

La discrecionalidad administrativa en el ordenamiento jurídico venezolano

*Ronald de Jesús Chacín Fuenmayor**

Resumen

Se hace un análisis de la potestad discrecional de la Administración en el ordenamiento jurídico venezolano. Para ello se realizó una investigación del tipo descriptivo, mediante la técnica de indagación documental de textos legales, doctrina y jurisprudencia, que versan sobre aspectos fundamentales de la discrecionalidad administrativa, todo para el logro de un objetivo fundamental: la comprensión de los referidos aspectos básicos de esta temática (nociones fundamentales y limitaciones), desde los distintos puntos de vista, generados por la diversidad de fuentes de derecho aquí analizadas. Se constata, que en el ordenamiento jurídico venezolano se consagra la potestad discrecional de la Administración, pero de una forma significativamente limitada, en virtud de los límites previstos en la ley y el control judicial establecido, todo a los fines de evitar la arbitrariedad en el ejercicio de esta potestad, y así mismo no lesionar el Estado de Derecho, piedra fundamental de los regímenes democráticos y del régimen político y jurídico venezolano.

Palabras claves: Discrecionalidad, Administración, limitaciones, control jurisdiccional.

* Docente-Investigador del Instituto de Filosofía del Derecho “Dr. José Manuel Delgado Ocando”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. E-mail: rjchf_9@hotmail.com

Administrative Discretionary Power in the Venezuelan Judicial Order

Abstract

An analysis of the discretionary power of the administrative branch in the Venezuelan judicial order is elaborated. In order to do this descriptive research was made, using documentary techniques and perusal of legal texts, doctrine and jurisprudence that treat fundamental aspects of administrative discretionary power, all of this for the purpose of understanding the basics of this subject, from the different points of view generated by the diversity of the legal sources researched in this paper. It is verified that in the Venezuelan judicial order discretionary powers of the administrative branch are contemplated, but in a significantly limited manner, because of the legal limitations and the jurisdictional control established, all of this for the purpose of preventing arbitrariness in the practice of this power, and also in order not to affect the "state of law", which is the fundamental basis of democratic regimens, and of the political and judicial regime in Venezuela.

Key words: Discretion, administrative branch, limitations and jurisdictional control.

Introducción

La potestad discrecional, es una facultad-deber que tiene la Administración Pública para poder decidir algunos asuntos con un relativo margen de libertad, acorde con las circunstancias concretas que el Legislador en muchas ocasiones no puede determinar de antemano en la norma jurídica, es que como dicen muchos filósofos del derecho, es decir, cuando las circunstancias del caso superan con creces la realidad prevista en la norma (Cossio, 1987).

Esta facultad-deber, o potestad, es al igual que las otras potestades de la Administración, exorbitante y la misma constituye un límite a las actuaciones regladas o enmarcadas dentro del principio de la legalidad de la Administración Pública, la cual establece de antemano, de un modo concienzudo la actuación de la Administración, a los fines de asegurar

los derechos de los ciudadanos y la seguridad jurídica de éstos, es decir, el logro del Estado de Derecho.

Es polémico en la doctrina y jurisprudencia administrativa, las posiciones en torno a la pertinencia de la potestad discrecional, su justificación, sobre todo ahora con el auge cada vez mayor del Estado de Derecho, es decir, el ajuste de la conducta de la Administración a la legalidad, esto es, a la potestad reglada, sin margen de libertad alguno para el ejercicio de la función administrativa por parte de los órganos competentes.

Es así como el presente trabajo entiende la necesidad de dirimir esa polémica, realizando un estudio legislativo, doctrinario y jurisprudencial de la potestad discrecional en el ordenamiento jurídico venezolano. En efecto, se analizarán, la Constitución y leyes de la materia, la doctrina y jurisprudencia que nos permita acercarnos a establecer las limitaciones de la discrecionalidad y su control judicial o limitaciones, empleando para ello jurisprudencia nacional relacionada con esta temática.

Para la consecución de un objetivo fundamental, la comprensión de las limitaciones o control judicial de la discrecionalidad administrativa en el ordenamiento jurídico venezolano.

El trabajo comprende dos partes principales: una primera, que pudiera considerarse como introductoria o propedéutica, donde describimos los aspectos considerados como básicos de la potestad discrecional de la Administración, para luego centrarnos en el desarrollo del objetivo principal, es decir, la segunda parte donde abordamos los distintos límites de la discrecionalidad administrativa, establecidos por la doctrina y la jurisprudencia venezolana; temática de gran relevancia dentro del Derecho Administrativo como rama del Derecho Público interno, en virtud de que implica una atribución ventajosa de la Administración en su relación con los administrados, frente al Estado de Derecho que debe prevalecer en todo régimen democrático.

1. Algunos aspectos fundamentales de potestad discrecional

En este punto desarrollamos algunos aspectos que consideramos fundamentales sobre la Potestad Discrecional de la Administración Pública, a saber: Diferenciación con la potestad reglada, conceptualización, justificación y alcance de esta potestad administrativa.

Aclaremos que consideramos a la discrecionalidad como potestad, porque la ubicamos como una carga pública que obliga y faculta a la Administración a dictar ciertos actos capaces de incidir sobre la esfera jurídica de los ciudadanos administrados y así mismo para ejecutar dichos actos con fuerza autoritaria (Rondón de Sansó, 1981), en ejecución de uno de los principios cardinales del Derecho Administrativo, el principio de Supremacía de la Administración¹.

1.1. La potestad reglada y la potestad discrecional

La potestad discrecional difiere de la potestad reglada en el margen de libertad otorgado al funcionario para dictar y ejecutar las medidas administrativas. En la primera tal libertad es relativa, se le da un margen de acción al funcionario dentro del marco acordado por la ley, y en la segunda no existe libertad, la ley le establece al funcionario las diferentes medidas que debe tomar según la circunstancia concreta que se le presente, también prevista en la ley.

Gallego y Menéndez (2001) realizan una clasificación de acto administrativo en cuanto al grado de vinculación con la norma, en actos reglados y actos discrecionales, consistente en una definición de ambas potestades (reglada y discrecional). Veamos, en los actos reglados, la norma que regula la actuación de la Administración, delimita en forma estricta, cerrada o detallada, la aplicación de la misma por los órganos respectivos, sería lo que los mismos autores denominan “automatismo aplicativo”, donde no existe para nada ningún margen de libertad en la aplicación de la norma administrativa por parte del funcionario.

Y en cambio en los actos discrecionales, tal automatismo es inexistente, la norma que autoriza al funcionario a actuar no es taxativa sobre lo que debe o no debe hacer, sino que otorga un margen para el ejercicio de su arbitrio o prudencia, en función de la situación concreta que debe atender o resolver. Ejemplo de estos poderes, serían las potestades de

1 Principio que justifica la posición de desequilibrio a favor de la Administración, en su relación con el Administrado, en virtud de que aquella vela por el interés colectivo, considerado como superior a los intereses particulares de los administrados (Rondón de Sansó, 1981).

las autoridades sanitarias para evitar la propagación de enfermedades, según las circunstancias y la gravedad de cada situación.

Lárez Martínez (2001), también diferencia ambas potestades, lo que el denomina poder discrecional y poder reglado. En el primero, la autoridad actúa libremente, sin que su conducta le sea dictada de antemano por una norma de derecho y en el segundo, la autoridad frente a circunstancias de hecho, está obligada a tomar una decisión, señalada por la ley, sin que exista libertad de escoger entre varias soluciones, pudiendo decirse que en tales casos, la conducta del funcionario está dictada de antemano por el Derecho. Ejemplo de estos poderes serían la multiplicidad de actos autorizatorios realizados por los funcionarios en función del cumplimiento por parte de los administrados de cada uno de los requisitos previstos en la ley, para obtener la licencia, permiso o documentación correspondiente.

Jusfilosóficamente se diferencia también la potestad discrecional de la reglada en cuanto a los fines y los medios previstos en la norma para el funcionario; estaremos en presencia de la primera cuando la ley le establece al funcionario público el fin previsto en la norma que debe conseguir a través de una serie de medidas para el cual el funcionario tiene cierta libertad, atendiendo a las circunstancias del caso, es decir, el funcionario tiene cierta libertad de medios, pero no de fines, ya que éstos están previstos claramente en la ley, y estaremos en los casos de potestad reglada, cuando al funcionario, la ley le establezca tanto los fines como los medios o medidas para la consecución de esos fines (Delgado Ocando, 1994).

Brewer Carías (1980) señala también la distinción entre ambas potestades; en la potestad discrecional, la Administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad que tiene para obrar, puede considerar hechos pasados y consecuencias futuras; sin que esto signifique una libertad total de arbitrio y de alejamiento de cualquier regla de Derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los elementos formales del acto administrativo y en la potestad reglada, la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cual es su autoridad y como deberá hacerlo, determinando de esta manera, las condiciones de la conducta administrativa, de forma de no dejar margen a elegir al procedimiento, medio o contenido del acto.

Pero no todo es distinción, no todo es diferencia entre ambas potestades, es decir, tal como lo afirma Peña Solís (2004), existen aspectos reglados en la potestad discrecional y aspectos discrecionales en la potestad administrativa.

Comenzando con el primer grupo de aspectos, los elementos reglados de la discrecionalidad administrativa, tenemos:

1. La discrecionalidad es otorgada por la ley, existe porque proviene de una norma que le atribuye al funcionario el margen de actuar a su arbitrio según varias opciones; por ello es que constituye una manifestación del principio de legalidad administrativa. Es decir, la ley prevé la facultad del órgano de actuar discrecionalmente y por ende la competencia del órgano que tiene esta atribución.
2. La ley también prevé sobre qué recae la discrecionalidad, es decir, su alcance, que puede ser variable según cada autorización otorgada por el Legislador. Unas veces será discrecional la posibilidad de elección, si provee o no el acto; otras veces el modo de actuar y en otras ocasiones el tiempo o cuando actúa la Administración, de acuerdo a su arbitrio.
3. El fin, el norte de la potestad discrecional también está previsto en la ley, el cual será cónsono con el interés público y colectivo.
El procedimiento conforme al cual se ejerce la potestad discrecional, pues la Administración está obligada a actuar siguiendo los módulos procedimentales previstos en las leyes, los cuales contienen la posibilidad de resguardo y ejercicio de los derechos de los administrados.
4. El poder discrecional se define entonces en relación con las exigencias de la legalidad también de manera residual, él comienza allí donde las leyes terminan. Por ello, cuando la Administración actúa discrecionalmente, no actúa en contra de la legalidad, ya que su libertad es producto de que la legalidad en relación con ese punto no le imponga nada. La medida del poder discrecional es pues, para cada acto, inversamente proporcional a las exigencias de la legalidad respecto a ese acto (Rivero, 1984). Siempre y cuando la ley no le imponga nada y al mismo tiempo habilite a la Administración, es decir, le otorgue el margen de libertad para actuar y producir el acto administrativo.

Por otra parte, existen también elementos discrecionales en la potestad reglada, como es el caso de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, es decir, términos abstractos, sobre los cuales no hay un significado normativo determinado y le toca al funcionario determinar si se configura en la situación de hecho, a los fines de aplicar la consecuencia jurídica prevista en la norma.

Son conceptos como paz social, peligro para personas, buena fe, necesidad, etc. Aunque no es estrictamente una potestad discrecional por cuanto no existen las alternativas para que la Administración actúe, para algunos autores se aprecia cierta libertad en la situación de hecho que considerará el funcionario para subsumirla en el concepto normativo, en virtud de la vaguedad de dicho concepto, que produce que sea dudosa la subsunción (Gallego y Menéndez, 2001).

No obstante, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativo, de fecha 05-05-1983, Caso: RCTV-Hola Juventud, contraría la posición de Gallego y Menéndez y diferencia claramente los conceptos jurídicos indeterminados de la potestad discrecional:

...mientras éstas (las potestades discrecionales) dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan estos últimos por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una solución justa y correcta, que no es otra que aquélla que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma. La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de la legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente (Brewer-Ortiz, 1996: 595).

El criterio de ese fallo fue ratificado por la misma Corte en sentencia de la misma Sala de fecha 27-04-1989, Caso: Cervecería de Oriente, agregando además que la interpretación de estos conceptos es plenamente controlable, al verificarse si la misma, es acorde con la única solución justa que la ley permite:

“Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, el

juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado, es la única solución justa que la ley permite” (Brewer y Ortiz, 1996: 603).

Este criterio también fue confirmado en la Sentencia de fecha 01-08-1991, Caso: RCTV-La Escuelita, dictada por la misma Sala Político-Administrativo, donde también se excluye dentro de la potestad discrecional la determinación del sentido de los conceptos jurídicos indeterminados, en virtud de que los mismos deben interpretarse conforme a la única solución justa prevista en la ley.

De esta manera la antigua Corte Suprema toma una posición que contradice la identidad de los conceptos jurídicos indeterminados con la potestad discrecional, criterio con el cual coincidimos, porque consideramos que la razón de la Corte es inspirada en la posibilidad de controlar judicialmente la interpretación de estos conceptos, sobre todo cuando deja claro que la determinación del sentido de los mismos no es libre, sino condicionada por lo que establece el Legislador en el propósito y razón de la norma.

Coincidimos con Jean Rivero (1984) en la necesidad de un equilibrio entre ambas potestades (discrecional y reglada), porque por un lado, la acción de la Administración no puede acomodarse a una generalización de la competencia reglada, es decir, que toda su actuación esté prevista en la ley taxativamente, por cuanto a la Administración le es necesario adaptarse permanentemente a circunstancias particulares y cambiantes, que la regla de Derecho no ha podido prever y por otro lado, una Administración demasiado discrecional, no ofrecería a los administrados ninguna seguridad, sino que por el contrario estaría tentada hacia la arbitrariedad. Y este equilibrio que plantea Rivero, tendría, a nuestro entender, necesariamente que pasar por un mayor control jurisdiccional de esta potestad discrecional de la Administración.

1.2. Conceptualización o definición de la discrecionalidad administrativa

A pesar de la distinción entre ambas potestades de la Administración (reglada y discrecional), asimilada la reglada al Principio de Legalidad Administrativa, la potestad discrecional no constituye una excepción al principio de legalidad, sino que por el contrario, la potestad discrecional constituye una expresión de la legalidad, en virtud de que la

discrecionalidad es una remisión normativa, es decir, existe, por que la ley así lo permite o como lo afirma Peña Solís (2004), resulta imposible predicar la existencia de la discrecionalidad administrativa, si antes no se predica la previa existencia del principio de legalidad administrativa.

En efecto, según el mismo autor, no se puede desvincular para nada la discrecionalidad de la legalidad, en virtud de que el principio de legalidad se hace operativo cuando se desagrega en las referidas potestades regladas y potestades discrecionales que son atribuidas a los entes públicos y sus órganos; dependiendo de la fijación total o parcial, según el caso, de las condiciones y requisitos para su ejercicio (reglada o discrecional); pero siempre en ambos casos será la ley (Principio de legalidad administrativa) que la establezca.

La potestad discrecional existirá entonces, cuando la atribución del poder por parte del Legislador, no llega a establecer todos y cada uno de los requisitos y condiciones para su ejercicio, es decir, que no fija previamente su acción, ni tampoco el contenido de la misma, dejando un margen de apreciación y acción al órgano competente, en el momento en que le corresponde adoptar el acto, derivado de la aplicación de la norma atributiva de potestad (Peña Solís, 2004), quedando determinadas estas acciones o medidas que adopta el funcionario, por las circunstancias que rodean la situación jurídica que atiende.

Es como lo afirma Rondón de Sansó (1981), con la discrecionalidad la Administración no sigue una receta conocida, sino que ella misma establece los ingredientes y el tiempo de la preparación, porque en esta potestad, se encuentra la libertad del órgano ejecutante u operador, que pone en juego su experiencia, su poder de apreciación, su buen conocimiento de los hechos, y los medios y circunstancias sobre los cuales opera su actuación.

Así mismo, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia de fecha 06-11-1958, Caso: Reingruber, define la discrecionalidad administrativa sirviéndose de la definición de Bonnard: "...el acto discrecional se produce cuando la Administración actúa en ejercicio de poder de libre apreciación que le deja la ley para decidir si debe obrar o abstenerse, o cómo ha de obrar o que alcance ha de dar a su actuación" (Brewer y Ortiz, 1996: 580).

La misma Corte Suprema de Justicia en la anterior sentencia, ratificada en fallo de la misma Sala de fecha 02-11-1982, Caso: Depositaria Judicial, establece como elementos esencial del acto discrecional, su carácter de inenjuiciable en cuanto al mérito o fondo, es decir, la exclusión del control jurisdiccional de las razones de oportunidad y conveniencia, veamos:

...la naturaleza de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional, es el que no pueda ser revisado y anulado por otro poder en cuanto al mérito o fondo. Esta conclusión resulta evidente, porque de lo contrario, esa facultad discrecional no sería tal, ni propia de un poder; pero si puede ser materia de revisión por lo que se refiere a la incompetencia del funcionario que lo dictó, o defecto de forma del acto, o a su ilegalidad, en cuyos casos procede su revocación o anulación (CSJ-SPA, 06-11-1958, Caso: Reingruber. Brewer y Ortiz, 1996: 580).

Nosotros, tomando en consideración el margen de libertad o libre arbitrio reconocido por la mayoría de las definiciones, proponemos una definición de discrecionalidad administrativa como aquella potestad manifestada en la libertad que tiene la Administración, otorgada por la ley, de realizar actuaciones y declaraciones de carácter sublegal, para lo cual él órgano administrativo valorará y apreciará las circunstancias de hecho a los fines de resguardar el interés general o colectivo y demás fines previstos en la norma.

En esta definición de potestad discrecional administrativa establecemos la diferencia con los Actos de Gobierno², los cuales son en la mayoría de los casos, actos realizados en ejecución de la Constitución y de alta política, claramente diferenciables de la función plasmada por la Administración con el despliegue de la potestad discrecional.

1.3. Justificación de la potestad discrecional de la administración

La actividad discrecional es indispensable para que la Administración pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y regular la gran diversidad de cambiantes y complejas relaciones

2 Al respecto ver: Peña Solís (2004) y García De Enterría y Fernández (1990).

jurídicas que se producen en la sociedad, por ello es usual que las normas se limiten a determinar competencias de los diversos órganos administrativos y deje a éstos una cierta libertad de apreciación de los hechos para decidir u orientar su actuación (Brewer Carías, 1980).

Este autor considera que la discrecionalidad es condición indispensable de toda buena y eficiente Administración.

Coincidimos con esa apreciación, ya que el Derecho no es casuístico, tiene entre sus principios fundamentales la generalidad, es decir, que es imposible que regule la totalidad de las diversas circunstancias que se presentan en la experiencia jurídica real y concreta, es por eso que el mismo Derecho a través de las leyes, otorgan al funcionario su competencia y la potestad de actuar discrecionalmente dentro de esa atribución que le es otorgada.

En el marco de esas competencias otorgadas discrecionalmente, las autoridades administrativas logran la decisión más acorde al caso concreto, imposible de prever por el Legislador, de allí la necesidad de la facultad discrecional de los organismos administrativos y es por eso que se habla de que ésta contribuye a la eficacia de la Administración.

Supongamos que a las autoridades sanitarias competentes no se les otorgara potestad discrecional alguna para resolver los problemas de salud de una localidad, surge un brote epidémico de una nueva enfermedad o de una enfermedad conocida, pero de la que se conocen nuevos tratamientos gracias a los avances de la medicina, en ese caso la autoridad sanitaria estará atada de manos para resolver adecuadamente el problema cuando en la ley están reguladas todas las medidas a implementar en esos casos, las cuales son vetustas y alejadas de la realidad actual, que no contempla los avances de la ciencia para tratar nuevas epidemias. Como es razonable que el Legislador no previera las nuevas circunstancias, es por eso que se deja a la autoridad administrativa que las considere mediante la potestad discrecional prevista en la ley.

Pero la potestad discrecional no justifica para nada la arbitrariedad, el actuar fuera de la ley, a capricho, violentando los derechos y garantías de los ciudadanos administrados; es por eso que debe la potestad discrecional contar con limitaciones y ser controlable judicialmente; para salvaguardar los derechos de los ciudadanos y evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

Observa Brewer Carías (1980) que en el Derecho Comparado existe una tendencia a disminuir el margen de discrecionalidad administrativa a los fines de evitar la señalada arbitrariedad, tarea que le ha correspondido a los jueces y en Venezuela tal cometido ha sido desarrollado por nuestros máximos tribunales, de los cuales, algunas de las sentencias analizaremos en este trabajo.

A pesar de esa tendencia a la disminución de la potestad discrecional, lo cual luce sano, a los fines de evitar el aprovechamiento de esta potestad para realizar arbitrariedades, tenemos que advertir, que dada la realidad inminente, apenas descrita sobre la importancia de las circunstancias del caso para resolver los diversos y complejos problemas que se le presentan a la Administración, no advertidos por el Legislador, siempre será necesaria alguna potestad discrecional para estos menesteres.

Es por eso, que la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en la referida sentencia del caso: Reingruber, estableció el fundamento o necesidad del Poder Discrecional, alegando razones prácticas de aplicación de la ley y solución de problemas en aras del interés colectivo, que tiene que atender la Administración, ante la diversidad de situaciones que el Legislador deja de prever:

Este poder discrecional, ya virtual, expresamente conferido por la Ley, es indispensable para que el Poder Administrador y de manera más amplia, el Poder Ejecutivo, pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la Ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en las sociedades. De ahí que, por lo general, se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deje a éstos una cierta libertad de apreciación de los hechos, para decidir u orientar su actuación (Brewer y Ortiz. 1996: 580).

1.4. Alcance de la discrecionalidad administrativa (elementos sobre los cuales recae)

Para Rondón de Sansó (1981) el margen de libertad otorgado por el Legislador a la Administración para que actúe, recae en primer lugar sobre el contenido del acto, “el quid”, es decir, todo aquello que constituye el actuar de la Administración, la acción misma, o sea, la acción de autorizar, sancionar, revocar, prohibir, acordar, negar, restringir, etc.

En estos casos queda atribuida a la Administración la disposición misma que ha de tomarse, bien en forma totalmente libre o en forma de una o varias alternativas. Menéndez y Gallego (2001), denomina a esta modalidad de la discrecionalidad “discrecionalidad de elección”.

En segundo lugar, sobre la decisión de proveer o no el acto, ya que en algunos casos la norma puede prever que dado un supuesto de hecho, puede actuar eligiendo una consecuencia jurídica e inclusive no actuar (Peña Solís, 2004), la doctrina denomina a esta modalidad de la potestad discrecional, “discrecionalidad de actuación” es decir, “el an”, cuando de la norma se desprenda la opción para el órgano administrativo de adoptar o no un proveimiento.

En tercer lugar, la discrecionalidad puede recaer sobre la oportunidad (el mérito) de la providencia que debe ser dictada, “quando”, es decir, “el cuando procede”. En estos casos la Administración tiene la facultad de apreciación sobre el elemento temporal de la medida que ha de tomar.

Y en cuarto lugar, la discrecionalidad puede recaer sobre otros elementos circunstanciales, “el quomodo”, es decir, aquellos elementos sobre los que aluden a las modalidades de su formación, esto es, al como ha de producirse la providencia, es decir, el modo, la forma, la medida, la extensión, etc.

2. Limitaciones de la potestad discrecional de la administración

A pesar del reconocimiento de la necesidad del poder discrecional para la Administración, en virtud de que le permite apreciar la oportunidad y conveniencia de ciertas actuaciones, esencialmente útiles para el logro del interés colectivo y el establecimiento y ejecución de medidas en el campo económico y social (Brewer Carías, 1997); a la vez que es esencial para evitar que la Administración, pueda convertirse en una cantera de arbitrariedades, la doctrina y la jurisprudencia comparada y nacional han afirmado de forma imperativa que la potestad discrecional no debe convertirse en arbitrariedad; es por eso que se le establecen los límites, tal como lo prevé el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, vigente desde julio de 1981, que reproducimos textualmente:

Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente (potestad discrecional), dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia (paréntesis nuestros).

Este artículo reconoce la potestad discrecional de la Administración, pero reconoce también que ésta tiene elementos reglados, que generan sus limitaciones y lo cual constituye parámetros para su control, tanto administrativo como jurisdiccional. Las limitaciones al ejercicio de la potestad discrecional, previstas en este artículo 12, son la base para analizar los límites del poder discrecional.

Es por ello que la Sentencia ya citada de la antigua Corte Suprema de Justicia de fecha 02-11-82, Caso: Depositaria Judicial, con ponencia de Luis Enrique Farías Mata, emblemática y enriquecedora por los demás en esta temática de la Discrecionalidad, responde claramente a la pregunta: ¿Qué controla el juez en los actos discrecionales?

La Sentencia establece que la autoridad judicial verificará en primer lugar la competencia del funcionario que emite el acto discrecional; también los trámites, procedimientos, y demás formalidades del acto discrecional; la legalidad o no del acto, es decir, la violación a la ley del acto discrecional y así mismo, la finalidad del acto, a los fines de verificar el vicio de desviación de poder, que analizaremos más adelante.

Así mismo el referido fallo, libera al juez contencioso de pronunciarse sobre las razones de fondo del acto discrecional, es decir las razones de mérito, de oportunidad y conveniencia para la adopción de la medida, por lo cual el juez no puede substituirse en la Administración, por motivos de especialización y por respeto al principio de la separación de los poderes.

De acuerdo a esto, en la misma Sentencia, la Sala aclara que a pesar de la posibilidad de control de los actos discrecionales de la Administración, no podrá en ningún caso, luego de declarar la nulidad del mismo por razones de ilegalidad y demás motivos también señalados en el fallo, emitir el acto administrativo correspondiente, lo cual es tarea única y exclusiva del funcionario administrativo competente, según las razones de oportunidad y conveniencia que a bien estime.

Cónsonos con la jurisprudencia señalada y otras de la antigua Corte Suprema de Justicia, vigente en su esencia doctrinaria hasta el presente y así mismo Jurisprudencia del actual Tribunal Supremo de Justicia, explicamos a continuación los límites principales de la potestad discrecional, consistentes en el ámbito de control jurisdiccional de los actos discrecionales de la Administración, son estos límites: a) La proporcionalidad, b) la adecuación a la situación de hecho, c) los fines de la norma d) las formalidades previstas en la ley, e) La igualdad y f) Los principios generales del Derecho.

1.1. La proporcionalidad

El artículo 12 prohíbe el acto desproporcionado con las circunstancias del caso concreto, al supuesto de hecho, porque de lo contrario, sería arbitrario. Es decir, se establece una proporcionalidad de medio a fines como límite del poder discrecional. Ejemplo claro serían los casos de sanciones a los funcionarios y administrados, si la ley prevé que el órgano competente aplique un rango de sanción entre los límites mínimo y máximo acorde a la gravedad de la falta, será desproporcionado el acto realizado en el ejercicio de esta potestad discrecional cuando la sanción es cercana al límite superior, siendo la falta leve.

En Sentencia de fecha 02-10-2002, caso: *Acerca Airlines*, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al considerar el Principio de Proporcionalidad señala:

El principio de proporcionalidad previsto en la norma dispuesta en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ordena que las medidas adoptadas por el ente administrativo deban ser proporcionales con el supuesto de hecho de que se trate. En este sentido, el referido principio constituye una exigencia para la Administración, ya que para fijar una sanción entre dos límites mínimo y máximo, deberá apreciar previamente la situación fáctica y atender al fin perseguido por la norma (TSJ-SPA Nº 1202: 10 Fuente: sitio web: tsj.gov.ve).

Este principio no sólo se aplica por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria, sino en el ejercicio de cualquier potestad discrecional (Brewer Carías, 1997).

Por ejemplo, en los casos en que la Administración pueda dentro de sus atribuciones establecer plazos para la ejecución de cargas por parte de los administrados, dichos plazos serán proporcionados a la complejidad de la carga a realizar por el administrado, por ejemplo, si el órgano competente ordena el cercado de un terreno privado por tener animales de gran tamaño que dificultan el tráfico, el plazo dado a la Administración se hará considerando la gravedad del problema para la colectividad, pero también lo extenso del terreno que haría necesario un término suficiente, sin ser muy extenso, para llevar a cabo esta tarea, es decir, como lo establece el referido fallo del Tribunal Supremo de Justicia, considerando la adecuación a las circunstancias de hecho o situación fáctica y al mismo tiempo el fin de la norma.

1.2. La adecuación a las circunstancias concretas

El acto debe tener adecuación con los supuestos de hecho que constituyen sus causas. Es decir, el acto administrativo debe ser racional, justo y equitativo en relación con sus motivos (Brewer Carías, 1997); debe tener una causa o motivo presente en la situación de hecho y lo decidido debe estar acorde con esta situación de hecho que constituye la causa del acto y que además debe haber sido comprobada.

Debe entonces existir una adecuada calificación de los supuestos de hecho, cónsona con las alternativas previstas expresamente en la norma.

Brewer Carías(1980) divide esta limitación en dos aspectos: comprobación de los hechos y calificación de los presupuestos de hecho.

1. Comprobación de los hechos: las decisiones administrativas se hayan condicionadas por la comprobación previa de las circunstancias de hecho previstas en la norma, es decir, no deben fundarse en hechos no comprobados; la Administración debe decidir conforme a lo probado en el procedimiento administrativo, constante en el expediente correspondiente. Para ello no es suficiente basarse en las alegaciones que pueden ser falsas, sino en los medios probatorios y sus resultados. De otro modo el funcionario incurriría en el error de hecho, en el falso conocimiento de la realidad, conocido técnicamente como falso supuesto.

2. La Calificación de los presupuestos de hecho: Luego de que la Administración ha comprobado los supuestos de hecho, que constituyen las causas o motivos de su decisión, debe proceder a subsumir dichos hechos en la norma que autoriza su actuación, es decir, a calificar jurídicamente los hechos adecuadamente y ¿qué significa adecuadamente?, será acorde con las posibilidades previstas por el Legislador, dentro de las cuales debe elegir el funcionario administrativo, de lo contrario incurriría en el vicio de abuso o exceso de poder, previsto en el artículo 139 de la Constitución, en virtud de que ha traspasado el acto los límites de la verdad y equidad, al haber tergiversado la normativa que autoriza su actuación, es decir, falsea el lógico y verdadero presupuesto de hecho y de derecho del acto.

Esta limitación es transgredida también por la Administración cuando ésta aprehende los hechos de modo distinto a como ocurrieron, realice un error de método o no considere debidamente elementos esenciales o de excesiva importancia a elementos accesorios, es el caso del vicio de uso indebido del poder discrecional, el cual es atribuido al funcionario independientemente del fin logrado, en los casos en que tergiversa la verdad procesal (Brewer Carías, 1980).

Conviene así mismo al analizar esta limitación de adecuación a las situaciones de hecho, diferenciar los motivos del acto, de la causa del acto, tal como lo he hecho la Sala Político-Administrativa, del actual Tribunal Supremo de Justicia.

Es por eso que la referida Sala en Sentencia del caso: *Acerca Airlines*, ya identificada, aclaró que no debe confundirse en un mismo vicio la motivación o causa, que cuando éstos son alegados deben serlo en forma separada, pues la causa y la motivación del acto no deben confundirse, ya que ambos la motivación y la causa, son dos elementos que debe tener el acto administrativo aún, los discrecionales.

El mencionado fallo la Sala al contrariar el alegato de la recurrente de “vicio en la motivación o causa”, señaló:

...la motivación y la causa son dos elementos distintos que debe contener un acto administrativo, los cuales se corresponden a vicios igualmente diferentes (inmotivación y falso supuesto, respectivamente) que deben plantearse por separado,

ya que la ocurrencia de uno no implica necesariamente la verificación del otro (TSJ-SPA. N° 1202: 8. Fuente: sitio web: tsj.gov.ve).

Brewer Carías (1997) también diferencia estos elementos del acto administrativo, la causa, que está relacionada con la existencia, comprobación y calificación jurídica de los supuestos de hecho que soportan el acto administrativo, la motivación refiere en cambio a los argumentos o motivos que tuvo la Administración para dictar su decisión, la causa se centra en los hechos y la motivación, como su nombre lo dice en los motivos y razones que impulsan al funcionario u órgano a dictar el acto administrativo, los cuales deben también soportarse en la ley.

Con respecto a la motivación, analizando esta limitación por separado, la antigua Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de la Administración de cumplir en el ejercicio de la Potestad Discrecional del requisito de motivación o adecuación a las circunstancias de hecho, previsto en el artículo 9, 18 numeral 5, y 12 de la vigente Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 9 preceptúa la obligación de la Administración de motivar los actos de efectos particulares, sin distinguir si son discrecionales o no, de lo que se concluye que tal obligación opera también para aquellos actos discrecionales.

Y por su lado la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en la Señalada Sentencia de fecha 02-11-1982, Caso: Depositaria Judicial, señala la obligación que tiene la Administración de motivar sus actos discrecionales, y aclara suficientemente que dicha obligación no es sólo para los actos reglados, sino para todos los actos, criterio reiterado en el fallo de la misma Sala de fecha 16-05-1983, Caso: Horacio Morales Longart.

En efecto, dice la antigua Corte:

...corresponde a una confusión en que incurriera la doctrina clásica, la identificación entre acto reglado y acto motivado: Si la motivación se imponía...la discrecionalidad quedaba reducida a la nada. Las nuevas corrientes sostienen, por el contrario que es en el acto discrecional donde debe imponerse la obligación de motivar, para impedir así que la Administración proce-

da arbitrariamente. Expresar los motivos por los cuales adoptó su decisión no implica necesariamente que se haya limitado al funcionario la discrecionalidad que tuvo para emitirla sino la arbitrariedad en su emisión. Con la obligación de motivar simplemente se le exige que exprese cuáles fueron esas razones, nunca falsas ni caprichosas, ni colindantes con la arbitrariedad (Sentencia, CSJ SPA, caso: depositaria judicial. Brewer y Ortiz, 1996: 583).

Continúa la Sala afirmando en el mismo fallo:

...si en algunos casos la expresión de los motivos resulta menos necesaria es, precisamente, en los actos “más reglados”, pues aquellos se desprenderían, en principio y claramente, de la propia norma que regula la emisión del acto. En los discrecionales por el contrario, la motivación se encuentra solamente en los hechos concretos que llevaron al funcionario a adoptar la decisión. Y como éstos fueron apreciados libremente por él, interesa conocer las razones o algunos motivos que tuvo para realizar la apreciación que de los mismos hizo: Podrá averiguarse de esta manera si el poder administrador se adaptó o no estrictamente a la ley cuando emitió el acto (Brewer-Ortiz, 1996: 583).

En estos casos el juicio de la antigua Corte Suprema de Justicia, que continúa sosteniendo el actual Tribunal Supremo de Justicia³, es sano, por cuanto aclara cualquier duda sobre la obligación de motivar la Administración sus actos discrecionales, en ese sentido deja sentado claramente que los mismos deberán ser motivados, a los fines de permitir el control jurisdiccional de la discrecionalidad y así evitar una eventual arbitrariedad.

1.3. Los fines de la norma

Según el mismo artículo 12, el acto administrativo deberá cumplir con los fines de la norma, es decir, no podrá desviarse de esos fines. Esta limitación implica que la Administración o el funcionario, no pueden en

3 Cf: Sentencia SPANº 118 de fecha 13-2-2001, Caso: Adrian Oronox y Sentencia SPA de fecha 07-03-2001, Caso: Elsa Ramírez.

modo alguno salirse de los fines que con la norma legal se persiguen, aunque se encuentre en el ejercicio de las facultades discrecionales del poder público.

Cuando excede la Administración, el límite impuesto por la finalidad de la ley, incurre en el vicio de desviación de poder previsto en el artículo 139 de la Constitución, cuando la Administración usa sus poderes con finalidades distintas a aquellas previstas por el Legislador.

Y esto es así, porque la Administración debe conseguir el fin colectivo, general o social, y así mismo el fin específico por el cual son concedidas las facultades determinadas que ejerce en el supuesto concreto (Brewer Carías, 1980).

La Administración no puede en virtud de esta limitación, realizar actividades inspiradas en fines muy loables, morales e incluso legales, excluyendo el fin específico conforme al cual es establecida su discrecionalidad administrativa, es decir, el fin del servicio público, aquel que informa la función administrativa específica.

Sobre el vicio de desviación de poder, en el cual incurre la Administración cuando ignora las finalidades del acto, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 06-03-95, Caso: Ingrid Spiritto Vs. Consejo de la Judicatura, realiza una definición bastante completa de la figura desviación de poder, la cual consiste:

...en la utilización de las potestades que le han sido atribuidas legalmente para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico, amparándose la Administración para actuar así precisamente, en un mal uso o en un abuso del margen de libertad o discrecionalidad que permite la norma, sin que ello trascienda a la apariencia externa del acto, el cual aparentemente luce adecuado a Derecho, correcto pero que, en realidad se encuentra viciado en su componente valorativo o volitivo (Citado por Sentencia de la Sala Político-Administrativo de fecha 02-05-2000, Caso: Colegio Santiago Leon de Caracas. Pierrre Tapia. Mayo de 2000: 261).

El argumento de esta Sentencia es ratificado por el fallo ya señalado en la cita, del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, de fecha 02-05-2000; este criterio es muy razonable por cuanto resalta un carácter importante del vicio de desviación de poder que le da una

apariencia engañosa para evadir el control judicial y es la apariencia legal del acto, en virtud de cumplir con todas las formalidades previstas en la ley, más no su finalidad.

En sentencia N° 1052, de fecha 13-08-2002, caso: Instituto Santiago Mariño, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, también define el vicio de desviación de poder cuando:

“...el acto que aun siendo acorde con la ley, no lo es desde el punto de vista teleológico, por cuanto la Administración al dictarlo no persigue el fin para cuyo logro le fue acordada la facultad de hacerlo, sino un fin distinto que es por sí mismo contrario a Derecho” (Pierre Tapia, Agosto de 2002: 83).

Con respecto a la alegación y a la prueba de este vicio, la Sala Político-Administrativa en la página 85 del mismo fallo señala:

“...para que sea válidamente alegado el vicio que se analiza, el impugnante debe señalar el objeto recóndito que persigue el acto, el cual se sobrepone al recto ejercicio de las atribuciones conferidas por el Legislador, para lo cual resulta necesaria la demostración de los hechos en los cuales fundamenta su alegación”.

Así mismo en sentencia ya identificada, de fecha 6 de febrero de 2001, Caso Digitel, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia aclara que entre los alegatos del vicio de desviación de poder no debe alegarse elementos sobre la moralidad del funcionario o Administración, sino la estricta legalidad, en estos casos, el fin de la norma.

Aclara la Sala:

...el vicio de desviación de poder es de estricta legalidad, y permite el control del cumplimiento del fin que señala la norma habilitante. No se examina por consiguiente, la moralidad del funcionario o de la Administración, sino la legalidad que debe enmarcar toda actuación administrativa conforme a los principios ordenadores de nuestro sistema de Derecho (Pierre Tapia. Febrero de 2001: 255).

Sobre la prueba de la desviación de poder, la misma Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fallo N° 2155 de fecha 10-10-2001, en el señalado Caso: Angrisano Vs. Consejo de la Judicatura, indica que es lo que ha de probar el recurrente a los fines de lograr la convalidación de la ocurrencia del referido vicio.

...la prueba del vicio alegado (desviación de poder) requiere de una investigación profunda basada en hechos concretos, reveladores de las verdaderas intenciones que dieron lugar al acto administrativo dictado por el funcionario competente. De manera, que no basta la simple manifestación hecha por el recurrente sobre la supuesta desviación de poder (Pierre Tapia, Octubre de 2001: 249).

En una decisión previa la misma Sala en fecha 27-6-2000, en el fallo N° 1490, Caso: Andrés Velásquez, en criterio no contradicho posteriormente, sobre los medios de prueba del vicio de desviación de poder, admite, para constatar este vicio, es decir, probar las intenciones o motivaciones del funcionario infractor, que el recurrente podía aportar, índices o elementos que hagan suponer, con fundados motivos, su ocurrencia en cada caso concreto; dado lo difícil de aportar medios de prueba contundentes que den cuenta de los motivos o intenciones del funcionario, contrarios a los fines previstos en la ley.

El administrado víctima del vicio de desviación de poder, a los efectos probatorios según el Tribunal Supremo de Justicia, en la señalada decisión 1490, deberá: "...proceder a la demostración misma del objetivo tergiversado, si bien improbable mediante medios de prueba contundentes, no obstante, a través de índices o elementos que hagan suponer, con fundados motivos, su ocurrencia en un caso concreto" (Pierre Tapia, Junio de 2000: 158), al respecto aclara la Sala que en el objeto de la prueba de la desviación de poder, los motivos recónditos verdaderos que tuvo el funcionario con el acto discrecional, dado lo difícil de lo que se intenta probar, acepta índices, elementos, indicios, que hagan formar la convicción en el juez de la contradicción del funcionario con el fin de la norma.

Según criterio jurisprudencial vigente, el vicio de desviación de poder debe ser alegado por el recurrente, explicando en que consiste el fin contrario a la ley que persigue el funcionario con el acto y la prueba de las intenciones o motivos del funcionario para dictar la providencia administrativa, excluyendo cualquier análisis de la moral individual del funcionario u órgano administrativo en cuestión.

1.4. Las formalidades previstas en la Ley

Peña Solís (2004) denomina a esta limitación de la potestad discrecional de la Administración "congruencia formal", debido a que la Admi-

nistración expresa su actividad mediante un procedimiento típico, el procedimiento administrativo constitutivo, el cual aparece previsto en leyes nacionales, estatales, municipales, mediante una estructura procedimental, constituida por varias fases que desembocan en el acto administrativo definitivo.

Esto garantiza a los administrados la seguridad jurídica y su derecho a participar en el procedimiento para ejercer su derecho a la defensa y del debido proceso, previstos en la Constitución en los artículos 26 y 49.

El acto administrativo según el mismo artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, debe cumplir con los requisitos, trámites y formalidades previstos en la ley, para su validez y eficacia, es decir, no puede ser arbitrario en sus formas y procedimientos, de lo contrario, quedaría afectada la validez de su actuación, conforme al numeral 4 del artículo 19 y el artículo 20, ambos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, donde se preceptúan los casos de nulidad absoluta y nulidad relativa de los actos administrativos, que pueden declararse tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

Es por eso que las formalidades previstas en la ley para los actos administrativos, persisten en los realizados con motivo de la potestad discrecional, notificación, publicación, requisitos o elementos, los previstos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, etc.

Es de destacar dentro de estas limitaciones, la competencia del órgano, en virtud de que ésta es un requisito obvio de actuación de la Administración, previsto en primer lugar en el artículo 137 de la Constitución, por lo cual si el titular del órgano carece de la competencia para ejercer la discrecionalidad atribuida, el acto quedará viciado de nulidad absoluta, tal como lo prevé el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, habida cuenta que el numeral 7 del artículo 18 de la misma Ley, establece como requisito indispensable de todo acto administrativo la competencia del órgano que lo dicta.

Cuando el funcionario que realiza el acto discrecional, actúa fuera de su competencia, es decir, no tiene atribuida legalmente la competencia discrecional que ejerce, incurre en el vicio de incompetencia, conocido como extralimitación de funciones.

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 13 de agosto de 2002, ya identificada del Caso: Instituto Santiago Mariño, indica que el vicio de extralimitación de funciones se produce:

...cuando el órgano administrativo realiza una actuación que se encuentra fuera del ámbito de su competencia, es decir, constituye un vicio de incompetencia que se produce cuando dicho órgano ejerce poderes que le han sido expresamente atribuidos por norma expresa, ni que pueden deducirse de la atribución legal. De allí que, en estos casos, el acto administrativo se ve afectado en uno de sus elementos subjetivos como lo es la incompetencia, la cual también constituye uno de los elementos fundamentales de la organización administrativa (Pierre Tapia, agosto 2002: 84-85).

Es por eso que la potestad discrecional tiene que estar legalmente atribuida y la misma no puede desprenderse, suponerse o interpretarse por analogía, ante el riesgo de incurrir el funcionario en el vicio de extralimitación de funciones.

1.5. La igualdad

Esta es una limitación propuesta por diversos autores como Brewer Carías (1997) a la potestad discrecional, de rango constitucional, prevista hoy en el artículo 21 de la Constitución y cuyo reconocimiento es razonable, considerando que es uno de los valores propios del Estado de Derecho, por lo cual debe ser una directriz en la aplicación de la normativa administrativa.

Como consecuencia de este principio, la Administración debe actuar con imparcialidad para garantizar la igualdad en el trato a los administrados, evitando el trato desigual por ejemplo en la aplicación de sanciones para idénticas faltas, el retardo administrativo de manera caprichosa para ciertos casos, la satisfacción del derecho a petición y oportuna respuesta de manera selectiva y en una relación triangular, donde se encuentre la Administración frente a dos administrados con intereses contrapuestos, garantizar el trato igual durante el desarrollo del procedimiento administrativo.

Para Brewer Carías (1980) también se viola el principio de igualdad cuando la misma Administración quebranta sus propios precedentes, es decir, un acto administrativo posterior es resuelto de manera distinta respecto a otro anterior y análogo, contrariando las pautas para decidir, establecidas para esa tipología de casos, sin mediar en nada un transcurso de tiempo razonable que justifique un nuevo criterio debido a cambios en la dinámica social.

1.6. Las limitaciones de los principios generales del Derecho

Ocurre cuando el órgano jurisdiccional juzga el ejercicio de la potestad discrecionalidad de la Administración atendiendo a principios como la igualdad, la buena fe, la proporcionalidad, el debido proceso, la seguridad jurídica, la racionalidad, muchos de ellos no escritos en los textos legales, entrando de esta manera a evaluar argumentaciones de oportunidad y conveniencia, razón por la cual se considera que estas limitaciones reducen verdaderamente la discrecionalidad de la Administración (Peña Solís, 2004).

El fundamento de este control o limitación estriba en que la Administración y sus actos deben estar sometidas no sólo a la ley, sino también al Derecho, y dentro de éste se encuentran los principios generales que lo soportan.

Esto lo consagra nuestra Constitución en el artículo 141 y la Ley Orgánica de la Administración Pública en su artículo 12, donde se recogen una serie de principios que deben inspirar la actuación de la Administración y así mismo reconocen que ésta debe estar sometida tanto a la ley como al Derecho, agregamos nosotros: también a sus principios generales, varios de los cuales se indican en esos artículos.

Se aprecia entonces que es una concepción de los principios generales del Derecho de mayor relevancia que la prevista en el artículo 4 del Código Civil, donde se hace referencia a los mismos únicamente como fuente de integración (para resolver los casos de lagunas) o interpretación subsidiaria.

Uno de los principios generales del Derecho que analizaremos a continuación y que constituyen un límite a la Discrecionalidad Administrativa son: el de Racionalidad y el de Justicia. Analizaremos estos principios de acuerdo a Brewer Carías, 1980.

El principio de Racionalidad: implica que la Administración debe actuar lógica y congruentemente, de lo contrario actuará irracionalmente, lo cual se dará en los casos donde exista falta de consecuencia y nexo lógico entre las distintas partes que forman el acto administrativo, es decir, falta de conexión lógica entre la motivación del acto y su parte dispositiva. El referido autor venezolano divide este principio en racionalidad en la oportunidad de actuar y racionalidad técnica, los cuales se encuentran previstos también en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

- La Racionalidad en la oportunidad de actuar: Lo cual implica que para la facultad de obrar que tiene la Administración determinando la oportunidad, si bien es cierto no la regulan normas especiales, no quiere decir que tal facultad pueda ejercerse arbitrariamente, es decir, se pueda ejercer irracionalmente; por ello la elección de la oportunidad deberá ser racional, racional quiere decir a tiempo para que la medida dictada sea eficaz con el interés que se protege.
- La racionalidad técnica: Cuando la misma ley condiciona la apreciación o evaluación del órgano administrativo y la consecuente decisión a un juicio técnico o científico y no de una actuación arbitraria que sería la propia de la Administración, cuando actúa sin considerar los juicios técnicos o científicos en aquellos casos que por su naturaleza sea indispensable realizarlos. Como por ejemplo, cuando la Administración emite una orden de destrucción de determinados productos alimenticios, que la ley condiciona a la realización de un examen biológico-toxicológico de la carne en cuestión, y el cual no se realiza, sino que la orden se realiza por la “libre” apreciación del funcionario, sin elementos científicos o técnicos que la respalden. Tenemos entonces que el funcionario actuará racionalmente si se ajusta a las consecuencias jurídicas establecidas por la ley, como resultado del juicio técnico o científico que la misma ley también ordena.

El principio de la Justicia: La Administración debe decidir y actuar de acuerdo a la justicia y a la equidad, sobre todo cuando la Constitución en su artículo 2 establece el Estado Social de Derecho y de justicia, que debe ser el norte de las actuaciones de los funcionarios públicos y también de los administrados y ciudadanos en general.

La actividad administrativa por lo tanto, no debe sobrepasar los límites trazados por la equidad y la justicia, por lo tanto pueden ser controlados jurisdiccionalmente aquellos actos discrecionales de falta de equidad manifiesta o injusticia manifiesta.

Como consecuencia del principio de la justicia en la Administración surgen dos obligaciones para ésta en su actividad discrecional:

- Deberá elegir entre las diversas soluciones, la más equitativa, la que mejor respete los intereses de la Administración y de los Administrados.
- No puede crear situaciones manifiestamente injustas, caso contrario, el funcionario que las origine incurrirá en el vicio de abuso o exceso de poder, previsto en el artículo 139 de la Constitución.

Con estas limitaciones que fomentan el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, se contribuye a que esta potestad, eminentemente necesaria para que la Administración sea eficiente, no sea arbitraria, ni caprichosa, ni contraria a la ley, al Derecho y a la Justicia, sea en definitiva expresión del Estado de Derecho.

Conclusiones

Las conclusiones del presente trabajo, análisis doctrinario, jurisprudencial y normativo de la Potestad Discrecional de la Administración, son inacabadas, por cuanto no son definitivas, para ello tendríamos que hacer un esfuerzo más exhaustivo normativo y jurisprudencialmente sobre los criterios acerca de los principales aspectos de la discrecionalidad, para que estos resultados fuesen realmente definitivos, cuestión que escapa a los objetivos de esta investigación.

No obstante, del material documental analizado y atendiendo a los aspectos aquí manejados sobre la discrecionalidad, pudimos constatar lo siguiente, que a continuación enunciamos a modo de conclusiones:

1. No podemos establecer una diferencia tajante, como ha sido lo tradicional en la doctrina, entre potestad reglada y potestad discrecional, en virtud de que ambas categorías que explican la actuación administrativa se relacionan, se autoimplican. Por cuanto no hay acto administrativo reglado, o que sea el producto de una potestad reglada, que se encuentre totalmente previsto en la ley y que no se

aplique sin un vestigio de discrecionalidad. Ya que la misma sub-sunción aun en las competencias regladas, tiene elementos discrecionales.

Por otro lado, no existe discrecionalidad absoluta, aun en la potestad discrecional prevista en la ley para el ejercicio de algunas funciones, mediante el otorgamiento de algún arbitrio a la Administración, existen elementos reglados de esta potestad discrecional, perfectamente verificables y controlables por la misma Administración y el juez contencioso-administrativo.

Lo que sí podemos concluir es en la existencia de actos fundamentalmente reglados o actos fundamentalmente discrecionales, como producto de potestades también fundamentalmente discrecionales o fundamentalmente regladas.

2. La discrecionalidad de la Administración se ha reducido como consecuencia del despliegue de la concepción del Estado de Derecho, que inspira las Constituciones de los países democráticos, y que atraviesa de largo a largo al derecho administrativo, que no podía quedarse fuera, considerando su objeto de regulación, imposible de pasar inadvertido para la democracia, la relación entre la Administración, en si misma poderosa, y los ciudadanos.

Esta reducción de la discrecionalidad se manifiesta en el aumento del objeto del control jurisdiccional de los actos discrecionales de la Administración, lo cual sufrió una evolución, en un primer momento eran totalmente inenjuiciables, luego enjuiciables en sus aspectos legales o formales y luego también en cuestiones que rayan con las razones de oportunidad y conveniencia, como por ejemplo, cuando se aceptan principios como la racionalidad y la justicia como límites de esta potestad discrecional.

3. Como consecuencia de lo anterior, podemos decir a pesar de ello, que se mantienen las razones de oportunidad y conveniencia, que aun aparecen sustraídas del control jurisdiccional de la Administración discrecional, pero con una interpretación cada vez más reducida de lo que son estas razones de fondo o de mérito.
4. Esas razones de mérito o de fondo, de oportunidad o conveniencia, consisten entre otros aspectos, en que los órganos jurisdiccionales no deben sustituirse en la Administración, por lo tanto no deben

realizar los actos discrecionales, basados en el fundamento de restablecer la legalidad y el Derecho, como consecuencia de haber declarado la nulidad; por cuanto esto sería una violación flagrante al principio de la separación de los poderes, que establece la facultad privativa y exclusiva de la Administración de emitir actos administrativos.

5. Aun con el auge del Estado de Derecho, debe todavía existir la Potestad discrecional, por los fundamentos vertidos en el trabajo, de especialidad, de consideración de las circunstancias del caso, no previstas por el Legislador. Lo que debe reducirse es el ámbito de esa discrecionalidad excluido del control judicial, lo cual es evidente que se ha hecho, por las razones expresadas en las anteriores conclusiones.
6. La doctrina, normativa y jurisprudencia venezolana están acorde con la tendencia descrita de reducción de los aspectos discrecionales excluidos del control judicial, lo cual se aprecia realmente en la jurisprudencia administrativa actual, con hondas razones originadas en la antigua Corte Suprema de Justicia, lo cual fue posible gracias a la normativa de avanzada, consistente en la derogada Constitución de 1961, la vigente Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la vigente Constitución de 1999 y la reciente Ley Orgánica de la Administración Pública.
7. En efecto, la jurisprudencia venezolana ha descrito detalladamente distintos aspectos sobre varios vicios de los actos administrativos discrecionales, como el vicio desviación de poder, definiéndolo, estableciendo sus alegaciones, sus medios de prueba; rescatando el fin de la norma, que no puede ser ignorado, ni contradicho, por actuaciones que intentan revestirse con un barniz de legalidad. De esta manera los administrados a través de los tribunales venezolanos pueden atacar los actos arbitrarios, caprichosos, contrarios al espíritu de la ley, generados como consecuencia del otorgamiento de la facultad discrecional de la Administración.
8. La discrecionalidad se consagra, pero al mismo tiempo se controla judicialmente y así mismo se encuentran cada día más limitadas los aspectos de la actuación de la Administración exentos del control judicial, a los fines de evitar la arbitrariedad, garantizar la actuación

legal de la administración, en fin, mantener la preeminencia del Estado de Derecho.

9. Se constata entonces una continuidad casi perfecta en cuanto al manejo de la doctrina sobre la discrecionalidad entre la antigua Corte Suprema de Justicia y el actual Tribunal Supremo de Justicia, lo cual se intuyó desde el inicio de esta investigación, razón por la cual no nos pareció necesario delimitar la jurisprudencia en el tiempo, antes y después de la Constitución de 1999 o antes y después del Tribunal Supremo de Justicia, la causa de esta continuidad advertida, es en lo avanzado y consistente de la Jurisprudencia de la antigua Sala Político Administrativa, cónsona plenamente con el espíritu jusfundamental de la Constitución de 1999, es por eso que ha servido de guía al nuevo Tribunal Supremo de Justicia, el cual en esencia, ha respetado, coincidido o complementado, la doctrina sobre la discrecionalidad administrativa, establecida por la antigua Corte Suprema.

Finalizamos con esta afirmación: ante la necesidad indiscutible de que existan las facultades discrecionales, se intenta lograr un equilibrio, que no es otra cosa que hacer real un ideal del Estado de Derecho: “la discrecionalidad no debe para nada implicar arbitrariedad”.

Referencias bibliográficas

Textos:

- BREWER CARÍAS, Allan. 1997. **El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativa**. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 462p.
- BREWER CARÍAS, Allan. 1980. **Fundamentos de la Administración Pública**. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 386p.
- COSSIO, Carlos. 1987. **Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho**. Buenos Aires. De Palma. 223p.
- DELGADO OCANDO, José Manuel. 1994. **Curso de Filosofía del Derecho Actual**. Caracas. Vadell Hermanos. 500p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. 1990. **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid. Civitas. Pags: 551-555.
- LAREZ MARTÍNEZ, Eloy. 2001. **Manual de Derecho Administrativo**. Caracas. UCV. 744p.

- GALLEGO, Alfredo y MENÉNDEZ, Ángel. 2001. **Acto y Procedimiento Administrativo**. Madrid. Marcial-Pons. 334p.
- PEÑA SOLÍS, José. 2004. **Manual de Derecho Administrativo**. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Volumen 1°. 782p.
- RIVERO, Jean. 1984. **Derecho Administrativo**. Caracas. Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público. FCJP-UCV. 590p.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hidelgard. 1981. **Teoría de la Actividad Administrativa**. Caracas. 334p.

Normas:

- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.453 del 24 de marzo de 2000.
- Congreso de la Republica de Venezuela. Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo. Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 2.818 de 1 de julio de 1981.
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Veneuela. Ley Orgánica de la Administración Pública. Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.

Textos Jurisprudenciales:

- Brewer Carías, Allan y Ortiz Alvarez, Luis. Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. (1961-1996). Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1996. 1035p.
- Repertorio jurisprudencial de Pierra Tapia sobre Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Años: febrero y junio de 2000, febrero. Marzo y octubre de 2001 y agosto de 2002. Caracas, Editorial Pierre Tapia. Año 2001 y 2002.

Sentencias:

- Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia de fecha 6 de noviembre de 1958. Caso: Reingrüber. Ponente: Alberto Lossada Casanova. En: Brewer Carías, Allan y Ortiz Alvarez, Luis. Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. (1961-1996). Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1996. P: 578-581.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia de fecha 2 de noviembre de 1982. Caso: Depositaria Judicial. Ponente: Luis H. Farías Mata. En: Brewer Carías, Allan y Ortiz Alvarez, Luis. Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. (1961-1996). Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1996. P: 581-593.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia de fecha 5 de mayo de 1983. Caso: RCTV-Hola Juventud. Ponente: René de Sola. En:

Brewer Carías, Allan y Ortiz Alvarez, Luis. Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. (1961-1996). Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1996. P: 593-601.

Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia de fecha 16 de mayo de 1983. Caso: Horacio Morales Longart. Ponente: Luis H. Fariás Mata. En: Brewer Carías, Allan y Ortiz Alvarez, Luis. Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. (1961-1996). Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1996. P: 601-602.

Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia de fecha 27 de abril de 1989. Caso: Cervecería de Oriente. Ponente: José Luis Albornoz. En: Brewer Carías, Allan y Ortiz Alvarez, Luis. Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. (1961-1996). Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1996. P: 603-604.

Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia de fecha 1 de agosto de 1991. Caso: RCTV-La Escuelita. Ponente: Luis H. Fariás Mata. En: Brewer Carías, Allan y Ortiz Alvarez, Luis. Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa. (1961-1996). Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 1996. P: 604-609.

Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia de fecha 6 de marzo de 1995. Caso: Ingrid Spiritto Vs. Consejo de la Judicatura. En: Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia N° 965, de fecha 2 de mayo de 2000. Ponente: Carlos Escarrá Malavé. Caso: Colegio Santiago León de Caracas. En: Repertorio jurisprudencial de Pierre Tapia sobre Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. 2º trimestre de 2000. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 2000. P: 261-262.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia N° 965, de fecha 2 de mayo de 2000. Ponente: Carlos Escarrá Malavé. Caso: Colegio Santiago León de Caracas. En: Repertorio jurisprudencial de Pierre Tapia sobre Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. 2º trimestre de 2000. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 2000. P: 261-263.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia N° 1490, de fecha 27 de junio de 2000. Ponente: José Rafael Tinoco. Caso: Andrés Velasquez. En: Repertorio jurisprudencial de Pierre Tapia sobre Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. 2º trimestre de 2000. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 2000.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia N° 118, de fecha 13 de febrero de 2001. Ponente: Levis Ignacio Zerpa. Caso: Adrián Oronox. En: Repertorio jurisprudencial de Pierre Tapia sobre Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. 1º trimestre de 2001. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 2001. P. 271-274.

- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia N° 60, de fecha 6 de febrero de 2001. Ponente: Levis Ignacio Zerpa. Caso: DIGITEL. En: Repertorio jurisprudencial de Pierra Tapia sobre Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. 1º trimestre de 2001. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 2001. P: 254-255.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia de fecha 7 de marzo de 2001. Ponente: Hadel Mostafá Paolini. Caso: Elsa Ramírez, expediente N° 16375. En: Repertorio jurisprudencial de Pierra Tapia sobre Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. 1º trimestre de 2001. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 2001. P: 259-260.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia de fecha 10 de octubre de 2001. Ponente: Levis Ignacio Zerpa. Caso: Humberto Angrisano Vs. Consejo de la Judicatura, expediente N° 251. En: Repertorio jurisprudencial de Pierra Tapia sobre Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. 4º trimestre de 2001. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 2001. P. 249-250.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia de fecha 13 de agosto de 2002. Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. Caso: Instituto Santiago Mariño. Expediente 598. En: Repertorio jurisprudencial de Pierra Tapia sobre Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. 3º trimestre de 2002. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 2002. P: 82-85.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativo. Sentencia N° 1202, de fecha 2 de octubre de 2002. Ponente: Hadel Mostafá Paolini. Caso: Acerca Airlines. Consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia: www.tsj.gov.ve en marzo de 2005.