

¿INCLUSO POR DESVIACIÓN DE PODER? LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SUS MITOS

Gustavo Linares Benzo

*Profesor Agregado de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela*

“Ejemplo de ello podría ser ese profesor de una Facultad de Derecho que ha leído mucho, obras de distintas tradiciones jurídicas (precisamente, no se contenta con una sola, también por nuestro mismo sentimiento de inferioridad), pero no sabe discernir lo que conviene aquí en este momento. Vemos entonces cómo se producen leyes, formalmente bien hechas, inaplicables en el país porque no corresponden ni a la mentalidad ni al desarrollo cultural de sus destinatarios. Lo peregrino no es ni siquiera que esto ocurra, con frecuencia, sino que cuando se produce concluimos que la no aplicación de tales leyes es una desgracia adicional nuestra, como si la medida de lo bueno fuera tener ese tipo de ley determinada. En lugar de darnos cuenta de que buena ley es la que realmente ordena la vida y permite realizar la justicia”.

Rafael Tomás Caldera

Mentalidad Colonial

Resumen: Análisis de los elementos del acto administrativo a los fines de evaluar si es conveniente y posible mantener la clasificación tradicional a la luz del estudio de la jurisprudencia y la doctrina.

Palabras Clave: Acto administrativo. Elementos. Clasificación

Summary: Analysis of the elements of the administrative act evaluating the convenience and possibility of maintaining the traditional classification in light of the jurisprudence and doctrine.

Key words: *Administrative act. Elements. Classification.*

Recibido: 1 de mayo de 2019 Aceptado: 20 de septiembre de 2019

SUMARIO

- I. El supuesto de hecho y el supuesto de Derecho
- II. Los motivos y la motivación
- III. La causa
- IV. La finalidad del acto administrativo
- V. Conclusión

FARÍAS MATA fue el primero en nuestro medio en vincular los elementos del acto administrativo con los motivos de su impugnación. Así lo expresaba:

“La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos parece que, en efecto, señala otra tendencia en el sentido de asociar más bien los motivos de impugnación a los vicios que el acto administrativo pudiera revelar en sus elementos cada vez que el principio de legalidad resulte infringido. Y así, si esos elementos se esbozan en el artículo 18, es en el 19 –donde se sancionan con nulidad absoluta o relativa en el SUJETO: la incompetencia (numeral 4); en el OBJETO: cuando sea de imposible e ilegal ejecución (numeral 9); en la FORMA: por violación del procedimiento (numeral 4); y quizá en la CAUSA (falso supuesto), en el caso de numeral 2 del comentado artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ; vicios todos que acarrear la “nulidad” (absoluta), en los términos del señalado artículo 19 de la LOPA, frente a la “anulabilidad” (nulidad relativa) postulada por el 20 *ejusdem*.”¹

Siguiendo esta enseñanza de FARÍAS MATA, me propongo a continuación analizar los elementos materiales tradicionales en muestran doctrina (presupuesto de hecho y de Derecho, motivos, causa y fin) para, a la luz de la historia del Derecho

1 FARÍAS MATA, Luis Enrique. Introducción General en *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto. 1993, Tomo I, p. 39.

comparado de más influencia en Venezuela y de nuestra propia evolución y práctica judicial, concluir en la pertinencia de esta estructura para el ordenamiento jurídico venezolano.

I. EL SUPUESTO DE HECHO Y EL SUPUESTO DE DERECHO

La sola enunciación del requisito, “supuesto de hecho de la norma” a que hace referencia la LOPA (art. 12) arrastra tras de sí toda la teoría de la sentencia judicial a la estructura del acto administrativo. En efecto, siguiendo la dogmática procesal, la determinación del supuesto de hecho supone un doble ejercicio. En primer lugar, la constatación de los hechos en su facticidad, en el mero suceder, y luego la calificación de esos hechos a los efectos de su subsunción en el supuesto de hecho de la norma.

Por ejemplo, el intercambio de voluntades sobre cosa y precio (constatación de hecho) se califica como contrato de venta, y será normalmente ese hecho calificado el que servirá para encuadrarse en el supuesto de hecho de la norma. Nótese que la calificación es ya una operación jurídica, que como tal puede ser controlada por el juez si se trata de una calificación reglada. En ese sentido, la calificación es una cuestión de Derecho, patrimonio de juez, salvo que del examen de la potestad de que se trate se deduzca que la operación de calificar los hechos corresponda a una potestad discrecional, como es el caso paradigmático del concepto “interés público”.

Así, el supuesto de hecho del acto administrativo a que se refiere la LOPA y muchas otras normas no es simplemente el alegato y prueba de unos hechos exteriores, objetivables y comprobables, sino su refinación jurídica en una doble actividad: la calificación de los hechos dándoles una categoría jurídica y, luego, esos hechos afinados encontrarles lugar en una norma jurídica como supuesto al que aplicar la consecuencia que la norma prevé.

Esta teoría del supuesto de hecho, pues, se estructura legalmente en las reglas de la casación, proceso referido siempre a una sentencia. Desde luego se aprecia así lo dicho: decir que el acto administrativo debe adecuarse al supuesto de hecho de la norma es judicializar su estructura.

La estructura de la sentencia, a estos efectos y por lo tanto sin ser exhaustivo, requiere para no incurrir en nulidad precisamente la correcta “aplicación” de la ley. Así, entre los motivos de la casación, no sólo civil sino también penal y laboral, se encuentra esa indebida aplicación, o su ausencia, de la norma legal correspondiente al supuesto de hecho. Así, el CPC establece como causal de casación la errónea, falsa o la ausencia de aplicación de la ley (art. 313, 2).

El COPP, por su parte, postula como vicio de las sentencias que implica su nulidad la indebida aplicación de ley:

Artículo 452. El recurso de casación podrá fundarse en violación de la ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

La expresión supuesto de hecho, pues, es de claro origen procesal, de teoría de las sentencias, y ha sido recogida sin mayores distinciones por la pacífica jurisprudencia administrativa y la doctrina. La previsión hipotética de la norma sólo cobra valor actual cuando se produce de manera efectiva y real el presupuesto contemplado como hipótesis [de la norma].

Así, supuesto de hecho implica la existencia del supuesto de Derecho, Clarísimo empleo de la dogmática procesal, de la teoría de la sentencia, al acto administrativo. Clarísima demostración, así, de que la referencia al supuesto de hecho como elemento del acto administrativo es mucho más que la relación y prueba de los hechos pertinentes. Esos hechos sólo tienen valor si constituyen el supuesto de una norma, y a los sólo fines de la aplicación de la consecuencia correspondiente.

Como vemos, hablar de supuesto de hecho es siempre referirse al supuesto de hecho de una norma, por lo que es imposible un supuesto de hecho meramente fáctico: es supuesto de hecho porque lo es de una norma de Derecho. La sola mención de supuesto de hecho, pues, implica su correlato normativo, el llamado por la jurisprudencia supuesto de derecho, con base positiva sin duda en varias normas de la LOPA y otras leyes. Así, es de la forma de los actos la mención de los elementos de hecho y los fundamentos legales pertinentes (art. 18)

Como ya hemos expresado antes en varias ocasiones, la diferencia fundamental entre esta explicación aplicada tanto a la sentencia a como al acto administrativo es, como es obvio, que la sentencia emana de un juez y el acto de una Administración Pública. Ello implica, siguiendo con nuestra tesis, modulaciones importantes con respecto al grado de intensidad de la exigencia de motivación, que no puede ser del mismo tenor de la propia del órgano judicial.

Abona esta afirmación el artículo 35 de la LOPA, la norma sobre los actos en serie, cuando establece:

Cuando sean idénticos los motivos y fundamentos de las resoluciones, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no se lesionen las garantías jurídicas de los interesados.

Obviamente, aquí motivos y fundamento de las resoluciones quieren decir supuesto de hecho y supuesto de Derecho. Una norma así es imposible hallar para la conducta judicial, y de haberla sería inconstitucional porque implicaría la falta de tutela judicial efectiva requerida por la Constitución.

El tema de los actos en serie se torna así en piedra de toque de la comparación entre el acto administrativo y la sentencia. Si es posible estandarizar los motivos de hecho y de Derecho de un acto administrativo, es evidente entonces que la intensidad de la motivación es mucho menor que en el caso de la senten-

cia. Puesto que, si la norma habla de supuestos semejantes para dispensar del ejercicio de constatación de hechos y Derecho, también es posible una motivación más o menos escueta en aquellos casos en que la semejanza no cumpla los extremos del copiado artículo 35, pero que tampoco requiera de una labor de subsunción que exija una motivación semejante a la de la sentencia judicial.

Como dijimos más arriba, el supuesto de hecho es el más revelador de la influencia de la teoría de la sentencia en la de ese tipo de acto. Pues que el acto administrativo deba partir de una norma como su desencadenante, como si la Administración para actuar comenzase por buscar una disposición legal cuyo supuesto de hecho calce con lo que tiene entre manos, es replicar para la Administración Pública el esquema que la doctrina procesal desde Calamandrei emplea para describir el oficio del juez.

Pero basta haber ejercido así sea un instante la función pública para percatarse de que esa no es la realidad administrativa. Ésta está hecha de órdenes superiores y en consecuencia de iniciativas, de políticas; de política, en una palabra. Los jueces no reciben órdenes, salvo en casos patológicos, los funcionarios sí. Que las órdenes deban tener base legal viene exigido desde el comienzo de nuestra historia constitucional, pero que tengan base no impide que sean órdenes, es decir, que supongan una iniciativa.

La modulación que esta realidad administrativa produce sobre la teoría del supuesto de hecho debe apreciarse sobre todo en el caso de los actos reglados o al menos en los elementos reglados de cualquier acto administrativo. Comencemos con los actos completamente reglados y, de allí, a la teoría de los sectores administrativizados.

Es perfectamente posible, y de hecho se da en la práctica, la existencia de actos administrativos completamente regla-

dos, entendidos éstos como ausencia completa de libertad para la Administración en su acto; la Administración funcionaría como una máquina, estando fatalmente reducida a decidir de una sola manera, una sola solución justa. Desde luego se ve que si en algún caso se parece a un juez y por lo tanto el acto a una sentencia es en éste.

El supuesto de hecho puede consistir en una situación material fácilmente objetivable, cuya subsunción en la norma no requiere de mayores esfuerzos técnicos o hermenéuticos. La potestad de nombrar a un funcionario en un cargo determinado exige que esté vacante, lo que es sencillo de determinar.

Sin embargo, también es posible que el supuesto de hecho consista en una expresión abstracta o ambigua, que exija determinadas operaciones para su concreción y claridad. Antes de entender que esa abstracción o ambigüedad otorgan discrecionalidad a la Administración para determinar el hecho, debe examinarse si nos hayamos más bien ante un concepto jurídico indeterminado, caso en el cual no existiría esa discrecionalidad. De hecho, buena parte de las potestades que tradicionalmente se consideraban discrecionales sencillamente presentaban un concepto jurídico indeterminado cuya concreción es una operación reglada, controlable por el juez.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es patrimonio del Derecho común, y es perfectamente aplicable a los actos administrativos. Si la ley usa términos abstractos, como justiprecio, urgencia, emergencia, su concreción no habilita a la Administración a decidir libremente si ocurre o no en la realidad. Se trata de conceptos abstractos en la norma, pero que pueden concretarse perfectamente en los hechos de modo que sólo en determinados casos se da o no se da el concepto en la realidad. Existe o no emergencia, y se permite entonces acudir a la adjudicación directa en la contratación necesaria para afrontarla, sin que le quepa a Administración decidirlo a su arbitrio.

Mientras en el caso de un supuesto de hecho fácilmente objetivable la Administración procede sencillamente a su constatación en la realidad, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la abstracción de la norma requiere de diligencias prácticas o interpretativas para determinar su realidad fáctica, pero sólo existe una solución justa, conforme a Derecho, en la concreción de ese concepto jurídico indeterminado. El bien a expropiar tiene un precio, la emergencia existe o no.

II. LOS MOTIVOS Y LA MOTIVACIÓN

Así como el elemento que la doctrina llama supuesto de hecho y de Derecho del acto administrativo es un préstamo tomado de la teoría de la sentencia, los elementos que se denominan motivos, fin y causa vienen de la teoría del negocio jurídico, tomada a su vez del negocio privado.

La doctrina y la jurisprudencia son particularmente ambiguas, inclusive contradictorias, cuando se refieren a estos tres elementos. Inclusive, es confusa en el sentido literal de que el tratamiento de uno de estos elementos coincide casi exactamente con el que otro autor o sentencia aplica a otro de ellos. Es así virtualmente imposible distinguir en estas fuentes causa del acto de su fin, o motivos y causa, confusión que parte tanto de la propia ambigüedad de la teoría de la causa en el propio derecho Civil como de la poquísima base de Derecho positivo que se dedica a estos elementos.

Basta leer la doctrina más relevante para llegar a esa conclusión.

“Con referencia al vicio de falso supuesto la doctrina ha considerado que constituye un ejercicio abusivo e injustificado del poder jurídico conferido por la Ley, que ocurre cuando aun siguiendo el procedimiento legalmente prescrito se incurre en un error en **la apreciación y calificación**

de los hechos que constituyen el fundamento, la causa, el motivo del ejercicio de una determinada potestad. Surge especialmente, cuando falta la debida correspondencia entre los hechos reales y los formalizados en el presupuesto de la norma, o que estos no estén suficientemente probados o en definitiva, que exista una interpretación tergiversada de los mismos (Resaltado mío) Henrique Meier. Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo. Editorial Jurídica Alva S.R.L., Caracas 1991, pp 254 y ss)''.

El Derecho Privado ignora los motivos subjetivos de las partes para actuar. Protege los pactos e intercambios con abstracción de la motivación concreta de los sujetos, para garantizar el tráfico jurídico.

La situación de la Administración es muy distinta. Su vida debe estar siempre ajustada a Derecho, con lo cual no puede tener motivos distintos a los permitidos por el ordenamiento, pues incluso en el caso de las potestades discrecionales esa discreción viene otorgada por el propio ordenamiento.

Así, los motivos que tiene la Administración para actuar deben ser en todo conforme con el derecho, y de esa manera se concreta todo el esquema propuesto. Los motivos deben expresar la realidad en la práctica del supuesto de hecho normativo y que desencadena el ejercicio de la potestad, revelan el servicio al fin propio de la potestad, cuya efectividad es la causa del acto en que se resuelve ese ejercicio. De allí que el control de los motivos, mediante el examen de la motivación, permite calibrar el cumplimiento de todos estos requisitos –supuesto de hecho, fin y causa. Así lo confirma variada jurisprudencia:

La exigencia de la expresión de los fundamentos del acto administrativo tiene por objeto indicar su base legal, es decir, la norma jurídica que permita la actualización del órgano administrativo que produjo la decisión, lo cual resulta esencial para determinar la competencia de

dicho órgano, y por ello constituye uno de los requisitos de la validez de los actos administrativos, al tenor de lo dispuesto en los artículos 9 y 5, ordinal 18º, de la Ley de Procedimientos Administrativos. (CPCA de 26-05-83)

Estos presupuestos de hecho o motivos de los actos administrativos deben ser comprobados, apreciados y calificados adecuadamente por la Administración, ya que si no existen, o si ha habido errores en la apreciación y calificación de los mismos, se configura un vicio en la causa que produce la anulabilidad tanto de actos de efectos particulares como de efectos generales. (CSJ-SPA de 17-03-90, caso: *Varios vs. República (Ministerio de Educación)*).

De acuerdo con lo expuesto, más que un problema de motivación, es decir, la exteriorización de los motivos del acto, nos encontramos con un problema vinculado con la causa misma del acto. En efecto, por lo que respecta a la motivación, el artículo 18, ordinal 15, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos exige, en la respectiva providencia, la expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieran sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes. Si las razones alegadas en el acto o sus fundamentos legales son contradictorias, nos encontramos ante un vicio que afecta el elemento "causa", mas no a la motivación (CPCA de 15-05-90, Caso *Feliz Chapín D. vs. República (Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables)*).

Hasta aquí la sabiduría al uso sobre los motivos y la motivación de los actos administrativos. No hay que decir que el origen de esta doctrina se remonta al derecho procesal común, a los requisitos de la sentencia de motivación como justificación de su racionalidad y apego a la ley. Como he dicho antes, la sentencia y su teoría es base de la doctrina del acto administrativo, pero como la naturaleza de éste es muy distinta de la de aquella, es imprescindible discernir entre las exigencias que se le hacen al acto pretendiendo que es una sentencia.

En otro lugar he hecho ese intento con respecto a la imparcialidad que cabe exigirse a la Administración y su vinculación al Derecho, que en ambos casos no es exactamente igual a la de los tribunales. Trataré ahora de hacer el mismo discernimiento con respecto a los motivos y la motivación, vistos como elementos del acto administrativo; sobre todo en sus manifestaciones patológicas, es decir, en las consecuencias de los vicios que afecten a esa motivación y a esos motivos.

Siguiendo con el mismo método, hay que comenzar comparando sentencia y acto, para determinar si su parecido justifica aplicar las mismas teorías a ambos, o más exactamente, en aplicar las teorías de la primera al segundo, como se ha venido haciendo desde hace más de dos siglos a veces sin el debido discernimiento, para repetir una palabra muy ajustada al caso. En ese sentido, es ahora muy útil recurrir a un símil ya empleado antes al comparar acto y sentencia, un símil extremo porque termina equiparando al acto administrativo no con una sentencia sino con algo completamente distinto, casi contrario: la demanda.

Este símil permite varias conclusiones útiles para nuestro objeto. En primer lugar, si el acto administrativo es procesalmente como una demanda contra el destinatario del acto, sólo que ejecutoria, su motivación es más un alegato que una justificación. Que la motivación tenga entre sus objetivos facilitar la defensa del particular no puede regresarse contra éste y revestirse de los atributos tan especiales, tan pesados jurídicamente, propios de la sentencia porque ésta dice el Derecho en el caso concreto, como en modo alguno hace el acto administrativo.

Si el acto es como una demanda, pero ejecutoria, sus argumentos no vinculan al juez, ni los de hecho ni los de derecho. Diga lo que diga el acto administrativo impugnado, en los que se refiere a los argumentos fácticos, al final el juez decidirá conforme a las reglas de prueba, tanto en lo que se refiere a la carga de ésta como a los hechos que en definitiva queden

demostrados en el proceso. Diga lo que diga el acto, menos aún queda el juez obligado a aceptar los argumentos de Derecho, porque en el contencioso también rige el principio judicial elemental de que el juez aplica soberanamente el Derecho, *iura novit curia*. (De allí la inexistencia de la presunción de legal a todos los efectos procesales, como he afirmado en otros lugares.

Esta similitud del acto administrativo con la demanda, con todas las modulaciones a que hay lugar derivadas de su ejecutoriedad, modula a su vez la pertinencia de la teoría de la sentencia para determinar el contenido concreto de la exigencia de motivación que hace la ley.

Para ello, debemos recordar en primer lugar el objetivo que persigue la ley al exigir la motivación del acto administrativo. La mejor y más pacífica jurisprudencia establece que:

La motivación del acto administrativo constituye un elemento sustancial para la validez del mismo, ya que la ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio del funcionario. En efecto, en tal situación, jamás podrán los administrados saber por qué *se les priva de sus derechos o se les sanciona*. Además, la motivación del acto administrativo permite el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos". (CSJ-SPA de 13-06-85, Caso Desarrollos Prebo 800, C.A. vs. República (Impuesto sobre la Renta), cita jurisprudencia de sentencia de 09-08-1957).

"Es por ello que la jurisprudencia, en su progresiva interpretación de la ley, ha ido desarrollando las condiciones de procedencia de la nulidad de los actos administrativos viciados de inmotivación, la cual debe ser declarada sólo cuando dicho vicio disminuya de alguna manera las posibilidades de defensa de los interesados. En tal sentido, se ha establecido que la motivación de los actos administrativos puede ser anterior a los mismos y hasta concomitante, siempre y cuando conste que el interesado tuvo acceso

administrativo donde se encuentra expresada dicha motivación. Por otra parte, se ha considerado suficiente la motivación que sólo expresa la base legal de la actuación administrativa cuando la norma en que dicha actuación se fundamenta, tiene un supuesto unívoco y cuando la motivación fáctica se encuentra claramente establecida en el expediente administrativo, siempre que el interesado haya tenido acceso a él. En todos estos supuestos, el no cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales de motivación de los actos administrativos no acarrea en sí mismo la nulidad del acto impugnado, y sólo cuando dicho incumplimiento ha causado indefensión al recurrente procede la declaratoria de la nulidad de aquél”.²

Defensa del particular, control de la legalidad del acto, figuras que en definitiva pueden resumirse en la primera: permitir que el particular afectado por el acto pueda ejercer los medios adecuados para proteger la situación jurídica correspondiente. Esta justificación de la motivación, como es obvio, viene también de la teoría de la sentencia. Tanto, que hasta los recursos meramente administrativos contra el acto se llamaban “apelaciones “hasta la entrada misma en vigor de la LOPA, como se refiere y es corregido en la sentencia líder Depositaria Judicial. La pregunta, dentro de la línea que venimos siguiendo, es cuanta exigencia a la motivación del acto administrativo es necesaria para garantizar la defensa del particular, ¿la misma que se pide a la sentencia u otra menos intensa?

Cabe aquí referir como indicio de que preliminarmente la respuesta es la menor intensidad del rigor de la motivación del acto el hecho del carácter facultativo de los recursos administrativos, ya avizorado por alguna jurisprudencia anterior pero plenamente establecido por la Constitución de 1999, al menos implícitamente, y luego con toda claridad por la ley y la

2 BALASSO TEJERA, Caterina. *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1998. p. 780.

jurisprudencia. Este carácter facultativo de los recursos administrativo es consecuencia de la tendencia del ordenamiento constitucional y posconstitucional de considerar a los procesos judiciales contencioso administrativos como la verdadera sede de la defensa del particular frente a la Administración, lo que apareja también per contra que los requisitos procedimentales y materiales del acto administrativo, como la motivación que venimos tratando, tengan relativamente menor importancia frente a los requeridos en el proceso judicial.

Hecha esta previa, a los efectos, de distinguir entre la motivación propia de la sentencia y la del acto administrativo el primer paso es distinguir entre el doble contenido de ese elemento según la doctrina y la jurisprudencia, la motivación de hecho y la motivación de Derecho, donde es obvia la influencia, por no decir identidad, de la teoría del fallo judicial. La LOPA es clara al distinguir entre una motivación y otra, al referirse a los motivos de hecho y de Derecho al exigir a los actos administrativos, "hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto" (art. 9).

A ello es a lo que se refiere la jurisprudencia cuando menciona "el acto administrativo se encuentra fundamentado, cuando en su justificación remite a la disposición legal en la cual se encuentra el supuesto que configure los elementos fácticos del acto respectivo" (CPCA de 22-10-92, Caso Casa París S.A. vs. República (Ministerio de Fomento)).

Esta última decisión no puede ser más tributaria de la sentencia judicial, inclusive recuerda las tesis sobre la génesis lógica de la sentencia civil, pues como vimos predica del acto administrativo exactamente lo que la doctrina tradicional considera la labor del juez: dar con una norma cuyo supuesto de hecho corresponda a los hechos alegados y probados en autos, la subsunción, en una palabra. Más allá de las deficiencias o las falsedades de esta teoría para explicar la tarea judicial, lo que importa ahora es notar el paralelismo, la identidad

que al menos este fallo, y muchos otros, afirman de acto administrativo y sentencia a los efectos de la motivación.

En todo caso, la motivación que se exige del acto administrativo es doble, de hecho y de Derecho. Veamos.

1. Motivación de hecho

El acto debe contener la mención de los hechos que le dan base y su prueba. Sin entrar en los análisis sobre la noción de hecho, bástenos considerarlo como cualquier realidad del mundo exterior, los problemas se presentan en nuestra línea de argumentación con respecto a cuánto de esos requisitos del acto referentes a lo alegado y probado debe tomarse de la motivación de hecho de la sentencia y cuanto se relaja por mor de la distinta naturaleza del acto administrativo.

Obra aquí con intensidad el símil que hemos empleado antes de ver en el acto administrativo algo semejante a una demanda, con la diferencia fundamental frente a la propiamente tal de su ejecutoriedad, característica ésta que en nada le da carácter de verdad jurídica a los dichos y pruebas de la Administración. En efecto, entender al acto administrativo como demanda permite entender la motivación de hecho más como unos alegatos que como la motivación de un fallo judicial.

Así, la motivación de hecho se convierte en una carga de alegación de los hechos que dan base al acto, y en consecuencia al problema de la carga de la prueba de esos hechos, y es así entonces que las reglas a aplicar son las propias de esas cargas y medios más que las de la motivación.

A esta luz es que debemos analizar el Derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia sobre la motivación de hechos y la carga de probarlos. Primero, insistamos en un somero recuento

del estado de esas fuentes acerca de la motivación de hecho de los actos administrativos.

Esta cuestión comprende a su vez varios asuntos, que pueden concretarse en tres: la carga de alegación, la carga de la prueba y los medios y modos de probar. Estos asuntos, es por todos conocidos, son propios del proceso civil y, por lo tanto, debemos luego de un somero análisis en ese campo, trasladarlos con las debidas cautelas a la teoría del acto administrativo.

Con respecto a las cargas de alegar y probar, como punto previo a esta indagación, debe partirse del dogma procesal común del principio dispositivo que rige el proceso civil. Tal principio recogido viene expreso en el exordio mismo del artículo 12 CPC, que obliga al juez a sentencia conforme a lo alegado y probado en autos. Desde luego se ve una primera y gran diferencia con el acto administrativo, pues la Administración puede actuar de oficio como regla general, y de hecho lo hace en muchos casos. En cambio, el juez civil cuya labor es la gran inspiración histórica de la teoría del acto, no puede actuar por propia iniciativa, debe ser requerido por los interesados mediante una demanda, que sólo constituye además la mitad del conflicto, que termina de trabarse con la contestación de la parte demandada.

Nada de esto ocurre así en los casos en que la Administración actúa de oficio.

Más semejanza con este modelo procesal y sus correspondientes cargas podría hallarse en los casos en que el acto es producto de un requerimiento de particular, a instancia de los interesados, evento también previsto en la ley y también común en la práctica administrativa.

Si se sigue hasta el final este camino, sería necesario una distinción ulterior sobre la motivación de hecho, una teoría particular para la motivación en los procedimientos iniciados

de oficio y otra para los procedimientos instados. Sin embargo, no parece necesaria esa sutileza, pues en el fondo las cargas alegatorias y probatorias son semejantes en ambos casos.

En efecto, obra aquí con intensidad el símil que hemos empleado antes de ver en el acto administrativo algo semejante a una demanda, con la diferencia fundamental frente a la propiamente tal de su ejecutoriedad, característica ésta que en nada le da carácter de verdad jurídica a los dichos y pruebas de la Administración. De hecho, este parecido del acto con la demanda explica en buena medida las garantías del debido proceso en el procedimiento administrativo, sobre todo el derecho de defensa, pues éste se ejerce de muy distinta manera frente a la Administración que frente al juez. En el primer caso, la Administración debe permitir al particular defenderse sobre todo de ella misma, mientras que en los tribunales el juez garantiza el debido proceso pues es imparcial, y no como defensa frente al tribunal, sino frente a la otra parte, en el caso contencioso administrativo de nuevo frente a la Administración.

Siendo así, nada obsta para que la carga de alegación en el acto administrativo sea tratada conforme al Derecho común, salvo que una norma expresa referida a esa carga disponga otra cosa. Debe notarse a ese respecto que hablar aquí de carga de alegación se hace porque se habla de carga de la prueba de la Administración y, obviamente, no puede haber prueba sin alegato que probar.

Pero como se aprecia inmediatamente, estamos hablando en realidad de la motivación del acto administrativo, con lo cual la contradicción es evidente, pues o se exige motivación, de hecho, o derecho, como a la sentencia, o se exige cumplir las cargas de alegación y de prueba, como a la demanda. La inexactitud proverbial del Derecho Administrativo se muestra intensamente aquí, pues se establece como contenido de la motivación una carga de probar y de alegar. Este es un conte-

nido imposible para una motivación, si se usa el término en su original significado procesal, es decir, expresión de los hechos alegados y probados previamente por las partes.

La confusa naturaleza del acto administrativo, confusión de la que no se percatara siquiera buena parte de la doctrina, produce a su vez esta errada aplicación de términos. Esa confusa naturaleza del acto se produce, como ya hemos visto, al considerarlo análogo a la sentencia cuando su realidad es más semejante a la expresión de la voluntad de un sujeto en este caso la Administración que debe ejecutarse frente a otro, es decir, una demanda.

El juez nada tiene que alegar ni probar en la sentencia, simplemente da (o no da) por alegados y probados determinados hechos y pretensiones. La Administración, en cambio debe afirmarlos y probarlos para sobre esa base expresar su voluntad, a ser ejecutada frente al destinatario del acto. A ambas cosas se les llama motivación, pero se ve claramente, como se ha dicho, que se está usando la palabra en sentidos a lo más análogos, pero no unívocos.

Así, la carga de alegación de la Administración, como contenido de esa motivación, es la expresión de los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma, que le permite dictar el acto, y de sus pretensiones frente al destinatario del acto, que son sólo eso, pretensiones, aunque puedan ser ejecutadas inmediata y directamente por la propia Administración, Dentro de esta confusión terminológica se denomina decisión, orden u otro término semejante.

Por lo tanto, pues, los alegatos a ser probados constituyen parte de la motivación de hecho, y se rigen por las normas positivas que, a falta de normas expresa para el acto administrativo, son las del Código Civil Artículo 1.354.- respecto a las pruebas: *quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y*

quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Así la regla básica de carga de la prueba en el Derecho venezolano es aplicable al acto administrativo salvo norma especial. Por lo tanto, si se asimila la expresión obligación al contenido decisorio del acto, es evidente que la Administración debe expresar tanto la orden que es su objetivo como los hechos que le dan base. Estos deberán probarse.

Sin embargo, el símil de la demanda tampoco es exacto para describir el acto administrativo, pues si bien al actor no le es exigida la mención de los alegatos de la otra parte, al acto administrativo sí: el artículo 18, 5 LOPA requiere que el acto administrativo contengan una expresión sucinta de las razones que hubieran sido alegadas, aquí en franco recibo de la teoría de la sentencia. Esta expresión de los alegatos del interesado es parte de la motivación, pero no puede considerarse cumplimiento de la carga de alegación alguna por parte de la Administración.

Esta carga de alegación como contenido de la motivación de hecho del acto administrativo no agota esa motivación, no sólo por la necesidad de la prueba de esos alegatos, sino porque muy específicamente para el caso del acto administrativo, la motivación debe también ser de Derecho, es decir, debe incluir la referencia a las normas jurídicas que le dan base.

Se dirá que esta exigencia es aplicable también para la demanda, que debe contener referencia al Derecho. Sin embargo, pareciera necesario indagar si esa exigencia común es en realidad total, es decir, si la referencia al Derecho que debe hacer la demanda judicial tiene las mismas características de la motivación de Derecho del acto administrativo.

Efectivamente, el ya citado artículo 18, 5 de la LOPA exige que la motivación contenga la expresión de los fundamentos

legales pertinentes. Sin embargo, esa mención no es simétrica de la que debe contener la demanda, porque su ausencia, inexactitud o error sí produce efectos jurídicos, en concreto una falsa motivación de Derecho que podría anular el acto.

De ello no hay duda en la doctrina ni en la jurisprudencia: la motivación, sea de hecho o de Derecho, inexistente o errada vicia el acto de nulidad -no se analiza ahora si absoluta o relativa- y no puede ser incorporada luego de la emisión del acto.

Pacífica doctrina, que si además se confronta con el principio de que son los jueces lo que determinan el Derecho aplicable (*iura novit curia*), se descubre llena de contradicciones. En efecto, si la nulidad que produce el vicio en la inmotivación es relativa, lo que produce que sea un vicio convalidable, no se ve como puede ser tan rotunda la prohibición de la motivación sobrevenida, pues ¿qué otra manera de convalidar una motivación de Derecho es exponerla a posteriori, sobrevenida mente?

Y si el juez es el competente para aplicar el ordenamiento, ¿cómo conciliar la existencia de una inmotivación de Derecho si el tribunal considera que una norma distinta a la invocada en el acto es suficiente como su fundamento?

En consecuencia, o se desecha la motivación de Derecho como exigencia del acto administrativo y por lo tanto su ausencia o defecto no produce la nulidad de éste, o se encuentra otra razón legal para exigirla.

A este respecto debemos recordar el fin perseguido por la ley al incluir la motivación, tanto de hecho como de Derecho, entre los requisitos que debe llenar el acto administrativo: garantizar el derecho de defensa del particular. Este derecho de defensa del destinatario del acto es indiscutible en lo que respecta a la necesidad de la motivación de hecho, pero no es tan claro en el caso de la motivación de Derecho, tanto por

tratarse de un vicio convalidable como por el principio *iura novit curia*.

Es pertinente aquí traer a la investigación la normativa del proceso penal, que desde la Constitución de 1999 se convirtió en el modelo procesal breve, oral y público que la Constitución exige para todo proceso, de acuerdo con la espléndida norma de su artículo 257. Dice el COPP:

Artículo 333. Si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al acusado o acusada sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez o Jueza inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho. En este caso se recibirá nueva declaración al acusado o acusada y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Como puede verse, el COPP considera que la calificación jurídica del delito contenida en la acusación, no puede alterarse en la audiencia de juicio a no ser que el juez lo comunique durante el debate, para permitir la defensa del acusado. En otras palabras, hay un derecho de defensa sobre la normativa aplicable al caso, que se traduce en una modulación del principio *iura novit curia* en los términos de los artículos copiados.

Esta necesidad de permitir al acusado la defensa frente a los argumentos de Derecho de la fiscalía es perfectamente trasladable al acto administrativo y así dar una base más sólida a la necesidad de la motivación de Derecho. En efecto, si para el modelo procesal de la Constitución el proceso paradigmático es el penal, es congruente que para el caso de las actuaciones administrativas rija la misma exigencia, pues garantizar ese derecho de defensa es el objetivo de la motivación. En consecuencia, el falso supuesto de Derecho tiene toda razón de ser

como vicio de los actos administrativos, como además viene diciendo no sólo la ley, sino también la jurisprudencia.

Motivación de hecho y motivación de Derecho son pues requisitos y elementos de la estructura del acto administrativo, pues no sólo se encuentran expresamente exigidos por la ley, sino que además son congruentes con la normativa constitucional.

Siendo así, es necesario responder aún una pregunta esencial: qué tipo de nulidad genera la inmotivación, absoluta o relativa. La respuesta legal pareciera inclinarse por la relatividad de la nulidad por inmotivación, porque las casuales taxativas de nulidad absoluta del artículo 19 LOPA no parecen contenerla, pues esa condición de vicio de nulidad absoluta ni está consagrado en una ley (1°), ni tiene que ver con la cosa juzgada administrativa, (2°) no se refiere a la ejecución del acto(3°), ni es un caso de incompetencia manifiesta, ni, *prima facie*, implica una presidencia total y absoluta de procedimiento. (4°).

Prima facie, decimos, porque la falta total y absoluta de procedimiento, caso tan extremo que se torna insólito, ha sido entendido por la doctrina y jurisprudencia como la falta absoluta de un elemento esencial del procedimiento, como sería la no celebración de la audiencia de descargos prevista por algunas leyes especiales, sobre todo para procedimientos sancionatorios.

Esa línea ha sido recorrida por la jurisprudencia para analizar la inmotivación y, así, determinar los casos en que produce la nulidad absoluta del acto.

Cuando la motivación es inexistente acarrea la nulidad absoluta del acto, inexistencia que la misma jurisprudencia considera que se da ante la motivación contradictoria o tan ambigua que no hay manera de saber la base legal del acto administrativo de que se trata. El fundamento implícito de

esta jurisprudencia es la indefensión que este grado tan alto de inmotivación produce en los destinatarios del acto.

Como indica la regla general de residualidad de los vicios que no sean de nulidad absoluta, la inmotivación que no alcance este grado asimilado a la inexistencia produce la nulidad relativa del acto.

Estos generan a su vez un problema adicional: cómo convalidar la nulidad relativa producida por la motivación insuficiente si la motivación sobrevenida está prohibida tajantemente. Así, no puede dejarse el tema de la motivación sin abordar el tema de su oportunidad o, en otras palabras, de la motivación sobrevenida. Allí, como se dijo con anterioridad, la jurisprudencia y la doctrina son pacíficas en afirmar la prohibición de la motivación sobrevenida, es decir, formulada después de emitido el acto administrativo.

De nuevo, la justificación de esta prohibición deriva de la indefensión que causaría al interesado desconocer los motivos del acto, lo que ocurre obviamente si esa motivación le es expresada luego de su emisión. Ese fundamento produce, como consecuencia, que no hay inmotivación si ésta se presenta durante los procedimientos llamados de segundo grado, o sea los procedimientos de los recursos de reconsideración y jerárquico, porque es obvio que en esos casos los interesados podrán hacer valer sus defensas en el procedimiento correspondiente. Sólo cabe inmotivación pues, si los motivos del acto no se expresan en el acto definitivo, bien sea el producto del procedimiento constitutivo del acto o de los procedimientos recursivos. El acto definitivo, si contiene los motivos, podrá ser siempre impugnado ante el contencioso sin que se produzca indefensión, y, en consecuencia, sin que se produzca inmotivación.

III. LA CAUSA

Según la doctrina más aceptada, la causa de los actos administrativos sería la efectividad del servicio que el acto presta al fin normativo.

Caben aquí las disquisiciones sobre la causa y la importación al Derecho Administrativo de las nociones del Derecho Privado. En principio, éstas son plenamente aplicables al campo de los actos administrativos, con la reserva de que se trata de una de las cuestiones más debatidas dentro de la teoría general del Derecho.

Entre otras notas, esa teoría ha diferenciado la causa de los contratos nominados (la compraventa, por ejemplo) de la de los innominados. Aquella vendría dada por la ley, en el caso de la compraventa por el efectivo intercambio de consentimientos sobre cosa y precio, mientras que en los contratos innominados por el servicio al objetivo fijado libremente por las partes. Sin embargo, estas nociones no son trasladables sin matices al Derecho Administrativo, por la sencilla razón de que en el caso de los actos administrativos su finalidad estaría siempre contenida en la ley, sin que pueda la Administración interponer otros distintos. La causa de los actos administrativos, el servicio del acto a su finalidad, sería entonces siempre nominada.

Noción muy debatida, pues, sobre todo en el Derecho privado. Pero en el campo del acto administrativo la reflexión normalmente no pasa de unas consideraciones eruditas, importadas de otros ordenamientos, sin mayores consecuencias para la disciplina real de esos actos.

Una de las primeras conclusiones del estudio de la noción de causa en el Derecho Privado (MELICH) es su profunda impertinencia para el caso de los actos administrativos. En efecto, desde el Derecho Romano la causa se busca en la obligación y en los negocios jurídicos, lo que supone siempre un

curso de voluntades, lo que de ninguna manera existe en el acto administrativo, fundamentalmente unilateral en la mayoría de los casos. De allí que a la pregunta *cur debetur?*, ¿por qué me obligo? que apunta precisamente a la causa se ha respondido en el causalismo clásico de Domat que la causa de la obligación es la prestación del otro obligado, como sería el pago del precio en el caso de la entrega de la cosa vendida. Luego de los ataques anticausalistas de fin del siglo XIX, la dogmática alemana del Derecho Civil, que alzaprímaba la declaración de voluntad, exterior por definición, frente al dogma de autonomía de la voluntad de origen romano, como núcleo de los intercambios, sustituyó inclusive en el pensamiento francés e italiano del que somos tributarios en el Derecho Civil la noción subjetiva de causa por una teoría objetiva, que no necesitaba indagar en los motivos de los obligados para la validez y eficacia de los actos. De allí se llegó a predicar la falsedad y la inutilidad de la causa.

Aunque luego CAPITANT remodeló la noción clásica para resucitar al causalismo, lo cierto es que en plena emergencia de la doctrina alemana que hacía inútil la noción de causa HARIOU demostró que la tesis germana de la declaración de voluntad como núcleo del tráfico privado, no necesitaba de especulaciones causalistas, que era precisamente y desde hacía tiempo la tesis francesa del acto administrativo. Este era una declaración de voluntad y por lo tanto el examen de su causa era en principio inútil.

Ciertamente, no se ve como una noción que pretende fundar la validez de un acto jurídico, en este caso la obligación, en un estado de voluntad que se basa en la conducta de otro, puede ser utilizada para explicar el mecanismo de un acto que, como el administrativo, precisamente no requiere de ninguna voluntad ajena para imponerse pues se basa en la potestad de la Administración. De allí que el sólo empleo de la palabra "causa" para describir un elemento del acto administrativo sea por lo menos peligrosa al prestarse a multitud de equívocos,

pues como puede verse la misma génesis y desarrollo de la causa en su origen privado nada tiene que ver con los actos unilaterales como el administrativo.

Así que la intención de HAURIOU sigue imponiéndose: el concepto de causa de los actos administrativos es falso e inútil, porque estos son declaraciones de voluntad en el sentido alemán de la expresión y por lo tanto deriva su fuerza obligatoria del ordenamiento y no de la existencia de cualesquiera voluntades ajenas. Sin embargo, fue el propio Consejo de Estado francés quien desarrolló una de las llamadas aperturas del contencioso sobre la pretendida base de la causa: la desviación de poder. Pero por su misma definición se aprecia que el significado clásico de causa en el Derecho Privado muy poco tiene que ver con esta apertura: la desviación de poder es la búsqueda por la Administración de fines distintos a los que el ordenamiento otorga a la potestad de la que dimana el acto administrativo, y esa voluntad desviada, dice HAURIOU, solo puede buscarse en el mismo acto y no en voluntades articulares, las de los funcionarios de carne y hueso (HAURIOU).

Este cambio de polo del sujeto obligado en el causalismo de Derecho privado al acto mismo –a la declaración de voluntad– en el Derecho Administrativo prohíbe usar aquel causalismo para explicar estos actos administrativos desviados de su fin. Aquí se trataría simplemente de constatar el servicio al fin normativo que cumple, o no, el acto administrativo, sin que sea dado buscarlo en estados de conciencia o de voluntad de terceros. Por ello, además, la teoría más en boga entre nosotros que disgrega además entre el elemento causa del elemento fin en los actos administrativos también es falsa, pues inclusive la causa que el Derecho privado busca es la causa final, el fin, pero sobre todo aquel elemento de causa desaparece cuando se pondera el carácter objetivo del acto administrativo, su validez y eficacia basados en supuestos exteriores a la voluntad ajena y establecidos en el ordenamiento.

En conclusión, el elemento “causa” de los actos administrativos no existe y es inútil, pues todos sus efectos prácticos, inclusive la desviación de poder, se explicarían en realidad en base al fin de la potestad de la que dimanen los actos. Y este fin, a su vez, es completamente distinto de la causa final del Derecho Privado, pues no reside en voluntades ajenas sino en la adecuación del acto a ese fin normativo.

Así parece reconocerlo la jurisprudencia, que cuando habla de desviación de poder se refiere siempre al fin del acto administrativo, como interés objetivo previsto en la norma y no hace exámenes acerca de voluntades de terceros ni siquiera, en la mayoría de los casos, utiliza la expresión “causa”. Así, cuando se utiliza el procedimiento disciplinario para la venganza personal se desvía el acto de sus fines (CPCA. 13-08-1986); el uso de procedimientos disciplinarios para remover un funcionario pero cuando las razones son de idoneidad constituye una desviación de poder (CSJ-SPA de 28-02-1991); la revocatoria de la creación de una universidad experimental sin previa evaluación de su desempeño incumple los fines experimentales de esas universidades (CSJ-SPA de 14-02-1991). Así ésta última:

“La carencia de poder legal para extinguir el acto, por no haberse basado en la condición esencial para que ello procediera, esto es, en el resultado de la evaluación, la cual, por una parte, no consta en autos y, por otra, no podía haberse efectuado en un tiempo tan breve, debe llegarse a la conclusión de que el acto no estuvo destinado a los fines anulatorios que el mismo señala y, en consecuencia, que fue dictado para obtener otros fines, y esto es constitutivo del vicio denunciado por los recurrentes como desviación de poder, el cual está presente en este caso, y así se declara”.

IV. LA FINALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La causa no es, pues, elemento del acto administrativo, sea cual sea el sentido que se emplee para definirla de todos los que el Derecho ofrece. O el acto administrativo carece de causa o, como vimos, ésta se confunde con el fin que éste debe buscar, que estaría en la norma que establece la potestad correspondiente. Sigamos entonces nuestra investigación con el fin del acto administrativo.

Como se dijo, FARÍAS MATA fue el primero en nuestro medio en vincular los elementos del acto administrativo con los motivos de su impugnación.

Esta tesis del maestro FARÍAS MATA es eco de la doctrina francesa del contencioso administrativo, expuesta entre otros autores por RIVERO:

“Los cuatros casos de anulación tradicionales sancionan respectivamente las ilegalidades que afectan la cualidad del autor (incompetencia), el procedimiento de elaboración (vicio de forma), **el fin (desviación de poder)** y (violación de la ley), el objeto y los motivos.”³ (Resaltado mío)

RIVERO también recuerda el origen histórico de esta clasificación, los sucesivos motivos de impugnación o aperturas de la terminología francesa del contencioso administrativo establecidos sucesivamente por el Consejo de Estado:

“Esta clasificación es de origen histórico. Inicialmente, las únicas ilegalidades que el juez aceptaba sancionar eran aquellas que se referían a los elementos externos del acto; la incompetencia, luego el vicio de forma. Hacia 1.840, aparece la desviación de poder, que extiende el control del juez al fin perseguido por el acto. En cuanto al contenido mismo del acto, o su objeto, la legalidad no podía ser

3 RIVERO Jean. *Derecho Administrativo*. UCV, Caracas, 1984, p. 119.

cuestionada por el recurso por exceso de poder, sino por un recurso de anulación distinto, abierto –a diferencia del recurso por exceso de poder– a aquellos únicamente que podían justificar que la decisión acatada los lesionaba en sus derechos subjetivos: este recurso se basaba en “violación de la ley y de los derechos adquiridos”

Después de 1864, se quiso extender a este recurso las ventajas acordadas al recurso por exceso de poder; la violación de la ley de los derechos adquiridos dejó de ser objeto de un recurso distinto, para convertirse en el cuarto caso de apertura. Durante un cierto tiempo, esta forma de ilegalidad, a diferencia de las otras tres, continuó sin poder ser invocada sino por el demandante lesionado en su derecho subjetivo; esta exigencia desapareció definitivamente, y la violación de la ley no se distinguió más de los otros casos de anulación, sino por su gran extensión. Con ésta el recurso termina en convertirse en la sanción de la ilegalidad bajo todas sus formas, externas e internas.”⁴

A los efectos de lo que vendrá, en Francia la doctrina de la desviación de poder fue un remedio a la falta de una causal general de violación de la ley como motivo de nulidad de los actos administrativos, pues para el momento de su creación por el Consejo de Estado sólo estaba disponible el vicio de la incompetencia y el vicio de forma. En otras palabras, la desviación del poder fue en su origen una ingeniosa teoría para resolver un problema estructural del contencioso francés. Solución provisional, pues una vez aceptado el recurso por violación de ley la desviación de poder se relega, a un lugar residual y secundario.

Asombrosamente, como explica con gran precisión GARCÍA SOTO (“Incluso por desviación de poder”. Notas

4 Ibídem, p. 272.

acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa en Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 3/2014) esa solución provisional y ya inútil es recogida por el sistema español inclusive constitucionalmente en 1931, hasta llegar a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.

Esta norma fue recogida casi textualmente en el que terminaría siendo el artículo 206 de la Constitución de 1961, copiado a su vez en el vigente artículo 239 de la Constitución vigente “(incluso por desviación de poder)”. La cláusula se hizo famosa en la doctrina venezolana. Sobre su base y del Derecho francés en que se forman los pioneros del Derecho Administrativo venezolano, entre ellos FARÍAS MATA, recibió gran atención.

Sin embargo, la atención doctrinal no tuvo la misma magnitud en la jurisprudencia, pues de la misma manera que ya venía ocurriendo en Francia una vez establecido el motivo de impugnación (“apertura”) de la violación de ley, han sido contadísimas, las nulidades decretadas por ese motivo.

“En el estado actual de la jurisprudencia, la desviación de poder no juega, pues más, que un rol subsidiario, y las decisiones de anulación basadas en este caso de apertura son raras (cfr., sin embargo, C.E., 13 de noviembre de 1970, Lambert, A.J.D.A., 1971. P.53)”⁵.

Puede decirse entonces que la desviación de poder termina siendo en Francia un motivo de impugnación pasado de moda, casi inútil, dadas las otras tres aperturas, y que en Venezuela lo fue, pasado de moda y casi inútil, desde su misma recepción en 1961. El dato estadístico de las poquísimas nulidades por desviación de poder así lo confirman, estadística que es prácticamente universal.

5 Ibidem, p. 280.

Más allá del dato estadístico, además, está la constatación jurídica de que inclusive aquellos pocos ejemplares tradicionales de desviación de poder en realidad o bien constituyen errores de la jurisprudencia o bien la nulidad ha podido ser declarada por otra razón distinta y más común, es decir, por falso supuesto de hecho o de Derecho o por vicios de forma o incompetencia.

Si la desviación de poder es inútil, también lo es el fin, la finalidad, como elemento del acto administrativo. Si la desviación de poder responde a causas históricas que ya no están presentes; si la desviación de poder es un anacronismo, pues también lo es la finalidad del acto administrativo como uno de sus elementos.

Un ejemplo me parece claramente demostrativo. El Presidente del INTT ordena mediante circular publicada en la Gaceta Oficial que los fiscales de tránsito deberán imponer la mayor cantidad de multas para enfrentar las necesidades de caja del Instituto, lo que evidentemente no es el fin de esos actos, sino la ordenación del tránsito terrestre. Un conductor que viola la luz roja de un semáforo, violación plenamente probada en el expediente, y que por ella es multado conforme a la ley. ¿podría lograr la anulación de la multa alegando la desviación de poder que demuestra sin dudas la circular? De ningún modo, pasar con el semáforo en rojo es una falta, sea cuales sean los fines pretendidos por el funcionario, y la sanción correspondiente, si está ajustada a Derecho, lo estará con independencia de esos fines.

Luego de este ejemplo hipotético, analicemos casos de la vida real, los grandes precedentes de la decisión de poder, en Francia y en Venezuela.

Francia: el *Arret Pariset* de 26 de noviembre de 1875, pionero de la apertura de la desviación de poder. El caso: el gobierno decide nacionalizar las fábricas de cerillas (fósforos) y en vez

de dictar la correspondiente expropiación, aprovecha que las empresas correspondientes no habían obtenido la autorización que exige la legislación vigente y simplemente las clausura y ocupa. La medida es anulada porque el fin de la potestad autorizatoria no era nacionalizar.

Siglo y medio después cabe preguntarse cómo era posible que bastase la intención de nacionalizar un sector de la economía para que quedase derogada la ley que exige autorización a las empresas de ese sector. Qué derecho, posición y privilegio tienen unos empresarios incumplidores de la ley, que funcionan sin la debida autorización, para que por virtud de una nacionalización se tornen en víctimas de la arbitrariedad de la Administración. *Pariset* fue pura y simplemente un error, si las empresas requerían una autorización para funcionar y no la poseían, legalmente clausuradas estaban y que ello facilitara o hiciera innecesaria la nacionalización era simplemente consecuencia jurídica de esa falta de autorización.

En Venezuela el precedente más famoso es el de las llamadas las expropiaciones eternas. La Corte Suprema de Justicia (sentencia de 24 de julio de 1978) anuló un decreto de expropiación por el simple trascurso del tiempo sin que se ejecutara, alegando que su fin real no había sido entonces expropiar sino congelar el valor de la propiedad, que se indemnizaba a precios del momento de la emisión del decreto.

Entendidas así, las afectaciones eternas tampoco requerían del uso del vicio de desviación de poder para restablecer la situación jurídica del expropiado. Bien bastaba declarar la perención del acto administrativo conforme a las previsiones hoy de la LOPA y antes de la correspondiente jurisprudencia, o, si la Administración quería continuar con la expropiación, el cálculo de la indemnización debía hacerse conforme a los parámetros vigentes a la fecha del avalúo, como también estableció la jurisprudencia más adelante.

Al fin y al cabo, una nulidad basada en la desviación de poder en este caso, como en casi todos, terminaba siendo inútil para el particular, porque una vez declarada, la Administración podía expropiar de nuevo el inmueble por el mismo motivo de interés público y, mientras respetase los plazos para evitar la perención de ese acto, no había manera de anular esa afectación.

Estas reflexiones sobre la inutilidad de la desviación de poder abonan la ambigüedad y confusión que la doctrina y jurisprudencia presentan en esa materia, ambigüedad y confusión que no son otra cosa que la consecuencia de esa inutilidad; si el acto nunca es anulado por violar el fin de la norma, para qué el juez debe molestarse en definirlo con precisión.

Algún respeto, sin embargo, merece el Derecho positivo cuando la LOPA, y la propia Constitución, menciona la adecuación al fin de la norma, aquélla, y a la desviación de poder, ésta. Creo que ese respeto se honra con la solución francesa de relegar a la excepcionalidad a esa finalidad, pero no a construir la teoría del acto administrativo dándole pie de igualdad con el supuesto de hecho y al supuesto de Derecho, la motivación, la competencia y la forma.

Solución francesa que también es compartida por la Unión Europea, sí vemos las estadísticas: las nulidades por desviación de poder son poquísimas. Sobre esa data Roberto BUSTILLO BOLADO (La desviación de poder en el Derecho comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, RAP núm. 188 (2012)) hace un análisis muy interesante de la desviación de poder, paralelo al mencionado de GARCÍA SOTO, para concluir en la misma idea del carácter residual de la desviación de poder y, en consecuencia, de la inutilidad del fin del acto administrativo como un elemento de su estructura.

El vicio de desviación de poder, pues, es una importación innecesaria e inconveniente, con unas bases históricas que no son las nuestras, ni siquiera las de España de donde fue traído a nuestro ordenamiento. En Francia sólo se justificaba en momentos en que no se había dado la apertura de la violación de ley, que ya existía en nuestro ordenamiento para cuando la Constitución de 1961 la incluyó expresamente con la famosa frase “incluso por desviación de poder”.

Más allá, pues, de su consagración positiva, la desviación de poder y su correlato estructural del fin como elemento del acto administrativo, son inútiles y perjudiciales en nuestro ordenamiento, pues bien es imposible anular el acto con un pretendido argumento de que la Administración lo dictó para un “fin” distinto al de la norma, porque aún en ese caso el acto seguirá siendo válido si respeta los extremos regulados en la ley.

Una consideración ulterior abona estas reflexiones ya dentro de la hipótesis del fin de los actos discrecionales y de la desviación de poder como técnica de control de la discrecionalidad. Ésta supone que el juez mediante el expediente de “controlar el cumplimiento del fin de la norma”, en realidad legisla, poniendo en la ley lo que ésta no contiene. Determinar los fines de la actividad administrativa es función de los poderes políticos del estado, el binomio Legislativo-Ejecutivo, y no del Poder Judicial. Inclusive en los casos de las pocas declaraciones de fines de las normas que establecen expresamente fines a la actuación de la Administración, éstas son tan amplias que en realidad no contienen ningún estándar discernible que permita controlar el ejercicio de la correspondiente potestad. Y no contienen ese estándar porque la determinación de los fines de la Administración es una operación fundamentalmente política y no jurídica, como se ve.

Reducir al mínimo el juego del fin como elemento del acto administrativo y como consecuencia, del efecto anulatorio de

la desviación de poder, es además exigencia de la tutela judicial efectiva que es la razón de ser del contencioso administrativo como jurisdicción contralora de la legalidad del acto. La desviación de poder ofrece tan pocas garantías al particular que las estadísticas, venezolanas y comparadas demuestran lo extraordinario de las nulidades por ese motivo. Bastan, o casi, los vicios en los demás elementos del acto para que esa tutela esté debidamente garantizada.

V. CONCLUSIÓN

En resumen y como conclusión, la teoría del acto administrativo no requiere de los elementos materiales que tradicionalmente se listaban para este acto estatal: supuesto de hecho, causa, fin y motivos. La praxis de los tribunales en Venezuela y en el Derecho comparado, es un primer dato que permite descartar el fin y la causa como elementos del acto administrativo, pues las definiciones doctrinales y jurisprudenciales son de una ambigüedad y confusión tal que estos elementos no terminan significando nada concreto, y en consecuencia las nulidades realmente declaradas por vicios en el fin o en la causa son poquísimas y, de ellas, gran número es explicable como vicios en el supuesto de hecho y en el supuesto de Derecho.

En definitiva, bastan los supuestos de hecho y de Derecho, que son precisamente los motivos del acto, y la correspondiente motivación, para construir la estructura del acto administrativo y explicarlo tanto legal como jurisprudencialmente.

Los elementos formales, la forma, el procedimiento y la motivación mantienen toda su oportunidad, en tanto son la expresión de los elementos materiales o, lo que sería objeto de otro estudio, son necesarios para garantizar el debido proceso como garantía de los administrados.