de 4-5-1987.

—Acuerdo entre la República de Venezuela y la República Italiana para el uso de estaciones de radioaficionados. *G.O.* N° 33.721 de 20-5-1987.

—Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnología entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Italiana. *G.O.* N° 33.721 de 20-5-1987.

B. *Notas Reversales*

—Nota Reversal N° CJ/TA-0109 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 27 de mayo de 1987, que establece el mecanismo de coordinación, consulta y evaluación general de la cooperación entre la República de Venezuela y el Representante del Gobierno de la República de Italia. *G.O.* N° 33.727 de 28-5-1987.

—Nota Reversal N° CJ/TA-0110 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 27-5-1987, que establece el mecanismo de coordinación, consulta y evaluación general de la cooperación entre la República de Venezuela y el Representante del Gobierno de la República Cooperativa de Guyana. *G.O.* 33.727 de 28-5-1987.

—Nota Reversal N° CJ/TA-1003 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se concluye el acuerdo para la Suspensión de Visas en Pasaportes Diplomáticos Oficiales y de Servicio entre el Representante del Gobierno de la República de Venezuela y el Representante del Gobierno de la República Cooperativa de Guyana. *G.O.* N° 33.732 de 4-6-1987.

—Nota Reversal N° CJ/TA-124 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 12-6-1987, contentiva del Acuerdo para la Suspensión de Visas en Pasaportes Diplomáticos, oficiales especiales y de servicio, intercambiada por los Representantes de los Gobiernos de la República de Venezuela y la República del Perú. *G.O.* N° 33.740 de 16-6-1987.

—Nota Reversal N° 0111 del Ministerio de Relaciones Exteriores, con el Programa de "Fortalecimiento de las Actividades Hidrometeorológicas Nacionales" entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Federal de Alemania. *G.O.* N° 33.728 de 29-5-1987.

—Nota Reversal N° 0112 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 27-5-1987, con el Programa de Asesoramiento en el desarrollo urbanístico y medidas estructurales de asentamiento entre el Representante del Gobierno de Venezuela y el Representante del Gobierno de la República Federal de Alemania. *G.O.* N° 33.730 de 2-6-1987.

2. *Política de Relaciones Interiores*

A. *Justicia*

—Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante el cual se fijan los términos de distancia entre la sede del Tribunal que dicta la decisión recurrida y la Capital de la República. *G.O.* N° 33.692 de 3-4-1987.

—Decreto N° 1.365 de 20-11-1986, mediante el cual se crean en las Circunscripciones Judiciales de la República, que en él se indican, las Defensorías Públicas de Presos, que en él se señalan. (Se reimprime por error de copia). *G.O.* N° 33.738 de 12-6-1987.

—Decreto Nº 1.563 mediante el cual se ordena la distribución de los expedientes que cursan en el Tribunal Primero de Reenvío en lo Penal entre los Tribunales Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto de Reenvío en lo Penal, todos de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. *G.O.* 33.716 de 13-5-1987.

—Decreto Nº 1.616 mediante el cual se crean en la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda las Defensorías Públicas de Presos que en él se expresan. *G.O.* Nº 33.741 de 17-6-1987.

—Decreto Nº 1.617 mediante el cual se establece en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, el uso del mecanismo registral basado en fotocopias de los documentos presentados para su registro. *G.O.* Nº 33.741 de 17-6-1987.

B. *Sistema Electoral*

—Resolución Nº 0043-87 del Consejo Supremo Electoral de 4-5-1987, mediante la cual se ratifica la norma establecida en la Resolución del 20 de octubre de 1986, de que sólo a partir del 1º de octubre de 1987 los partidos políticos podrán realizar el acto de selección de sus respectivos candidatos a la Presidencia de la República, para el próximo período constitucional. *G.O.* 33.712 de 7-5-1987.

—Resolución Nº 0070-87 del Consejo Supremo Electoral de 15-6-1987, mediante la cual se prohíbe la realización a través de los medios de comunicación social, de concursos y sorteos que directamente desdigan de la seriedad del proceso electoral y de la promoción y propaganda de quienes aspiran a ser seleccionados candidatos a la Presidencia de la República o que vulneren la igualdad de oportunidad de los participantes en esos procesos. *G.O.* Nº 33.744 de 22-6-1987.

IV. DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*

—Resolución Nº 337 del Ministerio de Educación de 4-5-1987, mediante la cual se reforma la Resolución Nº 140 de fecha 9-4-86, que contiene las Regulaciones Complementarias sobre el Proceso de Evaluación en los Niveles de Educación Preescolar, Básica y Media Diversificada y Profesional. *G.O.* Nº 33.717 de 4-5-1987.

—Resolución Nº 493 del Ministerio de Educación de 10-6-1987, mediante la cual se autoriza al Instituto Universitario de Tecnología de Cumaná para ofrecer la Especialidad mantenimiento, menciones Equipos Eléctricos y Equipos Mecánicos en la Extensión Caripito de ese Instituto. *G.O.* Nº 33.737 de 11-6-1987.

2. *Salud*

—Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud de 10-6-1987. *G.O.* Nº 33.745 de 23-6-1987.

—Resolución Nº G-854 del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social de 22-6-1987, mediante la cual se notifica a las farmacias y expendios de medicinas la obligación de exigir, en los casos de expendio de los productos farmacéuticos Insulina, Endocrinos en sus diferentes concentraciones, la receta en la cual consta la prescripción del facultativo, la cual podrá ser extendida por éste hasta por un período de tres (3) meses, el cual, también podrá prorrogar el vencimiento del referido período, según lo estime

necesario, por lapsos iguales o menores, la prescripción correspondiente. *G.O.* N° 33.745 de 23-6-1987.

—Resolución N° 6-836 del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social del 18-5-1987, mediante la cual se dispone que los Productos Naturales de origen animal, vegetal o mineral, producidos en el país o importados, que se destinen a fines terapéuticos mediante ingestión, inhalación o aplicación en la superficie cutánea, requieren para su importación, industrialización y comercialización, someterse a previo registro, autorización de expendio y control sanitario por órgano del Departamento de Productos Naturales de la División de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. *G.O.* N° 33.719 de 18-5-1987.

—Resolución N° 24 del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social de 12-5-1987, mediante la cual se dispone que de conformidad con lo establecido en el aparte 2 del artículo 2° de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se declara sujeta al régimen de la mencionada Ley la sustancia Midazolam, la cual queda incluida en la lista IV de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas. *G.O.* N° 33.716 de 13-5-1987.

3. *Relaciones Laborales*

—Decreto N° 1.538, mediante el cual se dicta el Régimen para el Bono Compensatorio. *G.O.* N° 33.707 de 29-4-1987.

—Decreto N° 1.538, mediante el cual se acuerda un Bono Compensatorio mensual a los funcionarios públicos y a los oficiales, sub-oficiales y tropas profesionales al servicio de las Fuerzas Armadas Nacionales, en los términos y porcentajes que en él se señalan. *G.O.* N° 33.707 de 29-4-1987.

—Resolución N° 0336 conjunta de los Ministerios de Relaciones Interiores y del Trabajo de 29-4-1987, mediante la cual se dispone que los Derechos que deben cancelarse mediante la inutilización de timbres móviles, conforme a la Ley de Timbre Fiscal, con motivo de las autorizaciones para portar arma que se conceden a quienes laboran para las empresas de vigilancia y transporte de valores, reguladas por el Decreto N° 699 del 12-11-1974, serán sufragados por dichas empresas, las cuales en ningún caso podrán pedir reembolso de ello a los trabajadores. *G.O.* N° 33.707 de 29-4-1987.

—Orden del Instituto Nacional de Cooperación Educativa "INCE" sobre la aplicación del Programa Nacional de Aprendizaje. *G.O.* N° 33.693 de 6-4-1987.

4. *Colegios Profesionales*

—Reglamento Nacional de Honorarios Mínimos dictado por la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela. *G.O.* N° 33.743 de 19-6-1987.

5. *Promoción Cultural*

—Decreto N° 1.528 de 22-4-1987, mediante el cual se establecen las políticas destinadas a promover la edición del libro venezolano educativo, técnico, científico y cultural, y a fomentar su producción y difusión. *G.O.* N° 33.702 de 22-4-1987.

V. DESARROLLO ECONOMICO

1. Régimen Impositivo

A. Impuesto sobre la Renta

—Decreto Nº 1.506, de 1-4-1987, mediante el cual se dispone que la obligación de retener y enterar aquellos impuestos distintos de los correspondientes a las remuneraciones contempladas en el Decreto Nº 1.476 de fecha 18 de febrero de 1987, se regirá por las normas establecidas en el presente Decreto. *G.O.* Nº 33.704 de 24-4-1987.

—Decreto Nº 1.609 de 10-6-1987, mediante el cual se exoneran del Impuesto sobre la Renta los enriquecimientos provenientes de la industria editorial cuando se trate de la edición de libros de carácter educativo, científico, técnico o cultural que obtengan los contribuyentes, constituidos o que se constituyan en el país, con el único objeto de realizar esta actividad en forma exclusiva. *G.O.* Nº 33.738 de 12-6-1987.

—Decreto Nº 1.610, mediante el cual se renuevan por el lapso de cinco (5) años, las exoneraciones del Impuesto sobre la Renta concedidas mediante Decreto Nº 1.462 de fecha 12 de abril de 1982, en los mismos términos y condiciones contempladas en el citado Decreto. *G.O.* Nº 33.736 de 10-6-1987.

B. Aduanas

—Decreto Nº 1.532, mediante el cual se dispone que, sin perjuicio del cumplimiento de las formalidades y requisitos exigidos por la legislación nacional, las importaciones de las mercancías cuyos códigos y descripciones que en él se especifican estarán sujetos a los gravámenes arancelarios que en él se señalan cuando sean originarios de la República de México. *G.O.* Nº 33.720 de 19-5-1987.

—Resolución Nº 1.273 del Ministerio de Hacienda de 30-4-1987, mediante el cual se modifica el Arancel de Aduanas de las siguientes mercancías: Gallinas, pollitos, pavos, patos, etc. *G.O.* Nº 33.708 de 30-4-1987.

—Resolución Nº 1.274 del Ministerio de Hacienda de 30-4-1987, mediante la cual se modifica la regulación arancelaria del "pavo". *G.O.* Nº 33.708 de 30-4-1987.

—Resolución Nº 1.254 del Ministerio de Hacienda, de 8-4-1987, mediante la cual se excluyen del artículo 1º de la Resolución Nº 1.082 del 8-12-1986, las mercancías como insecticidas, parasiticidas, etc. *G.O.* 33.695 de 8-4-1987.

—Resolución Nº 1.275 del Ministerio de Hacienda de 30-4-1987, mediante la cual se modifica el Arancel de Aduanas para los diferentes usos del maíz. *G.O.* Nº 33.708 de 30-4-1987.

—Resolución Nº 1.303 del Ministerio de Hacienda de 21-5-1987, mediante la cual se excluyen del artículo 1º de la Resolución Nº 1.082 de 8-12-1986, las siguientes mercancías: Sustancias animales utilizadas para la preparación de productos opoterápicos o farmacéuticos, y otros. *G.O.* Nº 33.723 de 22-5-1987.

—Resolución Nº 1.325 del Ministerio de Hacienda de 10-6-1987, mediante la cual se modifica el Arancel de Aduanas en relación a los candados y otras mercancías. *G.O.* Nº 33.736 de 10-6-1987.

—Resolución Nº 1.326 del Ministerio de Hacienda de 10-6-1987, mediante la cual se excluyen del artículo 1º de la Resolución Nº 1.082 del 8 de diciembre de 1986, las siguientes mercancías: Bióxidos de titanio, de acacia, y otros. *G.O.* Nº 33.736 de 10-6-1987.

—Resolución N° 1.342 del Ministerio de Hacienda de 17-6-1987, mediante la cual se modifica el Arancel de Aduanas, en relación al ítem arancelario código 87.02.02.29. *G.O.* N° 33.741 de 17-6-1987.

C. *Timbre Fiscal*

—Resolución N° 1.257 del Ministerio de Hacienda de 14-4-1987, mediante la cual se dispone que las operaciones de auxilio financiero que realice el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria no están gravadas por el impuesto a que se refiere el artículo 12 de la Ley de Timbre Fiscal. *G.O.* N° 33.699 de 14-4-1987.

2. *Régimen de las Finanzas*

A. *Regulación de Operaciones Bancarias y Crediticias*

—Decreto N° 1.505 de 1-4-1987, mediante el cual se reforma el Decreto N° 1.280 de 24-9-1986, relativo a las condiciones que deben llenar las entidades financieras que decidan participar en el Programa Especial de Financiamiento a la Vivienda de Interés Social. *G.O.* N° 33.691 de 2-4-1987.

—Resolución N° 87-04-02 del Banco Central de Venezuela de 14-4-1987, mediante la cual se reforma la letra a) del Parágrafo Único del artículo 1° de la Resolución N° 86-06-01, de fecha 3 de junio de 1986, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 33.488. *G.O.* N° 33.700 de 20-4-1987.

—Resolución N° 87-06-02 del Ministerio de Hacienda de 9-6-1987, mediante la cual se deroga la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 86-07-03 del 29-6-1986. *G.O.* N° 33.741 de 17-6-1987.

—Resolución N° 87-04-03 del Banco Central de Venezuela de 14-4-1987, mediante la cual los bancos y demás institutos de crédito deberán mantener un encaje especial equivalente al doscientos por ciento (200%) del monto de las operaciones activas en moneda nacional efectuadas con extranjeros no residentes en Venezuela o con personas jurídicas no domiciliadas en el país. *G.O.* N° 33.700 de 20-4-1987.

—Resolución N° 87-04-05 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se fija en doce por ciento (12%) anual el interés nominal de las prestaciones sociales por concepto de indemnización de antigüedad y cesantía. *G.O.* N° 33.708 de 30-4-1987.

—Resolución N° 1.174 del Ministerio de Fomento de 9-4-1987, mediante la cual se dispone que en las operaciones de venta a crédito de vehículos, el vendedor, concesionario o distribuidor, sólo podrá cobrar del saldo a financiar, lo siguiente: Un doce por ciento (12%) anual, calculado sobre saldos deudores como tipo máximo de interés, cualesquiera que sean las garantías otorgadas por el deudor. *G.O.* N° 33.699 de 14-4-1987.

B. *Régimen de la Moneda y del Control de Cambio*

—Convenio Cambiario N° 1. *G.O.* N° 33.749 de 30-6-1987.

—Decreto 1.514 de 8-4-1987, mediante el cual se dispone que la Oficina del Régimen de Cambios Diferenciales (RECADI) autorizará de oficio, o a petición de parte cuando se hubiesen producido pronunciamientos anteriores, la obtención de divisas preferenciales en aquellos casos respecto a las cuales, para la fecha de publicación de este Decreto, se hubiese vencido el plazo previsto en el artículo 9° del Decreto N° 1.109 del 21-5-1986 y en la Resolución N° 969 del 8-10-1986. *G.O.* N° 33.695 de 8-4-1987.

—Decreto Nº 1.521 de 14-4-1987, mediante el cual se dicta el Régimen para la Conversión de Deuda Externa en Inversión. *G.O.* Nº 33.699 de 14-4-1987.

—Decreto Nº 1.611 de 10-6-1987, mediante el cual se aprueba la obtención de divisas a los tipos de cambios preferenciales. *G.O.* 33.738 de 12-6-1987.

—Resolución Nº 87-03-02 del Banco Central de 31-3-1987, mediante la cual los bancos comerciales y casas de cambios que aspiren efectuar exportaciones de billetes extranjeros de curso legal en sus respectivos países, deberán ofrecerlos previamente en venta al Banco Central, al tipo de cambio correspondiente, según lo previsto en la Cláusula Vigésima Primera del Convenio Cambiario Nº 1. *G.O.* Nº 33.695 de 8-4-1987.

—Resolución Nº 87-04-01 del Banco Central de Venezuela de 7-4-1987, mediante la cual se establece la venta de divisas al tipo de cambio establecido en la Cláusula Cuarta del Convenio Cambiario Nº 3. *G.O.* Nº 33.700 de 20-4-1987.

—Resolución Nº 87-05-01 del Ministerio de Hacienda de 12-5-1987, mediante la cual se prorroga hasta el 8 de septiembre de 1987, el plazo para ejercer la opción a los fines de obtener las garantías del tipo de cambio para el pago de la deuda privada externa registrada, establecidas en el Convenio Cambiario Nº 2. *G.O.* 33.722 de 21-5-1987.

—Resolución Nº 87-06-01 del Ministerio de Hacienda, mediante la cual se resuelve, en conformidad al Convenio Cambiario Nº 1 y 2, lo que se refiere a la adquisición de divisas para el pago de la deuda externa. *G.O.* Nº 33.742 de 18-6-1987.

—Resolución Nº 87-06-03 del Banco Central de 6-12-1986, mediante la cual se dictan las Normas Relativas a las Operaciones de Corretaje o Intermediación en el Mercado Libre de Divisas. *G.O.* Nº 33.740 de 16-6-1987.

3. *Mercado de Capitales*

—Normas de la Comisión Nacional de Valores, relativas a las Operaciones que por cuenta propia realicen los Corredores Públicos de Títulos Valores. *G.O.* Nº 33.737 de 11-6-1987.

4. *Régimen del Comercio Interno*

—Decreto Nº 1.540 mediante el cual se dispone que a partir del día 1º de mayo de 1987, se mantienen en todo el territorio nacional, hasta por el plazo de ciento veinte (120) días continuos, los precios de todos los bienes declarados de primera necesidad. *G.O.* Nº 33.707 de 29-4-1987.

—Resolución Nº 1.013 del Ministerio de Fomento de 2-4-1987, mediante la cual se declara de primera necesidad, el producto pescado fresco y salado. *G.O.* Nº 33.691 de 2-4-1987.

5. *Régimen de la Industria*

—Decreto Nº 1.548, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto Nº 624 de fecha 15 de mayo de 1985, mediante el cual se dictaron las normas sobre política lechera. *G.O.* Nº 33.714 de 11-5-1987.

—Resolución Nº 1.247 del Ministerio de Fomento de 13-4-1987, mediante la cual se dispone que los envases, cualesquiera que fuere su forma y clase, que contengan aceite comestible, deberán estar llenos prácticamente hasta el borde, dejando tan sólo un pequeño espacio vacío, consecuencia del proceso de llenado. *G.O.* Nº 33.699 de 14-4-1987.

6. Regulación de Servicios Públicos

—Resolución N° 083 del Ministerio de Transporte de 18-2-1987, mediante la cual se establece la tarifa que en ella se indica, para la facilidad de teléfono con teclado multifrecuencial, prestado por la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela. *G.O.* N° 33.699 de 14-4-1987.

—Resolución N° 083 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones de 13-4-1987, mediante la cual se aprueba la tarifa que en ella se especifica de cargo mensual por línea con teléfono teclado multifrecuencial Bs. 10. *G.O.* N° 33.699 de 14-4-1987.

—Resolución N° 085 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones de 13-4-1987, por la cual se establece la tarifa por el uso del Servicio Especial de Circuitos Privados de Telecomunicaciones Nacionales e Internacionales de la forma que en ella se indica según sea el servicio urbano o interurbano. *G.O.* N° 33.699 de 14-4-1987.

—Decreto N° 51 de la Gobernación del Distrito Federal del 13-4-1987, mediante el cual se dictan las Normas reguladoras para el bote de escombros y demás desechos provenientes de la construcción. *G.O.* N° 33.699 de 14-4-1987.

7. Régimen del Comercio Exterior

—Resolución N° 870 conjunta de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Hacienda de 8-5-1987, mediante la cual se deroga la Resolución conjunta del Ministerio de Relaciones Exteriores N° G.M-82 y del Ministerio de Hacienda N° 793 de fecha 6 de mayo de 1986, por medio de la cual se habían excluido del goce del crédito fiscal previsto en la Ley de Incentivo a la Exportación, los cigarrillos de tabaco negro y rubio. *G.O.* N° 33.713 de 8-5-1987.

—Resolución N° 1.261 conjunta de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Hacienda, mediante la cual se dictan las Normas para la exportación de vehículos automotores por los organismos internacionales, representaciones diplomáticas, oficinas consulares y funcionarios extranjeros acreditados ante el Gobierno Nacional. *G.O.* N° 33.702 de 22-4-1987.

—Resolución conjunta de los Ministerios de Hacienda y de Energía y Minas de 6-5-1987, mediante la cual se dispone que los valores de exportación de los hidrocarburos y sus derivados exportados en el puerto venezolano de embarque por las empresas que se dediquen a la explotación de hidrocarburos y sus derivados, serán iguales a los valores que resulten de incrementar en un diecisiete por ciento (17%) el ingreso por barril exportado de cada uno de dichos hidrocarburos y sus derivados, declarado por el contribuyente. *G.O.* N° 33.713 de 8-5-1987.

—Resolución conjunta N° 1.356-1 y 112 de los Ministerios de Hacienda y de Energía y Minas de 29-6-1987, mediante la cual se dispone que los valores de exportación de los hidrocarburos y sus derivados exportados desde puertos venezolanos de embarque por las empresas que se dediquen a la explotación de hidrocarburos y actividades conexas o por quienes compren hidrocarburos y sus derivados para su exportación, serán iguales a los valores que resulten de incrementar en un veinte por ciento el ingreso por barril exportado de cada uno de dichos hidrocarburos y sus derivados, declarados por el contribuyente. *G.O.* N° 33.749 de 30-6-1987.

7. Régimen de Desarrollo Agropecuario

—Resolución N° 14 conjunta de los Ministerios de Fomento y de Agricultura y Cría de 14-4-1987, mediante la cual se declaran de primera necesidad, los alimentos con-

centrados para vacunos que en ella se señalan (Se reimprime por error de copia). *G.O.* Nº 33.701 de 21-4-1987.

—Resolución Nº 143 conjunta de los Ministerios de Fomento y de Agricultura y Cría de 23-4-1987, en la cual se modifica el Artículo 1º de la Resolución Conjunta Ministerio de Fomento, en el sentido de fijar en un mil setecientos cincuenta bolívares (Bs. 1.750) la tonelada métrica de tomate fresco. *G.O.* Nº 33.707 de 29-4-1987.

—Resolución Nº 145 conjunta de los Ministerios de Fomento y de Agricultura y Cría de 23-4-1987, mediante la cual se fija en todo el territorio nacional, el precio mínimo a ser pagado al productor de la semilla de soya. *G.O.* Nº 33.707 de 29-4-1987.

—Resolución Nº 1.369 del Ministerio de Agricultura y Cría de 27-4-1987, mediante la cual se fija en todo el territorio nacional, en doscientos setenta y siete bolívares con noventa céntimos, el precio mínimo de la tonelada métrica de la caña de azúcar. *G.O.* 33.707 de 29-4-1987.

—Resolución conjunta Nº 1.367 y 144 de los Ministerios de Agricultura y Cría y de Fomento de 23-4-1987, mediante la cual se fijan, en todo el territorio nacional, los precios mínimos del maíz blanco y amarillo, el sorgo, el ajonjolí y el girasol, a ser pagados al productor por sus cosechas. *G.O.* Nº 33.707 de 29-4-1987.

—Resolución conjunta Nº 1.368 y 180 del Ministerio de Fomento y de Agricultura y Cría de 23-4-1987, mediante la cual se fija en todo el territorio nacional el precio mínimo a ser pagado al productor por la cosecha de arroz. *G.O.* Nº 33.707 de 29-4-1987.

—Resolución conjunta Nº 2.191 y Nº 286 de los Ministerios de Fomento y de Agricultura y Cría, mediante la cual se fijan en todo el territorio nacional los precios mínimos a nivel de agricultura, de las semillas que sean elegidas para ser certificadas, de los cultivos que en ella se especifican. *G.O.* Nº 33.747 de 26-6-1987.

8. Régimen de Energía y Minas

—Resolución Nº 528 del Ministerio de Energía y Minas de 17-12-1986, mediante la cual se dictan las Normas para el Otorgamiento de Permisos de Prospección, Concesiones y Contratos Mineros. (Se reimprime por error de copia). *G.O.* Nº 33.729 de 1-6-1987.

—Resolución Nº 77 del Ministerio de Energía y Minas del 27-5-1987, mediante la cual se fijan en todo el territorio nacional los precios de venta de las gasolinas de motor suministradas al por mayor a las "Expendios de Combustibles", de la forma que en ella se indica. *G.O.* Nº 33.739 de 1-6-1987.

—Resolución Nº 78 del Ministerio de Energía y Minas de 29-5-1987, mediante la cual se clasifican las plantas de distribución de Productos Derivados de Hidrocarburos para el transporte de combustibles pesados a puntos de entrega, de acuerdo a los tipos que en ella se indican. *G.O.* Nº 33.729 de 1-6-1987.

—Resolución Nº 49 del Ministerio de Energía y Minas de 27-4-1987, mediante la cual se establece el sistema de cálculo de los fletes para transporte terrestre de los productos envasados que en ella se indican, de acuerdo a la fórmula que en ella se especifica. *G.O.* Nº 33.705 de 27-4-1987.

—Resolución Nº 78 bis del Ministerio de Energía y Minas de 29-5-1987, mediante la cual se clasifican las plantas de distribución de Productos Derivados de Hidrocarburos para el Transporte de gasolinas, combustible diesel y kerosene a puntos de entrega, de acuerdo a los tipos que en ella se indican. *G.O.* Nº 33.729 de 1-6-1987.

VI. DESARROLLO FISICO Y ORDENACION DEL TERRITORIO

1. *Urbanismo*

—Resolución N° 330 del Ministerio de Desarrollo Urbano, mediante la cual se modifica el Plan Rector de Desarrollo Urbano para el Area Metropolitana de Puerto Cabello y Morón, Distritos Puerto Cabello y Morón del Estado Carabobo, de la forma que en ella se indica. Extraordinario N° 3.979. *G.O.* N° 33.712 de 7-5-1987.

—Resolución N° 332 del Ministerio de Desarrollo Urbano de 4-5-1987, mediante la cual se aprueba el Plan Rector de Desarrollo Urbano de Upata, Distrito Piar del Estado Bolívar. *G.O.* 3.988. Extraordinario de 18-5-1987.

—Resolución conjunta N° 331 de los Ministerios del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y del Desarrollo Urbano, mediante la cual se determina el perímetro urbano que incluye las áreas de expansión de la ciudad de Upata, Distrito Piar del Estado Bolívar. *G.O.* N° 3.988. Extraordinario de 18-5-1987.

2. *Régimen de Protección del Ambiente y de los Recursos Naturales*

—Decreto N° 1.551, mediante el cual se declara Zona Protectora de la Sierra de San Luis, una porción territorial ubicada en los Distritos Miranda, Colina, Petit y Bolívar del Estado Falcón, alrededor del Parque Nacional "Juan Crisóstomo Falcón" creado por el Decreto N° 1.550 de 6-5-1987. *G.O.* N° 33.715 de 12-5-1987.

—Decreto N° 1.574 mediante el cual se declara Zona Protectora del Area Metropolitana de la ciudad de Barquisimeto, la porción de territorio ubicada en jurisdicción de los Distritos Iribarren y Palavecino del Estado Lara y Yaritagua del Estado Yaracuy. *G.O.* N° 33.724 de 25-5-1987.

—Decreto N° 72 de la Gobernación del Distrito Federal, mediante el cual se dictan Normas Reguladoras para el Bote de Basura y demás Desperdicios por parte de la ciudadanía, de parques, playas y demás sitios públicos. *G.O.* N° 33.725 de 26-5-1987.

3. *Desarrollo Rural*

—Decreto N° 1.578, mediante el cual se declara Area Rural de Desarrollo Integral la porción de territorio ubicada en jurisdicción del Municipio Luisa Cáceres del Distrito Arismendi y del Municipio Silva del Distrito Maneiro del Estado Nueva Esparta. *G.O.* N° 33.726 de 27-5-1987.

4. *Régimen de Transporte y Tránsito*

A. *Transporte y Tránsito Terrestre*

—Resolución conjunta N° DGSTT-0045 de los Ministerios de Fomento y de Transporte y Comunicaciones, de 25-4-1987, mediante la cual se fijan las tarifas del Servicio de Transporte Público Colectivo de Pasajeros (autobuses) en rutas extraurbanas que tengan su origen, destino y viceversa, de la forma que en ella se especifica. *G.O.* N° 33.712 de 7-5-1987.

—Resolución conjunta N° DGSTT-0046 de los Ministerios de Fomento y de Transporte y Comunicaciones de 25-4-1987, mediante la cual se dispone que el monto a pagar por los servicios de transporte público de vehículos de alquiler (Libre), dotado

de taxímetros, en el Area Metropolitana de Caracas, Municipio Vargas del Distrito Federal y Distrito Sucre del Estado Miranda sean programados según las especificaciones que en ella se indican. *G.O.* Nº 33.712 de 7-5-1987.

—Resolución conjunta Nº DGSTF-0047 de los Ministerios de Fomento y de Transporte y Comunicaciones de 25-4-1987, mediante la cual se autoriza a un aumento de cincuenta céntimos de bolívar (Bs. 0,50) máximo en el valor del pasaje del servicio de transporte público de alquiler (Por puesto) en el ámbito del Area Metropolitana de Caracas, quedando dicha tarifa de la forma que en ella se especifica. *G.O.* Nº 33.712 de 7-5-1987.

B. *Transporte y Tránsito Fluvial*

—Resolución Nº 103 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones de 18-5-1987, mediante la cual se toman las medidas que permitan la facilitación documental y operativa del cabotaje y la navegación fluvial, con el propósito de convertirlos en un modo de transporte eficiente y confiable. *G.O.* Nº 33.720 de 19-5-1987.

5. *Régimen de Comunicaciones*

—Decreto Nº 1.577 mediante el cual se dicta el Reglamento sobre Concesiones para Televisoras y Radiodifusoras. *G.O.* Nº 33.726 de 27-5-1987.

—Resolución Nº 109 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones de 26-5-1987, mediante la cual se dispone que los permisos para el establecimiento y funcionamiento de estaciones de radiodifusión sonora, se otorgarán por cinco (5) años y podrán renovarse por igual período de tiempo. *G.O.* Nº 33.726 de 27-5-1987.

Comentarios Legislativos

EL REGIMEN DE LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA EN EL PROYECTO DE LEY DE EDUCACION SUPERIOR

Pedro Miguel Reyes S.
*Magistrado de la Corte Primera de lo
Contencioso-Administrativo*

I. INTRODUCCION

Para toda persona que tenga vinculación con la educación superior, la autonomía es un término necesario de referencia para poder adoptar una actitud frente a las modificaciones que se propongan al régimen legal de este nivel educativo; aún más, para quienes integramos la comunidad universitaria constituye un deber conocer con toda claridad la regulación que en tal sentido se proponga en un proyecto legislativo. La autonomía universitaria es un concepto mítico, simple en su enunciado, pero multívoco y complejo en su contenido, ante el cual resulta fundamental fijar con precisión su alcance básico, lo que nos permitirá adoptar una racional posición al analizar el tratamiento específico que se le dé a este presupuesto esencial de la vida universitaria en cualquier proposición normativa.

El Proyecto de Ley de Educación Superior elaborado por una amplia, plural y representativa Comisión, integrada con la meticulosidad y el especial conocimiento que sobre el sector educativo tiene el licenciado Rafael Fernández Heres, Ministro de Educación para ese momento. Fue conducida por el doctor Miguel Lairisse, como Presidente y el doctor Milton Granados como Secretario Ejecutivo, y se necesitaron para su preparación dos años de duras jornadas de estudios, reflexiones, consultas, investigaciones, y de una alta dosis de creatividad. Concluida la labor, el anteproyecto fue presentado al Ejecutivo Nacional que, sin formularle observaciones, lo sometió a la consideración del Congreso Nacional, donde se han iniciado los trámites para su conocimiento y discusión.

Ahora bien, para lograr nuestro objetivo, que es determinar el tratamiento que se le da a la autonomía universitaria en el Proyecto bajo estudio, haré algunas reflexiones sobre algunos conceptos que en mi criterio resultan fundamentales en la Educación Superior, constituyéndose las mismas en las aproximaciones necesarias que nos darán el soporte lógico para conocer y calificar dicho tratamiento.

II. LA EDUCACION SUPERIOR

El amplio contenido de la expresión nos exige establecer una precisión conceptual, referida a: ¿Qué debemos entender por Educación Superior? Ante interrogante tan genérica, podemos señalar que es la enseñanza que se imparte en el nivel inmediato y subsiguiente a la educación media, por lo cual ha sido también denominada como "educación post-secundaria". La educación superior tiene por finalidad la formación profesional y de postgrado del individuo y lograr, como resultado final, un hombre eficiente, crítico, ético, que deberá estar dotado de la capacidad necesaria para aplicar los conocimientos adquiridos en la satisfacción de las necesidades colectivas e individuales de la sociedad.

Si aceptamos como suficiente la anterior definición sobre la Educación Superior, podemos indicar sus objetivos fundamentales, que son:

- 1) La formación integral del hombre, al convertirlo en un profesional apto y permitirle medios para su constante actualización en los conocimientos científicos adquiridos.
- 2) La investigación y el estudio como las funciones básicas para crear nuevos conocimientos, que impulsen y enriquezcan el acervo científico y el bienestar cultural de la humanidad.
- 3) La extensión como la actividad de difundir los conocimientos, con la finalidad de elevar el nivel cultural de la nación y darle instrumentos a la población para que asuman la responsabilidad de ser dueños de su propio destino.

III. EL SISTEMA DE EDUCACION SUPERIOR

La educación superior constituye un nivel de la educación y es en sí un sistema; entendemos como tal: el conjunto de elementos con identidad y características propias, armónicamente interrelacionados para alcanzar una finalidad común. Elementos que en el presente caso están constituidos por diversas instituciones cuya actividad está dirigida a cumplir con los objetivos de este nivel educativo. Se ha generalizado denominar este sistema bajo la calificación de Sub-Sistema para indicar así una relación de especie a género planteada entre la educación superior y el sistema educativo; de aplicarse este criterio se debería denominar a su vez al sistema educativo como sub-sistema; recordemos que es parte integrante de un sistema de mayor contenido y envergadura como es el sistema cultural; por lo tanto, considero el calificativo de sub-sistema inútil e intrascendente, por cuanto todo sistema es a su vez un elemento de otro con superior magnitud, razón que en definitiva nos lleva a rechazar tal denominación y utilizar la calificación de "sistema" para este nivel educativo.

El Sistema de Educación Superior comporta dos características fundamentales; por una parte, es heterogéneo en sus componentes, en el sentido de desigualdad existente entre los elementos que lo integran, que son disímiles en sus funciones, organización, forma de gobierno y relaciones con el Estado, así como poseedores de distintos niveles de evolución; por otra parte, es un sistema dinámico, por el constante desarrollo de los elementos que lo integran, los cuales, a su vez, originan modificaciones en la situación general del sistema. Esta característica conduce necesariamente al Estado a ejercer controles sobre él, a organizarlo y regularlo para evitar desviaciones en su conducta y mantener a las entidades que lo componen actuando en el logro de sus objetivos. Venezuela, Estado Moderno que posee significativos niveles de desarrollo institucional, ha establecido medios de control al Sistema de Educación Superior, mediante la regulación básica contenida en la Constitución, la Ley Orgánica de Educación, la Ley de Universidades y el Reglamento de los Institutos y Colegios Universitarios. Situación que recomienda hacer un breve análisis de las disposiciones citadas, atendiendo a su posición jerárquica en la graduación de las normas jurídicas, lo que nos dará una visión amplia del régimen jurídico de la educación superior en nuestro país.

a. *La Constitución*

La Constitución vigente, que es resultado del poder constituyente de 1961, en el área educativa cumple cabalmente la función de esta máxima categoría de normas jurídicas; ciertamente, en preceptos programáticos se establecen los principios generales que orientarán el contenido de la legislación. En ellos se regula: el derecho que todos tenemos a la educación, y como premisa lógica el que se obtenga el pleno desarrollo de la personalidad, la formación de ciudadanos aptos para la vida y el ejer-

cicio de la democracia, así como el fomento de la cultura y la solidaridad humana. Le impone al Estado el deber de crear y sostener servicios educativos para garantizar el acceso a la educación, sin más limitación que la vocación y las aptitudes; también le otorga al Estado la facultad de orientar y organizar el sistema educativo; por ello el poder público tiene competencia para establecer las directrices de la educación nacional. Se consagra de manera genérica la gratuidad de la enseñanza en los servicios educativos oficiales, con la excepción de la educación superior y la educación especial al tratarse de personas provistas de medios de fortuna.

b. *La Ley Orgánica de Educación*

La Ley Orgánica de Educación, vigente a partir del día 27 de junio de 1980, como característica primigenia cabe destacar su carácter de Ley Orgánica, condición que puede ser conferida tanto por disposición expresa de la propia Constitución, como es el caso de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, o por decisión de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, como es el supuesto de la Ley Orgánica de Educación. Los alcances jurídicos de la condición de Ley Orgánica están determinados en el artículo 163 de nuestra Constitución, norma que expresa en su aparte único: "Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas". La interposición más usual de esta norma por nuestra Doctrina y Jurisprudencia, ha sido que por este especial poder derogatorio, estamos en presencia de una categoría preeminente de norma jurídica, que refleja en forma inmediata la Constitución con un rango superior a las otras leyes que se dicten en el marco de su especialidad; por lo tanto, tal preeminencia se concreta a la relación existente entre la materia específica que regula la Ley Orgánica y las leyes especiales que se dicten en su ejecución.

El contenido de la Ley Orgánica de Educación podemos dividirlo en tres ámbitos distintos:

El primero de ellos está referido a los principios fundamentales que regulan y organizan el sistema educativo en todos sus niveles; la Educación Pre-Escolar, la Educación Básica, la Educación Media Diversificada y la Educación Superior. El segundo engloba las disposiciones dirigidas a establecer el régimen educativo de los niveles previos al de la Educación Superior; y el tercero entraña las normas que regulan la prestación de servicios del personal docente en los niveles anteriores a la Educación Superior. Como resulta obvio, sólo tiene interés para estas consideraciones el contenido del primer ámbito, del cual destacaremos los principios generales determinantes para la orientación de la Educación Superior. Estas bases son:

- a) *El Principio de Unidad* por el cual el sistema educativo como un todo, debe estructurarse bajo un régimen técnico-administrativo común, así como de los regímenes especiales necesarios propios de los niveles o modalidades que lo requieran; dentro del enunciado de estos regímenes especiales está la Educación Superior que, conforme a sus peculiaridades, tendrá un particular orden administrativo.
- b) *El Principio de Coordinación*, mediante el cual se establece que los distintos niveles y modalidades educativas deberán estar interrelacionados, de tal manera que exista continuidad entre ellos, donde se permitirán las transferencias de estudiantes tanto horizontales como verticales.
- c) *El Principio de Innovación* tiene por finalidad el establecimiento de condiciones y medios para que el sistema educativo sea periódicamente revisado y actualizado conforme al estado de adelanto de las ciencias y a nuevas orientaciones pedagógicas y, por último,

d) *El Principio de Regionalización* obliga al Poder Central tomar en cuenta las características y peculiaridades regionales con la finalidad que en ese sector se adopten y definan los objetivos educacionales y las normas técnico-administrativas del sistema, necesarios a las exigencias y realidad de cada región.

Este primer ámbito de la Ley Orgánica de Educación contiene normas dirigidas de manera específica a la Educación Superior; de ellas podemos destacar lo siguiente: señala las finalidades y los objetivos de la Educación Superior; precisa e individualiza los establecimientos que integran el sistema, que son: las Universidades, los Institutos Universitarios Pedagógicos, Politécnicos, los Institutos Universitarios Tecnológicos y Colegios Universitarios; los Institutos de Formación Docente, los de Bellas Artes, los de Investigación y los Institutos Superiores de Formación del Ministro del Culto. Indica, además, que también tendrán tal condición aquellos institutos que cumplan con los objetivos del sistema y los otros requisitos que al efecto señalare la Ley Especial. Como podemos apreciar, el legislador no sólo individualiza los centros de educación superior ya establecidos, sino que además previó la existencia de otros centros educativos superiores no considerados como tales en la actualidad.

b.1. *La Autonomía en la Ley Orgánica de Educación*

La Ley Orgánica de Educación le concede autonomía a los Institutos de Educación Superior, de conformidad con la naturaleza y funciones de cada establecimiento, o sea, el legislador prevé diversos grados de autonomía que serán regulados por la Ley Especial de la Educación Superior; sin embargo, después de otorgar esta autonomía genérica a los Institutos, la Ley Orgánica de Educación establece que el Consejo Nacional de Universidades o el organismo que a tal fin se creare como coordinador del sistema, podrá dictar normas administrativas y financieras de estricto cumplimiento por parte de todos los Institutos de Educación Superior. Esta disposición ha dado lugar a diversas interpretaciones jurídicas; en efecto, se ha sostenido que existe una contradicción en el texto de la Ley, al otorgársele la autonomía a los Institutos de Educación Superior y luego atribuirle al Consejo Nacional de Universidades, como ente coordinador de la política educativa en el sistema, competencia de dictar normas administrativas y financieras. Frente a estas apreciaciones, se han formulado otras que niegan la existencia de tal contradicción, basados en que la voluntad cierta del legislador fue modificar el régimen establecido para la autonomía universitaria y habilitar al Organismo Coordinador del Sector para dictar normas de obligatorio cumplimiento por los institutos que integran el sistema.

Por último, en forma imperante y de indudable trascendencia en la Ley Orgánica de Educación, se le establece a los graduados en los Institutos de Educación Superior la obligación de prestar sus servicios profesionales hasta por el término de dos años, en el lugar que el Estado considere conveniente, con base en las necesidades del país y de su desarrollo. Aquí el legislador concretó otro principio por él establecido, que indica que los aportes a la educación son inversiones de interés social que impone a sus beneficiarios el deber de retribuirlos mediante servicios a la comunidad. El legislador delegó en las leyes de ejercicio profesional y exhortó al reglamentista para el establecimiento de las normas y requisitos necesarios para el cumplimiento de tal obligación.

c. *La Ley de Universidades*

La Ley de Universidades es el instrumento normativo vigente por el cual se regula la creación, organización y funcionamiento de las instituciones del Sistema de Educación Superior. La Ley, como es obvio, tiene como principal destinatario a las Universidades, eje central e institución rectora del Sistema. Pero las Universidades no

constituyen un grupo homogéneo con idénticas características; en efecto, encontramos una primera división de estas corporaciones entre Universidades Nacionales y Universidades Privadas. Las Universidades Nacionales, fundadas y sostenidas por el Estado, tienen dos expresiones: las calificadas como Universidades Nacionales Autónomas, por tener el régimen autonómico y poseer la organización y estructura tradicional que prescribe la Ley de Universidades, y las Universidades Nacionales Experimentales, creadas para el ensayo de nuevas orientaciones en la Educación Superior, dotadas del grado de autonomía que les otorgó el Ejecutivo Nacional en el Reglamento que estableció sus normas de organización y funcionamiento. La existencia de las Universidades Experimentales le permite al Ejecutivo contar con instituciones directamente vinculadas con los planes y programas de desarrollo y satisfacer demandas educativas que no han podido solventar las Universidades Nacionales Autónomas. Debemos destacar que si bien las Universidades Nacionales Autónomas están dotadas de la estructura rígida y tradicional, tienen la posibilidad de ensayar otras formas de organización, siempre que no lesionen la integración o la forma de designación de sus órganos directivos, pero esta posibilidad está sujeta a un complejo procedimiento que la dificulta.

Es interesante observar el desarrollo que han tenido en el país las Universidades Experimentales. Al finalizar el año 1958 existían cuatro Universidades Nacionales Autónomas, dos Universidades Privadas y una Universidad Experimental de reciente fundación para esa época. A fines del año 1970 la evolución es la siguiente: se mantiene en cuatro el número de las Universidades Nacionales Autónomas, en tres las Universidades Privadas y en tres las Universidades Experimentales. Al presente año de 1985, la situación es: cuatro Universidades Nacionales Autónomas, seis Universidades Privadas y trece Universidades Experimentales, que superan en número la suma de las Universidades Nacionales Autónomas y las Privadas.

La reforma parcial respondió a la necesidad de llevar a límites razonables el ejercicio de la autonomía universitaria, que se había desbordado en su ejercicio y generado graves conflictos entre algunas Universidades Nacionales Autónomas y el Poder Ejecutivo. Conflictos que tenían como esencia el afán de algunas organizaciones políticas de utilizar las instituciones universitarias como medios para fortalecer su poder social, obtener una tribuna calificada ante el país y revestir a sus portavoces de una legitimidad política oponible a la legalidad de los titulares de los poderes públicos. Efectivamente, algunos sectores universitarios interpretaron la autonomía universitaria como una privilegiada condición jurídica de la institución que la ubica fuera del ámbito de los poderes públicos, donde sus recintos gozan de extraterritorialidad frente a la actuación de las fuerzas del orden público y las autoridades universitarias para su origen electivo en el seno de la comunidad universitaria detentan inmunidad administrativa y disciplinaria por los actos que realizan en el ejercicio de sus funciones. Además, debemos recordar que sostenían como dogma que las normas reguladoras de actuación de la Universidad eran con exclusividad: la Constitución, la Ley de Universidades y aquellos Reglamentos que las autoridades universitarias consideraban oportunos y convenientes de aplicar; supuestos que llevaron a miembros calificados de la comunidad a considerar a la Universidad como una institución dotada de soberanía y, por consiguiente, libre de actuación y de la injerencia de los Poderes Públicos. Afirmaban, además, para preservar tan especial condición, que era improcedente modificar su *status* legal, por cuanto tal modificación sería atentatoria de su autonomía.

c.1. Soberanía y Autonomía

Debo en este momento hacer una diferenciación, un deslinde de los conceptos de soberanía y autonomía. Como característica inicial indicaré que soberanía es un tér-

mino jurídico-político que designa la esencia del Estado, consistente en el supremo poder que le pertenece. Supremo, por no admitir ningún otro por encima o en concurrencia con él. Soberanía significa independencia de otro poder externo o interno y está por sobre toda autoridad. Es absoluto y no admite grados, es la voluntad que, determinada en sí, tiene la competencia de su competencia y ella le determina la extensión de su acción; simboliza el "poder irresistible", como la calificó Jellinek y está con exclusividad radicada en el Estado. Entre soberanía y autonomía existe una profunda diferencia. Si bien el Estado y los entes poseedores de autonomía se rigen por normas dictadas por ellos mismos, el Estado detenta el poder constituyente por el cual establece las normas fundamentales de existencia sin sujeción a otra autoridad. Los entes autónomos tienen necesariamente que adecuar su poder normativo a condiciones previas establecidas por la Ley.

c.2. El Concepto de Autonomía

Autonomía, palabra que para muchos universitarios tiene un contenido absoluto, ha sido objeto de interpretaciones que, como hemos observado, algunas cayeron en el campo de lo absurdo. Considero oportuno desarrollar algunas ideas referentes al alcance jurídico de la autonomía universitaria, y con la finalidad de aproximarnos a la esencia del concepto, debemos referirnos a la historia y evolución de la Universidad. La Universidad es una institución que tiene su origen en el siglo XI de nuestra era; posee, por lo tanto, una existencia previa al Estado Moderno y éste, al aparecer, la encontró como un centro cultural dotado de una estructura medieval y corporativa que conservaba como función la producción del conocimiento y transmisión para una reducida élite. La Universidad se integra al Estado Moderno; éste le reconoce su entidad, le delega competencias, colabora en el logro de sus fines y, como garantía, le otorga autonomía que, en este caso, tiene por esencia: la necesaria y efectiva libertad para que los profesores y estudiantes puedan expresar y comprobar sus convicciones científicas en el ejercicio de sus actividades; libertad que se traduce en libertad de investigación que permita a los profesores escoger el objetivo y el método más adecuado en su búsqueda; en la libertad de estudio que posee cada persona para que, de acuerdo a su vocación y aptitudes, elija la disciplina de su inclinación, para así participar en forma activa en su proceso formativo. La autonomía, en su relación con el Estado, se manifiesta como la no interferencia de la Administración Pública en las actividades académicas, científicas y administrativas de la Universidad, así como en el otorgamiento de los títulos habilitantes para el ejercicio profesional.

La autonomía es un concepto jurídico-político que le otorga al ente dotado de ella la facultad para darse su propia ley, de crear preceptos obligatorios de derecho objetivos, que tienen un ámbito personal de aplicación limitado a los sujetos que se encuentran bajo la autoridad del órgano dotado de autonomía. La facultad de dictar estos preceptos jurídicos sólo puede detentarse dentro de la Administración Pública, situación que nos determina que la autonomía obedece a una delegación de funciones propias de la Administración Central. Esta delegación de funciones es lo que vamos a denominar competencias, vistas desde el ángulo del órgano receptor de la delegación. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, encontramos como sujetos de la autonomía: las Entidades territoriales, entes en los cuales la delimitación geográfica es lo esencial para concretar su ámbito de competencias, ejercen múltiples y diversas funciones para satisfacer intereses o servicios públicos, como son: los Estados y los Concejos Municipales. Por otra parte encontramos los entes institucionales no territoriales, en los cuales su naturaleza está determinada en sus fines para satisfacer un interés general o prestar su servicio público, como son, entre otros, los Institutos Autónomos, las Universidades, las Academias y los Colegios Profesionales.

Como se indica anteriormente, la condición esencial de todo ente autónomo es la posibilidad de darse sus propias normas de gobierno y establecer los principios que rigen su administración con independencia de otro poder. Además, conviene señalar algunas manifestaciones concurrentes en los entes autónomos, pero no esenciales a su naturaleza, como son: la detentación de personalidad jurídica y de patrimonio propio. Por otra parte, es oportuno señalar que si bien los entes autónomos no están subordinados jerárquicamente, concurren sobre ellos diversas medidas de control ejercidas por organismos especializados en torno a la legalidad de sus actuaciones. Debemos dejar claramente establecido, que la autonomía no implica la ausencia de controles.

Por otra parte, la autonomía no tiene la misma amplitud en los entes dotados de ella; éstos podrán ser totalmente autónomos en determinadas áreas y en otras carecer de ella. La extensión de la autonomía estará determinada en la norma que la establezca, no responde a un patrón único y preestablecido. Será el constituyente, el legislador o el reglamentista quien la determine en cada caso.

Como ya hemos recordado algunas notas características de la autonomía universitaria, a esta altura podemos permitirnos enunciar su contenido de forma más específica y con mayor precisión a lo expresado en el artículo 9º de la Ley de Universidades, norma donde se indica que las Universidades disponen de autonomía organizativa, académica, administrativa y financiera y cuyos desarrollos conforme al texto legal señalamos anteriormente, por lo cual presentaremos un esquema que considero más ortodoxo en el enunciado del contenido de la autonomía universitaria, que comprende:

Autonomía normativa, que consiste en la facultad de dictar preceptos jurídicos obligatorios de derecho objetivo en el ámbito de la Universidad. En nuestro medio se detenta en un segundo grado, por cuanto debe sujetarse a lo dispuesto en la Ley de Universidades, cuerpo normativo que da soporte y regula esta competencia.

Autonomía académica, que comprende la facultad para planificar y ejecutar los programas de docencia, investigación y extensión en el cumplimiento de los fines universitarios, sin intervención de la Administración.

Autonomía organizativa, competencia de las Universidades por la cual pueden darse sus propios Estatutos, adoptando por medio de ellos la forma de organización más conveniente. En nuestro país tal posibilidad no existe por cuanto nuestro legislador le establece a la Universidad Autónoma el tipo de organización de la Universidad tradicional, que consiste en una variedad de cátedras que integran escuelas profesionales y éstas a su vez están agrupadas en facultades, aisladas entre sí y donde cada una de ellas tiene su propia estructura administrativa, didáctica y de personal. Las Universidades Experimentales tienen la organización que tenga a bien imponerles el Ejecutivo Nacional en el Reglamento que al efecto, dicte.

Autonomía administrativa, que consiste en la aptitud para que la comunidad universitaria integrada por profesores y estudiantes, elijan por métodos democráticos las máximas autoridades de la institución y éstas, a su vez, designen el personal docente y administrativo necesario; y, por último,

Autonomía patrimonial, que es la competencia que poseen las Universidades para organizar y administrar sus ingresos, bienes y recursos en la búsqueda de cumplir los fines específicos de la institución.

d. *El Reglamento de los Institutos y Colegios Universitarios*

Nuestro Sistema de Educación Superior cuenta con instituciones *que no son Universidades*, reciben como denominación genérica el calificativo de Institutos o Colegios Universitarios. Están establecidos en el párrafo único del artículo 10 de la Ley de Universidades que faculta al Ejecutivo Nacional, oída la opinión preceptiva pero no vinculante del Consejo Nacional de Universidades, para crear o autorizar su funcio-

namiento y cuyo régimen será el indicado en el Decreto reglamentario que con tal fin entre en vigencia.

Estos institutos carecen de representantes en el Consejo Nacional de Universidades. El 25 de enero de 1971, el Ejecutivo Nacional desarrolla la norma citada, y dicta el Reglamento de los Institutos Universitarios, que es derogado el día 16 de enero de 1974 por el Reglamento de los Institutos y Colegios Universitarios, norma que tiene por finalidad darle el marco legal necesario al proceso de creación y funcionamiento de estos establecimientos educativos, que tienen por meta la formación de profesionales en áreas requeridas para el desarrollo del país, basados en criterios de diversificación y regionalización dentro de los lineamientos del Plan de la Nación. Política que condujo al Ministerio de Educación a establecer dentro del nivel de la Educación Superior cuatro sub-niveles que fueron cubiertos por estas instituciones. Sub-niveles que son: 1º) la Educación Superior Básica; 2º) la Educación Superior Intermedia de carreras cortas; 3) la Educación Superior Profesional de carreras largas; y 4º) el Post-Grado donde se distingue la Maestría y el Doctorado.

Estos centros de estudio comprenden los siguientes tipos de establecimientos: los Institutos Universitarios Pedagógicos, Politécnicos y de Tecnología, los Colegios Universitarios y otros de nivel superior, cuya creación se justifique en los planes de desarrollo de la Nación y los programas sectoriales de Educación. Asimismo, previo el Reglamento, la existencia de Colegios e Institutos Universitarios Privados.

Fue decisión del reglamento dar a los Institutos y Colegios Universitarios una organización como sector, que les permita la más amplia coordinación; en tal sentido, les constituyó un Consejo Coordinador Central presidido por el Ministro de Educación e integrado por el Director General de Educación Superior, el Director de la Oficina Sectorial de Planificación y Presupuesto del Ministerio de Educación y por representantes de la Oficina Central de Coordinación y Planificación de la Presidencia de la República, de la Oficina de Planeamiento del Sector Universitario y de los Colegios e Institutos Universitarios Nacionales y Privados. Órgano que tiene como atribuciones fortalecer las relaciones entre estos establecimientos, así como crear los medios que permitan las transferencias entre los institutos, armonizar sus planes docentes, culturales y científicos. Igualmente, como mecanismos de coordinación se crearon órganos regionales de educación superior, que tienen por finalidad ordenar la actuación de estos institutos en las áreas referentes a la oferta de oportunidades de estudio, la integración funcional entre estos establecimientos, así como la promoción de las labores de investigación y postgrado en la región.

Si bien los Institutos y Colegios Universitarios están bajo la dirección y control del Ministerio de Educación, se les dotó de una amplia capacidad de autogestión, tienen como órgano de dirección interna un cuerpo colegiado denominado Consejo Directivo, donde concurren las máximas autoridades de la institución y los representantes de los profesores y estudiantes. Al Consejo Directivo le está atribuida la elaboración del plan de actividades y el proyecto de presupuesto de la institución y tiene amplias facultades en referencia a la administración del Instituto. Además, cuentan con un Consejo Académico que constituye una instancia de consulta y asesoría. A su vez el Director y el o los Sub-Directores son los órganos ejecutivos de dirección y administración.

El personal directivo de los Institutos y Colegios Universitarios si bien son designados por el Ministerio de Educación, gozan de un término de duración en el ejercicio de sus funciones, tiempo durante el cual no podrán ser removidos ni sustituidos. Debemos destacar que el personal docente de los Institutos y Colegios Universitarios tiene establecido por vía reglamentaria, un régimen común para su administración con fundamento al mérito, y con una amplia regulación relativa al ingreso, ascenso, remuneración, perfeccionamiento y otras situaciones administrativas de dicho personal.

El desarrollo de estos establecimientos ha alcanzado altos niveles cuantitativos; el antecedente más lejano es el Instituto Pedagógico de Caracas, creado en el año de 1936 y destinado a la formación de docentes para la educación media, así como otras unidades educativas adscritas a organismos de la Administración Pública con una gran variedad de objetivos, como fueron la Escuela de Salud Pública, la Escuela de Dietética y el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas, que nace dedicado con exclusividad a la investigación y luego cumple actividades formativas a nivel de postgrado. Actualmente los Institutos y Colegios Universitarios suman en total 59 centros. En el año 1972 absorbían el 9,61% del total de la matrícula en Educación Superior. Actualmente asiste el 26,17% y se estima que para el año 1988 estén formando el 30% del total de los alumnos del Sistema de Educación Superior.

IV. EL PROYECTO DE LEY DE EDUCACION SUPERIOR Y EL REGIMEN DE LA AUTONOMIA

El Proyecto de Ley para regular la Educación Superior presenta una organización del Sistema realmente novedosa; en efecto, agrega a los establecimientos educativos existentes, los llamados "Organismos de Coordinación" y los "Sub-Sistemas Regionales". Ahora bien, a los tradicionales y a estos nuevos elementos los estructura de la siguiente forma:

1) Los llamados *Organismos de Coordinación* están constituidos por el Consejo Nacional de Educación Superior, los Consejos Regionales de Educación Superior y el Fondo para el Financiamiento de la Educación Superior.

Al Consejo Nacional de Educación Superior estatuido como el máximo organismo de coordinación del sistema, se le otorgan las siguientes competencias:

- a) Planificar el desarrollo del nivel de Educación Superior y definir sus políticas.
- b) Coordinar las relaciones con los organismos regionales.
- c) Armonizar los planes docentes de investigación y de extensión en la totalidad del sistema.
- d) Establecer los mecanismos de integración de los institutos en redes y controlar su funcionamiento.
- e) Aprobar la creación de nuevos establecimientos.
- f) Asignar y distribuir los recursos presupuestarios; y
- g) Designar las autoridades de los institutos que no hayan alcanzado plena autonomía.

El Consejo Nacional de Educación Superior contará, además, con una Oficina Técnica Asesora que coordinará el cumplimiento de las políticas y normas que apruebe dicho organismo.

Los Consejos Regionales de Educación Superior constituyen los órganos de coordinación de los institutos que funcionan en cada sub-sistema regional y les corresponden en el ámbito de la Región donde actúen, las siguientes funciones:

- a) Velar por la mejor utilización de los recursos financieros y de planta física;
- b) La distribución racional de la matrícula estudiantil;
- c) Armonizar los planes de estudios en los Institutos de Educación Superior que permitan la transferencia vertical y horizontal de los estudiantes;
- d) La planificación de actividades de investigación y de postgrado, así como de programas de extensión y de servicios estudiantiles;
- e) Definir las políticas de desarrollo de las redes regionales, sobre la base de las propuestas de los Institutos de acuerdo con los lineamientos generales establecidos por el Consejo Nacional de Educación Superior;

- f) Elaborar el proyecto de presupuesto para la región;
- g) Coordinar las redes regionales;
- h) Determinar las oportunidades de estudios que deben ser ofrecidas en la región; y
- i) Aprobar los programas de docencia, investigación y extensión de los institutos que no dispongan de autonomía en la Región.

Por último, *El Fondo Nacional de Financiamiento de la Educación Superior*, encargado de coadyuvar en los aspectos financieros del sistema.

2) *Los Sub-Sistemas Regionales*, están formados por los Institutos de Educación Superior existentes en cada una de las regiones administrativas del país, que se integran para alcanzar sus fines, bajo las siguientes modalidades, las denominadas como *Red Institucional Integrada*, expresión que constituye un tipo descentralizado de establecimiento, formado por una sede regional, sedes intermedias y los núcleos locales, todas ellas con capacidad de autogestión dentro de su respectivo ámbito, pero bajo una dirección y planes comunes. La sede regional es el eje de la red y estará ubicada en el centro urbano de mayor importancia en la región. Las sedes intermedias funcionarán en las ciudades capitales de los Estados o en otras ciudades de similar importancia en la región. Los núcleos locales se ubicarán en las poblaciones de menor importancia.

En las sedes regionales se impartirán los ciclos de formación básica y para el trabajo, el ciclo de formación profesional, y el ciclo de postgrado. En las sedes intermedias los dos primeros ciclos mencionados y en los núcleos locales únicamente se impartirá el primer ciclo, o sea, el de formación básica y para el trabajo.

Las sedes interinstitucionales integradas estarán conformadas por tres o más institutos de Educación Superior de la región, que conservarán su identidad y peculiaridades, pero desarrollarán mecanismos de integración, mediante un órgano común de coordinación y desarrollarán servicios integrados.

3) Como elementos básicos del Sistema, el proyecto de Ley señala los Institutos de Educación Superior, a los que clasifica como: Universidades, los institutos de ámbito definido y los Institutos Nacionales de Investigación, todos ellos tendrán personalidad jurídica y patrimonio propio. Podrán ser establecimientos públicos o privados, estarán facultados para elaborar su propio reglamento general donde determinarán su estructura y los órganos a los cuales les está encomendado el gobierno y administración. El Proyecto de Ley les establece una estructura organizativa básica y flexible a cada Instituto integrada por un Consejo Superior y las Autoridades Superiores correspondientes. El Proyecto de Ley les asigna deberes a los Institutos así como diversas funciones; entre ellas, podemos destacar: el cumplir actividades en el ámbito de la educación, la ciencia, la cultura y la tecnología y, específicamente, tienen como tareas crear, transmitir y divulgar el conocimiento. Pero el marco más claramente definido de la autonomía de los establecimientos de educación superior está constituido en la competencia que se les otorga para dictar sus propias reglas de conducta, sus propias normas jurídicas, así como designar sus autoridades y, además, podrán:

- 1) Elaborar y ejecutar sus programas docentes, de investigación y de extensión;
- 2) Crear o suprimir sus estructuras académicas; y
- 3) Designar su personal docente y de investigación.

V. CONCLUSIONES

Por último, es menester realizar un juicio crítico sobre los cambios que producirá el Proyecto de Ley de Educación Superior si se transforma en un vigente cuerpo normativo. Al respecto, debemos indicar que la Ley no es por sí la solución a complejos problemas institucionales y sociales; lo esencial en todo proceso de cambio son las

transformaciones objetivas que se den en el medio social para que un cambio benéfico tenga lugar; ciertamente, la Ley puede generar las condiciones jurídicas concretas para que el cambio se produzca, pero corresponde a los distintos sectores de opinión que concurren en el ámbito universitario desplegar las actividades para que efectivamente se establezcan las condiciones necesarias para establecer un eficiente y moderno sistema de Educación Superior.

La necesidad de un nuevo marco legal para la Educación Superior no es sólo producto del requerimiento de la Ley Orgánica de Educación; es, además, una demanda sentida de los universitarios que cada día comprobamos la débil capacidad de las normas existentes para responder a las nuevas exigencias de este nivel educativo. Debemos manifestar que el proyecto contiene un serio esfuerzo para lograr modificaciones fundamentales; no es una reforma coyuntural ante situaciones eventuales o políticas, como fue lo acontecido en el año 1970 al dictarse la Ley vigente; tanto fue así que el Ejecutivo Nacional en 1971, apenas un año después de la vigencia de la reforma de la Ley, creó por Decreto una Comisión que tenía el encargo de redactar un anteproyecto de Ley de Educación Superior; y el Presidente de la República, como motivación de tal decisión, señaló que para ese momento el país reclamaba la integración de la Educación Superior en un sistema orgánico que la Ley tan recientemente reformada resultaba insuficiente para tal menester. En fin, en esa oportunidad se constató que era necesario producir una transformación a fondo del sistema, y hoy, con catorce años de atraso, la nación espera la participación generosa y activa de los sectores interesados para producir el marco legal que le permita a la Educación Superior cumplir con sus fines.

Ahora bien, del análisis del contenido del Proyecto de Ley y su vinculación con los conceptos fundamentales que rigen la autonomía universitaria, podemos concluir expresando:

1) El Proyecto refuerza y perfecciona los establecimientos de Educación Superior como instituciones que impartan un determinado servicio público a la Nación. La Ley entrelaza con toda firmeza los establecimientos educativos, incluidas dentro de este enunciado a las Universidades con el Estado y, en especial, con la Administración Pública, para que las actividades formativas se realicen con base en los intereses generales de la comunidad.

2) El Proyecto reconoce la heterogeneidad de las instituciones que integran el sistema, pero, al mismo tiempo, se precisan los elementos comunes en ellas, como son: sus vinculaciones regionales, la necesidad de establecer procedimientos que permitan las transferencias entre ellas, ya sea de docentes, investigadores o estudiantes. Además se crean mecanismos idóneos orientados a lograr coherencia en el sistema, lo que se alcanzará por el establecimiento de políticas, estrategias y programas en sintonía con el crecimiento y desarrollo de la nación. Esta finalidad concreta se logra en el antes descrito Organismo de Coordinación Nacional, o sea, el Consejo Nacional de Educación Superior y los Consejos Regionales de Educación Superior.

3) El Proyecto de Ley, a pesar de carecer de una técnica jurídica depurada, al tener un contenido casuístico y sus normas contener exposiciones innecesarias en muchos casos, permite a las instituciones que han alcanzado un nivel de desarrollo académico suficiente, darse su propia organización, o sea, darse su propio Estatuto, por el que desarrollarán su estructura básica y así evitan un modelo único e inmodificable y, al mismo tiempo, se les otorga un amplio margen de autonomía organizativa y normativa.

4) Se reafirma el postulado constitucional de la gratuidad de la educación al instaurarse un sistema de contribución a aquellos estudiantes que cuenten con medios de fortuna, tomando como fundamento para imponerlos, los ingresos y el nivel económico familiar.

5) Se define un efectivo régimen de admisión y permanencia de los alumnos en el sistema que tiene por norte la cierta vocación y aptitudes de los aspirantes.

6) Los establecimientos de Educación Superior serán objeto de periódicas medidas de evaluación para reconocer el nivel de su eficiencia institucional y que permitirá adoptar oportunos y necesarios correctivos.

7) La Ley crea y establece medios de control que garantizan la recta y racional utilización de los fondos universitarios.

Por último, debemos concluir expresando que el Proyecto reafirma la autonomía universitaria en sus diversas manifestaciones, como son: la normativa, la académica, la organizativa, la administrativa y la patrimonial. Pero, además, permite y facilita la existencia de la necesaria libertad requerida tanto por el profesor como por el estudiante para buscar, conservar y difundir la verdad. El Proyecto de Ley garantiza suficientemente que dentro de los establecimientos que integran el sistema de educación superior existirá pleno respeto a la dignidad humana y al pluralismo ideológico; en consecuencia, estas instituciones admitirán en su seno la presencia de ideas no sólo distintas, sino contradictorias, para constituirse en la forja de hombres útiles con pensamiento abierto y universal.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo): Segundo Trimestre 1987

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogado
Secretaria de la Redacción de la Revista

SUMARIO

- I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO
 1. *Decretos Leyes.*
- II. ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO
 1. *Administración tributaria. Competencia.*
- III. EL ORDENAMIENTO ECONOMICO DEL ESTADO
 1. *Naturaleza jurídica del otorgamiento de divisas.*
- IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
 1. *Reglamentos: Irretroactividad.* 2. *El Procedimiento Administrativo.* A. Irretroactividad de los nuevos criterios de la Administración. B. Notificación. Silencio Administrativo: Efectos. D. Pruebas. Certificación. E. Corrección de errores. 3. *Los Actos Administrativos.* A. Actos Administrativos Complejos. B. Motivos: Fundamentación legal. C. Notificación. D. Revocación. E. Nulidades. F. Prescripción.
- V. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL
 1. *Recurso de Amparo.* A. Procedencia. B. Competencia. C. Carácter extraordinario. D. Legitimación. E. Procedimiento. F. Apelación.
- VI. LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
 1. *Organos de la Jurisdicción.* A. Corte Suprema de Justicia: Competencia. B. Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. 2. *El Contencioso-Administrativo de los actos administrativos (Anulación).* A. Objeto. B. Admisibilidad. a. Legitimación. b. Documentos que deben acompañarse al libelo. C. Procedimiento. a. Carácter. b. Suspensión de efectos del acto recurrido. D. Sentencia. E. Apelación. F. Perención. 3. *El Contencioso-Administrativo de anulación y condena.* 4. *El Recurso Contencioso-Administrativo por abstención.* A. Naturaleza Jurídica. B. Procedencia. C. Procedimiento. D. Costas. 5. *Recursos Contencioso-Administrativo especiales.* A. Contencioso-Tributario. B. Contencioso funcional. C. Contencioso-Inquilinario.
- VII. PROPIEDAD Y EXPROPIACION
 1. *Ordenación Urbanística de la Propiedad.* A. Usos Asistenciales. B. Renovación de Permiso de Construcción.
- VIII. FUNCIONARIOS PUBLICOS
 1. *Régimen: Aplicación de la Ley de Carrera Administrativa.* 2. *Cargos: Incompatibilidad.* 3. *Remoción.* 4. *Destitución.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO*I. Decretos Leyes***CPCA****19-3-87**

Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez

Caso: Hughes Services Venezuela C.A. vs. Comisión para el Registro de la Deuda Privada Externa.

El Decreto Nº 61 mediante el cual se creó la Comisión para autorizar o negar el registro total o parcial de la deuda privada externa, es un Decreto que al fundamentarse en el Decreto de Restricción de la Garantía Económica, es decir, en el Decreto Nº 674 de fecha 8 de enero de 1962, ratificado por Acuerdo del Congreso de fecha 6 de abril de 1962, le otorga al referido Decreto Nº 61 la misma fuerza jurídica que la de una Ley en el entendido que al estar restringido el derecho al libre ejercicio de la actividad lucrativa de la preferencia de cada individuo, consagrado en el Artículo 96 de la Constitución, ello transfiere (por el hecho de estar restringido ese derecho económico), la potestad de ejercer a través del Ejecutivo, concretamente del Presidente de la República en Consejo de Ministros, la regulación de materias que son propias de la Reserva Legal. Sin embargo, distinta naturaleza jurídica tiene el Decreto Nº 1.930 de 16 de marzo de 1983 y el Nº 2.010 de 26 de mayo del mismo año, señalados en el Artículo 4 del Decreto Nº 61.

Estos Decretos que fijan plazos, condiciones y requisitos, tienen una naturaleza jurídica diferente a la del Decreto Nº 61 ya señalado, por cuanto la fundamentación de los mismos es el Artículo 91, Literal b) de la Ley del Banco Central de Venezuela y el Decreto Nº 1.929 de 26 de marzo de 1983.

A su vez, el Decreto 1.929 ejusdem, está fundamentado en el Artículo 190, Numeral 12º) de la Constitución y en el mismo artículo de la Ley del Banco Central de Venezuela antes citado, en consecuencia, se trata de Decretos Reglamentarios y de diferente naturaleza jurídica que el Decreto Nº 61 fundamentado en la restricción de garantía.

II. ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO*1. Administración tributaria. Competencia***CPCA****26-3-87**

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Caso: Distribuidora Maipa vs. Concejo Municipal del Distrito Mariño del Estado Aragua.

Las facultades tributarias otorgadas a la Dirección de Hacienda en los artículos 16, 41 y 43 de la Ordenanza de Patente de Industria y Comercio no pueden ser delegadas en personas extrañas a su personal fijo de funcionarios públicos.

Pero además de lo anterior, la Corte observa que en el supuesto que se estimara de documento administrativo certificadorio la declaración de la Secretaria del Concejo

Municipal, y se le diera valor presuntivo al hecho que en la sesión de fecha 8 de octubre de 1983 se designó al abogado Emilio Rojas Plazola, para efectuar reparos fiscales, tal autorización carece de base legal. En efecto, en ninguna de las normas de la Ordenanza de Patente de Industrias y Comercio aparece prevista la posibilidad, para la Cámara Municipal, de delegar en personas extrañas a su personal fijo de funcionarios públicos, la competencia de la Dirección de Hacienda Municipal, de verificar los libros de los establecimientos industriales o comerciales, y de realizar investigaciones, o elaborar actas de reparo para luego efectuar rectificaciones sobre liquidaciones ya hechas, y emitir así entonces, planillas complementarias de impuestos. Facultades éstas que se otorgan a la Dirección de Hacienda Municipal en los artículos 16, 41 y 43 de la referida Ordenanza, sin que en ninguna parte se prevea la posibilidad de delegar en particulares extraños sus potestades públicas tributarias antes señaladas. Por tanto, estima la Corte que en la hipótesis de considerar demostrada la autorización otorgada al particular que elaboró el Acta Fiscal, que sirvió de fundamento al reparo, la misma carece de base legal resultando dicha autorización igualmente nula. Cuestión ésta que puede apreciar y declarar de oficio esta Corte, en razón de la facultad que implícitamente está consagrada para los Jueces Contenciosos Administrativos en el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de señalamiento de oficio de los vicios de orden público de los actos administrativos por no haber sido demostrada la existencia de una delegación de las facultades tributarias por parte de la Municipalidad, en favor del particular que elaboró el Acta Fiscal, que sirvió de justificación al reparo formulado a la recurrente, y por cuanto tampoco está facultada la Municipalidad para efectuar dicha delegación, los actos realizados por quien se dijo Auditor Fiscal para iniciar el procedimiento de reparo, resultan absolutamente. En efecto, por haber emanado dichos actos de una persona que carecía de la investidura de un funcionario público, competente para realizar aquel acto, a tenor de lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, está viciado de nulidad absoluta. Igualmente, en virtud que el Acta Fiscal en cuestión fue el fundamento en donde se apoyó la Municipalidad para librar la Resolución impugnada, como aparece de su mismo texto, en sus Considerandos primeros y cuarto (Folio 64), el acto definitivo, o sea, la liquidación diferencial de los impuestos y de los recargos, resulta también viciado de nulidad absoluta, porque se sustentó en un acto carente de valor, y así se declara.

III. EL ORDENAMIENTO ECONOMICO DEL ESTADO

1. *Naturaleza jurídica del otorgamiento de divisas*

CPCA

19-3-87

Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez

Caso: Hughes Services Venezuela C.A. vs. Comisión para el Registro de la Deuda Privada Externa.

Como consecuencia de lo anterior, no hay otorgamiento de divisas si no está registrada la deuda, y para que esté registrada el interesado debe disponer de una decisión que así la declare, es decir, que acuerde el registro. Esto no apareja automáticamente la autorización para adquirir divisas, por cuanto el otorgamiento de divisas está sujeto a la verificación de la disponibilidad suficiente y además como bien se señalaba supra, a las prioridades que establezca el Ejecutivo Nacional.

Por tanto, el derecho preexistente a las divisas por el hecho de haberse otorgado el registro no es cónsono con el derecho subjetivo que se quiere hacer valer por ante

esta Corte como lesionado, por cuanto aun en el caso de declarar la nulidad de una resolución de la Comisión que negara total o parcialmente el registro de una deuda, ese particular no tiene derecho por el solo efecto del registro posterior a la autorización para obtener las divisas, lo que tiene es una opción por estar la deuda registrada, requisito indispensable para que se autoricen las divisas en el monto acordado y además el registro actúa como garantía de que la deuda fue legítimamente contraída, es decir, que existía realmente (que sea sincera y no forjada a través de la connivencia acreedor-deudor) para lo cual se establece la comprobación mediante auditorías y que se adquiriera esa deuda para financiar actividades económicas en Venezuela.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Reglamentos: Irretroactividad

CSJ-SPA (121)

9-4-87

Magistrado Ponente: Luis H. Farías Mata

Caso: PROTINAL C.A. vs. República.

Los Reglamentos no tienen efectos retroactivos.

El decreto 1.160 de fecha 18 de enero de 1964, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria Nº 392 de la misma fecha, tomando en consideración "que es conveniente someter algunos productos procedentes del exterior a un régimen especial en beneficio del consumidor nacional", estableció, para las mercancías importadas enumeradas en dicho Decreto, una bonificación que entregaría el Banco Central de Venezuela al importarla, consistente en el reintegro de parte del precio que este último hubiese pagado por la moneda extranjera adquirida para la importación de dichas mercancías. En el listado de las mismas aparece el "trigo y escanda sin moler" (incluso comuña)".

Ahora bien, el decreto Nº 244 del 30 de diciembre de 1964, publicado en la Gaceta Oficial Nº 27.630 de la misma fecha, modificó la lista de mercancías sujetas a bonificación, manteniéndose sin embargo en la nueva lista el "trigo y escanda sin moler (incluso comuña)".

Bajo la vigencia de los citados decretos, a PROTINAL C.A. le fue conferido por la Oficina de Control de Cambios del Banco Central de Venezuela un permiso de importación y licencia de divisas en fecha 31 de diciembre de 1969, señalándose expresamente como fecha de caducidad el 31 de marzo de 1970. El citado permiso la autorizaba para importar 12.430 toneladas de trigo y obtener una bonificación de Bs. 716.934,95.

Posteriormente, el decreto 247 del 18 de febrero de 1970, publicado en la Gaceta Oficial Nº 29.154 del 25 de febrero de 1970, luego de establecer un subsidio para otros productos, derogó los dos decretos antes mencionados.

Como se observa, PROTINAL C.A. obtuvo su correspondiente permiso bajo el régimen previsto en los decretos 1.160 del 18.1.64 y 244 del 30.12.64, estableciéndose como fecha de caducidad del mismo el 31 de marzo de 1970, o sea, que hasta esa fecha la accionante podía importar la mercancía señalada, tal como expresamente lo indica el permiso. Con posterioridad a dicha fecha tendría lugar la caducidad, es decir, la forma de extinción de un acto administrativo en virtud de una omisión del interesado destinatario o beneficiario del acto. En este caso, la caducidad se habría operado si la importación se hubiere verificado después del 31 de marzo de 1970, al no haberse cumplido con el plazo que el acto mismo señalaba. (v. auto S.P-A. de 25.4.85 en G. F. Nº 128, (3ª etapa), vol. 1, pág. 96).

En consecuencia, mal podía la República aplicar a la accionante el decreto 247 del 18 de febrero de 1970 con base en la circunstancia de que para la fecha de su entrada en vigencia la mercancía no había llegado al país y ni siquiera habría sido embarcada, pues, como antes se señaló, PROTINAL C.A. disponía de un término que vencía el 31 de marzo de 1970 para realizar la importación.

Aceptar el argumento sustentado por el representante de la República, conforme al cual la entrada en vigencia del decreto 247 del 18 de febrero de 1970 produjo de pleno derecho el decaimiento de los permisos otorgados bajo el régimen de la norma derogada, significaría reconocerle efectos retroactivos a este último decreto.

En efecto, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Este principio de la irretroactividad, aun cuando aparece redactado referido únicamente a "disposiciones legislativas" o leyes, ha sido aplicado por la jurisprudencia de esta Corte a los reglamentos (sentencia del 24 de setiembre de 1958: demanda de nulidad de algunos artículos del Reglamento N° 2 de la Ley de Tránsito Terrestre) y aun a los actos administrativos de efectos particulares (sentencia del 5 de agosto de 1980).

En el presente caso nos encontramos frente a un acto de carácter reglamentario dictado el 18 de febrero de 1970, que, conforme a la interpretación de la demandada, puede desconocer la situación surgida de un acto administrativo de efectos particulares dictado el 31 de diciembre de 1969 y cuya fecha de caducidad se fijó para el día 31 de marzo de 1970.

Ahora bien, si a la accionante se le había conferido el derecho de importar una determinada mercancía, y obtener así una bonificación previamente determinada, es obvio que tal situación configuraba para ella un derecho adquirido que no podía ser desconocido por un acto reglamentario posterior. De esta forma, el Reglamento contenido en el Decreto 247 del 18 de febrero de 1970 debía aplicarse a las situaciones jurídicas nacidas bajo su vigencia, mas no podía destruir ni menoscabar los efectos de un acto administrativo que ha de regirse por el reglamento vigente para la fecha en que tales efectos surgieron (v. s. de 31 de marzo de 1987, caso "Fung & Hung" y la progresivamente reiterada jurisprudencia de la Corte allí citada).

Por lo demás, el que la mercancía hubiese sido embarcada o recibida en puerto venezolano con posterioridad a la vigencia del decreto 247 del 18 de febrero de 1970 carece de mayor relevancia, pues, como antes se señaló, la demandante tenía el derecho de importarla hasta el día 31 de marzo de 1970; así se declara.

2. *El Procedimiento Administrativo*

A. *Irretroactividad de los nuevos criterios de la Administración*

CPCA

19-3-87

Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez

Caso: Hughes Services Venezuela C.A. vs. Comisión para el Registro de la Deuda Privada Externa.

Se establece la irretroactividad de los nuevos criterios de la Administración, salvo que fuere más favorable a los administrados.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra la posibilidad de que la Administración pueda establecer criterios, que expresados en el Acta N° 10 de

la Comisión para el Registro de la Deuda Privada Externa, se corresponden con la noción de criterios como expresamente dicha acta lo señala. Ahora bien, el Artículo 11 ejusdem consagra:

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

El artículo en referencia establece la irretroactividad de nuevos criterios, salvo que fuere más favorable a los administrados. Pero para ello, debemos admitir que la Administración puede establecer criterios. Ellos constituyen los parámetros de aplicación de normas cuya ejecución está entregada a la administración. Por supuesto, que esos criterios no constituyen actos administrativos y en consecuencia, las exigencias del Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos conocidos como los límites a la discrecionalidad de la Administración, se le aplicarán sólo en la medida en que ningún criterio debe perder la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, pero resulta que un criterio de la Administración no constituye una medida ni una providencia como sí se le exige a éstos en el sentido de que deben cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

B. Notificación

CPCA

26-3-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

Caso: Meira E. Ferrer vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones).

La utilización de un medio no contemplado en la Ley (Telegrama) para realizar la notificación, no la vicia, cuando éste cumpla con su finalidad.

En cuanto a las fallas en el procedimiento disciplinario, y más específicamente con relación a la violación de los artículos 112 y 113 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa hay que recordar que los mismos señalan:

“Artículo 112. Si la Oficina de Personal considera que los hechos imputados configuran causal de destitución, lo notificará al funcionario, quien deberá contestar dentro del lapso de diez días laborables contados a partir de la fecha de notificación más el término de la distancia”.

“Artículo 113. En la oportunidad de la contestación, el funcionario, mediante un escrito o declaración, que se hará constar por escrito, expondrá ante el Jefe de Personal las razones en las que se funda su defensa. Concluido el acto se abrirá un lapso de quince días para que el investigado promueva las pruebas procedentes en su descargo”.

En el expediente, al folio ochenta (80), figura el telegrama enviado a la ciudadana querellante, el cual expresa lo siguiente:

“...Objeto de dar cumplimiento al Artículo 28 Reglamento Régimen Disciplinario Funcionarios Públicos Nacionales, sírvase comparecer Asesoría Legal esta Dirección, lapso tres días hábiles, fin rinda descargos legales averiguación admi-

nistrativa síguele este Despacho, incurso en irregularidades. Expediente N° 9.506. Pedro J. Crespo, Director de Personal".

Consta, asimismo, que el telegrama citado fue remitido el día 17 de febrero de 1982. Por último, hay evidencia del acto del día 18 de febrero de 1982, al cual compareció la funcionaria querellante a prestar declaración, contestando a una serie de preguntas relacionadas con los hechos que se le imputan.

El telegrama anteriormente señalado en el cual se le notifica a la querellante que debe presentar sus descargos, no constituye un medio de los establecidos en la Ley para realizar una notificación; sin embargo, la comparecencia de la querellante a dicho acto y el no cuestionamiento de su validez convalida los vicios que la notificación pudiera tener. La utilización de un medio no contemplado en la Ley (telegrama) para realizar la notificación, no la vicia en este caso, porque la misma cumplió con la finalidad de poner en conocimiento a la querellante de la oportunidad para presentar los descargos y su silencio convalidó los vicios que pudieren existir. En efecto, la querellante asistió al acto de descargos, lo cual implica que tuvo la oportunidad de presentar sus argumentos y declarar sobre los hechos que dieron origen a la averiguación. El lapso probatorio se abrió de pleno derecho luego del descargo sin que la querellante promoviera pruebas.

A este respecto, hay que agregar, que tanto en el lapso de pruebas de la primera instancia, como en la presente las mismas no fueron promovidas, salvo la "reproducción del mérito favorable en auto", que no son tales, como lo ha señalado esta Corte en reiteradas oportunidades.

Por estas razones, no se pueden considerar violadas las normas citadas, y así se declara.

C. Silencio Administrativo: Efectos

CPCA

26-3-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

Caso: Meira E. Ferrer vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones).

La inactividad de la Administración no produce, en el caso de un procedimiento sancionatorio, el perdón o condonación.

En lo relativo a la caducidad de la acción hay que señalar que en el procedimiento administrativo se establecen las actuaciones que deben realizar tanto la Administración como las personas interesadas que actúan en un determinado procedimiento y, además los lapsos en los cuales las mismas deben llevarse a cabo. En el presente caso la decisión con la cual se destituyó a la funcionaria querellante se produjo el 15 de mayo de 1982, casi un (1) año después de la iniciación del procedimiento en cuestión. La decisión fuera de los lapsos legalmente establecidos, no es inválida y no se produce con el transcurso del tiempo la extinción del procedimiento; esto sólo sucede en los procedimientos iniciados a instancia de parte, en los cuales opera la perención del procedimiento por la inactividad del administrado interesado, y nunca por la inactividad de la Administración (artículo 64 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). La demora de la Administración no produce caducidad, sólo puede generar responsabilidad administrativa y civil del funcionario por la omisión o demora en la tramitación del procedimiento, o en todo caso prescripción de la falta o de la sanción, lo cual no fue alegado.

Por las mismas razones expuestas, la inactividad de la Administración no produce, en el caso de un procedimiento sancionatorio, el perdón o condonación, puesto que no es un efecto establecido en ninguna norma; en efecto, no puede para este caso invocarse la norma del artículo 4º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos porque la misma sólo es aplicable para los procedimientos iniciados a instancia de parte, como una garantía al interesado solicitante de que en caso de demora u omisión de pronunciamiento por parte de la Administración, el mismo pueda dirigirse a una instancia superior y obtener la respuesta que es por él requerida. Visto así, esta disposición configura un beneficio procedimental para el solicitante, y no, un acto de denegación tácita. Sin embargo, cuando el administrado desea obtener la respuesta o la resolución a la solicitud interpuesta por él mismo, puede esperar, aún después de vencidos los lapsos establecidos legalmente para el procedimiento, a que la Administración se pronuncie; y el acto que eventualmente sea dictado es válido y contra él se pueden intentar todos los recursos ordinarios que la Ley establece: Lo anterior demuestra que el transcurso del tiempo, más allá de la oportunidad legalmente establecida para decidir una determinada solicitud, no produce en ningún caso un acto tácito, lo cual ratifica que la citada norma contenida en el artículo 4º eiusdem contiene un beneficio procedimental para evitar que se produzca una situación de indefensión para el peticionario en un procedimiento. Por estas razones el acto de destitución es válido y así se declara.

D. Pruebas. Certificación

CPCA

26-3-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Caso: Distribuidora MAIPAN vs. Municipalidad del Distrito Mariño del Estado Aragua.

La "Certificación" no puede referirse a hechos que deben ser probados documentalmente, porque la certificación es una actividad estrictamente documental.

En efecto, en primer término la Corte advierte que el instrumento que el Juez calificó de documento público, que corre el Folio 63, contiene una certificación cuyo texto es el siguiente:

"CERTIFICACION"

La suscrita, secretaria del Concejo Municipal del Distrito Mariño, del Estado Aragua Certifica: que la Cámara Municipal en su reunión celebrada el día 8 de octubre de mil novecientos ochenta y dos aprobó designar al Dr. Emilio Rojas Plazola, para efectuar reparos fiscales. Certificación que hago, en Turmero a los veintiún días del mes de noviembre de un mil novecientos ochenta y tres.

*Virginia Vielma de Carrillo
Secretaria Municipal"*

La anterior certificación no es sino una simple relación de un hecho que pudo suceder en la sesión del Concejo Municipal, y no propiamente una certificación de un original o acta en donde constara verdaderamente tal hecho. En este sentido la Corte

considera que la certificación, que es una actividad administrativa de constatación de la exactitud de diversos documentos con sus originales, no puede referirse a hechos que deben ser probados documentalmente, porque la certificación es una actividad estrictamente documental. Por tanto, el Juez a quo no podía calificar a la certificación de referencias como tal certificación, porque no garantiza exactitud de ningún documento con otro. Por el contrario, es un acto que pretendió sustituir la existencia de un documento que debió ser aportado a juicio, en original o en copia certificada. Ciertamente que el documento que el Juez denominó documento público, sólo se trata de una declaración de un funcionario de que en la reunión celebrada el 8 de octubre de 1983 el Concejo Municipal había otorgado autorización al abogado Emilio Rojas Plazola, pero sin que se transcribiera texto alguno para poder confrontarlo con el Acta original, tanto por el mismo Tribunal como por la otra parte. No le era posible, pues, al Juzgador de la Primera Instancia calificar a la anterior declaración de documento certificadorio, puesto que no era tal certificación, y así se declara.

E. *Corrección de errores*

CPCA

30-4-87

Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne H.

Caso: TREMSA vs. Comisión para el Registro de la Deuda Privada.

No obstante que la decisión dicha, hace innecesario cualquier otro análisis, considera esta Corte, debe precisarse la interpretación dada por el recurrente al contenido e interpretación dada al artículo 84 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual textualmente reza: "...La administración podrá en cualquier tiempo corregir los errores materiales o de actos administrativos".

Así, conforme a la norma legal transcrita, a la Administración le ha sido asignada la facultad discrecional de corregir los errores en que incurriere, mas no puede alegarse tal facultad como fuente de derechos a terceros, quienes interpretando distintamente el mismo hecho, pretendan el cumplimiento forzado de su apreciación, en detrimento de la facultad apreciativa asignada a la misma Administración.

3. *Los Actos Administrativos*

A. *Actos administrativos complejos*

CPCA

19-3-87

Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez

Caso: Hughes Services Venezuela C.A. vs. Comisión para el Registro de la Deuda Privada Externa.

El acto administrativo de registro de una deuda privada externa, es un acto complejo en el sentido de que se presenta como un acto unitario, es decir, estructuralmente único, por cuanto en la manifestación de voluntad de la Administración, el contenido tiene naturaleza distinta. Así, es un acto de comprobación y un acto de voluntad. Es la comprobación a la que está ligada la admisibilidad de la constitución

de la nueva situación jurídica para el particular, y viene a formar parte del acto esa nueva situación desde el punto de vista estructural.

Es pues, un acto administrativo que desde el punto de vista de constituir el inicio de otros actos de la administración, conforma un acto de trámite para la obtención de las divisas al cambio diferencial. En ese sentido, es un acto administrativo declarativo que consiste en la comprobación de hechos y situaciones jurídicamente relevantes, con eficacia meramente declarativa de la existencia de la relación jurídica que la norma legal liga a la situación objeto de la comprobación y que trae como consecuencia una nueva situación jurídica por el hecho de la comprobación.

Ahora bien, el acto administrativo de otorgar o negar el registro tiene por función un interés público, por cuanto la comprobación para otorgar o negar el registro no interesa solamente a los sujetos privados.

B. *Motivos: Fundamentación Legal*

CSJ-SPA (110)

24-3-87

Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas

Caso: Banco del Caribe vs. República (Ministerio de Hacienda).

Sin embargo, considera la Sala que, comprobadas como han sido en autos las irregularidades cometidas por el Banco del Caribe, la errónea fundamentación legal al basarse en una disposición legal de contenido residual en la aplicación de las sanciones respectivas, no basta para invalidar la Resolución impugnada, pues es doctrina constante de este Supremo Tribunal que si el administrado pudo oportunamente conocer los hechos que se le imputan y ejercer adecuadamente la defensa de sus derechos a través de los mecanismos o recursos que la legislación le otorga y si la autoridad administrativa correspondiente ha aplicado la sanción en uso de potestades legalmente conferídale y en atención a elementos de hecho que configuran una irregularidad comprobada, el acto administrativo es formalmente válido y eficaz.

En tal virtud y por cuanto en el caso sub-judice aparece demostrado —y la propia recurrente así lo admite—, que el Banco del Caribe C.A., infringió durante las semanas finalizadas el 16, 23 y 30 de diciembre de 1983 y 6 de enero de 1984 la prohibición prevista en el numeral 1º del artículo 32 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito; que las sanciones fueron impuestas por la Superintendencia de Bancos en uso de la potestad que le confiere la mencionada Ley, y confirmadas por el Ministro de Hacienda al decidir el recurso jerárquico interpuesto ante su competente autoridad, esta Sala estima que la Resolución Nº 438 de fecha 3 de setiembre de 1984 no adolece de vicio de ilegalidad que la haga inválida y así se declara.

C. *Notificación*

CPCA

9-4-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

Caso: Andrés Hermoso vs. República. (Ministerio de Justicia).

La notificación del acto administrativo se requiere para su eficacia pero no para su validez.

En este sentido, es conveniente señalar que la notificación del acto administrativo se requiere para su eficacia pero no para su validez, es decir que si una notificación defectuosa sirvió para poner en conocimiento de un acto determinado al interesado, se logró el objetivo que persigue el legislador de informar sobre dicho acto. Además, si el defecto en la notificación del acto no causó indefensión, de manera que éstos pudieron ejercer los recursos del caso, no puede hablarse de vicio en la validez del acto. Esto es lo que establece el artículo 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuando manifiesta que los vicios en las notificaciones no invalidan los actos sino que los hacen ineficaces y que sólo la ausencia total del procedimiento es lo que produce la nulidad absoluta de aquéllos. Si con actuaciones posteriores el interesado tiene oportunidad de impugnar por la vía administrativa o judicial los actos que le fueron notificados defectuosamente, no se justifica el anularlos por tales defectos, ya que si por estar informado el interesado los impugna, se convalidan los defectos que pudieran haberse cometido en la notificación. La formalidad de la notificación tiene por objeto informar al destinatario que se produjo determinada decisión y si de cualquier forma el interesado llega a enterarse de la decisión administrativa que puede afectarlo, se logra su eficacia y no habría lugar a considerar el acto ineficaz y mucho menos inválido.

D. *Revocación*

CSJ-SPA (121)

9-4-87

Magistrado Ponente: Luis H. Farías Mata

Caso: PROTINAL C.A. vs. República.

En el momento de la creación de derechos a favor de los particulares no puede el acto emitido ser objeto de revocación o modificación.

Ha alegado además el representante de la República que el acto administrativo dictado el 31 de diciembre de 1969 constituye una decisión de carácter discrecional que la Administración Pública puede modificar o revocar en cualquier momento, potestad que estaría limitada sólo por los derechos adquiridos que hubiesen surgido en el momento de perfeccionarse la subvención.

Al respecto esta Corte observa:

Ya se ha señalado con anterioridad que el acto administrativo dictado el 31 de diciembre de 1969 creó en favor de la accionante el derecho de importar y, como consecuencia del mismo, obtuvo una bonificación ya establecida. El otorgamiento de ese permiso sí constituye un acto "discrecional" en el sentido en que lo ha entendido este Supremo Tribunal (véase sentencia, S.P.-A., de 2-11-81, "Depositaria Judicial"), perfectamente acorde, por lo demás, con las prescripciones del artículo 12 de la hoy vigente Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, acto que, como tal, la Administración Pública puede acordar o no, con arreglo a razones de oportunidad o de conveniencia, como serían la necesidad de proveer al país, durante un lapso prefijado, de ciertos bienes que en un momento determinado no se produzcan, o se produzcan en una escala reducida. De allí el incentivo que se acuerde a través de una bonificación.

Ahora bien, a partir del momento en el que la administración acuerda el permiso de importación y se determina el monto de la bonificación, creándose de esta manera derechos a favor de los particulares, no puede hablarse de discrecionalidad en la ejecución del acto lícitamente emitido ya, bien que con arreglo a poderes discrecionales;

en otras palabras: al cumplirse el supuesto de hecho, la administración está obligada al pago de la bonificación. Por esa misma circunstancia, tal acto creador de derechos en favor de un particular no podía, en el caso de autos, ser objeto de revocación o modificación, y así se declara.

CSJ-SPA (122)

9-3-87

Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas

Caso: Mariano Fernández Pérez vs. República (Ministerio de Relaciones Exteriores).

La Corte señala sus conclusiones referentes a la interpretación del Art. 82 y otras normas contenidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos relacionadas con la potestad revocatoria de la Administración.

En cuanto a la posibilidad de revocación de un acto administrativo por la misma autoridad que la dictó, la Sala observa:

Las leyes especiales que rigen la materia referida al personal del servicio exterior de la República no acuerdan ninguna potestad de revocación de actos administrativos. Esta potestad está contemplada en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos —aplicable, como se ha dicho, al Ministerio de Relaciones Exteriores—, según el cual “los actos administrativos que *no* originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico”. (Subrayado de la Sala).

En anterior oportunidad esta Sala, al interpretar el transcrito artículo 82 y otras normas contenidas en la misma Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos relacionadas con la potestad revocatoria de la Administración, ha concluido que dicho texto orgánico:

1. Reconoce, como principio general, la potestad de autotutela de la Administración Pública según la cual los órganos que la integran pueden revocar los actos que hayan producido con anterioridad (art. 82).
2. Precisa que esa revocatoria, de oficio o a solicitud de parte, procede en cualquier tiempo cuando sus actos se encuentren afectados de nulidad absoluta (art. 83).
3. Señala en forma clara, categórica y taxativa cuáles son los vicios que afectan de nulidad absoluta al acto administrativo (art. 19).
4. Determina que, fuera de esos indicados vicios específicos de nulidad absoluta, todas las otras irregularidades que presente el acto administrativo sólo lo afectan de nulidad relativa (anulabilidad) (art. 20).
5. Establece que esos actos viciados de nulidad relativa pueden también ser revocados en cualquier momento por la Administración (art. 82).
6. Exceptúa de esa posibilidad de revocatoria los actos administrativos afectados de nulidad relativa que hayan originado derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular (art. 82), y
7. Aclara que el acto administrativo, que tenga un vicio de nulidad relativa, es decir, que sea anulable, si crea derechos a favor de los particulares y ha quedado firme (por haber vencido los lapsos para impugnarlo en vía administrativa o en vía jurisdiccional), es un acto irrevocable por la Administración y si esa revocación se produce, el acto revocatorio está viciado de nulidad absoluta (arts. 11, 19 ord. 2º y 82).

Aplicando esos criterios al caso concreto de autos, es fácil colegir que la Resolución N° 65 del 17-1-1985 no podía revocar la Resolución N° 991 del 10 de octubre de 1984 por cuanto aquélla había creado, en la persona del señor Mariano Fernández Pérez, el derecho subjetivo a ser jubilado por un monto superior al establecido en el acto revocatorio.

En efecto, si bien la Administración Pública puede, en cualquier tiempo, corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos (art. 84 L.O.P.A.), aparte de que así no fue expresamente indicado en la Resolución N° 65, tal corrección no podía hacerla en desmedro del derecho del recurrente adquirido a través de la Resolución N° 991 del 10 de octubre de 1984, la cual a su vez, por las razones analizadas en este fallo, resulta parcialmente viciada al no haber establecido el monto de la pensión jubilatoria en los términos legalmente estipulados.

E. Nulidades

CPCA

21-5-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

Caso: Hernán Mendoza vs. IVSS.

Señala el apelante que la sentencia incurrió en un vicio al declarar la nulidad del acto, por cuanto ésta sólo procede en los casos taxativamente indicados en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, en el presente no se da ninguno de los previstos en la norma citada.

Al efecto, se observa que el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece los supuestos de nulidad absoluta del acto administrativo, por lo cual salen fuera de dicha disposición aquéllos en los cuales el acto estuviera afectado de nulidad relativa. Aun cuando la doctrina sostenga el carácter taxativo de las disposiciones del artículo 19 ejusdem, sin embargo, hay quienes disienten de tal criterio considerando que pueden plantearse hipótesis no previstas en la disposición comentada que deban ser calificadas como de nulidad absoluta. Ahora bien, independientemente de la cuestión doctrinaria aludida, lo importante en el caso presente es la circunstancia de que en forma alguna el juzgador se fundamentó en el artículo 19, sino que declaró la nulidad del acto por los vicios que encontró en el mismo. La nulidad absoluta y la nulidad relativa sólo se diferencian en algunas consecuencias que la ley contempla, tales como en el hecho de que la primera puede ser declarada en cualquier tiempo por la Administración en uso de lo que se denomina la potestad anulatoria. Sobre la segunda, esto es, sobre la nulidad relativa, la Administración puede ejercer la potestad convalidatoria, lo cual no sucede con la primera. Estas son las diferencias fundamentales por cuanto por lo que atañe a los efectos de su declaratoria en el tiempo la misma, por versar por igual sobre actos viciados y constatar tales vicios, tienen efecto desde el momento en que éstos se producen, esto es, efectos *ex tunc*. Igualmente los actos viciados, cualquiera que sea la entidad del vicio, están sometidos a los mismos recursos y por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para su ejecución y es igual la legitimidad que se exige para impugnarlos. De lo anterior se evidencia que la circunstancia de que la nulidad hubiese sido declarada en base a un supuesto di-

ferente al contemplado en el artículo 19 ejusdem, en forma alguna afecta a la sentencia apelada y así se declara, rechazándose en consecuencia la impugnación que elevara contra la misma la sustituta del Procurador General de la República.

F. Prescripción

CPCA

12-2-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

La norma contenida en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, referente a la prescripción de las acciones para hacer cumplir las obligaciones derivadas de los actos administrativos, es inaplicable en el caso de "Demoliciones".

Dilucidadas las cuestiones anteriores debe la Corte pronunciarse sobre el mérito principal del asunto, que consiste en determinar si la Administración Municipal estaba en verdad obligada a emitir un acto declarativo de la prescripción de la sanción administrativa de demolición, que dicha Administración había impuesto al causante de las recurrentes. A este respecto la Corte observa, que éstas fundamentan su pretensión en que según el artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos la pena en cuestión estaba prescrita. Por tanto, resulta conveniente transcribir textualmente el texto de dicho artículo que reza así:

"Artículo 70. Las acciones provenientes de los actos administrativos creadores de obligaciones a cargo de los administrados, prescribirán en el término de cinco (5) años, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes".

Puede observarse del texto transcrito, que éste se aplica a la prescripción de las acciones para hacer cumplir las obligaciones derivadas de los actos administrativos. Es decir, cuando para hacerlas cumplir es necesario seguir un procedimiento posterior a la formulación del acto. Sería el caso, por ejemplo, de aquellos que impongan multas que de no ser pagadas oportunamente, la Administración que las impuso deberá seguir un procedimiento ejecutivo. Es esta acción ejecutiva, en ausencia de una norma especial, la que prescribe a los cinco (5) años, como lo establece el artículo 70 antes citado. Por el contrario, cuando las obligaciones, cuyo origen es un acto administrativo, no requieran una vía distinta para lograr su cumplimiento como ocurre con las obligaciones a que se refiere el ordinal 1º del artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es decir, aquellas que la Administración puede ejecutar por sí misma, o por otra persona que designe, a costa del obligado, no caen dentro de aquel lapso de prescripción. Dentro de estas obligaciones, que cuando el obligado no las ejecute directamente, la Administración puede indirectamente lograr su ejecución, caben las sanciones de demolición, puesto que la sanción consiste en el cumplimiento de una obligación de hacer por parte del sancionado, que de no cumplirla, la MUNICIPALIDAD puede hacerlo con sus propios medios. Por tanto, estima esta Corte que la norma contenida en el artículo 70 ejusdem resulta inaplicable al caso de autos, y así se declara.

De modo que independientemente de la aplicación retroactiva o no del artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en que según la MUNI-

CIPALIDAD incurrió el Juez a quo, estima esta Corte que el prenombrado Juez erró al considerar aplicable el mencionado artículo, cuando el supuesto regulado se refiere a acciones, y no a penas, que constituye el objeto de la presente controversia, y así se declara.

CPCA

12-2-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

La Administración está obligada a emitir el acto liberatorio del cumplimiento de la obligación derivada del acto administrativo al ser comprobada su prescripción.

Debe, en consecuencia, la Corte determinar si en verdad la MUNICIPALIDAD estaba obligada a emitir el acto liberatorio de la declaración de la prescripción, y a este efecto, la Corte observa: Según el artículo 71 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a la ejecución de un acto administrativo alegando la prescripción, "la autoridad administrativa a la que corresponda el conocimiento del asunto procederá, en el término de treinta (30) días, a verificar el tiempo transcurrido y las interrupciones o suspensiones habidas, si fuere el caso y a decidir lo pertinente". Es decir, que la Administración a quien se le solicite una declaratoria de prescripción está obligada a emitir un acto liberatorio del cumplimiento de la obligación derivada del acto administrativo, en este caso la sanción de demolición, si se demuestra el transcurso del plazo extintivo de dicha sanción. En efecto, no se trata de un acto meramente declarativo que no produzca efecto para el futuro. Por el contrario, dicho acto tiene por efecto crear para el interesado una nueva situación, la de solvente, si fuere el caso, o la de liberado, si también lo fuere; cual es la de la extinción de la sanción o pena, hasta el punto que en base a esa nueva situación ya el interesado puede sin limitación o restricción alguna reclamar o ejercer otros derechos que antes no podía ejercer por su estado de mora o de incumplimiento. Cree, por tanto, la Corte que en verdad existe un verdadero deber legal de entregar al interesado su liberación, si éste demuestra la prescripción de la respectiva sanción u obligación, y de ser así la Administración no puede abstenerse de hacerlo. Por tanto, si existe fundamento para obligar, cuando se comprueba la prescripción, a la autoridad competente a que libere de sus obligaciones al interesado, y por tanto, para que éste intente el recurso de abstención o de carencia, si aquella no le otorga la liberación, y así se declara.

No cabe duda, pues, que estando acreditada la prescripción de la sanción de demolición y la no interrupción o suspensión de la misma, por las autoridades competentes, como lo es la Dirección General de Desarrollo Urbano, la MUNICIPALIDAD debe cumplir con su deber de emitir el acto liberatorio de dicha sanción, ya que efectivamente se demostró que no cumplió con tal obligación, por lo que resulta procedente el recurso de abstención intentado en su contra, y así se declara.

CPCA

12-2-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

El plazo aplicable para la prescripción de las sanciones administrativas distintas a la suspensión de profesiones, actividades, industrias o artes, de carácter no temporal (Demolición) es de "un año" (ord. 4 del art. 112 del Código Penal para las multas).

Corresponde a la Corte examinar si en verdad el lapso de prescripción contemplado en el ordinal 4º del artículo 112 del Código Penal resulta aplicable a la prescripción de las sanciones administrativas. A este respecto la Corte observa: Dispone el artículo 7º de dicho Código lo siguiente:

"Las disposiciones del presente Código en su Libro Primero se aplicarán también a las materias regidas por otras leyes, en cuanto dicten penas y siempre que en ellas no se establezcan en contrario".

Del texto anterior puede concluirse que en materia de sanciones administrativas, que participan en su esencia de la misma naturaleza de las sanciones penales, si no existe una norma expresa que regule lo referente a su prescripción, son perfectamente aplicables las disposiciones de aquel Código en cuanto a la prescripción de las penas se refiere.

Por su parte, el artículo 112 del Código Penal regula la prescripción de las diversas penas delictuales. Este artículo en su ordinal 4º, se refiere a la prescripción de las multas, que según sea su monto, varía de tres (3) meses a seis (6) meses y a un (1) año, según no sobrepasen de los CIENTO CUARENTA BOLIVARES (Bs. 140,00), o excedan de él hasta DOS MIL QUINIENTOS BOLIVARES (Bs. 2.500,00), o si son superiores a este último límite. Puede observarse que no existe una referencia a otro tipo de sanción en este mismo ordinal, como sí la hay a la amonestación y suspensión del empleo, en los ordinales 5º y 3º del artículo objeto de estudio. Quiere decir, entonces, ¿que las otras sanciones administrativas no prescriben? Evidentemente que no; puesto que también el principio general contenido en el artículo 112 del Código Penal, de que las penas se extinguen por el transcurso del tiempo, es perfectamente aplicable a las sanciones administrativas, que no tengan una normativa especialmente establecida en este mismo aspecto. Incluso esta Corte, ha admitido la aplicación supletoria de las normas del Código Penal en su sentencia de fecha 6 de febrero de 1986 (Caso Luis Ganelli contra Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales. Expediente Nº 85-4.310).

Por tanto, es necesario dentro de la aplicación del Código Penal a las sanciones administrativas, buscar la regulación aplicable a aquellas sanciones cuya prescripción no esté prevista expresamente en el artículo 112 ejusdem. En este sentido, considera la Corte que las sanciones de suspensión del empleo, o la inhabilitación para el ejercicio de profesiones, industrias o artes, así como la de multas, a que se refieren los ordinales 3º y 4º del citado artículo 112, se asimilan a las sanciones del mismo tipo que contemplan las leyes administrativas para las infracciones a los deberes legales que se imponen a los ciudadanos cuando se regula el ejercicio de determinadas actividades. De manera que en principio los lapsos de prescripción de las mismas podían extenderse a los de las sanciones administrativas. Así por ejemplo, en caso de suspensiones del ejercicio profesional, en ausencia de una norma relativa a la prescripción de dicha pena, sería válida la aplicación del lapso contemplado en el ordinal 3º del artículo 112 del ya mencionado Código Penal, o sea, la de un tiempo igual a la de la pena más una cuarta parte. Ahora bien, la demolición como sanción administrativa

que es, no puede cuantificarse porque su condena no lleva consigo un período de tiempo. En consecuencia la sanción que presenta similitud o semejanza, en cuanto a su temporalidad, es la multa. En este orden de ideas, estima la Corte que, entonces, el plazo aplicable para la prescripción de las sanciones administrativas distintas a la de suspensión de profesiones, actividades, industrias o artes, de carácter no temporal, es el de un (1) año previsto en el ordinal 4º del artículo 112 ejusdem para las multas, y así se declara.

Ahora bien, del expediente judicial se desprende que la sanción de demolición acordada en la Cámara Municipal el día 17 de octubre de 1979, le fue notificada al causante de las recurrentes el día 20 de noviembre del mismo año, mediante Oficio N° 4.144, emanado de la Dirección General de Desarrollo Urbano, en donde se le participó que disponía de un plazo de quince (15) días para que diera cumplimiento a la sanción de demolición. Ocurre que para el día 16 de mayo de 1986 y para el día 13 de agosto de este mismo año, cuando el interesado solicitó de la Cámara Municipal y de la Sindicatura Municipal, se le reconociera la prescripción de la sanción, efectivamente habría transcurrido más de un (1) año desde que venció el plazo para cumplir la sanción, que como se señaló fue notificada el día 20 de noviembre de 1979. Por tanto, por este solo hecho resulta procedente la prescripción de la sanción, por aplicación de los artículos 7º y 112, Ordinal 4º, del Código Penal. No obstante se examinará de seguida si dicha prescripción fue interrumpida, para que la MUNICIPALIDAD no estuviere obligada a declarar la prescripción.

V. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

1. *Recurso de Amparo*

A. *Procedencia*

CPCA

7-5-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

El amparo contra la lesión a la garantía económica es posible, a menos que, por Ley o por decreto Ley, la que se pretende violada esté limitada por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social.

Estima la apelante que la facultad acordada por el artículo 49 a los Jueces se limita sólo a los derechos y garantías inherentes a la persona humana y no comprende a los derechos económicos. Al efecto señala la apelante que la redacción del artículo 49 alude a "habitante" lo cual, según la definición o valor semántico del término se refiere a las personas físicas, por lo cual no puede extenderse la disposición a las personas jurídicas.

Resulta indudable que la argumentación contempla dos diferentes aspectos, el primero de los cuales es el relativo a la naturaleza del sujeto que puede solicitar el amparo y el segundo a la naturaleza de los derechos cuya protección se pretende a través del mismo.

Por lo que atañe a los sujetos no puede interpretarse la redacción del artículo 49 en una forma restringida, por cuanto esto traicionaría su espíritu y objetivo. Cuando

el mencionado artículo alude "a todo habitante de la República", el constituyente en una forma amplísima quiso comprender a todos los sujetos que se encuentran en el territorio nacional, sin distinguir nacionalidad o condición, esto es, sin discriminación alguna. En efecto, algunos sistemas limitan la protección a los nacionales del país, o bien a los residentes; pero la norma constitucional venezolana quiso abarcar a todos los sujetos del ordenamiento jurídico a quienes la Constitución protege. De allí que encontrándose dentro de tal categoría las personas jurídicas, mal podía admitirse la anterior interpretación restrictiva que la apelante propone, la cual se desestima en consecuencia por improcedente y así se declara.

Por lo que atañe a los derechos no puede en igual sentido admitirse una interpretación restrictiva por cuanto esto también resulta ajeno al espíritu de la norma, ya que ésta específicamente alude a "todos" los derechos y a todas las garantías que la Constitución establece; pero no se detiene en ello sino que incluso va más allá y prevé la protección de otros derechos y otras garantías no contemplados en la Constitución (inherente a la persona humana). En vista de lo anterior mal puede asumirse una interpretación restrictiva, por cuanto ella sería violatoria de la norma misma y, resulta evidente la improcedencia del alegato y así se declara.

Ahora bien, ha indicado el a quo que la sola circunstancia de que exista una situación de restricción de las garantías económicas no impide el ejercicio del amparo sobre tales materias.

En efecto, en fecha 23 de enero de 1961, esto es, el mismo día en que entrara en vigencia la Constitución, el Presidente de la República dictó el Decreto 445 fundado en lo dispuesto en el ordinal 6º del artículo 190 del texto recién promulgado así como del artículo 241 *cjusdem*. El artículo 2º del Decreto estableció: "se restringen en todo el territorio nacional las garantías constitucionales previstas en la medida en que lo determine el Presidente de la República en Consejo de Ministros". Por decreto Nº 674 del 8 de enero de 1962 se modificó parcialmente el Decreto 445 antes citado, de tal manera que se restablecieron algunas de las garantías restringidas; pero el artículo 4º del mencionado Decreto mantuvo en todo el territorio nacional "la restricción de las garantías establecidas en el artículo 96 de la Constitución en la medida determinada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros". Posteriormente, en base a lo dispuesto en el artículo 24 el Congreso Nacional dictó un Acuerdo en fecha 6 de abril de 1962 en el cual mantuvo la restricción de la garantía económica. El 1 de julio de 1962, es dictado un nuevo Decreto, distinguido con el número 813 que mantiene en vigencia el Decreto 674.

La restricción que pesa sobre el sistema de garantías constitucionales es así la establecida en el artículo 96 cuyo texto es el siguiente:

"Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social.

La ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de los precios y, en general, las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica".

El artículo 241 en su última parte, en la cual se fundamenta el estado de emergencia señala que "la restricción o suspensión de garantías no interrumpe el funcionamiento ni afecta las prerrogativas de los órganos del Poder Nacional. Ahora bien, si se estima que el artículo 96 señala la libertad de industria y comercio con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen por razones de seguridad, sanidad u otras de interés social debemos llegar a la conclusión de que la restricción de tal garantía no impide que se legisle sobre la materia y que, en consecuencia, tal legislación establezca derechos, que el régimen jurídico garantice. Lo que sucede es que,

los términos utilizados por los decretos le otorgan al Presidente de la República en Consejo de Ministros, la facultad de regular la materia relativa al artículo 96 de la Constitución mediante decreto. Tal situación que, por perdurar tanto tiempo ha sido objeto de severas críticas, lo cual es ajeno al presente planteamiento, no puede implicar en forma alguna la negativa del amparo de las libertades económicas que las leyes formales y los decretos sobre la materia reconocen. De allí que no puede negarse la procedencia del amparo contra los derechos económicos.

La restricción de la garantía económica se traduce en el actual sistema en la posibilidad de que por Decreto se regulen los aspectos que la materia contempla, que es justamente lo que ha pasado en estos ventiséis (26) años de vigencia del régimen.

No puede considerarse que la restricción de las garantías económicas constituya la derogación de las disposiciones constitucionales y de las leyes sobre la materia, en forma tal que no puedan hacerse valer los derechos que las mismas acuerdan, ya que lo fundamental del régimen es la posibilidad de que se legisle por decretos que son normas de ejecución inmediata de la Constitución y que, en consecuencia pueden derogar a las leyes formales. De allí que el amparo contra la lesión a la garantía económica es posible, a menos que, por ley o por decreto, la que se pretende violada esté limitada por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social.

B. Competencia

CPCA

7-5-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

La competencia de un juez para asumir la jurisdicción constitucional cuando le ha sido planteada una acción de amparo, deriva de su afinidad natural con la materia objeto de la misma. ("ratione materiae" o bien "ratione personae").

Por lo que atañe al segundo alegato de la Municipalidad relativo a la incompetencia del a quo, esta Corte observa que, acogiendo la jurisprudencia que emana de la sentencia antes citada de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el caso Andrés Velásquez, la competencia de un juez para asumir la jurisdicción constitucional cuando le ha sido planteada una acción de amparo, deriva de su afinidad natural con la materia objeto de la misma. Esta afinidad natural puede estar dada "ratione materiae", esto es, por razón de la competencia sustantiva, o bien "ratione personae", esto es, cuando existe un fuero especial del sujeto contra el cual se interpone la acción de amparo. En el caso de los jueces contenciosos administrativos, para atender a los elementos indicados, la competencia material la determinaría el hecho de que el mandamiento de amparo sea solicitado contra una actuación u omisión administrativa y, la competencia personal la determinará la circunstancia de que le haya sido acordada facultad al Tribunal para conocer y decidir las pretensiones de los particulares contra el ente público territorial o institucional al cual se impute una determinada acción u omisión.

En el caso presente la competencia material se encontraba suficientemente demostrada por el hecho de que el amparo fue solicitado contra la actuación omisiva de la Administración y, así mismo estaba demostrada la competencia personal por tratarse de una Administración Municipal, cuyos actos caen bajo el poder de control del tribunal contencioso-administrativo que dictó el fallo; por preverlo así el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y caer dentro de su ámbito territorial determinado por el artículo 3º del Decreto 2.057 de fecha 8 de marzo de 1977, que lo establece.

Por todas las consideraciones que anteceden se considera improcedente la primera de las impugnaciones de la Municipalidad contra la sentencia apelada fundada en la incompetencia del a quo y así se declara.

CPCA

7-5-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

Cualquier juez puede asumir la jurisdicción constitucional cuando los derechos que se denuncian han sido violados, corresponden a su competencia sustantiva o a su competencia en razón de la persona.

La circunstancia de que se ejerza una acción de amparo constitucional, no implica la facultad del juez de anular el acto impugnado, por cuanto su función no es anulatoria si no restablecedora de la situación jurídica infringida.

Ha alegado la apelante que el Juzgado Superior que dictara la sentencia apelada era incompetente "porque el presente caso, relacionado con la Administración Municipal, estaría comprendido dentro del marco de la ilegalidad y no de la inconstitucionalidad". Respecto a este alegato observa esta Corte que cualquier juez puede asumir la jurisdicción constitucional cuando los derechos que se denuncian han sido violados corresponden a su competencia sustantiva o a su competencia en razón de la persona, tal como fuera precedentemente expuestos. La circunstancia de que se ejerza una acción de amparo constitucional no implica, como parece sostenerlo la apelante, la facultad del juez de anular el acto impugnado, por cuanto su función no es anulatoria, sino restablecedora de la situación jurídica infringida. El artículo 20 del vigente Código de Procedimiento Civil establece la facultad de los jueces de desaplicar las disposiciones inconstitucionales, por lo cual de no existir la norma expresa del artículo 49, tal disposición sería suficiente para rechazar el alegato. Ahora bien, independientemente del recurso de inconstitucionalidad que la Constitución contempla y que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia regula, el amparo constitucional se destina a atender en forma inmediata a la lesión de una garantía que afecte a un sujeto cualquiera que el mismo sea, limitando o impidiendo el ejercicio de las facultades que la norma fundamental le otorga. De allí que no puede confundirse el recurso de inconstitucionalidad, proceso formal destinado a anular un acto que contrasta con la Constitución, con el amparo que es una forma de protección directa que, a través de un organismo jurisdiccional el ordenamiento jurídico le otorga a cada sujeto para garantizarle la eficacia y cumplimiento de los derechos que ella le otorga. Por lo anterior resulta improcedente el alegato y así se declara.

CPCA

7-5-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

El juez Contencioso-Administrativo es competente para conocer de los recursos de amparo.

Observa esta Corte que si bien la argumentación de la apoderada de la Municipalidad está planteada en una forma oscura que se agrava aún más con las largas citas

que intercala impidiendo conocer el desarrollo lógico de sus fundamentos; sin embargo es posible deducir del escrito planteado como oposición al amparo en la primera instancia y, del resumen que la apelante hiciera de sus impugnaciones contra el fallo, que dos son los motivos fundamentales en los cuales basa el alegato de incompetencia del a quo, a saber: en primer lugar en la estimación de que el Acuerdo con fuerza vinculante dictado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, le impedía pronunciarse sobre el amparo solicitado, por cuanto dicho Acuerdo aún se encuentra en vigencia. En segundo lugar se considera por parte de la Municipalidad que la simple condición de juez contencioso-administrativo no le otorga al juzgador la facultad de conocer de los recursos de amparo que pertenece a la jurisdicción constitucional.

Por lo que atañe a la primera de las cuestiones planteadas, es sabido que, en base a lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia dictó un Acuerdo de naturaleza obligatoria el 24 de abril de 1972. Al efecto el citado artículo 148 señala:

“La Corte Federal resolverá por medio de Acuerdos que tendrán fuerza obligatoria y a solicitud del Ejecutivo Nacional, del Ministerio Público o de cualquier funcionario judicial, las dudas que puedan presentarse en casos concretos en cuanto a la inteligencia, alcance y aplicación de la presente Ley y siempre que no implique opinión acerca de las cuestiones sometidas al conocimiento de los Jueces”.

El Acuerdo que la Corte Suprema de Justicia dictara el 24 de abril de 1972 se pronunció sobre la cuestión que le planteara el Fiscal General de la República respecto a “la duda existente en algunos jueces de primera instancia y superiores en lo penal de la República, de si son o no competentes para conocer de las acciones y recursos de amparo en general, o sea de aquellos que tienden a lograr el amparo de cualquier otro derecho establecido en la Constitución o inherente a la persona humana; pero distinto al de la libertad personal”. Igualmente el Presidente de la Comisión Electoral de la Universidad Central de Venezuela había solicitado de la Corte un “Acuerdo que dirima la cuestión de la competencia de los jueces penales de la República para librar mandamiento de amparo y específicamente el recurso de amparo emanado del Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, atendiendo a la solicitud de varios profesores universitarios de que se dictara una decisión sobre sus situaciones académicas, en el cual se les acordó reincorporarlos al registro electoral con toda la plenitud del goce y ejercicio de ese derecho”. Al pronunciarse sobre las solicitudes, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, por una parte, fundamentó su criterio de que el artículo 49 de la Constitución era una norma simplemente programática por lo cual no se encontraba en vigencia ni se encontraría hasta tanto el legislador no procediese a regularla, acogiendo en todas sus partes la fundamentación que ya había hecho valer en sentencia del 14 de diciembre de 1970 al dirimir un conflicto de competencia. Por otra parte la Corte, como decisión, señaló que los jueces penales de primera instancia no tenían otras atribuciones que las que en razón de la materia les confieren las leyes y, en particular las señaladas en la quinta disposición transitoria de la Constitución y el artículo 80 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que asumir otras implicaba un vicio de extralimitación. Igualmente señaló la Corte que, de conformidad con el artículo 206 de la Constitución, le correspondía sólo a ella conocer de la nulidad de los actos de las Administraciones Nacional, Estatal o Municipal.

Podemos considerar en consecuencia que el Acuerdo con fuerza obligatoria estaba dirigido a los jueces penales, a quienes se les advertía que sólo podían acordar el amparo constitucional, cuando se tratase del *habeas corpus* previsto y regulado en la

disposición transitoria quinta de la Constitución. De allí que en forma alguna podría existir violación por parte del a quo de un acuerdo relativo a la delimitación de una esfera jurisdiccional diferente a la que le es propia. Por otra parte, por lo que atañe a la motivación que dicho Acuerdo contiene sobre la vigencia del amparo en base a la naturaleza de la norma constitucional que lo contempló, en fecha 20 de octubre de 1983, en el caso Andrés Velásquez, la Corte modificó su criterio, considerando que la norma constitucional estaba en vigencia y que los jueces debían hacer, de acuerdo con su competencia, un prudente uso de su facultad para acordarlo.

Planteada así la situación, pareciera obvio que el acordar el amparo por parte del a quo no constituyó violación del Acuerdo con fuerza obligatoria y así se declara.

C. *Carácter extraordinario*

CPCA

7-5-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

El carácter extraordinario del amparo lo determina la circunstancia de que no exista ningún otro medio procesal idóneo para impedir que se produzca la lesión del derecho constitucional garantizado o que el efecto de la misma continúe afectando la esfera subjetiva del accionante.

Alega la apoderada de la Municipalidad que el procedimiento del amparo sólo puede instaurarse por vía excepcional cuando la lesión o daño sea actual o inminente, lo que no ha ocurrido en el caso de la empresa Desarrollos 77, C.A. Al efecto se observa que el carácter excepcional o extraordinario del amparo lo determina la circunstancia de que no exista ningún otro medio procesal idóneo para impedir que se produzca la lesión al derecho constitucionalmente garantizado, o que el efecto de la misma continúe afectando la esfera subjetiva del accionante. No puede estimarse que el carácter excepcional se identifique con la subsidiariedad del medio, ni tampoco puede interpretarse en forma restringida la exigencia de la actualidad de la lesión. Por lo que atañe a la subsidiariedad, la jurisprudencia sobre la materia estimó originariamente que, sólo a falta de un recurso o de una acción específica podría válidamente procederse por la vía del amparo. Esta posición ha sido modificada ante la evidencia de que, aun existiendo un medio expreso contra la actuación u omisión que acarrea la lesión, éste puede resultar inoperante dadas las circunstancias. Es justamente en la esfera contencioso-administrativa en la cual ha de descartarse la exigencia absoluta de la subsidiariedad, por cuanto la misma llevaría a la negación del amparo en tal campo, ya que por sí mismo el recurso contencioso-administrativo de nulidad contemplado por la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia tiene tal carácter dentro del sistema, por lo cual, sostener que en todo caso tal vía ha de ser agotada necesariamente, implicaría el riesgo de que la decisión jurisdiccional resultase tardía. Por otra parte el amparo protege contra la lesión directa de un derecho constitucional, situación en la cual, controlar la ilegalidad, que es lo que persigue el contencioso-administrativo, puede constituir suficiente garantía del ciudadano. En base a los razonamientos que anteceden la subsidiariedad ha sido sustituida por la exigencia del carácter excepcional de la situación, en el sentido de que la misma y sus efectos rebasen los parámetros normales que, en posiciones análogas se plantearían a otros sujetos. Lo excepcional alude a todo aquello que sale de la esfera de la normalidad, por sus proporciones o por sus efectos, o bien por la imposibilidad de reparación de sus consecuencias.

Al lado del carácter precedentemente analizado se encuentra la necesidad de que la lesión sea actual, esto es, inminente o reciente, por cuanto una lesión aceptada por el accionante no presenta obviamente gravedad para el mismo, en razón de lo cual se ha estimado que se ha producido una especie de caducidad de la acción por el paso del tiempo. Las leyes de amparo y la jurisprudencia han establecido así un límite temporal para el ejercicio de la acción.

Ahora bien, la actualidad que determina la procedencia del amparo es un criterio relativo, no absoluto, en un sistema en gestación como el nuestro, en el cual ninguna norma establece un límite de tiempo para el ejercicio de la acción, sino que la vigencia de la misma será apreciada por el buen criterio del juzgador. En efecto, la actualidad alude esencialmente al hecho de que la lesión esté viva, esté presente con toda su intensidad y que, contra ella no exista ningún medio de defensa o de protección idóneos para enervar la fuerza o poder que la produce. Hay amenazas de lesión, o lesiones, como son aquellas que se producen ante la indefinición de las situaciones jurídicas, que pueden prolongarse en el tiempo, sin que se atenúen sus efectos y sin que los mismos puedan ser contrarrestados por los medios ordinarios que el derecho ofrece. De allí que la actualidad de la lesión se refiere fundamentalmente al carácter presente de la misma, no al hecho pasado, acaecido, circunscrito al pretérito, sino a la situación presente que puede prolongarse por un período indefinido de tiempo.

Las anteriores consideraciones rigen en la medida en que hubiese sido conculcado el derecho del accionante.

Hechas estas premisas es necesario determinar si los dos elementos analizados del carácter extraordinario y de la actualidad están o no presentes en el caso de autos. De acuerdo con la narración del accionante, no contradicha por los elementos de autos, éste solicitó la renovación de los permisos de construcción sin obtener ninguna respuesta formal, recibiendo por el contrario, informaciones por parte de un organismo técnico de que los permisos no serían renovados hasta tanto no fuese dictada una ordenanza reguladora de la materia. Es decir, que la respuesta más concreta a la pretensión del accionante fue la de someterlo a la espera de un acto general cuya fecha de vigencia era completamente indeterminada.

La situación planteada en la forma que antecede está revestida del carácter extraordinario que se requiere para el ejercicio del amparo, por cuanto en ella está presente la incertidumbre de una solicitud respecto a la cual no se obtiene ninguna respuesta, por una parte, la vía ordinaria resulta totalmente ineficaz y, por otra, no existe realmente la posibilidad de seguirla, ya que no hay un verdadero acto denegatorio contra el cual recurrir. En efecto, la comunicación que en fecha 2 de setiembre de 1985 le dirigiera al accionante el Director de la Comisión de Urbanismo en la cual le comunica que el Proyecto de Ordenanza sobre Riesgos Geológicos para el área de la Urbanización Colinas de Bello Monte que elaborara la Oficina Metropolitana de Urbanismo (OMPU) se encuentra en fase de discusión ante la Comisión Metropolitana de Urbanismo (CMU) y, que una vez aprobado por el último de los mencionados será pasado a la Cámara Municipal para su puesta en vigencia, sin la cual no se procederá a renovar el permiso de construcción N° 31.936 del 11-12-78 que el mismo solicitara, no puede estimarse como una respuesta denegatoria a la solicitud de renovación sino como una suspensión del trámite correspondiente al mismo, tal y como aparece expresamente en la citada comunicación. Por otra parte, no puede argüirse que el accionante podía ejercer contra dicho acto el recurso administrativo correspondiente por cuanto el mismo constituye un elemento nuevo en la situación jurídica del solicitante de la renovación que actúa como una información dentro del largo período del silencio que frente a su solicitud la Administración ha mantenido. Es necesario ubicarse en la posición de un sujeto que durante años espera la definición de los términos de su relación frente a la Administración; y que paliativamente obtiene de la misma una respuesta sobre los motivos que lo han colocado en tal situación. La comunicación

a la cual hemos aludido, más que pronunciarse sobre la renovación solicitada, se estaba pronunciando sobre las causas por las cuales se había retrasado la respuesta. No puede pretenderse en consecuencia repetimos que se haga valer el carácter subsidiario del recurso de amparo en base al alegato de que el accionante podía haber interpuesto su recurso contra la comunicación antes citada, ya que la misma, de constituir un acto administrativo impugnado, no configuraba una denegación de su solicitud sino la explicación del motivo que impedía el otorgarle una respuesta.

En los términos en que estaba planteada la situación de la accionante, el mismo, para resolverla, tenía que valerse de un medio extraordinario capaz de romper la barrera de silencio que la Administración había colocado frente a sus pretensiones. De allí que a juicio de esta Corte sí estaba presente el carácter excepcional exigido para la procedencia del amparo.

Por lo que atañe a la actualidad, este carácter se hace presente en el hecho de que la solicitud de renovación, si bien no obtuvo una respuesta denegatoria concreta, se enfrentó con una serie de incidencias que han sido narradas en el libelo y corroboradas en los autos, por lo cual, la situación estuvo renovándose constantemente surgiendo en igual forma nuevas expectativas hasta concluir en el planteamiento de la tesis sostenida por los organismos técnicos de que las renovaciones no procederían hasta tanto no fuese aprobada la ordenanza reguladora de los eventuales riesgos ecológicos de la zona en la cual se encuentran ubicadas las parcelas. Esta situación determina la actualidad de la lesión, ya que la misma no estaba constituida por un hecho superado, extinguido, sino por una expectativa frustrada constantemente, pero siempre viva. De allí que a juicio de esta Corte está dada la condición de la actualidad que se exige en el amparo.

Resumiendo los dos elementos precedentemente analizados se pueden recapitular los hechos que los constituyen, observando que, la pasividad de la Administración frente a la solicitud de renovación de los permisos fue lo que acarrió la lesión al derecho de propiedad cuya protección pretende el accionante mediante el amparo ya que el mismo se encontraba imposibilitado de interponer ninguna defensa, por cuanto los motivos que hubieran podido determinar la abstención habían sido silenciados. En efecto no se trata de una solicitud original de un permiso de construcción, sino de la renovación de los que habían sido previamente otorgados lo cual presupone en el titular de tales actuaciones, la garantía de obtener una respuesta sobre su solicitud que no puede ser eliminada por el paso del tiempo. En efecto, frente a la abstención de la Administración, el administrado tiene la posibilidad de actuar, en base a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contra el acto denegatorio que está constituido por el silencio administrativo; pero tal vía plantea todas las dificultades de la indefensión, ya que no es posible dirigir impugnaciones contra un acto que no es decisorio, ni tácito, ni expreso. Existe igualmente la posibilidad, en relación con los órganos municipales, de proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182, ordinal 1° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; pero tal vía se constata, tal como lo señalara la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia con la abstención o negativa de ejecutar actos materiales, lo cual no era el caso de autos.

Analizada en la forma que antecede la situación, a juicio de esta Corte estaban presentes en el caso sub-judice los requisitos de excepcionalidad y actualidad precedentemente analizados, por lo cual se considera improcedente el alegato de la Municipalidad y así se declara.

CPCA

21-5-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Caso: LUME S.A. vs. República (Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables).

En razón del carácter excepcional de la acción de amparo, el mismo resulta admisible cuando los medios ordinarios son insuficientes para restablecer la situación infringida, o cuando su procedimiento, dada la naturaleza de la lesión alegada, no cumple con la finalidad de lograr la protección de inmediato, o cuando en todo caso, sus efectos vienen a ser retardados o diferidos, de modo que no permiten reparar el daño sufrido, cuando un derecho constitucional está lesionado.

Habiendo concluido el estudio individual del expediente, y analizados los recaudos, corresponde a la Corte resolver sobre la protección constitucional solicitada.

CUESTION PREVIA

Debe esta Corte resolver con anterioridad al mérito principal, lo relativo a su competencia para conocer de la presente acción de amparo constitucional, y además, si esta acción resulta admisible en atención a la posibilidad del ejercicio previo de otros recursos principales.

En cuanto a la primera cuestión, se observa que la lesión a los derechos constitucionales, que se dicen violados, son atribuidas a un funcionario del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, que ejerce el cargo de Coordinador de la Zona 6 de dicho Ministerio, es decir, a un funcionario nacional distinto al titular de tal Ministerio, sobre cuyos actos ejerce esta Corte el control de su legalidad, a tenor de la competencia residual que le otorga el ordinal 3º del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por tratarse de una autoridad diferente a las indicadas en los ordinales 9º, 10º, 11º y 12º del artículo 42 ejusdem. En otras palabras, que por cuanto la autoridad en cuestión, a la cual se le atribuye la lesión a las garantías constitucionales, no es un órgano colegiado del poder público; del Poder Ejecutivo Nacional (Presidente y Ministros); o del Congreso; o de rango constitucional (Consejo Supremo Electoral u otros de igual jerarquía a nivel nacional); por tanto, corresponde a esta Corte conocer de la acción de amparo por ser materia afín a su competencia contencioso administrativa, de examinar la legalidad de los actos administrativos de funcionarios como el señalado, en ausencia de una competencia expresa de otra autoridad judicial, y así se declara.

Por otro lado, observa la Corte que de acuerdo al propio escrito contentivo de la pretensión de amparo constitucional, la lesión consiste en que después de cumplido todo el trámite establecido, y agotados los recursos administrativos ordinarios, e inclusive hasta el extraordinario de revisión, el funcionario que debe complementar dicho trámite, de otorgamiento de un permiso forestal, se niega a cumplir con su deber de expedir las guías de circulación de la madera explotada en base a dicho permiso, con el solo argumento de que ha recibido instrucciones telefónicas de no hacerlo. Es posible pensar entonces, que frente a tal negativa, que es una verdadera abstención, que incluso la propia recurrente califica de "actitud omisiva", cabría, entonces, el recurso de abstención o negativa, llamado también de carencia, por cuanto en el fondo se trata de "un no actuar" de la administración, frente a "un deber de actuar", legalmente establecido. Recurso éste al cual se refiere el ordinal 23º del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuando tal inactividad se

da por un funcionario nacional. En cuyo caso, no sólo la competencia sería de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en atención al texto del referido ordinal, en concordancia con el artículo 43 de la misma Ley, sino que también, conforme a la jurisprudencia de dicha Sala, el procedimiento a seguir deberá ser el de los juicios de nulidad de los actos de efectos particulares, previsto en los artículos 121 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, en razón del carácter excepcional que esta Corte ha venido atribuyendo a la acción de amparo, este medio judicial resulta admisible, cuando los medios ordinarios son insuficientes para restablecer la situación infringida, o cuando su procedimiento, dada la naturaleza de la lesión alegada, no cumple con la finalidad de lograr la protección de inmediato, o cuando en todo caso, sus efectos vienen a ser retardados o diferidos, de modo que no permiten reparar el daño sufrido, cuando un derecho constitucional está conculcado. En el presente caso, puede observarse que la recurrente ha llevado paso a paso todo el trámite constitutivo del otorgamiento del permiso forestal, y también ejerció, dentro de las oportunidades legales, todos los recursos pertinentes, frente a las decisiones que le han sido adversas en dicho procedimiento, y que al resolverse cada uno de ellos, se ha considerado procedente su petición respecto a dicho permiso, al cual, incluso después de haber sido revocado o suspendido, le ha sido de nuevo reconocido. Por otra parte, también se observa que una vez firme el acto que le restableció tal permiso cumplió con sus obligaciones fiscales, previstas a la expedición de las guías de circulación de la madera explotada, que es el último requisito que debe cumplir, por lo que ciertamente sólo cabe a la Administración cumplir con sus deberes. Por otro lado, no existe otro medio eficaz para lograr dicha expedición, ante la situación de una madera cortada y depositada, en espera de poder ser transportada a los centros industriales o de procesamiento. Tratándose de productos forestales, los mismos son perecederos, y ocurre, como aparece del informe del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, enviado a esta Corte, que la no expedición de aquellas guías obedece al hecho, de que después que se revocó la decisión que había suspendido el permiso forestal y se ordenó se expidieran las guías de circulación, nuevamente se vuelve a sujetar tal trámite, a que la Procuraduría General de la República emita su opinión sobre una oposición al otorgamiento de dicho permiso por parte de unos terceros, presentada después que el indicado Despacho, mucho antes, había solicitado tal opinión a aquel órgano de asesoría jurídica, y cuando con anterioridad, casi un año, había declarado firme el permiso en cuestión a pesar de aquella oposición. En otras palabras, que si se sometiera la presente acción al trámite ordinario del recurso de abstención o negativa, mediante el procedimiento del juicio de nulidad de los actos de efectos particulares, no se lograría el fin perseguido, de resultar cierta y actual la lesión alegada, porque cuando se produjera la decisión que supliera la abstención de la Administración, no se conseguiría restablecimiento alguno de la situación lesionada, de ejercer a plenitud los derechos que le han sido conculcados según la recurrente. En concreto, de poder disponer y aprovechar de la madera que le es propia, oportunamente, antes que sufra deterioros.

En base a la anterior consideración, estima esta Corte que la acción de amparo resulta admisible, dado que viene a ser el único medio de que dispone la recurrente para lograr, de inmediato, como lo dispone el texto del artículo 49 de la Constitución, el restablecimiento de las garantías constitucionales, de resultar procedente dicha acción, y así se declara.

*D. Legitimación***CPCA****27-4-87**

Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez

La legitimación requerida para solicitar el amparo, es la identidad entre quien solicita un amparo y quien esté privado del goce y ejercicio de los derechos constitucionales invocados.

Esta Corte considera que si bien la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia exige que para solicitar la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, sólo lo puede hacer quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate, y que en consecuencia, no se admitirá el recurso de nulidad cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés del recurrente (Artículos 121 y 124, Ordinal 1º), la propia Constitución estableció que el procedimiento de amparo puede ser invocado ante los Tribunales por "todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece" (Artículo 49), por tanto debemos entender que si el Juez tiene la potestad para restablecer la situación jurídica infringida, el habitante de la República, sea persona natural o moral, debe estar impedido en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece. Es por ello, que quien intenta una acción de amparo debe poner en evidencia que existen derechos constitucionales conculcados y si se siente agraviado por la acción u omisión de un tercero o de las autoridades, debe poder accionar ante un Tribunal, en amparo de esos derechos, y ello está clara y directamente reconocido en la Constitución.

El recurso de amparo es excepcional en relación al control jurisdiccional por el procedimiento contencioso administrativo, en cuanto al control del principio de la legalidad de la Administración, y por ello se le ha calificado como un recurso extraordinario.

Ciertamente, entonces para solicitar el amparo de derechos constitucionales conculcados, la legitimación requerida es la identidad entre quien solicita un amparo y quien esté privado del goce y ejercicio de los derechos constitucionales invocados. Es pues un afectado, cualquier habitante de la República sin necesidad de más calificación especial que demostrar que ésta tiene conculcado el ejercicio de un derecho constitucional, e invoca ante el Juez el restablecimiento inmediato de este derecho conculcado para impedir así que continúe la situación jurídica infringida.

Es lógico concluir, que debe existir una relación causal entre el solicitante del amparo y el derecho conculcado invocado.

La premisa anterior, y por el carácter breve y sumario del procedimiento, el Juez que conozca del mismo debe entrar al fondo del asunto, es decir, declarar de acuerdo al expediente si es procedente o no el amparo con fundamento en la determinación de si el derecho o derechos constitucionales invocados están conculcados.

*E. Procedimiento***CPCA****4-3-87**

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Caso: Alfredo Lamucci vs. Municipalidad del Distrito Sucre.

No procede la aplicación del procedimiento de amparo tributario a los recursos de amparo por abstención o negativa, pre-

vistos en el ordinal 1º del art. 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuando no se garantiza plenamente el contradictorio y el derecho de defensa en dichos asuntos, y tampoco se garantiza la intervención de los terceros interesados, en materia en donde está presente el interés de la colectividad.

Las reglas relativas al procedimiento aplicable a las acciones son de carácter de orden público, hasta el punto que no pueden las partes, ni el Juez, subvertirlas, como reiteradamente lo ha advertido la Casación Venezolana. Así, el Máximo Tribunal ha dicho: "...aún cuando las partes litigantes manifiesten su acuerdo, no es potestativo a los tribunales subvertir las reglas legales con que el legislador ha revestido la tramitación de los juicios, pues su estricta observancia es materia íntimamente ligada al orden público" (Ver Duque Sánchez, José Román, "Manual de Casación Civil". Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 1977, pág. 99). Por otra parte, según el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil de 1916, aún vigente, la violación de las normas sustanciales del procedimiento, por tratarse de materia de orden público, no son convalidables por las partes, y que en todo caso, éstas pueden siempre denunciarlas.

Por otra parte, lo relativo a la garantía del derecho de defensa, que es de pro-genie constitucional, puesto que el artículo 68 de la Constitución ordena que dicho derecho debe garantizarse en cualquier proceso, en sus diversas etapas y grados, se manifiesta, entre otras cosas, en la posibilidad cierta de contradecir las pretensiones de las partes, previa la debida citación o notificación. Además, tal derecho se expresa en la facultad de promover y evacuar pruebas para demostrar las afirmaciones y alegatos de los interesados. Tales manifestaciones del derecho de la defensa surgen obligatoriamente cuando se trata de pretensiones que se sustenten en el incumplimiento de obligaciones por parte de los demandados, lo cual supone la posibilidad cierta para ellos de contradecirlas oportunamente, y con el debido tiempo, y también de desvirtuar los hechos constitutivos de las demandas, a través de su actividad probatoria. En consecuencia, cuando los Jueces Contencioso Administrativos utilicen la facultad de la analogía procesal, contemplada en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, deben tener presente el carácter esencialmente contradictorio de la pretensión para aplicar o no, entonces, procedimientos sumarios o breves. En ese sentido, por ejemplo, en el amparo constitucional, donde no se reclama incumplimiento de obligación alguna, sino la violación de un derecho de rango constitucional, que por ello está fuera de discusión, y donde existe un hecho objetivo de desconocimiento de tal derecho, y donde la labor del Juez es simplemente la de constatar la violación y la necesidad de restablecer de inmediato la garantía constitucional violada, es posible seguir un procedimiento, como el del amparo tributario, si se trata de violaciones por parte de las autoridades administrativas. En efecto, en este caso el Juez no tiene que examinar si el recurrente satisfizo previamente algún deber legal, o si por su parte, no ha incumplido alguna prestación previa, puesto que su alegato se fundamenta en la violación de una garantía constitucional, que no tiene que probar. Por el contrario, en el recurso de abstención o de carencia, es necesario que el Juez determine previamente si existe la obligación por parte de la Administración de cumplir determinado acto, o una actuación material, y si en verdad existió una conducta omisiva por parte de ella. Tales extremos de la procedencia del recurso de abstención o de carencia, implican necesariamente una contradicción y una actividad probatoria sobre ambos extremos. Además, la Administración puede perfectamente excepcionarse alegando la inexistencia de la obligación cuyo incumplimiento se le atribuye, o a una justificación en no cumplirla, o en último caso, rechazar la omisión denunciada. Igualmente, el recurrente, por su parte, tendrá la carga de demostrar el fundamento de su pretensión, es decir, la existencia de la obligación de realizar determinado acto por la Administración, o de ejecutar en concreto una actuación material, porque a su vez, por ejemplo, el re-

corrente cumplió con sus respectivas obligaciones o deberes, para así recurrir legítimamente a reclamar la conducta omisiva de la Administración.

De lo expuesto, es posible concluir que es necesario garantizar plenamente a la Administración su derecho a defenderse, contradiciendo el reclamo de su presunta omisión a cumplir un deber objetivo y legal, así como a ambas partes una actividad probatoria destinada a demostrar el presunto incumplimiento, o en todo caso, la no obligatoriedad de determinada actuación, o la justificación de su omisión. Dentro de este orden de ideas, cree la Corte que el procedimiento del amparo tributario, que específicamente se contempla para el caso de violaciones de derechos plenamente tipificados en la Ley de la materia, y cuya existencia, y el incumplimiento de respetarlos, es relativamente fácil verificarlos, y donde la finalidad del contradictorio se garantiza con la petición de una información al organismo de la Administración tributaria, porque se trata del no acatamiento de un trámite fiscal previamente determinado con claridad en el mismo Código Orgánico Tributario. Pero por el contrario, en la materia de urbanismo, que es a la que propiamente se refiere la acción deducida, no caben las mismas consideraciones. En efecto, la solicitud de otorgamiento de una Cédula de Habitabilidad supone una verificación previa por parte de la autoridad municipal competente, a través de un procedimiento administrativo de constatación, de los extremos de la solicitud. Al contrario de lo que ocurre con el amparo tributario por la no concesión de una solvencia, por ejemplo, o por la no declaración de la prescripción de una obligación tributaria, o de una sanción administrativa, en donde está fuera de duda el pago de las obligaciones tributarias, o el transcurso del tiempo. En estos casos, el procedimiento del amparo tributario cumple plenamente la finalidad perseguida por el legislador, es decir, que la jurisdicción contencioso administrativa haga cumplir a la Administración, o que supla su omisión, porque ésta se evidencia objetivamente. Por el contrario, cuando se trata del recurso por la abstención de las autoridades municipales, en aquellos casos en que deba cumplir con la obligación de otorgar una cédula de habitabilidad, es necesario que se demuestre de manera plena por el recurrente que satisfizo todos los extremos que exigen las ordenanzas, para que la Municipalidad otorgue tales documentos, y que en verdad, de ser así, que pasaron los plazos para ello, y que el particular insistió en su otorgamiento, y que tampoco la Municipalidad procedió a emitirlos. Igualmente, es necesario que las autoridades municipales puedan justificar su presunto incumplimiento, llevando al Juez, con las debidas probanzas, el convencimiento que la omisión a entregar los documentos de urbanismo es justificada. Es necesario, pues, un contradictorio y su correspondiente período probatorio.

Pero además de lo anteriormente expuesto, ocurre que el régimen del urbanismo no sólo persigue regular el ejercicio del derecho de propiedad urbana, a través de un sistema de autorizaciones, controles de fiscalización o de sanciones, sino también proteger los intereses legítimos de los terceros integrantes de las comunidades. En efecto, la definición de las competencias de los organismos municipales en materia de urbanismo, así como el establecimiento de procedimientos previos para la concesión de permisos urbanísticos, igualmente, la fiscalización de los usos de los terrenos urbanos y el cumplimiento de las normas de las construcciones, persiguen también proteger los intereses colectivos y generales, envueltos en el proceso de urbanización. Ahora bien, en el procedimiento del amparo tributario no se prevé la posibilidad de que los terceros, interesados legítimos, puedan ser notificados de un recurso de este tipo, por lo que en caso de aplicar dicho procedimiento a un recurso de abstención o negativa en un asunto como el presente, esos terceros quedarían sin posibilidad de reclamar oportunamente sus intereses legítimos, personales y directos.

Por las razones expuestas, esta Corte estima que no resulta adecuada la aplicación del procedimiento del amparo tributario a los recursos de abstención o negativa, previstos en el ordinal 1º del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de

Justicia, cuando no se garantiza plenamente el contradictorio y el derecho de defensa en dichos asuntos, y tampoco se garantiza la intervención de los terceros interesados, en materia en donde está presente el interés de la colectividad. Ciertamente que en el presente caso el procedimiento seguido no garantizó tales derechos, como sí lo hubiera garantizado, por ejemplo el de los juicios de nulidad de los actos de efectos particulares, previsto de los artículos 121 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como incluso lo ha recomendado la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 28-02-85, al expresar: "Al no establecer el texto respectivo por vía específica —ni la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia por vía general— el procedimiento para interponer el susodicho recurso (se refiere al de abstención) la Corte, conforme a las disposiciones del artículo 102 de su Ley Orgánica, considera como el más conveniente para tramitarlo, tal como lo decidiera el Juzgado de Sustanciación de esta Sala, el destinado en dicha Ley a la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, adaptado desde luego, a las ya descritas peculiaridades del recurso por abstención, entre ellas la de los efectos del mismo... (omissis)". (Caso Eusebio Igor Vizcaya vs. Consejo Universitario de la Universidad del Zulia).

En consecuencia con lo expuesto, esta Corte estima que el procedimiento debe ser anulado a partir de la recepción de los antecedentes administrativos, en razón de lo previsto en los artículos 229, 232 y 233 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia, debe declararse la reposición al estado de que se tramite la demanda contentiva del recurso de abstención, por las formalidades del procedimiento contemplado de los artículos 121 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para los juicios de nulidad de los actos de efectos particulares.

Además de lo anterior, esta Corte encuentra también que en esta Alzada se cometió el error de sustanciar la apelación como si se tratara de un recurso de amparo constitucional, como en efecto así se expresó en el auto de recepción del expediente enviado por el Juez a quo, de que resultaba conveniente seguir el procedimiento de Alzada de los juicios breves, "porque en el caso de autos se requiere un procedimiento breve y sumario que garantice la exigencia de celeridad indispensable en un recurso de amparo constitucional". Como se señaló anteriormente, tal no es la naturaleza de la acción deducida, sino la del recurso previsto en el ordinal 1º del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Estima la Corte, en consecuencia, que ha debido ejercerse la facultad de reducir los lapsos judiciales del procedimiento de alzada previsto de los artículos 162 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, si se consideraba urgente el asunto, como efectivamente se consideró, al aplicarle el procedimiento de alzada de los juicios breves; y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 *ejusdem*. Por esta otra razón, también debe ser anulado el procedimiento seguido ante esta Corte, en atención a lo dispuesto en los artículos 229, 232 y 233 del Código de Procedimiento Civil, y así se declara.

DECISION:

En razón de la motivación precedente, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, Declara con Lugar la apelación interpuesta por la Municipalidad del Distrito Sucre del Estado Miranda, en contra de la sentencia del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, de fecha 17 de diciembre de 1986, y su aclaratoria del 20 de enero de 1987, y en consecuencia:

Segundo: Se repone el procedimiento al estado de tramitar la demanda por el juicio de nulidad de los actos de efectos particulares.

Tercero: Se declara, en virtud de lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de urgencia el asunto; y por tanto, se ordena al Juez a quo, que una vez llegado el expediente disponga la publicación del Cartel de

emplazamiento de los interesados, y vencidos que sean los lapsos de comparecencia de dichos interesados, y de promoción y de evacuación de pruebas, que proceda a dictar sentencia, sin relación e informes, dentro de los diez (10) días siguientes.

Voto salvado de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó. Disiente de sus colegas por lo que atañe a la decisión contenida en el fallo que antecede de que no es aplicable el procedimiento del amparo tributario previsto en el Código Tributario, en el trámite de la acción de abstención o negativa contemplada en el ordinal 1º del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en el cual ha debido seguirse el correspondiente a los recursos de nulidad contra los actos de efectos particulares, por cuanto dicho texto legal le permite al juez señalar en los casos en los cuales no exista un procedimiento expreso, el que considere apropiado de acuerdo con su naturaleza. El procedimiento del amparo tributario se presenta, de acuerdo con el criterio de quien disiente, mucho más cónsono con la naturaleza de la abstención o negativa que el establecido para el recurso de nulidad contra los actos particulares. En efecto, en la abstención no hay acto contra el cual puedan hacerse valer las impugnaciones, que es lo característico del recurso de nulidad, y lo que se desea es una actuación de la Administración, cuya omisión ésta puede justificar en el momento de su comparecencia, disponiendo de todas las garantías para la defensa de sus intereses, ya que puede solicitar la apertura de una articulación probatoria en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil. Establecida como lo fue la facultad discrecional del juez de seguir el procedimiento que estime más apropiado según la naturaleza del caso, debe dejarse que él asuma la decisión al respecto; sin que ello obste a que tal decisión puede ser objeto de apelación ante el superior. De allí que corresponderá al que se sienta afectado por la escogencia del procedimiento (accionante o Administración) interponer oportunamente el recurso de apelación, que es lo que ha debido hacer la Municipalidad en el presente caso. Considera la disidente que establecer a través de criterios apriorísticos, límites a la libertad que la ley le acuerda al juzgador, resulta no sólo peligroso sino también contrario a la ley.

F. Apelación

CPCA

14-5-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

Procede la Apelación contra el amparo Tributario.

Señalan los apoderados actores que la apelación contra el amparo es improcedente por cuanto el procedimiento previsto para el recurso es el contemplado en el Código Orgánico Tributario cuyo artículo 210 niega en forma expresa la revisión del fallo.

Al efecto se observa que el Código Orgánico Tributario es aplicado sólo por vía analógica en el procedimiento del amparo constitucional. Ahora bien, la analogía rige exclusivamente para el trámite procedimental propiamente dicho, el cual entre otras cosas se adecúa a las condiciones específicas del caso. De allí que, mal puede extenderse esta fuente para exigir la aplicación de una norma restrictiva como lo es la denegación de la revisión del fallo. La anterior doctrina fue asentada por esta Corte en sentencia de fecha 28 de noviembre de 1985 (expediente número 85-4747) señalándose en esa oportunidad que no puede privar el procedimiento de los artículos 201

y 210 del Código Orgánico Tributario sobre las disposiciones expresas que rigen los procedimientos que ante ella se ventilan. Al efecto debe señalarse que si bien no existe una competencia específica de los juzgados contencioso-administrativos regionales para conocer de los recursos de amparo contra las autoridades estatales, sin embargo su competencia deriva, tal como lo exigiera la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia como elemento básico de la competencia de los jueces para asumir la jurisdicción contencioso-administrativa que el amparo representa, (en sentencia de fecha 20 de octubre de 1983), de su respectiva afinidad con la materia. De allí que, al tener los tribunales contencioso-administrativos regionales, como es el caso del a quo, competencia para los recursos contencioso-administrativos contra los Estados, tienen esta afinidad natural que los faculta para conocer del amparo constitucional planteado contra dichos entes territoriales. El mismo argumento debe llevar a la conclusión de que los fallos en las materias antes señaladas son recurribles ante esta Corte en la misma forma como lo son los de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, al faltar una legislación expresa sobre la materia del amparo, la fuente supletoria del derecho, tales como la analogía y la jurisprudencia constituyen el régimen aplicable. Por lo que atañe a la primera de las fuentes enunciadas la misma debe utilizarse tomando en cuenta la especificidad del tema. En relación con el procedimiento, por ejemplo, la indicada analogía y, así mismo lo que se desprende del artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, indican como apropiado el regulador del amparo tributario contemplado en el Código Orgánico Tributario en primera instancia; pero por lo que atañe a la revisión de los fallos la norma aplicable analógicamente es la que establece la propia Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que considera apelable por ante esta Corte las decisiones dictadas por los jueces superiores con competencia en lo contencioso-administrativo que versen sobre actos de los Estados. Debe observarse que el procedimiento seguido en segunda instancia ha sido en algunas oportunidades el previsto en la citada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como fuera en el caso presente; pero en otros se ha preferido, por su mayor celeridad, el de la apelación de los juicios breves prevista en el Código de Procedimiento Civil.

En base a las consideraciones que anteceden resulta improcedente el alegato del apoderado de la accionante y así se declara.

VI. LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. *Organos de la Jurisdicción*

A. *Corte Suprema de Justicia: Competencia*

CSJ-SPA (137)

28-4-87

Magistrado Ponente: Luis H. Farías Mata

Caso: Varios vs. Concejo Municipal del Distrito Silva del Estado Falcón.

El presupuesto de hecho para la procedencia del mecanismo procesal previsto en el artículo 146 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal radica en la existencia de una situación de "conflicto entre autoridades municipales que amenace la normalidad institucional de un Municipio", en razón de lo cual esta suprema instancia deberá pronunciarse acerca de la legitimidad de sus autoridades, poniendo fin de esta manera a la situación de conflicto y consecuentemente a la amenaza que exista sobre el normal desenvolvimiento de la vida institucional.

De esta forma, no basta para poner en marcha la previsión contenida en la citada norma la sola pretensión de que se pronuncie la ilegalidad de una decisión municipal, pedimento que encuentra otros cauces adecuados para procesarlo consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. Es menester, en efecto, que exista la situación de conflicto demostrable, y que ésta además sea de tal magnitud que amenace el normal funcionamiento de la administración municipal, para que pueda aplicarse el correctivo indicado en la señalada disposición legal.

B. *Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*

CSJ-SPA (134)

28-4-87

Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas

Caso: Asociación de inquilinos del Edif. VAM vs. Inquilinato.

La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo es un tribunal de única instancia en materia de nulidad de los actos administrativos emanados de los órganos cuyo control jurisdiccional le compete legalmente.

El recurso de hecho incoado en el presente caso recae sobre un auto dictado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo mediante el cual no se oye la apelación contra una decisión dictada por dicha Corte el 12 de agosto de 1985 que declaró desistidas las apelaciones interpuestas por la Asociación recurrente contra sentencia del Tribunal de Apelaciones de Inquilinato de fecha 17 de octubre de 1984 y se confirma en todas sus partes dicha decisión.

Se trata, pues, de una decisión dictada en alzada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con motivo de un procedimiento especial en materia inquilinaria seguido por ante un tribunal especial de lo contencioso administrativo, como lo es el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, y regido en ambas instancias por textos legales reguladores de dicho procedimiento (Reglamento de la Ley de Regulación de Alquileres y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

En efecto, salvo una aislada sentencia de fecha 18-2-81 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia anterior y posterior a ella dictada por esa misma Corte así como por este Supremo Tribunal, al igual que la doctrina administrativa mayoritaria, ha dejado claramente establecido que el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, por las razones ampliamente analizadas en diferentes fallos y que aquí se dan por reproducidas, es un órgano judicial y no administrativo y que, por la especialidad de su creación y la materia de la cual conoce, es un tribunal especial de lo contencioso-administrativo de cuyas decisiones conoce en alzada la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en virtud de la previsión contenida en el artículo 185, ordinal 4º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, observa la Sala que, aun en el supuesto alegado por la recurrente de hecho, de que el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato no fuese considerado un órgano jurisdiccional sino administrativo y, por ende, que sus decisiones fuesen actos administrativos recurribles de nulidad ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, tampoco, en este caso, la sentencia que dictare la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en conocimiento de tal asunto tendría apelación ante esta Sala Político-Administrativa, por impedirlo así el primer aparte del citado artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia según el cual "Contra las decisiones que dicte dicho Tribunal en los asuntos señalados en los ordinales 1º al 4º de este

artículo no se oirá recurso alguno. . .” esto es, que la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo es un tribunal de única instancia en materia de nulidad de los actos administrativos emanados de los órganos cuyo control jurisdiccional le compete legalmente.

2. *El Contencioso-Administrativo de los actos administrativos (Anulación)*

A. *Objeto*

CSJ-SPA (133)

28-4-87

Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas

Caso: Sociedad Mercantil Areneras Las Mercedes vs. República (Ministerio del Trabajo).

En la oportunidad de decidir la solicitud de suspensión de los efectos del acto impugnado, considera oportuno la Sala pronunciarse previamente acerca de su propia competencia para el caso sub-judice. Esta Corte, en fecha 5 de junio de 1986, al conocer de un recurso de nulidad interpuesto contra una decisión del Ministerio de Educación mediante la cual se procedió a descontar un día de salario a todos los trabajadores obreros al servicio de dicho Ministerio, declaró dicho asunto de naturaleza contenciosa del trabajo y calificó a la reclamación planteada ante esta jurisdicción como un conflicto “. . . en orden al reconocimiento de un pretendido derecho retributivo referente al descuento de un día de salario”. Declaró este Supremo Tribunal inadmisibile el señalado recurso contencioso-administrativo por ser los derechos pretendidamente lesionados de índole laboral, regidos por la Ley del Trabajo, aplicable esta normativa al fondo de la cuestión entonces planteada, y correspondiente, en consecuencia, a la jurisdicción del trabajo la resolución de tales litigios. (Caso FETRAEDUCACION).

Posteriormente la Sala ha tenido oportunidad de precisar el alcance del criterio contenido en ese fallo del 5-6-86, con ocasión de la demanda de nulidad interpuesta contra un acto del Ministerio del Trabajo, mediante el cual decidió se procediera a la convocatoria de una convención obrero-patronal para la actividad económica de las empresas de supermercados, abastos y automercados que operan en el Distrito Federal y Estado Miranda con el objeto de negociar y suscribir un Contrato Colectivo de Trabajo por rama de industria en escala regional. . .” (Auto del 30-3-87, caso Asociación Nacional de Supermercados y Afines), concluyendo la Sala que, en ese caso sí se trataba de un acto administrativo susceptible de ser recurrido de nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La naturaleza jurídica de la cuestión suscitada en el presente caso coincide con la antes referida, pues también se trata de un acto administrativo de efectos particulares dictado por el Ministro del Trabajo por el cual ordena someter a arbitraje un conflicto laboral planteado ante su Despacho. En efecto, sirvió de fundamento normativo a la impugnada providencia administrativa el Decreto Nº 440 de fecha 21 de noviembre de 1958 emitido por la Junta de Gobierno entonces constituida y dictado en consideración a la necesidad de “una fecunda paz social”, para lo cual el Estado, a través de su potestad de imperio, patrocinaría la realización de los Contratos Colectivos por Ramas de Industrias para uniformar las condiciones generales de trabajo.

De lo anteriormente expuesto, se observa que el caso sub-judice es de naturaleza administrativa y no directa y estrictamente laboral, ya que se refiere a la orden o mandato impuesto por el Estado a un particular para que someta la cuestión laboral planteada a un arbitraje de conformidad con lo previsto en la ley y no al Laudo Ar-

bitral que se produzca como consecuencia de tal orden o mandato, en cuyo supuesto sí carecería de competencia este Alto Tribunal con arreglo a la doctrina imperante a partir del 5 de junio de 1986.

En tal virtud, considera la Sala que se han llenado los requisitos reguladores de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues se trata de un recurso contencioso-administrativo de anulación, dirigido a impugnar un acto emitido por un órgano de la Administración Pública en ejecución de una norma de Derecho Administrativo como lo es el Decreto-Ley 440, y, por ende, su tramitación y decisión corresponde a este Supremo Tribunal y así se declara.

CPCA**19-3-87**

Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez

Caso: Hughes Services Venezuela C.A. vs. Comisión para el Registro de la Deuda Privada Externa.

Como punto previo, esta Corte considera que cuando la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia decidió la apelación de la declinatoria de competencia por ante esta Corte Primera, y resolvió que como no se recurre directamente contra el Decreto N° 61 —acto de efectos generales— el cual debió impugnarse con toda precisión y debía constar en el recurso la inequívoca e ineludible manifestación de impugnarlo, el presente recurso queda limitado, en el caso de autos, al acto de efectos particulares contenido en la Resolución y así también lo declara esta Corte.

CPCA**26-3-87**

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Caso: Edgard J. Orocopey vs. República (Ministerio de la Defensa).

Cuando el Presidente de la República ejerce su competencia de autoridad jerárquica superior de las Fuerzas Armadas Nacionales, realiza funciones administrativas, y los actos que dicte en cumplimiento de esta función, están sometidos al control de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El recurrente en escrito de fecha 19 de febrero de 1987, a través de su apoderado, alegó que el acto cuya nulidad se pretende no fue dictado por el Presidente de la República como "Jefe del Ejecutivo" sino como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, ni por el Ministro de la Defensa en "funciones ministeriales", sino como "Oficial en Servicio Activo de mayor graduación y antigüedad dentro de los cuadros activos de las Fuerzas Armadas". A este respecto, la Corte observa que cuando el Presidente de la República ejerce, de conformidad con el ordinal 3° del artículo 190 de la Constitución, en su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales, la suprema autoridad jerárquica de ellas, realiza funciones administrativas, y los actos que dicte en cumplimiento de esta función, están sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Además, tal función forma parte de la función ejecutiva del Presidente, y dentro de ella específicamente de la administrativa. Además; la función antes mencionada es propia del Presidente de la República como

órgano del Poder Ejecutivo e inseparable de tal condición. De modo que cuando el Presidente dicta una decisión, en ejercicio de su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, está actuando como Poder Ejecutivo Nacional, y no fuera de él; al igual que cuando ejerce cualesquiera otras funciones que le atribuye el artículo 190 de la Constitución. En este sentido la función militar como función administrativa sólo corresponde al Poder Ejecutivo Nacional, y dentro de él, específicamente al Presidente por mandato del Texto Constitucional. El criterio del apelante llevaría a una bipartición, que no tiene cabida constitucionalmente, de separar al Presidente de la República del Poder Ejecutivo, del cual es su Jefe por disponerlo el último aparte del artículo 181 de la Constitución, cuando se comporta como suprema autoridad jerárquica de las Fuerzas Armadas Nacionales. Tal criterio permitiría entonces considerar que existen dos funciones administrativas distintas, las típicamente administrativas cuando el Presidente ejerce las demás funciones que le otorga la Constitución, en cuyo caso sería Poder Ejecutivo Nacional, y las administrativas militares, que ejercería entonces como otro órgano público del Estado diferente del Poder Ejecutivo. No es posible, por tanto, establecer tal diferenciación para considerar que el acto cuya nulidad se pretende en este caso, no emanó de un órgano del Poder Ejecutivo, porque el Presidente lo dictó como la suprema autoridad jerárquica de las Fuerzas Armadas Nacionales, es decir, como Poder Ejecutivo.

Igual consideración, cabe hacer respecto a la actuación del Ministro de la Defensa, que es el órgano directo del Presidente de la República, a través del cual se cumplen sus órdenes como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales. En efecto, como Ministro es un órgano del Poder Ejecutivo Nacional y más propiamente de la Administración Central, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Administración Central. Por tanto, su intervención en la ejecución de las decisiones del Presidente de la República, cuando éste ejerza su competencia de autoridad jerárquicamente superior de las Fuerzas Armadas Nacionales, es también propia del Poder Ejecutivo Nacional, y no de un órgano que está fuera de él.

B. Admisibilidad

a. Legitimación

CSJ-SPA (120)

12-2-87

Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas

Cualquier ciudadano puede ostentar la condición de "legitimado activo para ejercer recursos de nulidad contra actos de efectos generales".

Designada Ponente por auto de 14 de octubre de 1986, la Magistrada que como tal suscribe, para decidir se observa:

Dos son los problemas básicos que plantea el presente recurso, a saber: el tipo de acto de que se trata y la legitimación requerida para impugnarlo.

En cuanto al primer punto, no cabe duda alguna de que el Decreto Nº 1.383 dictado el 2 de enero de 1976 es un acto jurídico reglamentario que emana del Presidente de la República, ya que se atribuye competencia a un organismo público gubernamental (Ministerio de Minas e Hidrocarburos), o sea que por su contenido es un acto de efectos generales y así se declara.

Establecido lo anterior y respecto a la legitimación activa para recurrir de ese tipo de actos, la Sala observa:

El artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece:

“Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley”.

La citada norma incorpora los actos de efectos generales en los términos que se señalan y claro está que de su texto resulta que dichos actos pueden tener carácter legal o reglamentario.

No puede hacerse por lo tanto ninguna discriminación porque sería contrario al espíritu de la norma. Conforme al artículo 4º del Código Civil, el intérprete de la norma legal debe atribuirle el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. De tal manera que entrarían en la categoría señalada por el citado artículo los Decretos del Presidente de la República de carácter reglamentario (normativo) situación ésta que se presenta en el caso sub-judice.

De lo anterior resulta que el recurrente sí tiene legitimación activa, ya que el Decreto es un acto de efectos generales y el artículo 112 transcrito no hace distinción entre los vicios de los cuales pueda adolecer el acto de inconstitucionalidad o de ilegalidad y vista asimismo la legitimación que exige dicha norma, ésta se correspondería perfectamente a la legitimación que se exige para intentar la acción popular.

“En este sentido, entiende la Sala, cuando se admite una legitimación amplia para el control de la legitimidad y de constitucionalidad de los actos de efectos generales, se está preservando de manera objetiva la plena vigencia del principio de legalidad al permitirse que cualquier interesado ponga en movimientos a los órganos competentes para garantizar la supremacía de las normas de mayor rango sobre disposiciones subalternas, y de este modo mantener la efectiva aplicación de las reglas básicas del Estado de Derecho”. (Sentencia Sala Político-Administrativa de fecha 10-11-86, Expediente Nº 2.440).

Por las razones expuestas se declara con lugar la apelación interpuesta contra el auto del Juzgado de Sustanciación de fecha 25 de setiembre de 1986 el cual queda revocado.

Con el presente pronunciamiento, por tratarse simplemente de una decisión de admisibilidad en cuanto ha lugar en derecho, no se adelanta ningún pronunciamiento respecto al fondo de la controversia y así se declara.

Voto salvado del magistrado Luis Enrique Fariás Mata. 1. Primera: Al admitir la Sala sentenciadora como legitimados para recurrir contra los actos de efectos generales a cualquier interesado —sin distingos—, está creando una real y verdadera acción popular por ilegalidad que hasta ahora —estimo— habría estado reservada en nuestro derecho positivo sólo a los recursos por inconstitucionalidad.

Segunda: Para llegar a esta conclusión tuvo la Sala que admitir previamente que vicios de inconstitucionalidad y de ilegalidad son una y misma cosa, cuando la idea contraria —la distinción entre unos y otros— parece animar más bien tanto (A) el contenido de nuestro derecho positivo: como (B) los principios sentados por la doctrina venezolana y (C) la propia jurisprudencia de la Corte. En efecto:

A) Así se desprende de, por lo menos, las siguientes *normas* de la *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*:

El artículo 181 que obliga a los actuales jueces superiores de lo contencioso administrativo a declinar el conocimiento del asunto en la Corte Suprema de Justicia cuando los recursos o acciones propuestas ante ellos contra “actos administrativos de

efectos generales o particulares, emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción" resultaren ser de inconstitucionalidad y no de ilegalidad, caso este último en el cual sí conservan esos tribunales intactas sus atribuciones en el conocimiento de dichos recursos. Por tanto, resulta también claro para el exponente que la propia Ley distingue y, además, desprende distintas consecuencias —en cuanto toca a la competencia, concretamente—, según se trate de violación de norma constitucional o de precepto de rango legal; e igualmente:

Los artículos 185 (ordinal 3º), concordado con el 42 (ordinales 10, 11 y 12), y 43 distinguen asimismo entre ambos tipos de vicios, y le asignan de igual manera diferente tratamiento en materia de competencia a los respectivos recursos: de ilegalidad, conoce la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo; de inconstitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia;

B) La doctrina venezolana ha hecho también tradicionalmente la distinción entre jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa:

"1º *Legitimación*. La primera diferencia fundamental la encontramos en la legitimación para recurrir. Mientras que la acción de ilegalidad requiere en el titular la presencia de, por lo menos, un interés legítimo, la de inconstitucionalidad puede ser ejercida por cualquier ciudadano. De allí que se la denomine 'acción popular'.

"2º *Disponibilidad*. La acción de inconstitucionalidad es indisponible, en el sentido de que una vez intentada no puede ser retirada por el accionante. Por el contrario, la acción de ilegalidad es disponible por su titular.

3º *Caducidad* . . . las acciones por ilegalidad de los actos administrativos caducan a los seis meses de la fecha de notificación o publicación del acto. La acción de inconstitucionalidad, por el contrario, no está sujeta a término alguno, por lo que puede intentarse en cualquier momento". (Doctrina de la Procuraduría General de la República —dictamen de 23.02.66— año 1966, p. 7).

Aunque las anteriores consideraciones se encuentran referidas a normativa anterior a la vigencia de la actual Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ellas descansan sin embargo sobre la base de la caducidad o no de las respectivas acciones, que también aparece en la ley vigente (art. 134). No caducan. —por de pronto, y luego distinguiremos— en principio los recursos objetivos, y sí los de carácter subjetivo.

C) *Jurisprudencia*, anterior y posterior a la puesta en vigor de la Ley de la Corte Suprema de Justicia, también aceptaba y acepta pacíficamente la distinción:

"Los ordenamientos jurídicos que como el nuestro admiten el recurso contencioso de anulación de actos administrativos, exigen como requisito procesal que el demandante ostente un interés.

Este interés es el que han de ostentar en los recursos de anulación de un acto administrativo las partes, entendiéndose por tales las que han establecido una relación jurídica con la Administración Pública, o a aquél a quien la decisión administrativa perjudique en su derecho o en su interés legítimo, que en el caso de la acción popular basta que sea de carácter simple. De allí que en el primer supuesto sólo puedan actuar los sujetos a quienes directamente afecte el acto administrativo, y en el segundo, en el recurso de inconstitucionalidad, cualquier ciudadano puede ejercer la acción para atacar el acto lesivo al interés general" (s. de 14 de marzo de 1960, "Doctrina de la Procuraduría General de la República-1964", pág. 166).

Igualmente la jurisprudencia sentada bajo la vigencia de la actual Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, distingue:

Así —con las naturales reservas que la actual formulación legal razonablemente provoca— Lares Martínez observa que: “En sentencia de 30.6.82, asunto Piña Rodríguez, la Corte en Pleno, al hacer un examen comparativo entre el recurso de inconstitucionalidad y el recurso contencioso de anulación, afirmó que “no ha podido ser la intención del legislador exigir la misma legitimación activa para deducir uno u otro recurso...” (Lares Martínez, Eloy: “Manual de Derecho Administrativo” 5ta. edición. U.C.V. Caracas, 1983, pág. 747).

Por otra parte, no parece al autor del presente voto salvado que la decisión de la Corte de 24.4.80 (“Fiscal General de la República”, en S. P-A), base fundamental del auto del cual disiente, resulte ajena a la distinción, puesto que se trataba, en el caso concreto, de un Decreto del Presidente de la República que, como lo reconociera más tarde la Corte —CENADICA (S. S-P) de 28.6.83; Alvaro Gené Sojo (Corte Plena), de 13.12.85—, merece el procesamiento de acción popular, tramitable en jurisdicción constitucional, por cuanto si el Jefe de Estado, al reglamentar la Ley altera el espíritu, propósito y razón de ésta, incurre en vicio de inconstitucionalidad —y no solamente de ilegalidad— por haber desvirtuado de manera *directa e inmediata* el precepto constitucional (artículo 190, ordinal 10º), que le atribuye esa facultad pero *condicionada* siempre al respeto de la legalidad que desarrolla.

Tercera: Quiere dejar bien sentado el autor del presente voto salvado que no está de acuerdo con esa equiparación entre recurso de inconstitucionalidad y de ilegalidad ni con la pareja consecuencia de identificación entre una y otra jurisdicción, pues si —como señalaran los proyectistas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia— toda inconstitucionalidad es en suma una gran ilegalidad, la recíproca no es idénticamente admisible: aunque sea por el rango de la jerarquía de la norma violada, no toda ilegalidad alcanza a ser una inconstitucionalidad.

Además, la jurisdicción contencioso-administrativa está destinada al procesamiento de los actos administrativos por ilegalidad —no por inconstitucionalidad—, y ello por una simple razón: sea cual fuere el concepto de acto administrativo que tengamos, éste último surgirá siempre de la ejecución directa e inmediata de la ley, e incluso así lo reconoce el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos cuando lo define como declaración de *carácter general* o particular emitida *de acuerdo con la ley*. Este concepto formal de distinción entre los actos conforme al rango de la norma que ejecutan (si constitucional, se produce un acto de rango legal o asimilado a ella; si legal, se origina un acto administrativo), se encuentra en la base de la sentencia de la Corte en Sala Político-Administrativa de 28.6.83 (CENADICA, G.F. 120, p. 545) y, en cierta forma, insufla la de Corte Plena del 13.2.85 (Caso: “Alvaro Gené Sojo”). De ahí que cuando un tribunal conozca de actos encausados por inconstitucionalidad se encuentre actuando en un recurso de la misma índole, y en jurisdicción constitucional, —en tanto que si ante otro, o aun ante el mismo órgano judicial— se tramita un proceso por violación de ley, está conociendo y juzgando en vía contencioso-administrativa, vale decir de ilegalidad.

La circunstancia de que en Venezuela no existan órganos monopólicamente depositarios de la jurisdicción constitucional (Cortes constitucionales de España y Francia, por ejemplo) y de que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establezca idénticos procedimientos para tramitar los recursos de inconstitucionalidad y de ilegalidad contra actos de efectos generales y particulares, esa sola circunstancia no autoriza sin embargo —pienso— a asimilar: ni la naturaleza de los actos impugnados, ni los recursos que contra ellos se intenten; y parece al exponente que el auto del cual se disiente incurre en esa equiparación, indebida a juicio del autor del presente voto salvado.

Cuarta: Considera asimismo el exponente que el trascendente auto de fecha 12.2.87, origen del presente voto salvado, debió haber entrado en el análisis de la polémica frase del legislador (art. 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de

Justicia), que confiere la acción de nulidad de los actos de efectos generales a la persona "afectada en sus derechos e intereses...". En efecto, ha sido precisamente dicha frase la que ha provocado en la doctrina venezolana la afirmación —contradictoria en su propia formulación, a mi juicio— de que esa Ley redujo la acción de inconstitucionalidad a una acción "popular restringida", ambigua terminología contraria a lo que clásicamente se ha entendido por acción popular: "la que ejerce un ciudadano como tal, que no defiende su patrimonio propio, sino que actúa *ubi civis*, en cuanto ejercita un derecho que pertenece a todos los ciudadanos, y que puede ser ejercido singularmente por cada uno de ellos" (Pérez Luciani, Gonzalo: "El Control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela". UCV. Caracas. 1979. Pág. 144). Los autores nacionales han estado esperando, desde la promulgación misma de la Ley, un pronunciamiento nítido de la Corte al respecto:

"La consagración de un recurso de ilegalidad para impugnar los actos administrativos generales puede decirse que es característica del sistema venezolano. Prácticamente la totalidad de los ordenamientos extranjeros desconocen una acción o recurso de esta naturaleza. El control jurisdiccional sobre estos actos se ejerce con ocasión de impugnar el acto particular dictado en ejecución del acto general ilegítimo. En tales casos, se impugnan conjuntamente los dos actos, general y particular, o puede solicitarse la desaplicación del acto general. La razón es muy sencilla: los actos generales, como tales, no pueden, en principio, lesionar de manera concreta y actual la esfera jurídica de un ciudadano. De allí que no exista ningún interés actual en recurrir contra tales actos generales y por consiguiente, se rechace un recurso de esta naturaleza, por aplicación de las normas procesales generales (art. 14, Código de Procedimiento Civil).

"Este problema se plantea también, en similares términos, con los recursos por ilegitimidad constitucional de las leyes y demás actos legislativos generales. De allí que al consagrarse las normas correspondientes a estos recursos contra actos generales, la jurisprudencia y la doctrina venezolana hayan manifestado unánimemente que la interposición de tales recursos correspondía o equivalía al ejercicio de una acción popular. "El interés procesal se ha considerado como uno de los elementos o requisitos constitutivos de la acción, por lo que suele decirse que no hay acción si no hay interés.

"La doctrina reconoce que en algunos casos de excepción puede el acto general lesionar o incidir sobre un derecho, o sobre una situación jurídica de un sujeto o sobre un bien.

"Estas cuestiones hacen difícil explicar la norma del artículo 112 de la LOCSJ, que exige no sólo la capacidad procesal en el solicitante de la nulidad del acto general, sino que también requiere que el recurrente haya sido afectado en sus derechos o intereses por el reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales. *Será sólo la evolución posterior de la jurisprudencia de la Corte Suprema la que tenderá a señalar los alcances de disposiciones que parecen inaplicables* (subrayado nuestro).

"El recurso contencioso-administrativo de ilegalidad contra los actos generales se ha visto favorecido por la norma del artículo 134 de la LOCSJ, que establece que el recurso podrá intentarse en cualquier tiempo. De acuerdo a la normativa anterior, sólo era claro que cuando se trataba del vicio de inconstitucionalidad no existía ningún lapso preclusivo. La norma que establecía el lapso de caducidad de los recursos contra los actos administrativos no distinguía entre actos generales o particulares, por lo que al parecer debería extinguirse en el breve plazo de seis meses" (Pérez Luciani, ob. precedentemente citada, págs. 143 a 144).

También Lares Martínez manifiesta:

“La jurisprudencia del más alto Tribunal no ha definido hasta hoy la legitimación activa requerida para el ejercicio de las acciones de nulidad dirigidas contra actos de efectos generales, si bien es evidente la tendencia de la Corte a interpretar restrictivamente esas limitaciones, es decir, a ampliar las posibilidades del ejercicio de dichas acciones” (citado “Manual . . . , p. 747).

Quinta: Parece asimismo al exponente que, en el auto del cual disiente, dejó también la Sala sin analizar la aparente incongruencia entre los artículos 134, por una parte, y el 115, concordado con el 84 (ordinal 3º), de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por la otra. Conforme a estos dos últimos, el Juez de Sustanciación podría aplicar, *in limine litis*, a un recurso contra actos de efectos generales la sanción de inadmisibilidad por caducidad de la acción. En tanto que el 134 no somete a plazo de caducidad alguno las que se intentan contra ese tipo de actos. ¿Cómo resolver esa contradicción? El auto del cual se disiente, la deja pasar inadvertida, pero tiene trascendencia, a juicio del exponente.

En efecto, y como ya se ha esbozado en páginas anteriores, conforme a nuestros principios jurídicos tradicionales existe una correlación entre recursos *objetivos*, *legitimación* para intentarlo y plazo de *caducidad* del mismo; y siempre habíamos reservado sólo al recurso por inconstitucionalidad contra actos de efectos generales esas mismas características de objetivo, abierto a todos (acción popular) y no sometido a plazo de caducidad. En cambio, el contencioso administrativo (de ilegalidad) contra actos generales dictados en ejecución directa e inmediata de la ley (por ejemplo: los reglamentos *diferentes* de aquellos emanados del Presidente de la República en ejecución directa e inmediata de la ley, mas con base en un mandato directo e inmediato —pero condicionado— de una norma constitucional), lo hemos considerado recurso *subjetivo*, accesible sólo a los titulares de *derechos subjetivos o de intereses legítimos* y, como actos administrativos que son —entre nosotros, esos reglamentos—, la acción para impugnarlos se encuentra sometida en las sucesivas leyes que han regulado la materia a un *plazo de caducidad de seis meses*.

En otras palabras a falta de una declaración más explícita del legislador (y no ambigua, como la del art. 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), el plazo de caducidad al cual el legislador someta un acto administrativo (artículos 115 y 84 —ordinal 3º— *ejusdem*) evidenciaría que estamos en presencia de un recurso subjetivo y, por tanto de legitimación activa relativamente restringida: conferida sólo a los titulares de derechos subjetivos y aún a quienes puedan alegar un interés legítimo lesionado por el acto que se impugna, pero que no autorizaría a cualquier interesado (acción popular) para impulsar legítimamente dicho recurso, cuyo carácter “subjetivo” se revela por el hecho de estar sometido a caducidad, como se ha dejado dicho.

Esa señalada doble correlación entre: por una parte, plazo de caducidad, recurso subjetivo y legitimación activa restringida; y, por la otra, entre ausencia de caducidad, recurso objetivo y legitimación activa amplísima (acción popular), ha sido tradicionalmente puesta de relieve entre nosotros.

En efecto, nuestra *doctrina* ha expresado:

“Por legitimación activa se entiende la aptitud de una persona para ser sujeto activo de una relación procesal en la que se ventila un derecho del que afirma ser titular. Trasladado este concepto al campo de lo contencioso-administrativo, la cuestión se plantea en los términos siguientes: ¿Quién está facultado para pedir a los órganos jurisdiccionales competentes la declaratoria de nulidad de un acto ilegal emanado de la Administración? Según que la respuesta comprenda a todos los ciudadanos o sólo a un número determinado de ellos, nos encontramos res-

pectivamente ante dos tipos diferentes de recursos contenciosos: 1º) El recurso objetivo, ejercitable por toda persona hábil en derecho y 2º) El recurso subjetivo, concedido solamente a quien el acto ilegal perjudique en un interés tutelado por la ley y el cual debe ser demostrado al promover el juicio.

“...El Estado necesita, por razones de estabilidad y seguridad jurídica, que los actos de la Administración adquieran firmeza en un momento dado, y por ello impone a la acción de nulidad que puede intentarse contra ellos una doble limitación: la de la caducidad y la de la legitimación activa en cabeza de unos pocos. Por ello, también es raro encontrar hoy día la consagración legal positiva del recurso objetivo, que por su generalidad se asemeja al recurso extraordinario de inconstitucionalidad” (Doctrina de la Procuraduría General de la República. 1964, págs. 166 a 167).

Aparece asimismo de la *jurisprudencia* venezolana. En efecto, aparte de las ya citadas *supra*, decisiones de 14 de marzo de 1960 (Corte Federal) y de 30.6.82 (Sala Político-Administrativa), se encontraría implícita también en la 21.2.64 (S. P-A: “José Enriqu  Moreau Meyer contra Acuerdo del Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda).

Consideraciones, las expuestas, que han llevado al exponente a disentir respecto del precedente auto, pero que lo obligan también, por tratarse de un voto salvado, a exponer las ideas que a su juicio debieron haber conformado una decisión que, salvando las ambigüedades y contradicciones respecto al punto señaladas, concluyera en el rechazo del recurso por la Sala sentenciadora, con base en la ausencia de legitimación para sustentarlo, al tratarse —piensa el exponente— de una acción de ilegalidad, no de inconstitucionalidad, la interpuesta por el abogado Burgos Romero, sólo abierta —según nuestros parecer— a los interesados legítimos y no a los simples interesados (estimables defensores del interés general), como lo es el actor.

II. Considera el autor del presente voto salvado:

1º A pesar de que en Venezuela se ha sostenido lo contrario, el artículo 206 de la Constitución no resuelve el problema de la legitimación activa en los recursos de anulación. Sí habilita en cambio sólo a los titulares de situaciones jurídicas subjetivas para requerir judicialmente los correspondientes pronunciamientos de restauración de esas situaciones o de indemnización compensatoria en caso de alteración de las mismas. Quedó así librado al legislador el establecimiento del régimen sobre la materia.

2º En ausencia de una ley especial dedicada a normar integral y sistemáticamente el contencioso administrativo general, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ha tratado de suplirla parcialmente consignando principios reguladores del procedimiento de esa índole que se desarrolla ante la Corte y, por vía de “disposiciones transitorias”, extendiéndolos incluso hasta el contencioso administrativo tramitable ante tribunales afines: Corte Primera de lo Contencioso, Juzgados Superiores en la materia, tribunales de primera instancia en ciertos casos.

3º La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia dejó establecido en una norma de relativamente fácil interpretación —el artículo 121— las condiciones exigibles al impugnante de un acto de efectos individuales. Nuestra jurisprudencia ha concluido que son las de los titulares de derechos subjetivos o, en su caso, incluso las de los interesados legítimos, interpretación que la Corte ha realizado con base en el señalado artículo 121, en el 111 *ejusdem* y en conexión con el 22 y el 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. A los simples interesados queda en este caso la posibilidad de acudir al Fiscal General de la República o a otro funcionario legalmente autorizado para ello, a fin de que instauren el recurso (véase s. S. P-A de 3.10.85, caso: “Iván Pulido Mora”).

4º En cambio, todas las dudas anteriormente expuestas acompañan la interpretación del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, destinado a fijar las condiciones de legitimación activa en los casos de impugnación de actos de efectos generales, pues, si de una parte expresa el mencionado artículo que el recurso se encuentra abierto a toda persona plenamente capaz (acción popular), luego acota casi a renglón seguido que sólo a las afectadas en sus derechos o intereses. Acudir a la ausencia de caducidad para deducir de allí que se trata de un recurso objetivo, no ayuda demasiado, pues, si bien parece darlo a entender expresamente el 134 *ejusdem*, en cambio el 84 (ordinal 3º) —concordado con el 115— admite la posibilidad de que recursos contra actos de efectos generales sean declarados inadmisibles por el Juez —incluso *in limine litis*— en razón de la caducidad del mismo.

5º Pienso que la solución del problema se encuentra entorpecida por la empeñosa tarea de identificar inconstitucionalidad con ilegalidad y jurisdicción constitucional con jurisdicción contencioso administrativa; en cambio si distinguimos entre una y otra queda resuelto. Y piensa el exponente que el texto autoriza a realizar la distinción, pues habla de “inconstitucionalidad o de ilegalidad”, así como de “toda persona plenamente capaz” o de las “afectadas en sus derechos o intereses”, con todo lo cual podría entenderse respecto de los actos de efectos generales: que los recursos contra ellos por inconstitucionalidad se encuentran abiertos a todos, hasta a los afectados en sus simples intereses (acción popular, recurso objetivo); en tanto que los de ilegalidad, como el de autos estarán reservados sólo a los lesionados en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos (recurso subjetivo) y serán, además, pasibles de la causal de inadmisibilidad por caducidad de la acción prevista en el ordinal 3º del artículo 84 —por remisión del 115— de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con lo cual la aparente contradicción entre una y otras normas (estas últimas y el 134) quedaría salvada. Y, asimismo, se entendería mejor el sentido del artículo 112: los recursos por inconstitucionalidad, contra actos de efectos generales permanecerán abiertos a toda persona plenamente capaz, como lo ha reconocido la jurisprudencia suprema; en tanto que la legitimación para intentar una acción por ilegalidad —como la de autos— contra esos mismos actos restaría reservada sólo a las personas afectadas en sus derechos subjetivos administrativos o en sus intereses legítimos, pero no a los simples interesados (como sí lo estarían las acciones por inconstitucionalidad).

6º Aun con esta interpretación permanecerían incólumes los principios sentados por la sentencia de 24.4.80 (“Fiscal General de la República”) porque en el caso se trataba de recurso contra un acto (Decreto del Presidente de la República) recurrido en vía constitucional por haber violado el autor del mismo, de manera directa e inmediata, norma suprema.

III. Ya analizando el problema desde un punto de vista puramente pragmático, estima el exponente que con esta extensión de la acción popular a los recursos por ilegalidad se está actuando en sentido contrario al del proyectista, que intentó —sin lograrlo, según lo ha declarado nuestra jurisprudencia suprema— restringirla. Ahora en cambio, en virtud de lo decidido en el precedente auto, se está dando esa extensión aun a los actos administrativos generales afectados de ilegalidad, lo que seguramente va a entorpecer, más, e innecesariamente, el trabajo de la Sala.

b. *Documentos que deben acompañarse al libelo*

CPCA

25-5-87

Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez

No puede admitirse ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible.

Siendo entonces la oportunidad para decidir, esta Corte pasa a hacerlo previa las consideraciones siguientes:

1. *Solicitud de reposición:*

Como cuestión previa, la demandada ha alegado que esta Corte se avocó al conocimiento de la presente causa sin que la parte actora hubiere acompañado los documentos indispensables que permitieran comprobar previamente si el Estado Venezolano tiene o no participación decisiva en el capital social de CORPOVEN, C.A., a fin de establecer la admisibilidad de la acción propuesta. En base a este razonamiento, la demandada solicita la reposición de la causa al estado de corregir dicho vicio,

Al respecto, esta Corte observa:

De conformidad con lo previsto en el Artículo 84, Ordinal 5º) de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible. En criterio de la demandada, la accionante ha debido comprobar previamente si el Estado Venezolano tiene o no participación decisiva en el capital social de CORPOVEN, S.A. y, en base a ello, solicita la reposición en la forma antes señalada.

Ahora bien, de acuerdo a la interpretación sistemática del Ordinal 5º) del Artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los documentos que en general deben acompañarse al libelo dependen del tipo de recurso que se ejerza, así, si se trata de un recurso contencioso-administrativo de anulación, deberán acompañarse los documentos que comprueben el agotamiento de la vía administrativa por el ejercicio de los recursos internos, o que comprueben que el acto administrativo causó estado o que demuestren que se intentaron los recursos administrativos necesarios y ha habido silencio de la Administración. Si se trata de una demanda contra la República, deben acompañarse al libelo los documentos que acrediten el cumplimiento del procedimiento administrativo previo a tales demandas. Por lo demás, al libelo deben acompañarse los documentos que así lo exijan las leyes especiales, pero en ningún caso está obligado el accionante a acompañar documentos que comprueben la participación accionaria decisiva del Estado en una empresa como CORPOVEN, S.A., por ser un hecho público y notorio que las acciones de esta compañía pertenecen en su totalidad a la empresa Petróleos de Venezuela, S.A., como consecuencia de la estructura organizativa que en nuestro país tiene la industria petrolera, de acuerdo con la Ley Orgánica que Reservó al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos.

En efecto, de conformidad con el Artículo 5 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, "El Estado" ejercerá las actividades señaladas en el Artículo 1 de dicha Ley (Exploración del Territorio Nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; exploración de yacimientos de los mismos, manufacturas, refinación transporte, comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas) directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad.

Pero además, conforme a lo previsto en la Cláusula 3 del Documento Constitutivo-Estatutos de CORPOVEN, S.A., el capital ha sido totalmente suscrito y pagado por Petróleos de Venezuela, S.A.; de acuerdo a la Cláusula 37, el Presidente de Petróleos de Venezuela, S.A., el Vice-Presidente o cualquier otro miembro del Directorio de dicha empresa que ésta designe, ejercerá la representación de las acciones en la Asamblea y la presidirá, y en la misma Cláusula se prevé que Petróleos de Venezuela, S.A. podrá reservarse el manejo de las finanzas de la sociedad. Dichos Estatutos Sociales de CORPOVEN, S.A., fueron aportados por la misma demandada durante el período probatorio, por lo cual resulta a todas luces contradictorio la solicitud de reposición formulada, en virtud de las circunstancias antes señaladas; la notoriedad de la organización de la estructura de la Industria petrolera venezolana, su previsión en una Ley Orgánica y el propio reconocimiento de la demandada al consignar los Estatutos Sociales de la Compañía en el lapso probatorio.

Cuestión muy diferente lo es, en cambio, si la circunstancia de que las acciones de CORPOVEN, S.A. pertenezcan a Petróleos de Venezuela, S.A., y no directamente a la República, harían procedente una declaratoria de incompetencia por parte de esta Corte, pero como ello ha sido objeto de una excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, la misma será analizada al considerar dicha excepción. Por las razones expuestas, se declara sin lugar la solicitud de reposición formulada por la demandada.

C. Procedimiento

a. Carácter

CSJ-SPA (101)

10-3-87

Magistrado Ponente: Luis H. Farías Mata

Caso: Augusto Ventura vs. Impuesto sobre la Renta.

Para decidir la Corte observa: El procedimiento establecido por la ley para la tramitación de un proceso, sobre todo si es de índole judicial, obra como garantía de seguridad tanto para la Administración como para el administrado. En este sentido, la no observancia del mismo crearía desconcierto pues no sabrían las partes a qué atenerse en cuanto a la tramitación de los asuntos. Dentro de ese procedimiento judicial la rigurosidad de los lapsos procesales libra a las partes de sorpresas que pudieren impedir u obstaculizar su debida y recíproca defensa. He aquí el sentido de la noción "procedimiento-garantía" tan celosamente respetada por este Supremo Tribunal tanto en lo que respecta a la conformación de las actuaciones administrativas como por lo que toca a la revisión de las mismas en vía jurisdiccional ya sea administrativa o judicial.

En este orden de ideas el escrito presentado por el apoderado del recurrente con el propósito, según consta en autos, de formalizar la apelación interpuesta por su representado en atención a lo establecido en el tantas veces nombrado artículo 162, no puede ser estimado por la Corte pues, conforme a las prescripciones contenidas en la parte final del mismo texto legal, su extemporánea presentación es asimilada por el legislador al desistimiento de la apelación. En efecto, los términos de la norma son tan contundentes que no cabe otra interpretación: "si el apelante no presentare el escrito en el lapso (de diez audiencias) indicado, se considerará que ha desistido de la apelación y así lo declarará la Corte, de oficio o a instancia de la otra parte".

b. *Suspensión de efectos del acto recurrido*

CSJ-SPA (116)

30-3-87

Magistrado Ponente: Domingo A. Coronil

Caso: ANSA vs. República (Ministerio del Trabajo).

El artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia permite la suspensión provisional, por vía judicial, de los efectos de un acto administrativo impugnado. Asimismo, la norma referida, prevé para la procedencia de la suspensión excepcional, que la misma sea indispensable para evitar que la ejecución del acto produzca perjuicios de imposible o de difícil reparación por la definitiva, si luego el acto es anulado, y en esa inteligencia la Corte, en múltiples ocasiones, ha suspendido los efectos de actos administrativos atendiendo a la expresa consideración de los daños palpables que podrían producirse por la ejecución del acto respectivo.

Ahora bien, corresponde a este Máximo Tribunal valorar o apreciar la dimensión de esos posibles daños y la irreparabilidad o dificultad de reparación en el asunto sometido a su consideración en esta oportunidad.

En el caso sub-judice, y como consecuencia de los efectos que produce la Resolución impugnada, en cuanto impone proceder a la Convocatoria de la Convención Obrero-Patronal en un lapso de treinta (30) días —artículo 3º del Decreto Nº 440—, aducen los representantes de la Asociación Nacional de Supermercados y Afines (ANSA), que en cumplimiento de las disposiciones anotadas, el Ministro del Trabajo, vencido el lapso de 50 días a que se refiere el artículo 13 ejusdem a solicitud de los Sindicatos o de oficio, someterá la controversia a una Comisión de Arbitraje, la cual debe dictar un laudo: “creador de situaciones jurídicas y derechos subjetivos para los trabajadores, que, de declararse luego por esta Sala la nulidad del acto de la convocatoria, originará un caos laboral, atentando contra la base misma que trata de normar la contratación por rama de industria. ¿Cómo desconocer luego a los trabajadores, las reivindicaciones que obtengan a través del laudo?”.

Para fundamentar la necesidad de la suspensión de los efectos alegaron que la decisión impugnada: “obliga a asistentes y no asistentes y culmina en un lapso brevísimo (60 días), que puede desembocar en un laudo arbitral a la par que impide la adopción de una serie de medidas por parte de los patronos afectados (Artículo 12, Decreto Nro. 440) y puede hacerse extensiva también por decisión del Ejecutivo Nacional a todas las empresas de la misma rama industrial (Artículo 21, Decreto Nro. 440)”.

En efecto, vencidos los lapsos a que se refieren los artículos 11 y 13 del Decreto Nº 440, y una vez en marcha el mecanismo arbitral previsto por dicho cuerpo normativo, sería de obligatorio cumplimiento el laudo o decisión arbitral, emitido dentro del término de ley, por la Junta de Arbitraje —artículo 17 ejusdem—. Esa decisión, podría igualmente producirse, a pesar de que algún sector de los que tienen derecho a presentar candidato a integrar dicha Junta se negase a postularlo, ya que corresponde en definitiva la designación de esa Comisión de Arbitraje al Ministro del Trabajo; por este medio podrían imponerse obligaciones, acreencias y cargas a la recurrente que la eventual declaratoria con lugar de este recurso no podría modificar, por ello juzga la Sala que el perjuicio alegado por la recurrente envuelve para ésta un daño de difícil reparación por la sentencia definitiva, tal como lo exige, para la solicitada suspensión, el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En virtud de lo expuesto, esta Sala Político-Administrativa considera que en el caso analizado concurren las circunstancias previstas en el artículo 136 ejusdem y, en consecuencia, declara con lugar la suspensión solicitada. Se advierte que la falta de

impulso procesal adecuado por parte de la actora, dará lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio.

Publíquese, regístrese, y comuníquese. Pásese el expediente al Juzgado de Sustanciación, a los fines de Ley.

CPCA

28-5-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Caso: Asociación Cooperativa mixta Centro Regional de Abastecimiento y Mercado Centro Occidental vs. República (Ministerio del Trabajo. Comisión Tripartita).

De lo expuesto surge para esta Corte, la presunción grave sobre la existencia del riesgo, de difícil reparación, de que de ser reintegrado el trabajador al cargo de Gerente, sobre el cual incluso no existe controversia, porque así se reconoció en la propia decisión impugnada, que el trabajador pueda realizar algunas de las funciones que son propias de dicho cargo. Independientemente de que puedan calificarse de dirección, de confianza o de representación del patrono, también puede inducirse que por lo menos las funciones de Gerente en cualquier organización resultan ser importantes para la marcha de su organización y para el orden internos. Además, sin entrar a determinar cuáles eran en verdad las labores desempeñadas, puede observarse que el mismo trabajador reconoce, en el procedimiento administrativo, que algunas cuentas corrientes de la Cooperativa podían movilizarse con su firma (Folio 20 vuelto). Puede presumirse, entonces, que es posible que de alguna forma u otra, de ser reincorporado el trabajador a su cargo de Gerente de la Cooperativa, tenga que realizar alguna de estas operaciones. En consecuencia, es fundada la solicitud de suspensión, dado que para la buena marcha de la Cooperativa se requiere un mínimo de entendimiento entre el Gerente y el Consejo Directivo.

Por lo demás, como se expresó, en la decisión de la Comisión Tripartita de Primera Instancia, y en la promoción de pruebas del propio trabajador en el procedimiento administrativo, aparece que paralelamente al reclamo de calificación de despido, cursa un juicio laboral por el pago de prestaciones sociales dobles. Por tanto, de no suspenderse el acto impugnado, y de reengancharse el trabajador a sus labores de Gerente, la Cooperativa tendría que pagar salarios caídos, y por otro lado, también prestaciones, según lo que resuelvan los Tribunales del Trabajo, como si en verdad se hubiera producido en definitiva el despido. En otras palabras, se corre el riesgo de difícil reparación, de no suspenderse la decisión recurrida, que por un lado se le ordene a la empresa que pague prestaciones sociales por el despido, y por el otro, que proceda a reenganchar al trabajador y a pagarle salarios caídos, como si hubiera continuado el contrato de trabajo. A esto se suma la demora de casi un año en que incurrió el Ministerio del Trabajo en remitir el expediente administrativo, que impidió que esta Corte admitiera la demanda de nulidad y resolviera oportunamente sobre la suspensión solicitada. Esta demora, sumada al trámite administrativo, ciertamente que incrementó la suma que por salarios caídos debe pagar la susodicha Cooperativa de no suspenderse el acto impugnado. En consecuencia, considera la Corte que sí existen elementos para justificar que se suspendan los efectos de la decisión cuya nulidad se solicita, y así se declara.

D. *Sentencia*

CPCA

7-5-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

Caso: Pedro Pérez Guzmán vs. República (PSDLR).

A efecto de la motivación del fallo en materia contencioso-administrativa no es necesario que se señale e identifique todos y cada uno de los documentos en los cuales se base dicho fallo.

Al efecto, cabe señalar que para que un fallo en materia contencioso-administrativa, en la cual el expediente administrativo constituye un elemento fundamental de la litis, esté motivado, no es necesario que señale e identifique todos y cada uno de los documentos en los cuales se base, bastando con que el razonamiento lógico haga referencia clara e indubitable a los actos del expediente constantes en autos, como sucediera en el caso presente, por lo cual resulta infundada la impugnación y así se declara.

CSJ-SPA (105)

24-3-87

Magistrado Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas

Caso: "AGIA S.A. vs. República.

La violación de los artículos 12 y 162 del Código de Procedimiento Civil (al ignorar el Juez el contenido de las pruebas documentales) da lugar a la reposición de la causa.

Ahora bien, los jueces están en el impretermitible deber de analizar y valorar todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes en el proceso, sin que les esté permitido en ningún caso acoger unas e ignorar las otras, porque de obrar así estarían violando los artículos 12 y 162 del Código de Procedimiento Civil.

De la lectura del fallo recurrido se evidencia que en él sólo fueron analizadas y valoradas de las pruebas aportadas por la demandante, las de inspección ocular y de experticia, desechando ambas, pero guardando absoluto silencio respecto de la prueba documental que ella trajo oportunamente a los autos junto con su libelo de demanda, entre los que aparecen, a los folios 10, 11 y 12 los oficios que señala la recurrente en su formalización.

Al ignorarse el contenido de esta prueba documental, se violan los artículos 12 y 162 del Código de Procedimiento Civil, que señalan las pautas que todo juez debe seguir y respetar al momento de pronunciar su sentencia.

Las citadas disposiciones son normas de orden público, de insoslayable cumplimiento por parte de los jueces y, consiguientemente, su quebrantamiento da lugar a la reposición de la causa, conforme al segundo párrafo del artículo 230 del Código de Procedimiento Civil. Dado el carácter de orden público del cual están investidas estas normas, la reposición puede ser decretada de oficio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil. (Sentencias de la Sala de Casación Civil de fechas: 15-11-61. G.F. Nº 34. pág. 122 y 24-5-62. G.F. Nº 36. pág. 94).

La apelante señala expresamente dichas violaciones de leyes de orden público, aunque sin mencionar los números de los artículos ni pedir la reposición, cuando en su

escrito de formalización expresa (folio 196): "Este evidente desconocimiento de las pruebas de autos y del mismo contenido de la litis, tal como fue planteado por las partes, evidencian que la sentencia apelada no decidió con arreglo a las acciones deducidas y a las excepciones o defensas opuestas, ni se atuvo a lo alegado y probado en autos".

Por todo ello, la Sala considera procedente la reposición de la causa al estado de que la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, dicte nueva sentencia de primera instancia, subsanando los vicios anotados en este fallo, todo de conformidad con los artículos 230, segundo párrafo, 233 y 163 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide.

E. *Apelación*

CPCA

7-5-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Caso: Varios vs. Inquilinato.

El plazo para ejercer el recurso de apelación en contra de las decisiones de los tribunales Contencioso-Administrativos, debe computarse por días de despacho y no por días calendarios consecutivos.

En atención a lo dispuesto en el Acuerdo con fuerza de efectos obligatorios dictados por la Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 19 de marzo de 1987, los lapsos en los juicios contenciosos administrativos regidos por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los días de audiencias deben entenderse como de despacho. Por tanto, el plazo para ejercer el recurso de apelación en contra de las decisiones de los Tribunales Contenciosos Administrativos, que conocen esta Corte, en atención a lo dispuesto en el Ordinal 4º del Artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, así como en contra de las sentencias de los Juzgados Superiores Civiles y Mercantiles y de lo Contencioso Administrativo de las ocho Regiones en que se dividió la Jurisdicción Contencioso Administrativa según el Decreto N° 2.057 de fecha 23 de marzo de 1977, que también conoce esta Corte en atención al último párrafo del Artículo 181 ejusdem, debe computarse por días de despacho y no por días calendarios consecutivos, y así se declara.

F. *Perención*

CPCA

19-3-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Caso: Olga Silva R. vs. INAVI.

En el procedimiento Contencioso-Administrativo. "La Perención" no opera después de que se haya dicho "VISTOS".

Para resolver la Corte observa: De acuerdo a lo que esta Corte ha asentado, el principio general en materia de perención en los procedimientos contenciosos administrativos se encuentra en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y no en los artículos 201 y 203 del Código de Procedimiento Civil de 1916, vigente para el momento en que se dictó el auto apelado. En este sentido, la perención

contencioso administrativa es de carácter objetiva e irrenunciable, y puede ser declarada de oficio por el Juez, sin necesidad de instancia de parte. Además, el plazo de inactividad que da lugar a la perención es de un (1) año, en lugar de tres (3) años. Todo ello porque la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es la fuente primordial de todos los procedimientos contenciosos administrativos, y su aplicación garantiza la uniformidad de su régimen legal y procesal. En este orden de ideas se observa que para que se dé tal perención es necesario que ocurra una paralización del procedimiento por más de un (1) año; término éste que comenzará a contarse desde que se haya efectuado el último acto del procedimiento. Por tanto, lo importante es determinar qué se entiende por acto del procedimiento. Cabe preguntar, estando vinculado tal concepto a la perención, ¿sí por estos actos deben entenderse aquéllos en los cuales deban participar las partes, o en los que al menos tengan posibilidad de instarlos? Pues bien, al aceptar la jurisprudencia contencioso administrativa, que la perención en los procedimientos de esta especial jurisdicción no opera después de que se haya dicho "VISTOS, está significando que acto de procedimiento es aquel en donde el interesado pueda intervenir, o que en todo caso tenga la posibilidad de realizar alguna actuación. Ciertamente que después de dicho "VISTOS" no le es posible a las partes presentar solicitud alguna, ya que cumplido todo el trámite sólo queda el acto de dictar sentencia, en donde no les es posible instar ni participar a aquéllas.

En este orden de ideas se observa, que en la primera instancia la paralización del procedimiento sucedió después de que se realizó el Acto de Informes, pero ocurre que en el contencioso de la carrera administrativa, después de dicho acto el Tribunal no dice "VISTOS", como sí sucede en el procedimiento ordinario. En efecto, de acuerdo al artículo 79 y 80 de la Ley de Carrera Administrativa, realizado el acto de informes el Tribunal debe fijar el comienzo de la relación de la causa. O sea, que la relación es posterior a aquel acto y no anterior. De manera que el procedimiento entra en estado de sentencia al concluir la relación y no al finalizar el acto de Informes. Y sucede, además, que por aplicación supletoria del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil de 1916, vigente para la época, aplicable por mandato del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a los juicios contenciosos administrativos, si la relación no se inicia para el día fijado, ni en ninguno de los ocho (8) siguientes, y tuviere que sufrir la causa una demora indefinida, "se avisará a las partes o a sus representantes el nuevamente señalado para principiar la vista"; de la manera establecida en el artículo 158 ejusdem, es decir, previa solicitud de algún interesado. En otras palabras, se ordena la notificación de la otra parte o de su apoderado, por boleta o por Cartel. Es decir, que no es verdad que si no se fijó el día para que se iniciara la relación, no cabía a las partes cumplir alguna actividad. Por el contrario, como se aclaró precedentemente, de no haberse fijado la relación en la oportunidad que correspondía, para que el procedimiento no sufriera una paralización indefinida, correspondía a las partes solicitar del Tribunal una nueva fijación, previa la notificación de las otras partes, en cuyo caso, el Tribunal procedería a una nueva fijación.

De lo expuesto concluye la Corte, que por cuanto después del acto de informes, al cual se refiere el artículo 79 de la Ley de Carrera Administrativa, no se procedió a fijar el inicio de la relación de la causa, ni tampoco se hizo dentro de los ocho (8) días siguientes, el procedimiento se paralizó, y así se mantuvo hasta el día 1º de abril de 1986, en que el sustituto del Procurador General de la República, solicitó se declarara la perención de la instancia. Hasta ese momento había transcurrido más de un (1) año de inactividad procesal, y ninguna de las partes instó al Tribunal, para que en aplicación del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil de 1916, vigente para aquel momento, dispusiera la continuación de la causa, mediante la notificación de las partes para que se fijara el inicio de la relación de la causa, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia el Tribunal de la Carrera Administrativa se debió declarar la perención de la instancia.

3. *El Contencioso-Administrativo de anulación y condena*

CPCA

18-5-87

Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez

Caso: Marta Castillo de Sandoval vs. Gobernación del Estado Zulia.

El Juez Contencioso-Administrativo podrá apreciar si las actuaciones a cumplirse en el proceso contencioso-administrativo de anulación requieren o no de la notificación del Procurador General de la República y declarar o no con lugar la solicitud de reposición del proceso a tales efectos.

En este sentido, ha dejado sentado esta Corte en jurisprudencia reciente que si bien es cierto que la intervención de la Procuraduría General de la República en el contencioso-administrativo se halla regulada como una prerrogativa procesal en el Artículo 38 de la Ley, también es verdad que la disposición contenida en el Artículo 125 antes transcrito, consagra a favor del Juez Contencioso Administrativo la apreciación de si las actuaciones a cumplirse en el proceso contencioso administrativo de anulación requieren o no de la notificación del Procurador General de la República, y declarar o no con lugar la solicitud de reposición del proceso a tales efectos.

La intervención de la Procuraduría General de la República en el contencioso administrativo encuentra fundamento en el Artículo 202 de la Constitución conforme al cual corresponde a ese Organismo la representación y defensa judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República, la asesoría jurídica de la Administración Pública Nacional y las demás atribuciones que le confieren las leyes. En igual sentido, la Ley Orgánica que la rige, en su Artículo 4 prevé que le corresponde a la Procuraduría, además, dictaminar en los recursos intentados contra los actos del Poder Ejecutivo Nacional, ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa o de la jurisdicción constitucional.

Por su parte, el Artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece:

“Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador General de la República de toda demanda, oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que, directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República...”.

Consagran las disposiciones referidas una prerrogativa procesal cual es la intervención de este alto funcionario en los juicios en que puedan verse afectados los intereses patrimoniales de la República.

Debe advertirse que como en este caso, toda vez que el recurrente además de impugnar el acto emitido por la Gobernación del Estado Zulia, demanda de manera directa al pago de daños y perjuicios causados como consecuencia del acto que impugna por ilegal, procede la notificación del Ejecutivo del Estado Zulia y es procedente como una prerrogativa procesal.

Ciertamente, forma parte del *petitum* del recurrente que se “condene al Ejecutivo del Estado Zulia a la indemnización de los daños y perjuicios causados...”, y por tal virtud procedente la notificación de éste por intermedio de su representante judicial.

En este orden de ideas, la Constitución del Estado Zulia, en el Numeral 1º del Artículo 97 establece entre las atribuciones del Procurador del Estado, la siguiente: "Representar y defender judicial o extrajudicialmente los intereses del Estado...".

De allí que la notificación del demandado (Estado Zulia) ha debido producirse en la persona del Procurador del Estado, siendo de advertir que ésta no puede entenderse efectuada a través de la publicación del Cartel de emplazamiento a que se contrae el Artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que ella está dirigida a las personas que pudieren tener interés en el juicio y sin cuyo concurso puede desarrollarse el procedimiento.

Como consecuencia de las consideraciones precedentemente expuestas, estima esta Alzada que el a quo omitió la notificación del representante judicial del Estado Zulia, dado su carácter para defender judicialmente los intereses patrimoniales del Estado Zulia, y así se declara.

En lo que se refiere a la reposición solicitada al estado de que se practique la mencionada notificación debe destacarse el hecho de que la recurrida no declaró con lugar la condenatoria a los daños y perjuicios solicitados por la recurrente en contra del "Ejecutivo del Estado Zulia", razón por la cual considera esta Alzada que la omisión del a quo de notificar al Procurador del Estado Zulia no le representó gravamen alguno. Como consecuencia de lo anterior, esta Corte considera innecesaria la reposición de la causa para que se practique la referida notificación y por tal virtud la declara improcedente.

4. *El Recurso Contencioso-Administrativo por abstención*

A. *Naturaleza Jurídica*

CPCA

12-2-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

La acción que se intenta en el Recurso de abstención no es una acción de naturaleza mero declarativa sino de "Condena".

Una de las cuestiones debatidas se refiere a la naturaleza de la acción derivada de un recurso de abstención o negativa, y por ello la Corte cree conveniente, antes de revisar la cuestión de fondo, precisar, en atención a su finalidad o pretensión, qué tipo de acción es. A este respecto se observa que la causa de dicha acción es el incumplimiento de un deber legal por parte de la Administración, de modo que el fin que persigue el recurrente es el de que aquélla dé cumplimiento al mismo y, no propiamente salir de una incertidumbre respecto a una situación jurídica de la cual se cree titular o de un interés legítimo que dice tener. No se trata pues, de una simple declaración la que pretende el recurrente, sino una condena a que la Administración cumpla un deber que no cumplió a pesar de estar obligada a ello. En efecto, la satisfacción del interés del recurrente no se lograría con una declaración respecto de un derecho o de un interés legítimo, sino que si la Administración no cumple voluntariamente, el acto se ejecute forzosamente mediante los poderes ejecutivos de que está dotado el Juez para lograr aquella satisfacción. En ese sentido, también en el recurso de abstención el Juez puede sustituirse a la Administración si ésta no da cumplimiento a lo decidido con fuerza definitivamente firme. Un ejemplo típico de esta acción lo es el llamado amparo tributario, que más que un amparo es un recurso de absten-

ción, puesto que lo que pretende es obtener el cumplimiento de una prestación legalmente debida por la Administración, que el Juez puede cumplir en lugar de aquélla, si después de la sentencia todavía la Administración es remisa en cumplir con la condena. Por tanto, para esta Corte no se trata de una acción meramente declarativa sino de condena porque la declaración del derecho o del interés, lleva aparejada la ejecución forzosa si el demandado no cumple con lo sentenciado, y así se declara.

B. Procedencia

CPCA

12-2-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Es admisible el recurso de abstención si se trata de reclamar contra el "no hacer" o el "no actuar" de la Administración, cuando está obligada a ello.

Por otra parte, en cuanto a la procedencia del recurso de abstención o carencia por el incumplimiento de sus deberes legales por parte de las autoridades, esta Corte ha asentado en su jurisprudencia que el mismo es admisible si se trata de reclamar contra el *no hacer* o el *no actuar* de la Administración, cuando está obligada a ello. En esto existe una de las diferencias fundamentales con el recurso contencioso administrativo de anulación contra el silencio negativo o rechazo de la Administración, que es un medio de impugnar el incumplimiento de la obligación de decidir por parte de aquélla. Además, ha señalado esta Corte que el recurso de abstención o de carencia contra el no actuar administrativo, implica que frente al incumplimiento el administrado carece de otro medio efectivo para reparar el agravio o la lesión sufrida por la omisión del acto que ha debido cumplir la Administración.

En el caso presente, consta que el causante de las recurrentes solicitó ante las autoridades municipales se le declarara prescrita la sanción o la pena administrativa de demolición que se le había impuesto, ya que por no haber cumplido la Administración Municipal con declarar prescrita la sanción antes referida, intentaron el recurso de abstención. A este respecto, los recurrentes sostienen que en el caso presente la pena en cuestión se encuentra prescrita por aplicación del artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y en todo caso por aplicación analógica del ordinal 4º del artículo 112 del Código Penal, en razón que tal norma resulta aplicable por lo dispuesto en el artículo 7º de dicho Código. De manera que independientemente del fondo del asunto, que se refiere a sí en verdad estaba o prescrita la sanción antes dicha, el recurso de abstención o de carencia resulta admisible, ya que ciertamente si una acción administrativa o una sanción de la misma naturaleza está prescrita, y el interesado solicita se le declare, por mandato del artículo 71 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Administración está obligada a emitir un documento liberatorio. En otras palabras, a cumplir un acto dispuesto por la ley y no propiamente a decidir una solicitud, que en caso de silencio en resolverla, cabría el recurso de anulación pertinente y no el recurso de abstención o de carencia.

C. Procedimiento

CPCA

12-2-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Finalmente, está también fuera de duda la competencia del Tribunal a quo para conocer de este tipo de acciones, puesto que el ordinal 1º del artículo 182 de la Ley

Orgánica de la Corte Suprema de Justicia le atribuye expresamente el conocimiento de tal tipo de acción, cuando el organismo que incumple con un deber legal es una autoridad municipal, como se ha alegado en el presente caso.

CPCA

12-2-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Examinando el procedimiento seguido en la primera instancia, observa la Corte que el mismo resulta adecuado para la acción deducida, cual es la del recurso de abstención contra una autoridad municipal, que ha omitido cumplir un deber legal. En efecto, para esta acción, contemplada en el ordinal 1º del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no existe un procedimiento pautado en ningún texto legal, de modo que bien podía el Juez a quo aplicar para su sustanciación y decisión el que le pareciera más conveniente para la naturaleza del asunto. Fue así como el mencionado Juez siguió el procedimiento del amparo tributario contemplado de los artículos 208 al 210 del Código Orgánico Tributario, que ciertamente garantiza los derechos de las partes a alegar y a probar sus afirmaciones. No se encuentra en el indicado procedimiento vicio alguno que haga que esta Corte anule lo actuado por el indicado Juez.

D. Costas

CPCA

12-2-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

En el recurso de abstención sí procede la condenatoria en costas.

Sostiene el apoderado de la MUNICIPALIDAD que la acción intentada es de naturaleza mero declarativa, porque a través de ella se pide que se declare una prescripción, y que por tanto, el fallo lo que dispuso fue una declaratoria, y en que en este tipo de acciones no puede haber condenatoria en costas. A este respecto la Corte reitera que en el recurso de abstención o de carencia no se persigue una simple declaración, sino principalmente una condena a la Administración para que cumpla un deber legal que omitió cumplir y que por ello participa de índole de las acciones de condena. En consecuencia, en ese sentido no es válida la argumentación del referido apoderado de que en esta clase de recurso no debe existir condenatoria en costas por su naturaleza mero declarativa. Ciertamente, que no se trata de una mera acción de nulidad de un acto administrativo, sino de una pretensión de condena, y por ello sí procede la condenatoria en costas. En efecto lo que persigue el recurso de abstención, se ratifica de nuevo, es el cumplimiento de un deber omitido, y por tanto, que en caso que la Administración no ejecute voluntariamente la sentencia que se dicte, y que se haga cumplir por el Tribunal; características de toda acción de condena, y así se declara.

De manera, que si un recurso de esta naturaleza es declarado totalmente con lugar, por resultar vencida absolutamente la Administración, que dio lugar a que se le demandara, para resarcir al recurrente el perjuicio de haber tenido que acudir a la vía jurisdiccional, resulta procedente la condenatoria en costas de aquélla, si no disfruta de algún privilegio que la exonere de dicha condena. En el presente caso, se trata de un Concejo Municipal, la Administración que resultó vencida en la contienda,

por lo que en principio debería ser condenada en costas, según lo permite el artículo 82 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Sin embargo, la Corte ha determinado que al contrario de lo que sostuvieron las recurrentes en su demanda, y el propio Juez a quo, el artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no resulta aplicable a la MUNICIPALIDAD, y que por tanto el cumplimiento de dicho artículo no le puede ser exigido. Por ello la pretensión fundada en aquella norma no es procedente, como sí lo es la que se sustentó en el artículo 7º del Código Penal y en el ordinal 4º del artículo 112 ejusdem. De modo que no puede decirse que la pretensión resultó acogida en todas sus partes, sino parcialmente, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente, por no haber sido vencida totalmente la MUNICIPALIDAD, no cabe su condenatoria en costas, y así se declara.

Por último, la Corte cree necesario aclarar, que al contrario de lo que sostiene el apoderado de la MUNICIPALIDAD, el artículo 83 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal no es aplicable a las sanciones administrativas distintas a las de carácter tributarias, por cuanto dicho artículo regula las prescripciones de naturaleza fiscal, es decir, las que interesan a la Hacienda Pública Municipal, pero no se refiere a otro tipo de prescripciones como las derivadas de obligaciones surgidas de la aplicación de la normativa referente al urbanismo, como ocurre en el presente caso, y así se declara.

5. Recursos Contencioso-Administrativo y Especiales

A. Contencioso-Tributario

CSJ-SPA (104)

24-3-87

Magistrado Ponente: Luis H. Farías Mata

Caso: LAGOVEN S.A. vs. República (PSDLR).

La Corte analiza cómo deben computarse los días hábiles establecidos para interponer el recurso Contencioso-Tributario.

El artículo 176 del Código Orgánico Tributario, al establecer el lapso de veinte días hábiles para interponer el recurso contencioso tributario en los supuestos en que éste procede, no señala expresamente cómo deben computarse, dando lugar de esta manera a que se plantee la duda.

La discusión gira pues, en torno a si el lapso se reputa concedido en base a los días hábiles que señala el mismo Código Orgánico Tributario en su artículo 11, o si, por el contrario, debe entenderse como de días hábiles transcurridos en el tribunal al que en definitiva corresponda conocer del recurso.

Al respecto cabe observar asimismo que el propio Código Orgánico Tributario en su artículo 216 establece la norma supletoria que ha de regir todo lo no previsto en el Título V del mismo, correspondiente a los procedimientos contenciosos, consagrando al efecto como fuente supletoria las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en cuanto fueren aplicables.

Esta remisión del Código Orgánico Tributario al de Procedimiento Civil, en cuanto atañe a lo no previsto en el título correspondiente al procedimiento contencioso, excluye, a juicio de la Sala, la aplicación al caso de autos del artículo 11 del Código Orgánico Tributario, pues resulta evidente que éste se refiere a aquellos plazos señalados en el Código que deban transcurrir ante la administración tributaria, sin que

se especifique en la norma pertinente si se trata de días continuos o de días hábiles, conclusión que sí se desprende en cambio del párrafo único del mismo artículo 11 conforme al cual se consideran inhábiles tanto los días declarados feriados en virtud de disposiciones legales, como aquellos en los cuales la respectiva oficina administrativa no hubiere estado abierta al público.

Y de lo anterior se colige que los otros lapsos fijados en el título X del Código Orgánico Tributario, y que se computan por días hábiles, como son el lapso para interponer el recurso contencioso tributario (artículo 176) el lapso para apelar del auto de admisión (artículo 181), el lapso para promover y evacuar pruebas (artículo 182), y el lapso para apelar de la sentencia definitiva (artículo 187), deben regirse por la noción de día hábil establecida por el Código de Procedimiento Civil.

No puede admitir la Corte que el concedido para interponer el recurso contencioso tributario sea un lapso extraprocesal como lo sostiene la recurrente. El punto ha sido objeto de estudio por parte de la Sala, aunque en relación al avalúo en un procedimiento de arreglo amigable en materia expropiatoria, y ha sido sobre este particular del siguiente criterio:

“El avenimiento es una fórmula procesal ideada por el legislador aceptando la posibilidad de que el expropiante en lugar de promover un juicio de expropiación llegue a un acuerdo amistoso con el titular de bienes a expropiar y adquiriera por esa vía el dominio de éste. Se arriba de esta manera a un acuerdo de voluntades que se produce en el campo del derecho público cuyas reglas le serían aplicables como las que gobiernan a un contrato administrativo innominado. Dentro de éste, el lapso de impugnación, aunque de origen convencional, corresponde a un acto procesal constituido por el ejercicio del recurso de impugnación del avalúo presentado por los peritos, motivo por el cual y en virtud de las razones que lo determinan, el plazo en cuestión, establecido particularmente para la realización de un acto procesal, viene a constituir un lapso procesal propiamente dicho, sin que haya que atender para calificarlo, a la circunstancia de que exista o no una controversia judicial. Sentado como ha quedado que el término para la impugnación es un lapso de carácter procesal y en virtud de que la Ley de la materia no contiene ninguna regla aplicable al caso, es necesario ocurrir a las normas supletorias del Código de Procedimiento Civil que en su artículo 156 señala que son días hábiles los no feriados ni de vacaciones con tal de que haya secretaría. En este mismo orden de ideas y en virtud de que el órgano competente para conocer del recurso de impugnación del avalúo por efecto de su competencia específica para el trámite del procedimiento expropiatorio es este Supremo Tribunal en su Sala Político-Administrativa es lógico concluir que el cómputo respectivo para determinar si está o no cumplido el lapso de impugnación del avalúo, debe hacerse atendiendo al número de días hábiles transcurridos y registrados en la Corte. Por las razones expuestas es menester deducir que el recurso interpuesto por el representante de la República lo fue dentro del término convenido por las partes (ver sentencia de la Sala Político-Administrativa del 6 de febrero de 1979, en Gaceta Forense, Tercera Etapa, Nº 103, páginas 77 y 78)”.

El anterior criterio es perfectamente aplicable al caso de autos para, en primer lugar, calificar como procesal el lapso para interponer el recurso contencioso tributario, y, en segundo lugar, concluir en que el cómputo del plazo debe efectuarse según los días hábiles transcurridos ante el órgano que deba conocer del asunto en vía judicial.

Tampoco puede admitir la Sala la tesis del apelante en el sentido de que el lapso de días hábiles sea el señalado en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil conforme al cual resultaría que sólo serían inhábiles los días feriados, y hábiles todos

los demás. Tal interpretación contraría con la que la doctrina y la jurisprudencia han venido dando al modo de computar los términos de acuerdo al texto del Código de Procedimiento Civil vigente. En efecto, como regla general, el artículo 156 preceptúa que los que se conceden para contestar demandas, excepciones, reconvencciones o notificaciones se contarán por días que no sean feriados ni de vacaciones, haya habido o no audiencia, con tal de que haya secretaría, habiéndose establecido que del mismo modo se contarán los concedidos para allanar, reclamar alguna providencia, anunciar casación y en general para todos los demás casos en que la Ley no haya fijado otra regla. La doctrina y la jurisprudencia han calificado éstos como días hábiles”.

Además: resultaría incongruente sostener que la noción de día hábil establecida en el título V del Código Orgánico Tributario no fuera la misma para todas las disposiciones en dicho Título contenidas; ni, a juicio de la Corte, sería razonable concebir que la noción de día hábil a que se refiere el artículo 176 —que forma parte del título V y en el cual se fija el lapso para interponer el recurso— fuera una y diferente en cambio, la contenida en otros artículos del mismo título.

A mayor abundamiento cabe señalar que, como regla, todo lapso debe contarse en base a los días transcurridos ante la autoridad por ante la cual ha de interponerse el recurso. Y en general los recursos contencioso-administrativos, del cual el contencioso tributario es especie, deben ser interpuestos ante el tribunal competente para decidirlos, aunque se permite, en algunos casos, como así lo establece el Código Orgánico Tributario, un régimen diferente. De allí se sigue que, en principio, cualquier lapso deba computarse según los días hábiles que hayan transcurrido ante el Tribunal por ante el cual o para ante el cual debe interponerse el recurso contencioso tributario.

Quizás en toda la confusión que rodea el presente caso haya tenido alguna influencia el régimen de impugnación de los actos administrativos en materia de impuesto sobre la renta existente desde la promulgación de la primigenia Ley hasta la entrada en vigencia del Código Orgánico Tributario. En efecto, tanto la apelación originalmente concebida en la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1942 (acerca de cuya naturaleza se discutió intensamente), como el recurso contencioso fiscal previsto en la ley de la misma materia a partir de 1966, establecían que el recurso debía interponerse ante la autoridad administrativa (ver el artículo 52 de la Ley de Impuesto sobre la Renta 1942, el 127 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1966 y el 131 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1978). Y como la Administración tenía entre sus atribuciones la de admitir el recurso, la jurisprudencia había venido interpretando pacíficamente que el lapso previsto en la Ley de Impuesto sobre la Renta debía computarse de acuerdo a los días hábiles que transcurrieran en la Administración, conclusión perfectamente compatible con el hecho de que ése era el órgano ante el cual debía interponerse el recurso y constituir las garantías para que el mismo fuera admitido. Sin embargo, la evolución normativa acusada por la legislación tributaria, contenida ahora en el Código Orgánico Tributario, en virtud del cual el recurso puede interponerse directamente ante el tribunal competente, a través de la Dirección General de Rentas del Ministerio de Hacienda o de cualquier otra oficina de la administración tributaria correspondiente al tributo de que se trate o por intermedio de un juez del domicilio fiscal del recurrente, obligan a apartarse de la solución inicial dada al problema y a concluir que el día hábil debe computarse según los que transcurran ante el tribunal contencioso pertinente. En efecto, como se ha señalado anteriormente, el concedido para intentar el recurso es un lapso procesal que debe entenderse por tanto, conforme a los días que transcurran en un tribunal y no ante la administración.

La gama de alternativas para facilitar la interposición del recurso contencioso tributario no puede ni debe llevar a la conclusión de que su correspondiente lapso de caducidad dependa de la autoridad ante la cual se interponga efectivamente.

Ahora bien, dado que, de conformidad con el artículo 5º del Decreto 1.750 de fecha 16 de diciembre de 1982, el Superior Primero de lo Contencioso Tributario es

el distribuidor, debe asimismo, reputarse, a juicio de esta Sala, que todo recurso contencioso tributario ha sido presentado para ante ese tribunal. Y, consecuentemente, el lapso transcurrido en el mismo es el que debe ser tomado en cuenta a los efectos de establecer si determinado recurso ha sido o no interpuesto oportunamente.

Así interpretado el artículo 176 del Código Orgánico Tributario, su aplicación resulta perfectamente compatible con la noción de caducidad. En efecto, establecido de manera precisa el cómputo del lapso a que dicho artículo se refiere, pueden extraerse todas las consecuencias que de la noción de caducidad se derivan, y no por ello el lapso pasa a ser aleatorio, como lo sostiene el representante de la Contraloría General de la República ya que, en el momento de ser notificado del acto, el contribuyente tiene perfecto conocimiento del plazo fatal de que dispone para interponer el recurso contencioso en caso de que así lo deseara: veinte días hábiles, que transcurren en el tribunal para ante el cual se interpone el recurso. Ello, independientemente de que el mismo haya sido presentado directamente en dicho tribunal, o a través de la administración tributaria o del tribunal del domicilio del recurrente.

Analizado el caso de autos con arreglo al criterio adoptado, se observa que, según consta en el expediente, el cómputo que fundamenta la decisión fue realizado con base a las audiencias transcurridas en el tribunal de la recurrida. Mas, conforme a lo expuesto anteriormente, para la Sala lo determinante es —a los fines de establecer si el recurso fue o no interpuesto oportunamente— los días hábiles transcurridos en el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario.

En este sentido se observa que, conforme a lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil vigente para el momento de la interposición del recurso, del 24 de diciembre al 6 de enero de todos los años, ambos inclusive, habrá vacaciones en los Tribunales; y, siendo el caso que el acto recurrido fue notificado el 13 de diciembre de 1985, y el recurso contencioso tributario intentado el 16 de enero de 1986, y que, además, entre el lapso comprendido entre el 13 y 23 de diciembre de 1985 y el 7 y 16 de enero de 1986 (únicos días en que podía el Tribunal despachar asuntos, y, en consecuencia, únicos días que podían ser calificados como hábiles según lo señalado anteriormente), los días 14, 15, 21, 22, 28 y 29 de diciembre de 1985 y 4, 5, 11 y 12 de enero de 1986 fueron días sábado o domingo, es decir, días en que el tribunal no despachó y que por lo tanto no fueron hábiles. Por ello, llega la Sala a la convicción de que en ningún caso han podido transcurrir en el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario más de veinte días hábiles entre la fecha señalada toda vez que, excluyendo los días sábado y domingo y de vacaciones, a lo sumo transcurrieron en el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario un total de quince días hábiles, suponiendo que se haya despachado en todos los días que no fueron sábado, domingo o de vacaciones. Por ello la Sala declara que el recurso a que se contraen las presentes actuaciones fue tempestivamente interpuesto y así se declara.

B. *Contencioso funcional*

CPCA

7-5-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó .

Caso: Pedro Pérez Guzmán vs. República.

Es suficiente la presentación de un escrito contentivo de la reclamación, por ante la Dirección de Personal del organismo de la administración ante la cual se ejerce la solicitud, a fin de dar cumplimiento a la "vía conciliatoria".

El artículo 14 de la Ley de Carrera Administrativa señala lo siguiente:

“Artículo 14. En cada organismo a cuyos funcionarios se aplique la presente Ley existirá una Junta de Avenimiento integrada por dos miembros designados así: un representante de la máxima autoridad administrativa del organismo; y un representante de los empleados a su servicio, postulado por la organización gremial que agrupe en su seno a la mayoría de ellos. El Jefe de la respectiva Oficina de Personal, actuará como Coordinador de la Junta”.

El artículo 15 de la misma Ley señala:

“Artículo 15. Las Juntas de Avenimiento serán instancias de conciliación ante las cuales podrá dirigirse, mediante escrito, cualquier funcionario cuando crea lesionado los derechos que le otorga esta Ley.

Parágrafo único: Los funcionarios no podrán intentar válidamente ninguna acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin haber efectuado previamente la gestión conciliatoria ante la Junta de Avenimiento”.

De las anteriores disposiciones se desprende que en todos los organismos públicos donde rija la Ley de Carrera Administrativa debe existir una junta de avenimiento. Así mismo se establece como un requisito fundamental para la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo, el agotamiento de la vía conciliatoria.

A pesar de las anteriores disposiciones ni la Ley de Carrera Administrativa ni su Reglamento establecen qué debe hacerse cuando no exista la junta de avenimiento en el auto para mejor proveer, que en la Procuraduría Agraria Nacional no existía, para el momento de la renuncia del funcionario querellante, la mencionada Junta, por lo cual no puede exigírsele a un funcionario el cumplimiento de un requisito de imposible realización debido a una omisión imputable al organismo público. La jurisprudencia al efecto ha señalado que la presentación de un escrito contentivo de la reclamación, por ante la Dirección de Personal del organismo de la Administración ante el cual se ejerce la solicitud, es suficiente para que se considere cumplido el objetivo del legislador al establecer, como requisito previo al ejercicio de la querrela, la vía conciliatoria. De allí que, constando en el anexo D de la querrela la solicitud enviada al Procurador Agrario Nacional del 3 de mayo de 1984, en la cual el funcionario querellante hace la solicitud de cancelación de sus prestaciones sociales, se considera cumplido el requisito de admisibilidad de la querrela y así se declara.

CPCA

28-5-87

Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor

Caso: Carmen Arteaga M. vs. Fondo Nacional del Cacao.

La actuación del Procurador General de la República, en los procesos contenciosos de la carrera administrativa, contra los Institutos Autónomos, es la de un sustituto procesal y no la de un representante, por lo cual no es posible la condenatoria en costas.

Debe referirse la Corte a la petición hecha por la apoderada de la querellante, quien en diligencia de fecha 7 de abril de 1987, en vista del desistimiento tácito de la apelación en que incurrió la sustituta del Procurador General de la República, solicitó,

por aplicación de los artículos 282 y 287 del Código de Procedimiento Civil, recientemente en vigencia, se condenara al organismo querellado en costas.

La determinación de la condena en costas o no al organismo querellado, como lo solicita la apoderada de la querellante, requiere que con anterioridad se precise quién es propiamente el legitimado pasivo en este juicio, si la República, por el hecho de que el Procurador General de la República actúa por la Administración Pública Nacional, o por el contrario, el Instituto Autónomo al cual prestaba sus servicios la querellante, en cuyo caso corresponderá precisar, si después de la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1986, los Institutos Autónomos siguen disfrutando o no de la prerrogativa de la exención de las costas procesales, en los procesos de carrera administrativa. En efecto, si la parte pasiva del proceso contencioso de la carrera administrativa, es siempre la República, no habrá lugar a la condenatoria en costas por disfrutar aquélla de un privilegio que impide tal condena (artículo 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional). Pero, si no obstante la participación del Procurador General de la República, sin embargo, dichos Institutos son en verdad la parte demandada en los procesos mencionados, habría, entonces, que examinar si los privilegios en materia de exención de costas les fueron eliminados por el artículo 287 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

En este orden de ideas, la Corte cree conveniente precisar si la intervención del Procurador General de la República en todos los procesos contenciosos de la carrera administrativa, aún cuando el querellado es un Instituto Autónomo, le confiere a la República la condición de legitimado pasivo propiamente hablando, por tratarse, por ejemplo, de un sustituto de aquéllos; o si por el contrario, su participación es a título de mero representante judicial, en cuyo caso, la parte demandada en los procesos de referencias, serían dichos Institutos y no la República.

A este respecto se tiene, que el Tribunal de la Carrera Administrativa al resolver un recurso de interpretación, en sentencia de fecha 26 de julio de 1972 (recurso interpuesto por el Instituto Nacional de Obras Sanitarias), estimó que el Procurador General de la República es un representante y no un sustituto de los organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional (Ver Rondón de Sansó, Hildegard, "El Sistema Contencioso Administrativo de la Carrera Administrativa", Edc. MAGON, primera edición, octubre 1974, págs. 194 a 199). Pero para la doctrina, la actuación del Procurador General de la República no es la de un representante sino la de un sustituto procesal. Así por ejemplo, la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, al comentar la anterior sentencia expresa:

"Llega así el Tribunal a la conclusión de que el Procurador General de la República actúa como un representante legal de la Administración Pública Nacional. Ahora bien, aun cuando el planteamiento sería válido en relación a la Administración Central, cuyos órganos son integrantes de un sujeto de derecho como lo es la República, por lo cual el Procurador al actuar lo hace como representante de dicha persona jurídica, no es identificable tal situación con el concepto abstracto de Administración Pública Nacional que, como hemos visto es sólo una figura subjetiva, carente de personalidad jurídica, por lo cual mal podría hablarse de representante. Representante es el que actúa por una disposición legal o voluntaria, en nombre de un sujeto reconocido como persona por el ordenamiento jurídico".

"De allí que, consideramos que si se atribuye al Procurador la potestad de actuar por los organismos autónomos por mandato de la Ley, su actuación podría tener el carácter de una sustitución procesal". (Obra citada, pág. 199).

En igual sentido la doctrina citada se ha pronunciado más recientemente, al sostener lo siguiente:

“Por lo que atañe a la actuación de la Procuraduría General de la República, la misma es exigida por la Ley de Carrera Administrativa y en consecuencia el legitimado es sólo el Procurador General y no tendría validez la actuación que realizara el funcionario del organismo contra quien se interpone la querrela” (Rondón de Sansó, Hildegard, “Régimen Jurídico de la Carrera Administrativa”, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pág. 124).

Esta Corte participa del criterio que en verdad la actuación del Procurador General de la República, en los procesos contenciosos de la Carrera Administrativa, contra los Institutos Autónomos, es la de un sustituto procesal y no la de un representante. Porque, por ministerio de la Ley, ejerce en nombre propio un derecho ajeno. Ciertamente, la actuación procesal beneficia o perjudica, en aquellos procesos, a la República, aunque desde un punto de vista material, o de derecho sustantivo, sólo afecte al organismo descentralizado que sustituye, puesto que éste es el vinculado materialmente por la relación de empleo público. En efecto, quien debe ser citado, “conminado” a dar contestación de la querrela o demanda, como lo establece el artículo 75 de la Ley de Carrera Administrativa, es directamente el Procurador General de la República, y no los representantes de los Institutos Autónomos. De modo que si no se tratara el Procurador General de la República de un sustituto procesal, podría, por ejemplo, citarse válidamente a cualquier representante legítimo de los Institutos Autónomos, en los procesos de Carrera Administrativa; cuestión ésta que no es posible, en atención al texto del artículo 75 anteriormente mencionado.

Para esta Corte, en lo que respecta a la actuación del Procurador General de la República, en los procesos contenciosos de la Carrera Administrativa, en contra de los Institutos Autónomos, existe una clara diferencia entre dicha actuación y la que podrían tener los representantes. En efecto, el Procurador General de la República actúa por sí mismo, en virtud de disposiciones expresa de la Ley de Carrera Administrativa (arts. 66 y 75); de manera que es a él; a quien se atribuirían los efectos procesales de tal actuación. Por ejemplo, considerar desistida la apelación por su no fundamentación, o la condena en costas, de ser procedente. Por el contrario, si se tratara de un representante, actuaría en nombre de otro, y no podría influir directamente en su esfera subjetiva los efectos de su inacción o actividad procesal. Así por ejemplo, las costas sólo podrían serle imputadas al organismo representado y no a la Procuraduría General de la República.

La distinción entre el sustituto procesal y el representante procesal, aparece recogida en el artículo 140 del nuevo Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos: “Fuera de los casos previstos por la Ley, no se puede hacer valer en juicio, en nombre propio, un derecho ajeno”. Y ello ocurre en materia del contencioso de Carrera Administrativa, porque en los casos de querrelas contra los organismos descentralizados de naturaleza pública de la Administración Nacional, el Procurador General de la República, directamente, por ministerio de la Ley, ejerce en nombre propio, sin necesidad que aquellos organismos le confieran una representación judicial, los derechos de éstos en los procesos de la Carrera Administrativa. Por tanto, dichos procesos, se inician con el Procurador General de la República, como sustituto, y continúan con él hasta la terminación, sin que tal situación subjetiva se modifique. Y ello, como lo expresa la doctrina moderna procesal, porque “se estima que el sustituto procesal no ejercita un derecho ajeno, sino que actúa un derecho propio reconocido por el ordenamiento, que se refiere, eso sí, a una relación material de otro” (Ver Ramos Méndez, Francisco, “La Sucesión Procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso”, Biblioteca Hispano Europea de Ciencias Sociales, Barcelona, España, 1974, págs. 27 a 29).

En razón de lo expuesto, es necesario concluir que en verdad el legitimado pasivo en los procesos contenciosos de la Carrera Administrativa, es siempre la Administra-

ción Pública Nacional, en abstracto, por lo que aun en los casos que algunos de sus organismos descentralizados estén dotados de personalidad jurídica, sin embargo, por determinación legal, uno de sus organismos, la República, en nombre propio, en base a una determinación expresa de la Ley, ejerce los derechos de aquéllos otros organismos; ligados a aquélla por vínculos jurídicos de adscripción y de control. De manera, que los efectos procesales de la terminación de los procesos, como el de las costas por ejemplo, recaerían directamente sobre la República y no sobre los organismos querellados. Pero como la República, cuando ejerce en juicio derechos materiales que le corresponden (parte material), o que correspondan a otros entes de la administración Pública Nacional, como en el presente caso (parte procesal sustituta), siempre está exenta de costas procesales, por disponerlo el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en el asunto de autos, en consecuencia, no procede la condenatoria en costas. Por tanto, no obstante haber desistido tácitamente de la apelación, y haber quedado firme la sentencia apelada, no puede condenársele en costas. En concreto, que por la sustitución procesal que ocurre cuando el Procurador General de la República, en nombre de la República, ejerce en materia contenciosa de carrera administrativa, los derechos que corresponden a los Institutos Autónomos, no es posible la condenatoria en costas, prevista en los artículos 282 y 287 del Código de Procedimiento Civil, y así se declara.

C. Contencioso-Inquilinario

CPCA

2-4-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

Caso: Varios vs. Inquilinato.

La Corte hace un estudio del desarrollo jurisprudencial del Contencioso-Inquilinario.

Esta Corte observa que el desarrollo del régimen contencioso inquilinario en la jurisprudencia y, el estudio más detenido de sus instituciones, exigen una revisión de una serie de conceptos que emergen de su especial naturaleza.

En efecto, la tesis que sustanta el fallo transcrito parte de la base de la naturaleza esencialmente revisora de la jurisdicción inquilinaria sobre el acto administrativo impugnado (esto es, de la decisión de la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento o del respectivo Concejo Municipal). Esta naturaleza revisora obligaría al juez a limitar su examen al acto administrativo impugnado y al procedimiento que le diera origen. En tal forma, bastaría para la legitimidad del acto con la demostración de que en la fecha en que se introdujo la solicitud de autorización de desalojo el permiso para la demolición era válido y, así mismo, con la evidencia de que el acto contiene la expresión motivada del criterio que guió a la autoridad administrativa para acordar la medida que le fuera requerida.

Ahora bien, ante la realidad que plantea el procedimiento y la materia en debate por ante el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato, así como por ante la segunda instancia jurisdiccional representada por esta Corte, cabe preguntarse si efectivamente estamos ante un simple proceso de revisión. El problema planteado es en realidad común a todos los procedimientos cuasijurisdiccionales administrativos que dan lugar a actos recurribles por ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En efecto, aun cuando el objeto del recurso que se plantea ante el tribunal contencioso administrativo sea un acto administrativo, sin embargo, el conflicto real y verdadero que el mismo

implica es el que está planteado entre los intereses contrapuestos de las partes que actuaron en el procedimiento administrativo. En el caso presente esas partes fueron el arrendador y el arrendatario, las cuales no desaparecen cuando la cuestión se ventila ante el juez, sino que, por el contrario, van a estar presentes hasta el fin del proceso. La naturaleza contenciosa administrativa de este proceso no al extinguirse nunca porque la decisión del juez va a versar sobre el acto de la Administración que va a ser por el mismo confirmado o anulado pero lo que le ha dado vida al debate ha sido la confrontación entre la pretensión del propietario o arrendador y la del inquilino.

Apreciar esa realidad particular del contencioso de anulación sobre un acto administrativo de naturaleza cuasi-jurisdiccional porque ha estado destinado a dirimir un conflicto de derechos subjetivos, sobre todo en materia inquilinaria y, específicamente por lo que atañe a los desalojos, obliga a un cambio en las concepciones originalmente sostenidas.

En efecto, por una parte cada vez se diluye más la idea de que el acto de la Administración relativo al desalojo constituya una simple autorización, por lo cual su procedimiento no sea otra cosa que un antejuicio administrativo destinado a posibilitar el ejercicio de la verdadera acción de desalojo ante el juez ordinario. En la jurisprudencia y en la doctrina se abre paso, por el contrario, la idea de que el acto administrativo que acuerda el desalojo tiene por sí mismo incidencia directa y determinante sobre la relación contractual y que, la sentencia que lo confirma es directamente ejecutable por el juez que la dicta.

En base a los elementos de juicio antes expuestos, es indudable que debe hacerse un replanteamiento de la doctrina que exigía la eficacia del permiso de demolición tan sólo al iniciarse el procedimiento administrativo, o al máximo, en el curso del mismo, ya que a lo largo del procedimiento de primera instancia jurisdiccional las partes pueden innovar con nuevos elementos de juicio, la situación planteada en sede administrativa, por lo cual, la sentencia que recaiga, versará sobre tales elementos y no exclusivamente sobre los que conformaron la decisión originariamente impugnada.

Vista en tal forma la cuestión, resulta indudable que el alegato del apoderado de los inquilinos de que el permiso para la demolición se encontraba caduco a todo lo largo de los procedimientos jurisdiccionales (primera y segunda instancia contenciosa administrativa) no puede ser desestimado, en primer lugar porque sería ilógico acordar un desalojo para un fin que no puede ser obtenido por el arrendador, por haberse extinguido los presupuestos legales para su procedencia. En segundo lugar, porque la dinámica del proceso es contraria a una acción simplemente revisora del juez y, por el contrario, las partes constituidas durante su desarrollo tenían una serie de cargas procesales que han debido cumplir. No se agotaba la función del propietario en una simple defensa del acto impugnado, sino que el mismo debía demostrar que estaban dados los presupuestos para la procedencia de su pretensión y, al no hacerlo incumplió con la tarea fundamental que le correspondía, por lo cual su pretensión resulta necesariamente infundada y así debe ser declarada.

VII. PROPIEDAD Y EXPROPIACION

1. Ordenación Urbanística de la Propiedad

A. Usos Asistenciales

CPCA

30-4-87

Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez

Caso: PROMECON AC vs. Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda.

I. *La Ordenanza sobre Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en General.* (Gaceta Municipal Extraordinaria de 18 de agosto de 1978).

Dicha Ordenanza establece en su Artículo 1º que todo lo concerniente a Urbanizaciones, Parcelamientos, Construcciones, Reconstrucciones, Reparaciones y Modificaciones de cualquier naturaleza en Edificaciones Públicas o Privadas en Jurisdicción del Distrito Sucre del Estado Miranda, deberán someterse a las condiciones y requisitos exigidos en esta Ordenanza, a la Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Caracas y su Zona de Influencia, y a las Leyes, Reglamentos, Acuerdos, Resoluciones y demás disposiciones sobre la materia. Seguidamente, la Ordenanza sobre Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en General, concreta lo que constituyen los elementos de orientación del desarrollo urbano del Distrito Sucre y para ello enumera a la Ordenanza que se comenta, la de Ordenación Urbana, el Plan General de Desarrollo Urbano, las Ordenanzas de Zonificación, los Planos de Zonificación y cualquier otra disposición aprobada por el Concejo Municipal.

A tal efecto define a las Ordenanzas y Planos de Zonificación como los instrumentos del Plan General de Desarrollo Urbano en las áreas desarrolladas de éste, define los usos, su intensidad y reglamentación previstas para las diversas zonas del Distrito Sucre. Precisa que, corresponde a la Dirección General de Desarrollo Urbano, como órgano técnico del Concejo Municipal velar por el cumplimiento de las Ordenanzas y Normas Técnicas inherentes al desarrollo urbano del Distrito Sucre, y le corresponde a ese despacho la aprobación de los permisos y velar por la adecuada y correcta ejecución de las obras de Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en General indicadas en la Ordenanza. (Artículo 5). Así mismo, establece que el "Concejo Municipal velará por que los usos y reglamentaciones establecidos para las parcelas de las urbanizaciones del Distrito Sucre, se mantengan inalterados, al menos que dichos usos y reglamentaciones sean objeto de un cambio de zonificación".

Por otra parte, en el régimen de sanciones consagra como nulas las aprobaciones de nuevos desarrollos o modificaciones de zonificación, así como también los permisos de construcción de edificaciones que no se ajusten a las directrices generales señaladas en el Plan General de Desarrollo Urbano, a las normas de urbanismo a las Ordenanzas de zonificación y a la presente Ordenanza.

Por su parte, el Artículo 106 de la Ordenanza sobre Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en General, estipula que "Toda construcción, modificación, ampliación o reparación de edificaciones deberá regirse por las disposiciones contempladas en la presente Ordenanza y las características de construcción deberán ajustarse a las Ordenanzas de Zonificación vigentes", de allí que la mencionada Ordenanza regule los Permisos de Construcción para cualesquiera de las obras a que se refiere el Artículo 106 (antes transcrito), y deberán observarse estrictamente, al emprender cualquiera de esas obras, los "requisitos esenciales relativos a la comodidad del tránsito urbano, a las demás prescripciones contenidas en esta Ordenanza y a todas las leyes que rigen la materia".

Sólo regula esta Ordenanza como edificaciones particulares a los Templos; Teatros, Centros Educativos, a los Garages y Estacionamientos, para concluir consagrando la Ordenanza que "los casos no previstos en ella, serán resueltos por el Concejo Municipal del Distrito Sucre, previa opinión de la OMPU conformada por la Comisión Metropolitana de Urbanismo o la Dirección General de Desarrollo Urbano. (Artículo 247).

II. *La Ordenanza de Zonificación del Distrito Sucre* (Gaceta Municipal Extraordinaria de 16 de febrero de 1978).

Contempla entre sus disposiciones generales que los terrenos comprendidos en la Jurisdicción del Distrito Sucre del Estado Miranda, serán objeto de división por zonas delimitadas, y deberán ajustarse en todo a las disposiciones contenidas en esta Ordenanza. En atención a ello, "establece el uso y el desarrollo de los terrenos, la clase o tipo de construcciones permitidas en cada zona, densidad de habitantes, áreas mínimas de las parcelas, áreas de ubicación, áreas de construcción, altura de edificación, áreas libres, retiros, estacionamiento de vehículos, garages y en general cualquier otro aspecto conexo o relacionado con tales fines". Es por ello que las urbanizaciones existentes, así como las que se proyectaren deberán ajustarse tanto a la Ordenanza sobre Arquitectura, Urbanismo y Construcciones en General como a las normas y preceptos especiales que se consagran en ésta. En lo que respecta a las existentes, la disposición se refiere a los espacios aún no construidos, a los usos, reconstrucciones y modificaciones de las edificaciones ya construidas".

Tenemos pues, que la Parcela N° 116, Calle Cristóbal Rojas, Urbanización Las Mercedes, sección Los Naranjos, Municipio Baruta, Distrito Sucre del Estado Miranda en el cual se encontraba el edificio conocido como MAITE y en el cual se pretende la construcción de la edificación médico asistencial con hospitalización, está zonificada con la reglamentación R-4 y que a los efectos de la Ordenanza de Zonificación le corresponde "Vivienda Unifamiliar aislada, vivienda bifamiliar aislada y vivienda multifamiliar con una densidad neta aproximada de ciento setenta y dos a trescientos treinta (172 a 330) habitantes por hectárea".

Es pues la Zona R-4 Multifamiliar y en esa zona sólo se permitirán la construcción o modificación de edificios destinados a los siguientes usos:

- a) Los permitidos en la Zona R-2;
- b) Los permitidos en la Zona R-3; y
- c) Viviendas Multifamiliar.

La Ordenanza fija el área de parcela y frente mínimo, el cual será de novecientos (900 mts²) metros cuadrados: determina el área de ubicación, de construcción, altura de edificación, áreas libres, retiros, estacionamientos de vehículos.

Ahora bien, los usos permitidos en la Zona R-2 son los usos permitidos en la Zona R-1 y la vivienda bifamiliar aislada; y en la Zona R-3 solamente se permitirán la construcción, reconstrucción o modificación de edificios destinados a los usos permitidos en la Zona R-2; podemos señalar que los usos de la Zona R-1 se permitirán los edificios destinados a vivienda unifamiliar aisladas y sus usos complementarios, tales como:

a), b), c) Instituciones filantrópicas, *asistenciales* y sanitarias, d), y e). (Subrayado nuestro).

Agréga el Artículo 7 que "Los usos complementarios de la Zona R-1 deberán tener la aprobación previa de las autoridades sanitarias competentes y de la Ingeniería Municipal, *en conformidad con las disposiciones legales que se dicten para reglamentar los mencionados usos.* Hasta tanto se dicten estas disposiciones especiales, las autoridades sanitarias competentes y la *Ingeniería Municipal dictaminarán previamente, en cada caso, sobre la conveniencia y condiciones a que deben someterse los referidos usos,*

a objeto de garantizar el carácter de la zona y evitar conflictos con el uso residencial a que ella está destinada". (Subrayado de la Corte).

En el Capítulo IV de las Disposiciones Complementarias de la Ordenanza de Zonificación, se establece:

1. Que en cada parcela, toda edificación se computará como área de construcción para los efectos de las áreas máximas permisibles establecidas en las correspondientes zonas, cualquiera que sea el tipo de la referida edificación.

2. Que para los puestos de estacionamiento para templos, escuelas, colegios, universidades, etc, la Ingeniería Municipal exigirá, dentro del área de la parcela, puesto para estacionamiento de vehículos *de acuerdo con la magnitud y finalidad de la edificación*. (Artículo 223).

3. Las disposiciones de esta Ordenanza son aplicables a toda persona tanto natural como jurídica, así como asociaciones, instituciones, sociedades tanto privadas como públicas, cívicas o de cualquier naturaleza".

4. A partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Ordenanza y de los Planos de Zonificación, toda disposición establecida en cualquier Ordenanza que les sea contraria o incompatible queda derogada y sin valor alguno.

III. La Ordenanza Reguladora de Proyectos de Edificaciones Asistenciales con Hospitalización en el Area Metropolitana de Caracas (Gaceta Municipal Extraordinaria de 26 de abril de 1982), establece:

1. La Construcción de Edificaciones Asistenciales con hospitalización en el Area Metropolitana de Caracas, *se regirá* por las normas y procedimientos establecidos en esta Ordenanza.

2. *Se entiende como Edificación Asistencial con Hospitalización*, el establecimiento médico en el cual se proporciona tratamiento médico, quirúrgico y hospitalización.

3. La localización de edificaciones asistenciales con hospitalización sólo se permitirá *en aquellas zonas* donde lo permitan las Ordenanzas vigentes.

4. Las áreas netas de construcción así como el frente y el área mínima de parcela *serán fijados, según la Ordenanza vigente*, para la zonificación que corresponde en cada caso. *A estos requerimientos se añaden los establecidos en el Capítulo VII de esta Ordenanza.*

5. Los requerimientos especiales de esta Ordenanza son:

a) El área mínima de parcela que "en todos los casos, no podrá ser menor de tres mil metros cuadrados (3.000 M²). Es límite inferior de área privará sobre cualquier límite menor que pudiere establecer la zonificación respectiva.

b) El número de camas. Las edificaciones asistenciales con hospitalización a las que se aplique esta Ordenanza estarán obligadas a presentar un mínimo de camas de hospitalización, las cuales se calcularán en base a la fórmula allí indicada.

c) Es estudio de accesibilidad y capacidad vehicular. Se exige presentar un estudio de accesibilidad y capacidad vehicular de la vialidad inmediata al terreno, en el caso que éste no presente zonificación expresa de uso asistencial. Se indican los puntos mínimos que deberá contener el estudio en cuestión.

d) En cuanto al porcentaje de construcción permitido, se procederá según lo establece el respectivo artículo. (Artículo 10).

e) El área de ubicación tendrá una tolerancia de hasta el cincuenta por ciento (50%) del área de ubicación permitida, calculada sobre el área de la parcela.

6. La Ordenanza agrupa y define los sectores que aglutinan las diferentes actividades del tipo de construcción de edificaciones asistenciales con hospitalización.

Así mismo, expresa lo que se consideran áreas computables y no computables y se las clasifica de acuerdo a los sectores determinados del tipo de construcción a que se refiere la Ordenanza.

7. En cuanto a los procedimientos que deben observarse para el desarrollo de este tipo de edificaciones, la Ordenanza establece:

Que variará en caso de que el terreno de desarrollo esté zonificado como uso asistencial o no asistencial. En el primer caso, es decir a los terrenos ya zonificados como asistenciales se deberá observar las etapas de consulta previa, anteproyecto y proyecto definitivo, las cuales se cumplirán en forma subsecuente y obligatoria por ante la Dirección de Obras Municipales y los Organismos competentes.

Mientras que en los terrenos no zonificados en forma expresa como asistencial, *pero que admiten dicho uso*, se deberá observar la etapa de *consulta previa* ante la Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano. Ello a efecto de que los interesados conozcan la *factibilidad de acogerse a las disposiciones de esta Ordenanza*, así como a las limitaciones, restricciones y demás características de construcción del terreno a edificar. Esa consulta previa debe estar acompañada de los recaudos indicados, y corresponderá a la Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano *autorizar el uso de la Ordenanza, en aquellos casos en que la evaluación del estudio presentado sea positiva.*

Sólo una vez evacuada la consulta previa del terreno, es que el interesado ciñéndose estrictamente a las indicaciones establecidas por la OMPU, podrá continuar con las etapas de anteproyecto y proyecto definitivo, los cuales serán presentados para su *evaluación y aprobación* ante la Dirección de Obras Municipales y los Organismos competentes.

8. Los casos no previstos en esta Ordenanza serán resueltos por la Comisión Metropolitana de Urbanismo, previo informe de la OMPU.

9. A partir de la entrada en vigencia de esta Ordenanza *toda disposición municipal establecida anteriormente* que le sea contraria o incompatible *queda derogada.*

En el caso que nos ocupa ciertamente cuando la OMPU le comunica por el Oficio N° 513 de 13 de marzo de 1981 el uso asistencial solicitado, se considera compatible con el residencial que tiene asignado el inmueble, y posteriormente, el 15 de diciembre de 1981 la OMPU, cuando conoce de la aprobación del Anteproyecto de remodelación y ampliación del edificio existente a fin de cambiar su uso residencial para asistencial, le informa que por la zonificación R-4 cualquier construcción, modificación del mismo deberá regirse por lo establecido en el Capítulo II, Sección IV de la Ordenanza de Zonificación vigente del Distrito Sucre. Así mismo, que el uso asistencial solicitado es compatible con el residencial que tiene asignado y le exige el cumplimiento de la norma para el estacionamiento establecidas para este tipo de edificación, (42 puestos, más uno extra por cada tres enfermeras) con localización a no más de doscientos metros (200 m) del inmueble, en aplicación del Artículo 225 de la Ordenanza de Zonificación vigente en el Distrito Sucre.

Por otra parte, se le informa que "por no cumplir la parcela con el área mínima de tres mil metros cuadrados (3.000 m²) establecida en el Instructivo Asistencial, ésta no podrá acogerse al mismo, por lo tanto se computará en base a lo establecido en las Disposiciones Complementarias de la Ordenanza de Zonificación vigente del Distrito Sucre para la zonificación R-4 (cuatro)".

"Le comunica también que en Anteproyecto deberá ser presentado por ante la Dirección General de Desarrollo Urbano a los fines de su revisión y posterior aprobación de conformidad con la Ordenanza de Urbanismo, Arquitectura y Construcción en General".

En fecha 22 de abril de 1982 la OMPU se pronuncia sobre la solicitud de uso residencial a servicios de apoyo administrativo para uso asistencial de un inmueble con área de seiscientos metros cuadrados (600 m²) y 20,00 mts. de frente ubicado en la Calle Cristóbal Rojas, Parcela N° 115, Urbanización Las Mercedes, Sección Los Naranjos, Municipio Baruta, Distrito Sucre. Le informan que en cuanto al uso solicitado por ser una extensión de las actividades a desarrollarse en la clínica ubicada en la par-

cela adyacente, se considera compatible con el residencial que tiene asignado el inmueble en consulta, en consecuencia, sólo se permitirán oficinas y usos auxiliares al asistencial, con acceso al inmueble solamente a través de la clínica aprobada en la parcela contigua, sin acceso directo e independiente de la calle. Se declara no intergrables las parcelas y se exige un plano conjunto donde se establezca la relación funcional de ambas parcelas, y deberá darse cumplimiento al índice de un puesto de estacionamiento por cada cuarenta y cinco metros cuadrados (45 m²) de construcción destinado a oficinas.

Observa esta Corte que en efecto, para el momento de realizarse las consultas por ante la OMPU, no estaba en vigencia la Ordenanza que regula los proyectos de edificaciones asistenciales con hospitalización, y tanto es así, que al no cumplir la parcela con el área mínima de tres mil metros cuadrados (3.000 m²) establecida en el Instructivo Asistencial, se le aplicó la Ordenanza de Zonificación vigente, y por ello le computaron el área mínima de acuerdo a lo establecido en las Disposiciones Complementarias de la Ordenanza de Zonificación vigente del Distrito Sucre para la Zonificación R-4.

Ahora bien, situación diferente ocurre cuando se le concedió el permiso de remodelación y ampliación N° 11.062 de fecha 1° de octubre de 1982, por cuanto la Ordenanza Reguladora de Proyectos Asistenciales con Hospitalización se publicó en Gaceta Municipal el 26 de abril de 1982, es decir, tenía en vigencia cinco (5) meses y cuatro (4) días ante del otorgamiento del permiso en referencia.

Es pues criterio del apelante que se continúe aplicando el razonamiento antes esgrimido por la OMPU, es decir, que como ahora no existe Instructivo Asistencial sino una Ordenanza y dado que la parcela o ambas no tienen el área mínima de tres mil metros cuadrados (3.000 m²) se apliquen las Disposiciones Complementarias de la Ordenanza de Zonificación.

Toca a esta Corte pronunciarse sobre la relación entre la Ordenanza de Zonificación y la Ordenanza Reguladora de Proyectos Asistenciales con Hospitalización, para lo cual se sustenta en el Artículo 7 de la Ordenanza de Zonificación cuando al establecer los usos complementarios en los usos de la Zona R-1, entre los cuales figura el asistencial deberán tener la aprobación previa de la Ingeniería Municipal, y agrega que ello se hará en conformidad con las disposiciones legales que se dicten para reglamentar esos usos complementarios. En consecuencia, mientras no existan las disposiciones legales que rijan los mencionados usos, es que la Ingeniería podía dictaminar en cada caso y evaluar la conveniencia y condiciones a que debían someterse los referidos usos, para garantizar el carácter de la zona y evitar conflictos con el uso residencial a que ella está destinada. En el caso de autos, no hay duda que al existir la Reglamentación de un uso complementario como el asistencial con hospitalización, al promulgarse la ley local que los rige, como lo es la Ordenanza en referencia, la casuística permitida en la propia Ordenanza de Zonificación dio paso a la regulación de este uso complementario, si la edificación asistencial tiene por finalidad (como lo indica la propia Ordenanza Artículo 2) un establecimiento médico, en el cual se proporciona tratamiento médico, quirúrgico y hospitalización. Por tanto, el criterio entregado a la autoridad municipal en el caso de no estar reglamentado el uso complementario se mantenía bajo una casuística, pero en ambos casos el objeto es el mismo, es decir, reglamentado el uso o no, debía garantizarse el carácter de la zona y evitar conflictos con el uso residencial a la que ella está destinada.

Ahora bien, al promulgarse la regulación que reglamenta el uso complementario de edificaciones asistenciales con hospitalización, ésta sustituye el criterio de dictaminar previamente en cada caso específico para, (como disposiciones especiales como las denomina el Artículo 7 de la Ordenanza de Zonificación), constituir las disposiciones legales que rigen el mencionado uso complementario y evidentemente al tener el carácter de Ordenanza, sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento tanto

para la Autoridad Administrativa que debe velar por su cumplimiento, como para los particulares que deseen emprender proyectos de edificaciones asistenciales con hospitalización en el Distrito Sucre del Estado Miranda.

Por tanto, si para el momento de obtener el permiso de fecha 1º de octubre de 1982, ya que la Ordenanza de Edificaciones Asistenciales con Hospitalización tenía en vigencia de cinco (5) meses y cuatro (4) días, resulta ciertamente contrario al Artículo 7 de la Ordenanza de Zonificación, y a la regulación estipulada en la Ordenanza especial desaplicarla, o al menos ignorarla.

Debe entrar esta Corte a revisar el criterio invocado por el apelante de complementariedad de ambas Ordenanzas, para determinar si el fallo dictado por el Tribunal Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, está ajustado a derecho al interpretar que han quedado derogadas las normas contenidas en la Ordenanza de Zonificación por la Ordenanza especial, en cuanto a la materia se refiere.

A los efectos anteriores, esta Corte estima que:

1. Tal como se señalara supra, la Ordenanza de Zonificación previó la regulación de usos complementarios por medio de disposiciones legales (Ordenanzas) precisamente para garantizar el carácter de la zona y evitar conflictos con el uso residencial a que ella está destinada, situación que en el caso de autos, los terrenos se encuentran en R-4 el cual es multifamiliar, pero ello no le quita el carácter dominante de residencial.

2. Está regulado por medio de una Ordenanza el uso complementario asistencial con hospitalización, precisamente el uso al que aspira el apelante, es decir, que en la Ordenanza especial no se reguló el uso asistencial sin hospitalización.

3. Una vez promulgada y publicada la Ordenanza reguladora de este uso complementario, por su carácter de especial, la materia en cuestión es reenviada a la Ordenanza especial, además, por disposición expresa del Artículo 7 de la Ordenanza de Zonificación vigente.

4. Reenviada la materia del uso complementario asistencial con hospitalización a la Ordenanza, es ésta la que admitiendo su especialidad en los Artículos 1 y 2, establece nuevamente el reenvío a las Ordenanzas vigentes. Así como en el Artículo 3 se expresa que sólo se permitirá la localización de edificaciones asistenciales con hospitalización en aquellas zonas donde lo permitan las Ordenanzas vigentes. Es decir, que la Ordenanza se circunscribe a regular el uso complementario en referencia pero en ningún caso a introducirse en materia de zonificación por cuanto ello ciertamente le corresponde a la Ordenanza respectiva que como precisáramos, constituye a su vez una especialidad de la Ordenanza sobre Urbanismo, Arquitectura y Construcciones en General.

5. Es por ello que el área neta de construcción así como el frente y el área mínima serán fijados por la Ordenanza de Zonificación para la zonificación que corresponde en cada caso y precisamente a ellos se añaden, pero con carácter obligatorio requerimientos especiales, entre los cuales destaca el área mínima de parcelas, la cual en "todos los casos", no podía ser menor de tres mil metros cuadrados (3.000 m²) y ese límite inferior de área "privará sobre cualquier límite menor que pudiera establecer la zonificación respectiva". (Artículo 9).

En consecuencia, la complementariedad de las Ordenanzas en lo que respecta al área mínima de parcela, número de camas, estudio, accesibilidad y capacidad vehicular, se produce sometiéndose primero a la normativa de la Ordenanza Reguladora de Proyectos de Edificaciones Asistenciales con Hospitalización, y luego, a la Ordenanza de Zonificación del Distrito Sucre del Estado Miranda. Por tanto, se aplica la Ordenanza de Zonificación sólo cuando como regulación de uso complementario no lo contradiga, mas, cuando la Ordenanza que regula el uso complementario de autos, consagra la dero-

gatoria general de toda disposición municipal, que establecida anteriormente le sea contraria o incompatible.

Sobre el particular, esta Corte coincide con el a quo, de que los requerimientos especiales de la Ordenanza de Edificaciones Asistenciales con Hospitalización eran exigibles para el momento que se otorga el Permiso de Construcción Nº 11.062 de fecha 1º de octubre de 1982, y que éste ha debido ceñirse a las exigencias de la referida Ordenanza especial.

Ahora bien, es cierto que opera la complementariedad y no la derogatoria, en aquellas disposiciones de la Ordenanza de Zonificación que no contravienen la Ordenanza que regula el uso complementario; pero de allí a concluir que el particular puede optar entre construir una clínica con hospitalización optando entre una u otra Ordenanza es insostenible aun cuando la Ordenanza utilice la expresión "a efectos de acogerse", pues debe entenderse esa expresión para aquellos terrenos no zonificados en forma expresa como asistencial, pero que admiten dicho uso. Más aún la propia Ordenanza establece procedimientos diferentes para el caso de que el terreno a desarrollar esté zonificado como uso asistencial o no zonificado como uso asistencial. (Artículos 12 a 14), y exige la participación de la OMPU a través de una consulta previa sólo en el caso de que los terrenos no estén zonificados en forma expresa como asistencial.

Resulta pues definitivo, en la aplicación de la Ordenanza Reguladora de Proyectos de Edificaciones Asistenciales con Hospitalización, que zonificado el terreno en forma expresa como asistencial, o no, que si el desarrollo es para una edificación asistencial con hospitalización, la parcela no podía ser menor de tres mil metros cuadrados (3.000 m²), y esa área (que por lo demás es similar al área mínima de las variaciones colectivas para formar unidades colectivas de vivienda en la Zona R-4), prevalece sin derogar el Artículo 44 de la Ordenanza de Zonificación, en la cual para la Zona R-4 Multifamiliar, se establece un área mínima de parcela de novecientos metros cuadrados (900 m²), con un margen de tolerancia del veinte por ciento (20%) del área mínima, pues este requisito sigue rigiendo la Zona R-4, pero es inaplicable al uso asistencial con hospitalización, por disposición expresa del Artículo 7 de la Ordenanza de Zonificación y por el Artículo 9 de la Ordenanza Reguladora de Proyectos de Edificaciones Asistenciales con Hospitalización.

En cuanto a la aplicación de las disposiciones complementarias de la Ordenanza de Zonificación, al caso de Proyectos de Edificaciones Asistenciales con Hospitalización, regiría el mismo principio anterior.

B. Renovación de Permiso de Construcción

CPCA

7-5-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

En materia urbanística no puede ordenarse la renovación de un permiso, sin que se conceda a la administración la facultad de examinar la situación por la misma planteada.

Señala el juzgador que esta información está acorde con la suministrada por el mismo Presidente del Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda a la recurrente mediante el oficio Nº 514 de fecha 2-9-85 anteriormente transcrito. Es decir, que la verdadera causa por la cual el Concejo Municipal no se pronuncia sobre la solicitud de renovación de los mencionados permisos, es en virtud de que espera la promulgación de una nueva Ordenanza para la zona en referencia por parte de la Cámara Municipal.

De la atenta lectura de los autos y de los limitados alegatos de fondo que se produjeron en esta sede se evidencia que, efectivamente, el motivo de la suspensión del trámite de la renovación de los permisos se encuentra en el propósito de la Administración Municipal de dictar una ordenanza urbanística reguladora de la zona en la cual se encuentran las parcelas. Ante tal situación, cabe preguntarse si los derechos de los particulares, en la construcción debidamente reconocidos y desarrollados por las leyes pueden ser suspendidos en su ejercicio por una disposición futura e incierta de un organismo dotado del poder autonómico, esto es, si cabe, por parte de un organismo municipal, la facultad de condicionar los derechos de los administrados que el orden jurídico les acuerda. La misma pregunta podría ser en el sentido de si la potestad normativa tiene el poder de paralizar el ejercicio de los derechos de los administrados, con anterioridad a su ejercicio mismo. Las respuestas a cualquiera de las dos formulaciones no puede ser sino en sentido negativo, por cuanto no constituye decisión alguna, la espera de una futura regulación general de la materia. Una conducta de tal índole es lesiva de la situación subjetiva sobre la cual incida en forma específica, como es el caso presente en el cual el incumplimiento del deber de decidir independientemente en el tiempo lesiona las garantías económicas al afectar el derecho de propiedad consagrado en los artículos 96, 98 y 99 de la Constitución.

Ahora bien, en materia urbanística no puede ordenarse la renovación de un permiso, como es la pretensión deducida por los accionantes y acordada por el juez a quo, sin que se conceda a la Administración la facultad de examinar la situación por la misma planteada. Se trata de la necesidad de la actualización, esto es, de la adecuación y conformidad de los permisos originales al momento actual, por cuanto de no reconocerse tal exigencia se correría el riesgo de obligar a un organismo administrativo a otorgar una autorización que se encuentre divorciada del presente. Es por ello que la orden de renovación no puede ser dada por el juez, el cual ha debido limitarse a ordenar a la autoridad administrativa que procediese a tramitar la solicitud de renovación y a pronunciarse sobre ella, excluyendo la posibilidad de dicho organismo de plantear en contra del solicitante los alegatos que en la presente sede han sido considerados como inconstitucionales o ilegales, como lo fuera el relativo a la necesidad de esperar la aprobación de una ordenanza sobre riesgos geológicos para el área de ubicación de las parcelas. Por lo que atañe a la condenatoria en costas que el a quo acordara, esta Corte estima que la misma no es procedente en los términos del artículo 82 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, norma que limita dicha condenatoria solamente a los juicios de contenido patrimonial en los cuales el monto haya sido establecido en el libelo, ya que, en el caso de autos, el planteamiento del accionante fue completamente ajeno a tal presupuesto y así se declara.

VIII. FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. Régimen: Aplicación de la Ley de Carrera Administrativa

CPCA

14-5-87

Magistrado Ponente: Pedro Miguel Reyes

Caso: Carmen Elena Buitriago vs. República (Ministerio de Relaciones Exteriores).

Finalmente, respecto al alegato del sustituto del Procurador General de la República, que sostiene que constituye un error la interpretación de considerar excluidos de la Ley de Carrera Administrativa, sólo a los funcionarios del servicio exterior o con-

sular que disfruten de un régimen de protección y no a los que no lo disfrutaban, la Corte observa que la mejor interpretación no sólo es la que se deriva del texto de la Ley, que en el caso presente establece como condición para tal exclusión que dichos funcionarios estén amparados" por la Ley del Servicio Exterior, sino de la integración de los diferentes textos legales que se refieren a una misma materia, de donde puede derivarse una conclusión lógica, que además esté conforme con los principios generales que informan toda la materia. Así ocurre en materia de función pública nacional, en la cual el principio es que todo funcionario esté sometido a la Ley que la regula, como lo es la Ley de Carrera Administrativa, y que por excepción algunos de ellos, no lo estén, por lo cual las exclusiones responden a un criterio limitado que no sólo requieren una justificación, sino que también deben interpretarse restrictivamente y no extensivamente. En ese sentido, puede concluirse que el legislador no ha querido dentro de la Administración Pública Nacional que por la exclusión de algunos funcionarios de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa, no disfruten de ningún derecho. Por el contrario, lo que propiamente ha querido es evitar el doble régimen acumulativo, o en todo caso, la derogación de los regímenes especiales existentes para el momento de promulgación de la Ley de Carrera Administrativa. En consecuencia, que la interpretación que le ha dado la jurisprudencia al término "amparados por la Ley del Servicio Exterior y la Ley del Servicio Consular", en el sentido de "protegidos por otras leyes", es la más cónsona con el texto, espíritu y lógica de la Ley de Carrera Administrativa, y así se declara.

2. Cargos: Incompatibilidad

CSJ-SPA (105)

24-3-87

Magistrado Ponente: Luis H. Farías Mata

Caso: SAESA vs. República (Ministerio de Hacienda).

La incompatibilidad para el desempeño del empleo público dentro de un mismo organismo afecta de manera idéntica y simultánea a todos los sujetos que se encuentran en tal circunstancia.

Como puede observarse, la circunstancia que, conforme a lo alegado por la impugnante, genera un vicio de ilegalidad en los actos mediante los cuales se designa al ciudadano Marcos Vinicio Sánchez, como encargado, en primer lugar, y luego como titular de la Dirección General Sectorial de Inspección y Fiscalización del Ministerio de Hacienda, es el hecho de que dentro de esa misma dependencia se encontraba prestando servicios, con el carácter de Inspector Nacional de Hacienda su hija Amarelis Sánchez.

Entiende la impugnante que la disposición contenida en el artículo 123 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, postula un requisito de validez para la designación de empleados de Hacienda, con lo cual, de producirse la hipótesis prevista en la norma, la consecuencia sería la nulidad del último nombramiento. Concretamente se indica en el escrito que da inicio a este proceso:

"Así pues, para poder prestar servicios en una oficina o dependencia del Ministerio de Hacienda, además de los requisitos generales requeridos para poder prestar servicios en la administración pública, se requiere que dentro de esa dependencia u oficina no esté prestando sus servicios un familiar que se encuentre

dentro de los grados de consanguinidad o afinidad o que tenga la cualidad de cónyuge, previstos en el antes citado artículo 123.

De tal manera que de producirse un nombramiento oficial, *quebrantando lo dispuesto en la norma citada, es evidente que el segundo nombramiento (sic) es ilegal y por ende son nulas, igualmente por estar viciadas de ilegalidad, todas las actuaciones llevadas a cabo por el funcionario designado en segundo término*". (Subrayado de esta Sala).

La Corte observa:

El artículo 123 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, cuya violación se alega, postula, en términos precisos, una incompatibilidad para el desempeño del empleo público, dentro "de una misma oficina de Hacienda", para aquellas personas que sean cónyuges o que estén unidas por parentesco de consanguinidad o de afinidad en línea recta o colateral, dentro de los grados que la norma indica. Y resulta claro, a juicio de la Sala, que la incompatibilidad antes señalada afecta, de manera idéntica y simultánea, a todos los sujetos que se encuentren en la circunstancia de hecho prevista por la norma, esto es, en la condición de cónyuge o en la relación de parentesco que previó el legislador.

Pero —y en su consecuencia— no se puede presumir ni imputar los efectos de una presunta violación de la norma, solamente al último funcionario designado. En principio, de existir los vínculos previstos, quedarían *todos* afectados de igual manera por la incompatibilidad consagrada legalmente, sin importar la antigüedad que puedan ostentar como empleados de la dependencia u oficina de hacienda en la cual prestan servicio.

Estima la Corte que la incompatibilidad para el desempeño de un determinado cargo u oficio, podría afectar las actuaciones realizadas por quienes la confrontan e, incluso, acarrear responsabilidad personal del o de los funcionarios afectados por dicha incompatibilidad. Pero considera asimismo la Sala que no le corresponde, en el caso de autos entrar a conocer de los aspectos antes indicados, pues no han sido esos los extremos traídos a su conocimiento por la recurrente. Así lo declara expresamente.

Por otra parte, la incompatibilidad puede ser sobrevenida. Podría ocurrir, en efecto, que con posterioridad al nombramiento o elección de los funcionarios por ella afectados, y mal pudiera alegarse en ese caso que tales nombramientos o elecciones adquieren la condición de actos viciados por el solo efecto de la incompatibilidad surgida a posteriori.

Considera la Corte, y así lo declara, que cuando el legislador ha querido asignar el carácter de requisito de validez del acto de nombramiento a la inexistencia de incompatibilidad por razones de parentesco, y en consecuencia condenar con nulidad absoluta una determinada designación sin que fuere necesariamente la posterior, lo ha hecho de manera expresa, tal como sucede con la sanción de nulidad "de pleno derecho" impuesta en el segundo párrafo del artículo 6º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al caso de incompatibilidad previsto en el encabezamiento del mismo texto legal; éste, en efecto, textualmente reza:

"Artículo 6º No podrán ser simultáneamente Magistrados de la Corte quienes estén unidos entre sí por matrimonio, adopción o parentesco en línea recta o en la colateral dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Cuando el Congreso elija a una persona vinculada por un nexo de los aquí señalados con uno de los Magistrados en ejercicio del cargo, *tal designación será nula de pleno derecho* y se procederá a la elección de nuevo Magistrado. De producirse la situación prevista en este artículo entre Magistrados que estén ejerciendo el cargo, la Corte designará cuál de ellos ha de ser sustituido, teniendo en cuenta las circunstancias del caso". (Subrayado de esta Sala).

La disposición últimamente transcrita establece efectos jurídicos tanto para el caso de que la designación ocurra existiendo de antemano una incompatibilidad, a la cual la norma sí le asigna el carácter de requisito de validez, como para la eventualidad de que el hecho generador de la incompatibilidad fuere sobrevenido, caso en el cual se establece una solución específica que no afecta en rigor los actos de designación en su propio origen.

Pero en cambio en el caso *sub judice*, la norma que consagra la incompatibilidad para el desempeño del empleo —entre funcionarios adscritos a la misma oficina— no señala como efecto de aquella la nulidad absoluta del nombramiento que recaiga en el último de los empleados designados, en razón de lo cual no puede ser considerado un requisito de validez de uno o de ambos nombramientos el hecho de que en esa dependencia u oficina no se encuentre prestando sus servicios alguna persona con la cual existan los vínculos o relaciones causantes de la incompatibilidad. Y, siendo así, la administración tiene siempre la posibilidad de convalidar una de las designaciones mediante un nuevo acto que haga cesar la incompatibilidad. Todo lo cual se declara expresamente.

Es esto último lo que sucedió justamente en el caso *subjudice* cuando la primera Resolución de 17.8.84 fue sustituida por la de 14.12.84, ambas, objeto de la presente impugnación, de manera que cuando se dictó ésta ya no existía la incompatibilidad denunciada, pues en efecto, consta de autos que en fecha 28 de noviembre de 1984, mediante oficio Nº HP71 suscrito por el Director de Personal del Ministerio de Hacienda, se notificó a la ciudadana Amarelis Sánchez C. su transferencia, en comisión de servicio, a la Dirección General Sectorial de Rentas, efectiva a partir de la misma fecha. En tal virtud al momento de dictarse el segundo de los actos impugnados, vale decir la Resolución Nº 607 de 14 de diciembre de 1984, ni siquiera existía la circunstancia de hecho generadora de la incompatibilidad indebidamente alegada por la impugnante en el presente caso como vicio capaz de acarrear la nulidad de las resoluciones impugnadas. Así se declara.

3. Remoción

CPCA

19-3-87

Magistrado Ponente: Cecilia Sosa Gómez

Caso: Benita Méndez vs. República. (Ministerio de Agricultura y Cría).

El acto de remoción afecta a los funcionarios de libre nombramiento y remoción en cuyo caso el mismo implica el retiro y a los funcionarios de carrera que en uso de permiso especial están desempeñando un cargo de los considerados como de libre nombramiento y remoción.

En efecto, el acto de remoción es aquel que afecta a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, en cuyo caso el mismo implica el retiro, y a los funcionarios de carrera que en uso de permiso especial están desempeñando un cargo de los considerados como de libre nombramiento y remoción. En este caso, el acto de remoción está destinado a producir, a colocar, al funcionario de carrera en situación de lograr su reubicación (disponibilidad) en otro cargo de carrera, similar al desempeñado antes de advenir a ocupar el cargo de libre nombramiento y remoción, mediante la realización de las gestiones reubicatorias, las cuales de ser satisfactorias, obviamente

no producen el retiro y en caso de no serlo producen éste y la consecuente incorporación del sujeto al registro de elegibles, con el pago de las prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía correspondientes. Claro está, que para ello es necesario que se lleven a cabo cabalmente las gestiones reubicatorias, en caso contrario el acto de retiro sería nulo, pero dicha nulidad no arrastra la de la remoción, si ésta se hizo debidamente, obligando solamente a la Administración a la reincorporación para la realización de las gestiones reubicatorias del caso. Cuestión diferente es la de que la remoción no haya sido tramitada con arreglo a las disposiciones legales, en cuyo caso la nulidad del acto de retiro implica la del acto de remoción.

4. Destitución

CPCA

9-4-87

Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó

Caso: Andrés Hermoso vs. República (Ministerio de Justicia).

En efecto, según esta Ley, la remoción y la destitución implican situaciones administrativas diferentes, ya que la primera responde a una potestad discrecional que atiende a los intereses superiores de la Administración, quien la acuerda por su libre voluntad, en base a la prerrogativa que le otorga el ordinal 3º del artículo 4 de la misma Ley y no implica en forma alguna, una sanción al funcionario contra el cual fue acordada. Por su parte, el retiro-sanción o destitución debe llenar una serie de requerimientos formales y substanciales establecidos en garantía de la imparcialidad de la Administración, y que es en definitiva, la figura recogida en el artículo 132 de la Ley de Registro Público, como "remoción". Por lo demás, es importante destacar que el numeral 3 de la citada disposición señala, también como causa de "remoción": "Los casos a que se refiere el Código Civil, esta Ley y cualesquiera otra causa grave y comprobada", lo que significa que para el legislador, todos los supuestos de irregularidad relativos a los protocolos, y demás libros que prescribe la Ley, así como las concernientes a la función registral en general, constituyen causas graves.

Es perfectamente comprensible la calificación de gravedad en las fallas que puedan cometerse en las Oficinas de Registro, por cuanto el contenido de los actos de registro está investido de fe pública, y se presume exacto e íntegro. Además, las importantes y delicadas funciones atribuidas a los registradores demandan un ineludible y fiel cumplimiento de las mismas. Por ello, los perjuicios ocasionados por los errores, inexactitudes u omisiones que se produzcan con motivo del asiento, inscripción o anotación de documentos sujetos a registro se regulan de manera minuciosa y severa, sin importar que tales fallas hayan obedecido a dolo, negligencia o imprudencia de los registradores. Lo argumentado por el querellante, entre otras, que las faltas cometidas no produjeron daños ni perjuicios ni a la administración ni a los administrados; que las mismas fueron subsanadas; que había falta de personal en la oficina y que no es cierto que todos los actos de registro son solemnes, en nada modifican el hecho de la inobservancia de las disposiciones legales que estaba obligado a cumplir y que por lo demás él reconoce. La circunstancia de que sean o no solemnes los actos de registro, tampoco cambia la situación de incumplimiento o transgresión a la Ley y las derivaciones de éstos son las mismas, es decir, la aplicación de las sanciones a que haya lugar.

