

**LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.
CONSIDERACIONES A PARTIR DE LA DECISIÓN
JUDICIAL QUE RESOLVIÓ EL ASUNTO
"DEPOSITARIA JUDICIAL"
PROF. JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS***

* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. INTRODUCCIÓN

§1 Comienzo por agradecer a los organizadores de estas conferencias, que celebramos en homenaje al Profesor Luis Henrique Farías Mata, por haberme invitado a participar en ellas.

§2 De acuerdo al Programa me corresponde disertar brevemente sobre la discrecionalidad administrativa, tópico que ha sido –y que, de hecho, sigue siendo– una de las grandes cuestiones del Derecho Administrativo.

§3 Como sugiere el título de esta disertación, nos proponemos abordar el tema a partir de la sentencia, pronunciada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 2 de noviembre de 1982, que resolvió el asunto *Depositaria Judicial*¹.

§4 Al momento de analizar el fallo recaído en *Depositaria Judicial* resulta pertinente tener presente el contexto en el que el mismo fue dictado.

§5 Si me lo permiten ustedes, comencemos con dos datos normativos: primero, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia había sido publicada en Gaceta Oficial tan solo seis años antes²; y, segundo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el régimen general que en ella se establece en materia de discrecionalidad administrativa, no habían cumplido ni siquiera un año de su entrada en vigor³.

¹ Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de noviembre de 1982, con Ponencia de Luis Henrique Farías Mata, asunto *Depositaria Judicial La R.C., C.A.*, en *Revista de Derecho Público* N° 12, octubre-noviembre 1982, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 127-130.

² *Gaceta Oficial de la República* N° 1.893 Extraordinario, de 30 de julio de 1976.

³ *Gaceta Oficial de la República* N° 2.818 Extraordinario, del 1° de julio de 1981. De conformidad con lo previsto por el artículo 108 de la Ley, ésta entraba en vigencia el 1° de enero de 1982.

§6 Más allá de esos datos, también ha de tenerse presente la composición del tribunal que decidió la controversia: la Sala Político-Administrativa estaba integrada entonces por los Magistrados René De Sola, a la sazón Presidente de la Sala, Julio Ramírez Borges, Domingo Coronil, Josefina Calcaño de Temeltas y nuestro homenajeado, Luis Enrique Farías Mata. Un tribunal de lujo, integrado por estudiosos del Derecho de honorabilidad intachable, del cual formaron parte tres Magistrados que luego ingresaron a esta Corporación. Aludo a René De Sola, Josefina Calcaño de Temeltas y al propio Luis Enrique Farías Mata.

§7 Aquellos eran otros tiempos. Lo eran porque vivíamos en una república. En época de la república la identidad del Magistrado Ponente siempre figuraba en la primera página de las sentencias. La identidad del Ponente era uno de los datos que los abogados invocábamos en nuestros recursos administrativos y judiciales, sabedores que la autoría de la Ponencia podía conferir poder de convencimiento singular o particular al argumento que formulábamos sobre la base de lo decidido por la Corte en asunto previo.

§8 Pero retomemos el tema que nos fue asignado: la discrecionalidad administrativa y el fallo *Depositaria Judicial*, una de esas decisiones conocidas en el mundo académico y en nuestro foro judicial por su Ponente: nuestro homenajeado, Luis Henrique Farías Mata.

II. EL FALLO *DEPOSITARIA JUDICIAL*

A) Discrecionalidad y actos administrativos discrecionales

§9 Antes de que se produjera la sentencia que decidió el asunto *Depositaria Judicial* nuestra justicia había afirmado que *los actos administrativos* eran de dos categorías: *discrecionales*, «...cuando la Administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar...», y *reglados*, «...cuando el funcionario no puede efectuarlos sino con sujeción estricta a la ley...»⁴.

⁴ Corte Federal, Sentencia del 17 de julio de 1953 (Brewer-Carías, Allan Randolph, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I (El Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado), Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 602-605).

§10 Y con base en esa distinción nuestra justicia había afirmado también que «los actos administrativos, tanto los reglados como los discrecionales, están sometidos a determinadas normas legales cuyo cumplimiento les da contenido y efecto jurídicos. En esto consiste el principio de la legalidad»⁵.

§11 Según la última de las decisiones citadas, en los actos discrecionales la Administración disponía de cierta «...libertad de apreciación...», sin que con ello se quiera afirmar que pueda proceder arbitrariamente.

§12 En palabras de nuestra Corte Federal, «...el acto discrecional se produce cuando la Administración actúa en ejercicio del *poder de libre apreciación* que le deja la ley para decidir si se debe obrar o abstenerse, o cómo ha de obrar, o qué alcance ha de dar [a] su actuación...»⁶.

B) Discrecionalidad y poderes discrecionales

§13 Lo primero que hace *Depositaria Judicial* es rechazar la clasificación de los actos administrativos en discrecionales y reglados, sobre la base de la libertad, «...máxima en el primero, mínima en el segundo...», de la que supuestamente disponía la Administración al momento de actuar dentro de la Ley.

§14 Lo cierto, de acuerdo con *Depositaria Judicial*, es que *todos los actos administrativos son más o menos reglados y más o menos discrecionales*. Repito: más o menos reglados, más o menos discrecionales. Haciendo suyas las ideas de Garrido Falla, nuestra Corte Suprema de Justicia afirmó, cito, que

«situado el asunto en su justo medio, “una cosa es que la ley predetermine, en algunos casos de una forma total, la actividad administrativa y, en otros, atribuya a la Administración facultades de elección, y otra muy distinta es que deban admitirse como dos categorías antagónicas, apriorísticamente diferenciables, la de los actos discrecionales y

⁵ Corte Federal, Sentencia del 26 de noviembre de 1959 (Brewer-Carías, Allan Randolph, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I (El Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado), Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 605-606).

⁶ Corte Federal, Sentencia del 6 de noviembre de 1958 (Brewer-Carías, Allan Randolph, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I (El Ordenamiento Constitucional y Funcional del Estado), Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 608-609).

los actos reglados. Debemos decir no que los actos son reglados o discrecionales, sino que en todos los actos, por [más] reglados que sean, existe un poder discrecional mayor o menor, y que en todos los discrecionales, por [más] libres que los supongamos, se ejercita una actividad más o menos reglada”».

C) Discrecionalidad y motivación

§15 El fallo *Depositaria Judicial* sirvió también para contradecir la tesis, defendida por la doctrina clásica, que identificaba el acto administrativo reglado con el acto administrativo motivado.

§16 Según la Sentencia, «...es [precisamente] en el acto discrecional donde debe imponerse la obligatoriedad de motivar, para impedir así que la Administración proceda arbitrariamente». Al obligar a la Administración a motivar los actos dictados en ejercicio de poderes discrecionales, «...simplemente se le exige que exprese cuáles fueron esas razones, nunca falsas ni caprichosas, ni colindantes con la arbitrariedad».

§17 La Corte agregó que «...si en algún caso la expresión de los motivos resulta menos necesaria es, precisamente, en los actos más “reglados”, pues [en éstos los motivos]... se desprenderían, en principio y claramente, de la propia norma que regula la emisión del acto». En los actos dictados en ejercicio de poderes 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 los 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».

D) Discrecionalidad y poderes del juez contencioso-administrativo

§18 Sentada esa premisa, *Depositaria Judicial* reitera decisión judicial previa de acuerdo con la cual frente a un acto administrativo dictado en ejercicio de poder discrecional, el juez con competencia en lo contencioso-administrativo puede adelantar una revisión que verse sobre (i) la *incompetencia* del funcionario que lo dictó, vicio este relativo al sujeto, (ii) *defectos de forma del acto*, por faltas relacionadas con los elementos de forma, o (iii) su *ilegalidad*, vicio este último —como lo había dejado sentado

la jurisprudencia francesa— relativo a los restantes elementos del acto, lo que pone de manifiesto que en todos los actos administrativos «...existen elementos (competencia, requisitos de forma) necesariamente reglados»⁷.

§19 De esta circunstancia, dice la Corte, dejaba constancia el artículo 12 de la para entonces novísima Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁸.

§20 En *Depositaria Judicial* la Corte Suprema de Justicia también hizo suyo el criterio que había sido sentado por la Corte Federal, según el cual:

- a) Primero, es «...de la naturaleza de todo acto realizado en ejercicio de una facultad discrecional, el que *no pueda ser revisado* o anulado por otro poder en lo que se refiere al *mérito o fondo*».
- b) Segundo, las razones de fondo para la adopción de la medida —también denominadas razones “de mérito” por la doctrina italiana y razones de “oportunidad o de conveniencia”⁹ por la doctrina de habla hispana— no pueden ser apreciadas por el juez porque éste, en principio, *no puede sustituir* «...al administrador, por *motivos obvios de diferenciación y especialización de funciones* conectadas con el principio de la separación de poderes».
- c) Tercero, la necesaria expresión de los motivos que llevaron a la Administración a adoptar el acto permite al juez, especialmente cuando el acto ha sido adoptado en ejercicio de poderes discrecionales, revisar «...la veracidad y la congruencia de los hechos que, a través de la motivación expresada, el funcionario alega que ocurrieron, y con base en los cuales adoptó apreciándolos según las circunstancias de oportunidad y de conveniencia que tuvo a la vista...», sin sustituir a la Administración.

⁷ *Ibid.*

⁸ Establece el artículo 12 que «aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, 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».

⁹ Por lo que a la oportunidad del ejercicio del Poder respecta, en *Depositaria Judicial* nuestra Corte Suprema de Justicia destaca que «para Hauriou poder discrecional e iniciativa son sensiblemente una misma cosa, y las dos concuerdan con lo que se llama “la oportunidad de la medida”: en toda decisión administrativa subsiste una parte de poder discrecional correspondiente a esta iniciativa, cuya apreciación escapa al Juez, en cuanto que le escapa la apreciación de la oportunidad de los actos».

E) Discrecionalidad y autorizaciones administrativas

§21 En *Depositaria Judicial* la Corte Suprema de Justicia afirmó que la licencia para actuar como depositario judicial constituye un *acto administrativo de autorización*, «...por esencia discrecional...», porque la Administración cuenta con competencia para examinar tanto la legalidad como la oportunidad o conveniencia del acto, y cerciorarse, por consiguiente, que la medida se adapte al interés público.

§22 La afirmación descansó sobre la letra del artículo 4° de la Ley sobre Depósito Judicial¹⁰, en cuyo encabezamiento se establecía, cito, que «la autorización a que se refiere el artículo anterior sólo *podrá ser otorgada* a la persona natural o jurídica que llene los siguientes requisitos...».

§23 En propósito la Corte aseveró que el artículo 4° de la Ley sobre Depósito Judicial debía ser interpretado a la luz de:

- a. El artículo 4° del Código Civil, «...norma directriz en materia de interpretación...», según el cual «a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho».
- b. El artículo 13 del Código de Procedimiento Civil vigente *rationae temporis*, según el cual «cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad»¹¹.

¹⁰ *Gaceta Oficial de la República* N° 28.213, del 16 de diciembre de 1966.

¹¹ Luce pertinente destacar que en sentencia posterior la Corte Suprema de Justicia dejó establecido, siempre bajo Ponencia del Magistrado Luis Henrique Farías Mata, que «...no sólo cabe interpretar la expresión “podrá” en el sentido –al cual apunta el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil– de facultad discrecional para adoptar una decisión o no, sino también en el de competencia atribuida por el legislador al funcionario para actuar, de regla atributiva de competencia en suma» (Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 3 de octubre de 1985, asunto *Iván Pulido Mora*, *Revista de Derecho Público* N° 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 114-116). En esta última decisión la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia invoca otra sentencia suya, de fecha 7 de junio de 1982, recaída en el asunto *Héctor Zamora Izquierdo*.

- c. Finalmente, el artículo 1° de la Ley sobre Depósito Judicial, de acuerdo con la cual «todo lo relacionado con el Depósito Judicial y la actividad de los Depositarios, queda sujeto a las disposiciones de esta Ley, las del Código Civil y las del Código de Procedimiento Civil».

§24 El Fallo añade que la obligación de motivar este tipo de decisiones, se acuerde o se niegue la autorización, se concibe como un elemento formal del acto administrativo.

III. LAS DECISIONES JUDICIALES POSTERIORES A *DEPOSITARIA JUDICIAL*

§25 Tras la publicación de *Depositaria Judicial*, a Luis Henrique Farías Mata le correspondió elaborar diversas Ponencias que versaron, una vez más, sobre discrecionalidad administrativa. De esos fallos judiciales, referidos a las potestades de la Administración, interesa destacar aquí los siguientes:

- a. Primero, la decisión que puso fin al asunto *Mila Ochoa de Urdaneta*. De acuerdo con ésta, la actividad del Registrador tiene «...carácter predominantemente reglado...», pues la ley no le reconoce «...facultad de apreciar la oportunidad o conveniencia de su proceder sino que [por el contrario] debe limitarse a verificar en cada caso si se llenan los requisitos legalmente exigidos»¹².
- b. Segundo, la decisión que resolvió el asunto *Jorge Olavarria*. Según esta última el control de las actuaciones acentuadamente discrecionales descansa, *ex-artículo* 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en la proporcionalidad y adecuación de la medida; por lo que toca al fondo de ésta, con el supuesto de hecho y los fines de la norma; y, en cuanto a la forma, con los trámites y requisitos —en una palabra, con el procedimiento— para adoptarla¹³.

¹² Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de octubre de 1986, *Revista de Derecho Público* N° 28, octubre-diciembre 1986, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 89-90; y, en fecha anterior, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de julio de 1984, *Revista de Derecho Público* N° 19, julio-septiembre 1984, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 124-125.

¹³ Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de noviembre de 1988, asunto *Jorge Olavarria*, *Revista de Derecho Público* N° 36, octubre-diciembre 1988, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 62-67.

En la decisión judicial citada la Corte agregó que la amplia revisión que a la jurisdicción contencioso-administrativa le corresponde adelantar por imperio del artículo 206 de la Constitución vigente *rationae temporis* encuentra sus límites en el *principio de la separación de poderes*, con arreglo al cual

«...no corresponde al juez sustituir a la Administración en la apreciación de los hechos que la llevaron a adoptar su decisión; sólo le es permitido confrontar si se corresponden o adecuan, en forma proporcional a los que concretamente constituyen el supuesto de la norma correspondiente; y, también, si, al aplicar la consecuencia jurídica a ese supuesto de hecho, empleó la Administración, y además correctamente, el procedimiento asimismo adecuado para el caso. De no haberse procedido de esa manera global, cabe entonces la declaratoria de anulación por ilegalidad de la actuación viciada; sin que tampoco pueda el juez –limitado por el mismo principio de la separación de poderes– sustituirse a la Administración en la ejecución del fallo, tarea que corresponde a ésta».

- c. Tercero, la decisión que sentenció la controversia *R.C.T.V. (Hola Juventud)*¹⁴. Establece la sentencia que la discrecionalidad puede entenderse de dos maneras distintas: unas veces como pluralidad de soluciones justas legalmente previstas entre las que, a su arbitrio, puede elegir la Administración; y otras como ausencia de previsión directa –en la ley– de la única solución justa. Agrega la decisión que
- «...existen situaciones en las que no hay más que una solución justa y, en consecuencia, no se da la discrecionalidad en el primer sentido, el más propio, pero si (sic.) en el último...».*

La decisión agrega que los conceptos jurídicos indeterminados (*inter alia*, los conceptos “contrario a la moral pública o a las buenas costumbres”, “incitación a la indisciplina”, “relatos de hechos poco edificantes”, “presentación de una imagen degradante e irrespetuosa de la institución educativa”, previstos por la Ley Orgánica de Educación, el Reglamento de Radiocomunicaciones y la Ley Tutelar

¹⁴ Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de mayo de 1983, asunto *R.C.T.V. (Hola Juventud)*, ratificada posteriormente por Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 1° de agosto de 1991, asunto *R.C.T.V. (La Escuelita)*, *Revista de Derecho Público* N° 47, julio-septiembre 1991, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 80-82.

del Menor, vigentes *rationae temporis*) integradores del supuesto de hecho de una norma atributiva de competencia no conceden «...*per se* discrecionalidad alguna...», porque a diferencia de la discrecionalidad, que se define «...como el arbitrio de elegir dos o más soluciones justas...», los conceptos jurídicos indeterminados exigen «...que, a la luz de una situación concreta, se indague su significado hasta dar con la única solución justa, de modo que si el órgano competente se apartara de ésta incurriría en violación de la ley y sería nula o, al menos, anulable su decisión...».

IV. VALORACIÓN DEL FALLO *DEPOSITARIA JUDICIAL* A LA LUZ DEL DERECHO VENEZOLANO ACTUAL

§26 A modo de recapitulación, quisiéramos destacar dos de los grandes aportes del fallo *Depositaria Judicial*:

- a. Primero, la clasificación que distinguía los actos administrativos en discrecionales y reglados fue superada definitivamente, porque se entendió que los actos administrativos son una mezcla de discrecionalidad y regla; en otras palabras, que los actos son más o menos discrecionales y más o menos reglados.

Hoy en día se distingue entre *potestades discrecionales* y *potestades regladas*.

- b. No hay duda que la Administración se halla en el deber de motivar todos sus actos administrativos, con excepción de los actos de simple trámite. Así lo dispone el artículo 9º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

No hay duda tampoco que el deber de motivar adquiere relevancia especial cuando el acto es dictado en ejercicio de poderes discrecionales, pues es la expresión de los motivos la que permite reconstruir el proceso lógico que condujo a la Administración a decidir como lo hizo y, con ello, la que permite controlar la razonabilidad de la decisión.

§27 La trascendencia de esos dos pronunciamientos explica por qué el fallo *Depositaria Judicial* sigue siendo materia de estudio obligatoria en las aulas de clase de nuestras universidades.

V. REVISIÓN DE DOS DOGMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ASOCIADOS A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

§28 Destacados esos aportes, en homenaje a Farías Mata quisiéramos señalar otros aspectos tratados por el Fallo que justifican repensar algunos de los *obiter dicta* de *Depositaria Judicial*, con base en modificaciones, posteriores en el tiempo, introducidas a la legislación que se ocupa de la Administración Pública y del proceso contencioso-administrativo. Quisiéramos reflexionar sobre ellos en obsequio a la memoria del Profesor Luis Enrique Farías Mata, persuadidos como estamos que a él le hubiese complacido que cuestionásemos la validez de los argumentos sobre los cuales descansaba su ponencia.

§29 En concreto quiero referirme a dos *dogmas* del Derecho Administrativo. Me refiero, primero, a la *incompetencia del juez contencioso-administrativo para revisar la oportunidad y la conveniencia* de las decisiones de la Administración; y, segundo, a la *incompetencia del juez para sustituir la decisión adoptada por la Administración en ejercicio de poderes discrecionales*, so pretexto de la especialización de funciones de una y otra rama del Poder Público.

A) Primer dogma: la incompetencia del juez contencioso-administrativo para revisar la oportunidad y la conveniencia de una medida administrativa dictada en ejercicio de potestades discrecionales

§30 El primer aspecto al cual quisiera referirme muy brevemente –por razones de tiempo– guarda relación con la revisión de la *oportunidad* de una medida administrativa por el juez contencioso-administrativo.

§31 Aunque la *oportunidad* ha sido entendida tradicionalmente como circunstancia ajena o extraña al Derecho y, precisamente por ese dato, como circunstancia que escapaba al control –siempre de legalidad– del juez contencioso-administrativo, en el Derecho venezolano la oportunidad constituye hoy por hoy *principio jurídico* que *informa y condiciona* toda la *actuación administrativa*. Es esto, y no otra cosa, cuanto dispone el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, de acuerdo con el cual,

cito, «la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de... oportunidad»¹⁵.

§32 Aunque esa norma no ha sido objeto de análisis detenido por la doctrina y jurisprudencia venezolanas, por lo menos por lo que al principio de oportunidad respecta, de entrada debemos destacar que los distintos principios del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública constituyen, en palabras del Tribunal Supremo de Justicia, «...reglas...»¹⁶, de Derecho se sobreentiende; verdaderos «...imperativos legales...»¹⁷.

§33 En virtud de la *juridificación del principio* de oportunidad, por su expresa regulación en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y de la consecuente transformación de la oportunidad en *parámetro jurídicamente relevante* al momento de valorar cualquier medida administrativa, parece obligado concluir que la oportunidad ha dejado de ser un criterio meta-jurídico.

§34 Comoquiera que la oportunidad ya no es, pues, principio o concepto al margen del Derecho, se impone la revisión de la tesis tradicional que negaba al juez contencioso-administrativo poder para controlarla, pues ya no pareciera posible afirmar –sin más– que la oportunidad es materia excluida de plano del *control integral de Derecho* que el artículo 259 de la Constitución encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁸.

¹⁵ *Gaceta Oficial de la República* N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014. El artículo 10 (Principios que rigen la actividad de la Administración Pública) establece textualmente lo siguiente: «La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales. La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.»

¹⁶ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 607, del 2 de junio de 2015, *Asunto Alimentos Heinz, C.A.*

¹⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 952, del 21 de noviembre de 2016, asunto *Constitucionalidad del Decreto n° 2.548, que declara el Estado de Excepción y de la Emergencia Económica*.

¹⁸ *Gaceta Oficial de la República* N° 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009. El artículo 259 establece: «La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para *anular los actos administrativos generales*

§35 Recapitulando, la juridificación del *principio*, pareciera constituir argumento suficiente para habilitar al juez contencioso-administrativo para que también controle, *ex*-artículo 259 de la Constitución, que las decisiones administrativas objeto de revisión sean oportunas.

§36 Y, por vía refleja, quizás quepa decir lo mismo de la conveniencia, porque pareciera posible afirmar, primero, que únicamente puede calificar como *conveniente* la medida administrativa que resulta *oportuna*, y, a la inversa, segundo, que únicamente puede calificar como *oportuna* la decisión administrativa que realmente *conviene* al interés público merecedor de tutela jurídica¹⁹.

§37 Si me lo permiten, quisiera concluir estas reflexiones sobre el principio de oportunidad citando un fallo de nuestro más alto Tribunal, de acuerdo con el cual el poder amplio concedido a la Administración para

«...apreciar la oportunidad y conveniencia de sus decisiones en determinados supuestos, están delimitadas por ciertos parámetros [jurídicos] que deben ser considerados inexorablemente a los fines de evitar la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública»²⁰.

§38 El fallo judicial apenas invocado agrega, cito, que

«...la irrevisabilidad (sic.) del acto discrecional sólo alcanza el mérito de la decisión, en tanto ésta no sea desproporcionada, no constituya abuso o desviación de poder o carezca de causa legítima».

o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa».

¹⁹ De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, *oportunidad* (Del lat. *opportunitas*, -ātis.) es el momento o circunstancia oportuno o conveniente para algo. Por su parte, *conveniencia* (Del lat. *convenientia*.) significa utilidad o provecho, variables –utilidad o provecho– que dependen de la oportunidad, porque lo útil y provechoso hoy puede no serlo mañana. La conexión entre uno y otro término se torna más evidente al tomar en consideración que *conveniente* (Del lat. *conveniens*, -entis.) es sinónimo de útil, oportuno, provechoso, conforme y proporcionado.

²⁰ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 310, del 14 de febrero de 2006, asunto *Tres y Medio Eventos, C.A.*

§39 Y para disipar cualquier duda acerca del alcance de su decisión, el Tribunal Supremo de Justicia concluye que

«...todos los presupuestos del acto [incluidas, se entiende, su oportunidad y conveniencia]... deben ser revisados por el sistema de justicia nacional»²¹.

§40 A modo de conclusión, una atenta lectura del pronunciamiento judicial citado, particularmente en lo tocante a las causales que justifican el examen del mérito de la decisión administrativa –falta de proporcionalidad, abuso de poder, desviación de poder e ilegitimidad de la causa– pone en claro que para nuestro más alto Tribunal la *conveniencia* de una medida administrativa, al igual que su *oportunidad*, se hallan condicionadas por el *principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad*²² y, por consiguiente, que esta regla o canon puede ser utilizado para controlar aquéllos. Dicho de otro modo, que el control plenario encomendado al juez

²¹ Los razonamientos del fallo sirvieron para desaplicar el artículo 46 del Código Orgánico Tributario de 2001 (*Gaceta Oficial de la República* N° 37.305, del 17 de octubre de 2001), que negaba el derecho a revisión de la decisión -discrecional- dictada por la Administración Tributaria para rechazar la solicitud de prórroga o de facilidades de pago formulada por un contribuyente, considerando que violaba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El artículo 46 establecía: «Las prórrogas y demás facilidades para el pago de obligaciones no vencidas, podrán ser acordadas con carácter excepcional en casos particulares. A tal fin, los interesados deberán presentar la solicitud al menos quince (15) días hábiles antes del vencimiento del plazo para el pago, y sólo podrán ser concedidas cuando a juicio de la Administración Tributaria se justifiquen las causas que impiden el cumplimiento normal de la obligación. La Administración Tributaria deberá responder dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud. *La decisión denegatoria no admitirá recurso alguno*. En ningún caso podrá interpretarse que la falta de pronunciamiento de la Administración Tributaria implica la concesión de la prórroga o facilidad solicitada. Las prórrogas y demás facilidades que se concedan causarán intereses sobre los montos financiados, los cuales serán equivalentes a la tasa activa bancaria vigente al momento de la suscripción del convenio. Si durante la vigencia del convenio, se produce una variación de diez por ciento (10%) o más entre la tasa utilizada en el convenio y la tasa bancaria vigente, se procederá al ajuste de las cuotas restantes utilizando la nueva tasa. *Parágrafo Único: Las prórrogas y demás facilidades para el pago a los que se refiere este artículo no se aplicarán en los casos de obligaciones provenientes de tributos retenidos o percibidos, así como de impuestos indirectos cuya estructura y traslación prevea la figura de los denominados créditos y débitos fiscales*».

²² *Id.*, *mutatis mutandis*, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 24, del 14 de enero de 2009, asunto *José Gregorio Ruíz*.

contencioso-administrativo se extiende tanto a la conveniencia como a la oportunidad de los actos de la Administración.

B) Segundo dogma: los poderes de sustitución del juez contencioso-administrativo, con particular referencia a la especialización de funciones

§41 El segundo asunto al cual me referiré guarda relación con los poderes de sustitución de la Administración, que el fallo *Depositaria Judicial* le niega al juez, por causa del principio constitucional de división del Poder Público (*i.e.*, por motivos, cito el fallo *Depositaria Judicial*, de diferenciación y especialización de las funciones que atañen a cada una de las ramas llamadas a ejercer el Poder Público).

§42 La discrecionalidad administrativa típica descansa sobre la ponderación de los intereses públicos y privados enfrentados²³. Así, primero se identifican los intereses relevantes; luego, en atención a las circunstancias del caso, se le atribuye peso o importancia a cada uno de tales intereses; y, finalmente, con base en la ponderación de intereses legalmente permitida se decide cuál de ellos ha de prevalecer. Tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia han sostenido que esa ponderación es materia que corresponde a la Administración en exclusiva.

§43 Ahora bien, para garantizar el derecho constitucional a una *tutela judicial* que ha de ser *efectiva*, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa²⁴ le reconoce al juez poder para *ponderar los intereses generales en conflicto* y el derecho o interés que el particular hace valer en juicio, a los fines del ejercicio de su poder cautelar general²⁵.

²³ Giannini, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Volume Primo, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.a., Milano, 1970, p. 481; y, Muci Borjas, José Antonio, "Procedimientos y Administración Pública", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, enero-diciembre 2009, Caracas, 2009, pp. 73-112.

²⁴ *Gaceta Oficial de la República* N° 39.451, del 22 de junio de 2010.

²⁵ Los artículos 104 y 4° de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establecen, respectivamente, que «a petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva. El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública,

§44 Cada vez que releo esa norma me asalta la misma pregunta: ¿si la ley autoriza al juez contencioso-administrativo para ponderar los intereses en conflicto y, con base en esa ponderación, decretar las medidas cautelares que juzgue adecuadas, por qué no puede hacer esa misma operación al momento de decidir el fondo?

§45 Entendemos, a modo de conclusión, que si el juez puede ponderar los intereses en juego a los efectos de regular la relación jurídica de manera provisional, esto es, hasta tanto se decida el pleito, entonces también cuenta con poder suficiente para ponderar tales intereses a los fines de regular esa misma relación jurídica, esta vez de manera permanente, a través del fallo definitivo, pues una y otra regulación encuentran su justificación en una misma y única razón: el derecho constitucional a una tutela judicial *efectiva* que asiste al recurrente.

§46 Señoras, señores: hasta aquí las breves reflexiones que quería compartir con ustedes el día de hoy. Muchas gracias.

Caracas, 27 de octubre de 2019.

a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso. En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante»; y, que «el Juez o Jueza es el rector del proceso y debe impulsarlo de oficio o a petición de parte, hasta su conclusión. El Juez Contencioso Administrativo está investido de las más amplias potestades cautelares. A tales efectos podrá dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo órdenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa».

En sentido coincidente, Pugliese afirma en Italia que al decretar una medida cautelar el juez contencioso-administrativo puede *ponderar los intereses* –particulares y generales– en conflicto, en términos análogos a como lo hace la Administración en el procedimiento administrativo (Pugliese, Francesco, “Le ragioni del controinteressato nell’evoluzione della tutela cautelare”, *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo*, número 3/1.988, Giuffré Editore, Milano, p. 396).