

**LA INCONSTITUCIONALIDAD
DE LOS VINCULOS
DE INEDIFICABILIDAD
Y EL CASO DEL NUEVO
CIRCO DE CARACAS.**

**HECTOR TURUHPIAL
CARIELLO
Abogado**

SUMARIO

INTRODUCCION

- I.- DECRETO N° 792: LA GARANTIA PATRIMONIAL
CONSAGRADA EN EL ARTICULO 4. ALCANCE.
INDETERMINACION DE LA CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA
QUE LEGITIME LA EXPROPIACION EN VIOLACION DEL
ARTICULO 101 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.
DESVIACION DE PODER.**

- II.- DECRETO 334: INDETERMINACION DE LA CAUSA DE
UTILIDAD PUBLICA QUE LEGITIME LA EXPROPIACION EN
VIOLACION DEL ARTICULO 101 DE LA CONSTITUCION
NACIONAL.**

- III.- ORDENANZA DEL CASCO CENTRAL DE CARACAS.**

**LIMITACIÓN DESNATURALIZADA DEL DERECHO DE PROPIEDAD AL
IMPONER UN VÍNCULO DE IDENTIFICABILIDAD. DESVIACIÓN DE PODER.**

INTRODUCCION

El 11 de marzo de 1.975 fue dictado por el Ejecutivo Nacional, el Decreto N° 792, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 30.962, de fecha 14 de mayo de 1.975, que declara en su texto “Zona especialmente afectada para el Desarrollo y Renovación Urbana de San Agustín del Norte” una superficie de las Urbanizaciones El Conde y San Agustín, dentro de la cual quedó comprendida el denominado Nuevo Circo de Caracas. El mencionado Decreto de afectación dispuso igualmente que el aludido “Plan de Desarrollo y Renovación Urbana de San Agustín del Norte” sería elaborado por el Centro Simón Bolívar C.A. conforme a los lineamientos establecidos por la Oficina Metropolitana de Planeamiento Urbano, y se facultó al Centro Simón Bolívar C.A. para adquirir los inmuebles afectados.

El artículo 4 del Decreto estableció que el Centro Simón Bolívar C.A. podría recomendar al Ejecutivo Nacional la desafectación de determinadas zonas o parcelas del área delimitada en el artículo 1°, cuando sus propietarios demostrasen interés en desarrollarlas urbanísticamente, ajustados a las directrices establecidas en el plan de desarrollo y renovación urbana que dicha empresa formulare para el área en referencia, y conviniesen con el Centro Simón Bolívar C.A. en las condiciones relativas a la construcción propuesta.

El “Plan de Desarrollo y Renovación Urbana de San Agustín del Norte”, contenido en el Decreto N° 792 no fue ejecutado por las autoridades competentes, y se dispuso utilizar las áreas dentro de las cuales se encuentra incluido el Nuevo Circo como parte de un proyecto denominado **Parque Nacional José María Vargas**, sin revocar el Decreto N° 792 de 11 de marzo de 1.975, ni incluirlo en el Decreto N° 334 de 14 de noviembre de 1.984, publicado en la Gaceta Oficial N° 33109 de 21 de noviembre de 1.984, contentivo de las especificaciones jurídicas relativas a las expropiaciones necesarias para la construcción del Parque Nacional José María Vargas.

El Concejo Municipal sancionó la Ordenanza sobre Régimen Especial para la zonificación R-10, R-10M, CM y CI de los sectores de las Parroquias Altigracia, Candelaria, Catedral, La Pastora, San Agustín, San José, Santa Teresa, Santa Rosalía y Sucre, denominada popularmente “Ordenanza del Casco Central de Caracas”, publicada en la Gaceta Municipal Extraordinaria N° 657 de fecha 5 de agosto de 1986, y en la cual, específicamente en su artículo 23, se crean una serie de restricciones a los usos y zonificaciones en vigencia, particularmente intensos sobre el Nuevo Circo de Caracas.

I.- DECRETO N° 792: LA GARANTIA PATRIMONIAL CONSAGRADA EN EL ARTICULO 4. ALCANCE. INDETERMINACION DE LA CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA QUE LEGITIME LA EXPROPIACION EN VIOLACION DEL ARTICULO 101 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. DESVIACION DE PODER

El artículo 4 del Decreto N° 792 establece una fórmula de garantía patrimonial del particular expropiado frente al ente expropiante, que representa una consecuencia lógica del imperativo constitucional consistente en que toda transferencia patrimonial legítima que realice la Administración, debe obedecer a una causa legalmente determinada, lo cual excluye, como contrapartida, cualquier uso discrecional o libre de dicha potestad. Ello resulta evidente del texto de los artículos 99 y 101 de la Constitución, los cuales aluden, como única posibilidad de restricción al derecho de propiedad, a aquella nacida de “fines” o “causa” de utilidad pública o interés general, con lo cual la expropiación se transforma en un mecanismo técnico de obtención de fines públicos precisos, previamente determinados. La “causa” de tal técnica de ejercicio potestativo es así, no el resultado inmediato del traslado patrimonial, sino, fundamentalmente, la conversión o destino posterior del bien afectado. Obviamente, lógico resulta entonces el señalar que tal conversión o destino posterior debe determinarse exacta y detalladamente, como fundamento legitimante previo a toda pretensión expropiatoria. Lo expuesto queda ratificado y recogido por el artículo 2 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, al referirse a la calificación o consideración de obras como de utilidad pública, y, específicamente, por el artículo 10 de la Ley, modificado por el Decreto N° 184 de 25 de abril de 1958, el cual introduce el concepto de utilidad pública como mecanismo de teleologización técnica de la expropiación.

En el orden de ideas expuesto, no sólo debe fundarse el *ius expropriandi* en el interés general, sino que éste debe concretarse, es decir, debe estar técnicamente expresado mediante la indicación precisa de las necesidades o exigencias de funcionamiento de la Administración Pública que hacen inviable otra solución jurídica distinta a la actuación ablatoria. Estas exigencias no son ni podrían ser indeterminadas, en cuanto a que el ejercicio de las potestades y deberes mediante los cuales la Administración desarrolla su actividad, requiere de previa consagración y atribución normativa, como consecuencia del principio de legalidad consagrado en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

Lo expuesto permite concluir que la expropiación es, por naturaleza, una actividad instrumental destinada a un fin que la supera y la trasciende ampliamente, en relación al cual la misma va a constituir su medio técnico de realización. Toda

expropiación ha de guardar relación de causa a efecto con ese fin, constituyendo, en caso contrario, una clara desviación de poder y vía de hecho administrativa. La *causa expropriandi*, así delimitada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento, reviste entonces una identidad de principio con el fin de la expropiación, lo cual significa, que dicho fin o destino no puede ser alterado, aún cuando se trate de otra obra o servicio público, so pena de invalidarla, dejándola sin causa legal, revirtiendo el bien a su titular particular.

La imprescindible calificación previa de la *causa expropriandi*, resulta acorde con la naturaleza y la evolución histórica de la institución. En efecto, la doctrina civilista romana, recogida y ampliada por la filosofía patristica cristiana, elaboró la teoría de la causa racional, en virtud de la cual sólo *cum cauta rationali*, podía el emperador justificar la traslación patrimonial. La Edad Media, acogió la teoría transformándola en la exigencia de un *justum pretium* connatural a toda actividad expropiatoria. Tal noción pasaría a las proclamas que condujeron a la Revolución Inglesa de 1.668 y, posteriormente, a la Revolución Francesa de 1.789, cristalizando en el célebre artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La exigencia de una causa racional y del pago de un justo precio, pasa así a los ordenamientos modernos prácticamente inalterada desde el siglo XVIII, concebida de manera idéntica en la enmienda número 5 de la Constitución de los Estados Unidos de la América del Norte, bajo la denominación de *just compensation*, y, en lo que nos atañe, reproducida en nuestro texto constitucional desde la Constitución de 1.811 y la Declaración de Derechos que la precedió, y en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. El fin concreto de utilidad pública o social como causa racional que legitima la expropiación fue, inclusive, consagrado más claramente en el artículo 64 de la Ley Orgánica para la Ordenación el Territorio cuando expresa que “ en el Plan respectivo de Ordenación del Territorio se deberá establecer un lapso para la ejecución de la expropiación correspondiente, cónsono con la naturaleza y alcance de la actividad a realizar”. Igual sujeción y necesidad de determinación aparecen recogidas en el artículo 69 *ejusdem*.

Así las cosas, el artículo 4 del Decreto N° 792, consagra la posibilidad de desafectación de las parcelas determinadas en su artículo 1°, cuando se den dos requisitos concurrentes:

1- “...cuando sus propietarios demuestren interés en desarrollarlas urbanísticamente...”; y

2- cuando dicho interés se ajuste a las directrices establecidas en el plan de desarrollo y renovación urbana que dicha empresa formule para el área en referencia.

La posibilidad de actuar y desarrollar el interés que el Decreto reconoce a los particulares, se encuentra sujeta a la elaboración de un plan de desarrollo y renovación urbana para el área objeto de la afectación expropiatoria, que de conformidad con el parágrafo único del artículo 1° del Decreto sería elaborado por el Centro Simón Bolívar C.A. Es decir que, contrariamente a los principios que han sido expuestos y que rigen a la expropiación como técnica o actuación instrumental destinada a la satisfacción de una utilidad pública que debe ser perfectamente determinada por la ley, previamente a afectar bienes privados para la satisfacción exacta de esa necesidad, en el caso de la afectación de los inmuebles incluidos en la poligonal definida en el Decreto N° 792, tal determinación insoslayablemente a priori no se hizo, afectándose a una causa de utilidad pública y social genérica y formal, sin una determinación sustancial del objeto y destino de la misma.

La expropiación así decretada, dejó en suspenso la posibilidad real de ejecutar la garantía patrimonial que ella misma consagró en el artículo 4, subordinándola a un acontecimiento futuro e incierto como lo era la elaboración de un eventual plan de desarrollo y renovación urbana a cargo del Centro Simón Bolívar C.A., colocando a los particulares afectados en una situación de indefensión, y haciendo nugatoria la aplicación real de la garantía patrimonial establecida.

Inclusive, de la lectura del Decreto N° 1738 de 24 de agosto de 1976, en el cual se desafectó un inmueble propiedad de la Sociedad Mercantil Corporación Promotora Edificio Sede Fenade-Ande, C.A. (COPROSEANDE), supuestamente bajo la condición imperativamente establecida en el artículo 4 citado, se evidencia que la desafectación se hizo en función de las condiciones particulares presentadas por los propietarios del inmueble, y no por su coincidencia o adecuación con ningún plan urbano elaborado por la autoridad competente, dejando así discrecionalmente en manos de la autoridad competente la aplicación e interpretación de la garantía patrimonial.

Lo dicho permite afirmar, que la expropiación prevista en el Decreto N° 792 difiere ostensiblemente de la expropiación como técnica o actuación instrumental contemplada en el artículo 101 de la Constitución Nacional, siendo la *causa expropriandi* en el presente caso, absolutamente discrecional e indeterminada al no definirse la utilidad pública o de interés general específico perseguido, y careciendo, en consecuencia, de una naturaleza reglada y su necesaria contrapartida en las garantías patrimoniales para el particular afectado, entre las cuales figuran, además del pago del justo precio, la consagración objetiva de la utilidad del despojo singular que afecta a los recurrentes. Ello vicia el Decreto N° 792 de nulidad absoluta por configuración del vicio de desviación de poder previsto en el artículo 206 de la Constitución, -al transformar una potestad reglada en una potestad discrecional-, por indeterminación

de la base legal en violación del principio de legalidad y de su derivado técnico específico, el principio de razonabilidad.

II.- DECRETO 334: INDETERMINACION DE LA CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA QUE LEGITIMA LA EXPROPIACION EN VIOLACION DEL ARTICULO 101 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Ante el silencio del Decreto N° 792 respecto a la especificación técnico-jurídica que legitima la expropiación y respecto al plan o directrices que hagan técnicamente posible la garantía patrimonial de la desafectación, debe analizarse el Decreto N° 334 de fecha 14 de noviembre de 1.984, en el cual los bienes inmuebles afectados a la elaboración futura de un plan de desarrollo y renovación urbana, quedaron nuevamente afectados para el desarrollo del Parque Nacional José María Vargas, destinado, según reza el artículo 2 de dicho Decreto, a un “complejo recreacional de uso intensivo, en las áreas adyacentes a la Avenida Bolívar de nuestra capital e integrará progresivamente a las áreas de parques circunvecinos ya existentes”.

Por tanto, falta la especificación de la *causa expropriandi* consistente en la concreción de la causa de utilidad pública que legitime la expropiación, lo cual se traduce en la persistencia de la discrepancia invalidante entre la finalidad normada como imprescindible por los artículos 99 y 101 de la Constitución y la silenciosa finalidad de utilidad pública que genérica y formalmente se invoca en los dos Decretos analizados. No resulta congruente que bienes originalmente afectados a un plan de desarrollo y renovación urbana pasen luego a constituir bienes afectados a un Parque Nacional, cuya característica urbanística y técnica primordial es la de áreas recreacionales de uso intensivo, según lo define el artículo 2 del Decreto N° 334, zonificación y usos completamente diferentes y hasta contrapuestos a los que corresponden a un proceso de desarrollo y renovación urbanística.

Los Decretos N° 792 y N° 334, son los precedentes inmediatos del Acuerdo Expropiatorio dictado por el Concejo Municipal de Caracas, en fecha 25 de mayo de 1.987, que afectó las bienhechurías y la porción del terreno que constituye el estadio denominado Nuevo Circo de Caracas. Es decir, el Nuevo Circo de Caracas pasó sucesivamente de estar afectado a un plan de desarrollo y renovación urbana, a formar parte de un complejo de uso recreacional intensivo y, finalmente, a encontrarse afectado en razón de su importancia histórica -no de otra forma puede entenderse su “significación para la memoria de la ciudad”- a mantenerse como monumento. Así las cosas, el análisis hecho demuestra, además de la irregular pluralidad de afectaciones para causas de naturaleza distinta, una discordante e indefinida voluntad administrativa

contradictoria con la específica y unitaria finalidad normada que nuestra Constitución consagra como esencial en la expropiación.

III.- ORDENANZA DEL CASCO CENTRAL DE CARACAS.

Finalmente, el 5 de agosto de 1.986, el Concejo Municipal del Distrito Federal sanciona la **ORDENANZA SOBRE REGIMEN ESPECIAL PARA LAS ZONIFICACIONES R-10, R-10E, CM Y CI DE LOS SECTORES DE LAS PARROQUIAS ALTAGRACIA, CANDELARIA, CATEDRAL, LA PASTORA, SAN AGUSTIN, SAN JOSE, SAN JUAN, SANTA ROSALIA, SANTA TERESA Y SUCRE**, la cual en su artículo 23 dispone lo siguiente:

Artículo 23° En las parcelas sobre las cuales existan al momento de entrar en vigencia esta Ordenanza, construcciones destinadas a usos recreacionales-comerciales orientados a la presentación de espectáculos públicos, tales como: teatros, cines, cosos y otros similares, se aplicarán las siguientes disposiciones:

a- La parcela se regirá por la zonificación que le corresponda según la Ordenanza de Zonificación del Departamento Libertador y las disposiciones contenidas en esta Ordenanza.

b- En las nuevas construcciones o remodelaciones que se realicen sobre las parcelas señaladas en este artículo, se deberá prever un área destinada al mismo uso específico recreacional-comercial orientado a la presentación de espectáculos públicos, existente para el momento de entrar en vigencia esta Ordenanza. Igualmente deberán preverse las áreas correspondientes a todas las actividades auxiliares y de servicio que ese uso requiere para funcionar en forma satisfactoria.

c- El aforo de la parte destinada al uso específico recreacional-comercial en las nuevas construcciones o remodelaciones, no podrá ser inferior al existente al entrar en vigencia esta Ordenanza, así como tampoco las características de las actividades auxiliares y de servicio que deben acompañar al uso en referencia.

Posteriormente, el Concejo Municipal de Caracas acordó la reimpresión por "error de copia" de la citada Ordenanza, lo cual se efectuó el 18 de marzo de 1.987, publicándose en Gaceta Municipal Extraordinaria N° 684.

Queda así pues consolidado el marco jurídico que incide sobre el Nuevo Circo

de Caracas, con la sanción de la Ordenanza el 5 de agosto de 1986 y su entrada definitiva en vigencia el 18 de marzo de 1987; y con la sanción del acuerdo expropiatorio dictado por el Concejo Municipal el 26 de mayo de 1987.

LIMITACIÓN DESNATURALIZADA DEL DERECHO DE PROPIEDAD AL IMPONER UN VÍNCULO DE INEDIFICABILIDAD. DESVIACIÓN DE PODER.

Desde la Constitución de 1.864, en la cual se previó por primera vez en texto expreso que la propiedad estaría sujeta a las contribuciones que para obras públicas decretara la autoridad legislativa, hasta la Constitución de 1.961, que marca el final de la elipse evolutiva del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, resulta perceptible que la potestad interventora de la autoridad en el derecho de propiedad y su estatuto legal, requirió siempre de una necesidad pública perfectamente individualizada y delimitada, coexistiendo con la garantía de un marco jurídico que asegurase al particular la conversión del derecho expropiado en su equivalente económico.¹

Tal garantía, presente como se dijo por primera vez en la Constitución de 1.864, permanecerá sustancialmente igual en las Constituciones de 1.874, 1.881, 1.891 y 1.893. El Estatuto Provisional de 1914 establecerá la posibilidad de imposición de limitaciones administrativas a la propiedad por medidas o razones de orden sanitario, disposición acogida por la Constitución de 1.925, la cual amplió el ámbito de acotación a cargo de la autoridad legislativa al agregar las limitaciones en razón de medidas de higiene pública, conservación de bosques y aguas y otras semejantes que se dictaren en beneficio de la comunidad. Esta norma se repite con idéntico contenido en las Constituciones de 1.928, 1.929 y 1.931. La Constitución de 1.936, por su parte, amplió la procedencia de la expropiación, no sólo para aquellos supuestos de obras de utilidad pública, sino en razón de causas de utilidad pública o social.

Es la Constitución de 1.947 la que consolida toda la evolución de la teleologización del derecho de propiedad y la ordenación de su destino a necesidades colectivas concretas en función de la cuales se definiera el contenido inclusive del derecho y los elementos patrimoniales susceptibles de apropiación privada como núcleo intangible. El texto de 1.947 estableció expresamente que la propiedad tenía una función social y que en virtud de ello se encontraba sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que estableciera la ley por razones de utilidad pública e interés social. Estos principios fueron recogidos por la Constitución de 1953 y ,finalmente, ratificados en la Constitución de 1.961.

Por su parte, la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, sancionada en fecha 11 de agosto de 1.983, expresamente estableció en su artículo 63 que *“los usos regulados y permitidos en los planes de ordenación del territorio, se consideran limitaciones legales a la propiedad y, en consecuencia, no originan, por sí solos, derecho a indemnización. Esta sólo podrá ser reclamada por los propietarios en los casos de limitaciones que desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad, siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente”*.

La norma transcrita sigue la orientación general del sistema español, el cual había establecido en el artículo 86 de la Ley del Suelo de 1.956 que las limitaciones al derecho de edificar *“por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística, no confieren derecho alguno a los propietarios a exigir indemnización”*. Posteriormente, en la Reforma de 1.975, se reconoció el derecho a indemnización cuando la modificación o revisión de la ordenación de los terrenos y construcciones establecida por los Planes de Ordenación Urbana, se produjese antes de transcurrir los plazos previstos para su ejecución, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración, según reza el artículo 87 de la Ley. La misma orientación la siguió la Ley 8/1.990, de fecha 25 de julio, la cual en su artículo 4 estableció expresamente que *“la ordenación del uso de los terrenos y construcciones no confiere derechos a indemnización”*, salvo los supuestos que la ley define, disposición complementada con el principio técnico vigente en el ordenamiento español, relativo al aprovechamiento medio, con la consagratoria de un derecho a indemnización sólo *“...si los aprovechamientos susceptibles de adquisición derivados del nuevo planeamiento fueren inferiores a los resultantes del anterior...”*, según lo dispuesto por el artículo 86.2 del mismo texto legal.

En la misma orientación de las normas matrices citadas, vigentes aún en el régimen español, pero con un criterio más amplio, nuestro legislador dispuso en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, antes transcrito, la posibilidad de indemnización en el supuesto de limitaciones desnaturalizadoras del derecho de propiedad, con lo cual se apartó, innovando, del criterio generalmente aceptado que considera procedente la indemnización en los casos de expropiación pero no en los casos de limitaciones legales a la propiedad. Es decir, nuestro legislador, por simple percepción lógica, diferenció en las limitaciones legales de la propiedad, aquellas que producen una desnaturalización y aquellas que no lo hacen, declarando procedente la indemnización en los supuestos de desnaturalización del derecho de propiedad, siempre y cuando se dieran las condiciones técnicas de determinación de la lesión desnaturalizadora.

Igual orientación siguió el legislador de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, cuando en los artículos 52 y 53 estableció la sujeción de la propiedad urbana a su función social, previendo la procedencia de la indemnización en los casos de “...limitaciones que desnaturalicen el derecho de propiedad y produzcan un daño directo, cierto, actual, individualizado y cuantificable económicamente...”. Ambos artículos confirman la separación innovadora de nuestro legislador respecto de la tendencia generalizada a descartar la procedencia de la indemnización en el caso de las incidencias negativas o limitaciones al derecho de propiedad, que no llegaran a producir su extinción como sucede en los supuestos expropiatorios.

Debe observarse que existe una diferencia fundamental entre la norma contenida en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio y la contenida en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. El artículo 63 hace referencia a “...limitaciones que desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad...”, mientras que el artículo 53 se refiere a las “...limitaciones que desnaturalicen el derecho de propiedad...”.

La diferencia resulta relevante dado que, obviamente, el artículo 63 al referirse a limitaciones desnaturalizadoras de las facultades que integran el derecho de propiedad, consagra implícitamente la categoría de las facultades que integran el estatuto legal de la propiedad, procediendo indemnización por desnaturalización de cualquiera de ellas, aún en los supuestos en los cuales no se produzca la desnaturalización del derecho de propiedad considerado globalmente o su extinción por vía de la institución expropiatoria.

Ahora bien, lo apuntado conduce a la necesidad de señalar que una limitación desnaturalizadora se considera legal, pero da lugar a indemnización, mientras que una limitación desnaturalizada, con independencia de la procedencia de una eventual indemnización, resulta inconstitucional. Debe entonces analizarse cuáles son los elementos de identidad de la potestad limitativa en materia urbanística a fin de precisar cuando se desnaturaliza o desvirtúa el ejercicio de dicha potestad.²

Las normas citadas, además de consagrar la responsabilidad del Estado por acto legislativo previsto en los artículos 3 y 47 de la Constitución, recogen el principio constitucional de la igualdad de los particulares ante las cargas públicas, tanto al considerar la afectación dañosa al derecho de propiedad como manifestación de detentación individual, como en los casos en que considera como requisito técnico constitutivo de la lesión, su condición individualizada.

En materia urbanística tal principio rige plenamente, acogido por la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, la cual, en la definición de la potestad que corresponde a la autoridad en orden al régimen del suelo, expresamente señala en el artículo 67, ordinal 3º que ella comprende la función de *“imponer la justa distribución de las cargas y beneficios del plan entre los propietarios afectados”*. Es decir, en el ámbito urbanístico, el principio se traduce en el derecho a la justa distribución de las cargas y beneficios derivados del planeamiento, formando parte dicho derecho del contenido normal del derecho de propiedad. En consecuencia, cuando se produce una desigualdad en la incidencia de la ordenación urbanística sobre un particular o conjunto de particulares respecto de otros, aún por el vehículo de una limitación, se configura una situación de disminución patrimonial y sacrificio especial indemnizable.

El paralelismo entre la garantía constitucional del derecho de propiedad, y la libertad de configuración de tal derecho que atañe al legislador ordinario, constituyen la tensión dialéctica en la cual se mueve el equilibrio de la constitucionalidad en el ámbito urbanístico.

Resultaría una contradicción con la primacía del orden constitucional, concluir que la garantía constitucional de la propiedad, consagrada en el artículo 99, quede vaciada y limitada a las facultades reconocidas por la ley ordinaria al titular del derecho de propiedad en un momento determinado. No existe tal garantía constitucional, a menos que la libertad de modelación legislativa pueda abordarse por vía distinta al simple análisis del haz de facultades que eventualmente se consagre, o a la pluralidad de fenómenos de transformación que el mismo experimente por obra de la Administración. Ello se consigue cuando se interrelacionan, en base al interés público perseguido en cada caso, el status urbanístico detentado por el particular y la variación de dicho status en función de la concreta exigencia social que justifique racionalmente tal variación. He aquí la aplicación operativa de la garantía constitucional de la propiedad y , como una limitante externa, el ya señalado principio de la justa distribución de las cargas y beneficios derivados del planeamiento urbanístico.

Por tanto, la aparentemente genérica formulación de la garantía constitucional de la propiedad, encuentra dos claras vertientes para su aplicación operativa: la racionalización previa del interés social perseguido por el ente actuante, y la equitativa distribución de las cargas que de dicho interés social deriven.

Pueden advertirse entonces la coexistencia de dos dimensiones constitucionales dentro de la norma consagratoria de la garantía del derecho de propiedad tal y como ha sido analizada: la garantía de la propiedad como institución jurídica (dimensión objetiva) y la garantía de la propiedad como derecho subjetivo (dimensión subjetiva),

apareciendo esta última -en términos de la doctrina tradicional italiana y española en la materia- como una garantía debilitada, por cuanto el derecho garantizado es susceptible de ceder y transformarse en su equivalente económico, cuando el bien o los intereses colectivos legitiman la expropiación.

El derecho de propiedad se presenta garantizado por la existencia de este contenido esencial o natural. Las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho que, sin privar o gravar aisladamente a sus titulares constituyen una configuración *ex novo* de la situación normativa anterior, deben respetar este núcleo esencial, toda vez que, de lesionarse éste, no cabría hablar de la regulación general del derecho prevista constitucionalmente, sino de una privación o supresión del mismo que, aún cuando la norma predique su carácter general, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional a menos que hubiere mediado la indemnización correspondiente.³

En consecuencia, la propia norma constitucional instituye en límite a la acción del legislador, la existencia del contenido esencial. Tal reconocimiento requiere, por supuesto, una determinación del contenido esencial para cada caso concreto y de forma analítica atendiendo a la interrelación de los valores del orden fundamental constitucional que hayan sido invocados para legitimar la intervención o actuación del legislador, no siendo factible que dicha determinación se relegue a una modelación legislativa en el plano general y abstracto.

Además de las dos vertientes operativas formuladas como inescindibles de la garantía constitucional del derecho de propiedad, el principio de la igualdad de los particulares ante las cargas públicas plantea la necesaria consideración de los principios generales del derecho, como sustento axiológico de su sustancialidad constitucional. Tal exigencia deriva igualmente de la interpretación del contenido e implicaciones del principio de legalidad. En efecto, la potestad atribuida al legislador para limitar el contenido del derecho de propiedad -potestad en eterno equilibrio con la existencia de un núcleo esencial e intangible como se dijo- debe respetar los presupuestos de racionalidad, equidad y proporcionalidad inherentes a la noción de la legalidad. En virtud de ello, toda medida de limitación de derechos supone dos consideraciones básicas: la extensión y contenido ablativo de los actos de limitación debe ser congruente con los motivos y fines que lo justifiquen; y, en presencia de varias alternativas de intervención con una misma posibilidad de satisfacción del interés público, debe elegirse la menos restrictiva de la libertad individual. Ello como derivación lógica de la tendencia expansiva propia de toda garantía jurídica. (v.g.r. CF.- sentencia Reingruber de 06/11/1958 en cuanto a la apreciación de los límites entre discrecionalidad y arbitrariedad.

Tales principios han sido acogidos como verdaderos estándares jurídicos de apreciación tanto de las autoridades administrativas como de las autoridades judiciales.

En el caso en estudio, y en aplicación de los principios que han sido enunciados, el artículo 23 de la ordenanza adolece de una manifiesta desviación de poder al pretender la autoridad el respeto al índice de aprovechamiento que nominalmente permite la zonificación asignada al inmueble, mientras que en la realidad se consagró un vínculo o supuesto de inedificabilidad. En efecto, dada la garantía constitucional de la propiedad, con sus presupuestos operativos de racionalidad, equidad y proporcionalidad, toda actividad restrictiva del contenido del derecho de propiedad detentado por los propietarios sobre el Nuevo Circo de Caracas, debía enunciar un fin específico destinado a resultados concretos.

Las dos actividades desarrolladas por el legislativo municipal, como lo fueron la *Aprobación de la Ordenanza Sobre Régimen Especial y el Acuerdo Expropiatorio* dictado por el Concejo Municipal de Caracas el 25 de mayo de 1.987, constituyen manifestaciones contradictorias de la voluntad reglada que rige, como se dijo, en materia de limitaciones al derecho de propiedad. No resulta congruente que una ordenanza establezca o conserve, al menos genéricamente, el derecho a edificar viviendas multifamiliares y comercios y, posteriormente, el mismo órgano legislativo que la aprueba acuerde su expropiación para mantenerlo intacto; expropiación además sumada a la expropiación ya en curso por aplicación del Decreto N° 792. De la confrontación de ambos textos normativos no aparece clara la causa de utilidad pública que justifique el uso del poder expropiatorio o restrictivo del derecho a edificar.

En el análisis del contenido del artículo 23 de la Ordenanza del Casco Central de Caracas se aprecia un desequilibrio en la relación ordenada por el texto constitucional entre la vertiente subjetiva o núcleo intangible y la vertiente objetiva o capacidad modeladora de situaciones jurídico públicas a cargo del poder legislativo municipal.

El literal “a” del mencionado artículo remite al uso o zonificación asignado por la Ordenanza de Zonificación del Departamento Libertador del 30 de setiembre de 1.971, a los inmuebles destinados a usos recreacionales orientados a la presentación de espectáculos públicos. En el caso del Nuevo Circo de Caracas, la Ordenanza establece una zonificación R-10 y CM para ser desarrollada urbanísticamente como Vivienda Multifamiliar y Comercio Metropolitano, con un área eventual de construcción de 667,43%. En contradicción con tal remisión, el literal “c” de la misma norma, impone un congelamiento o intangibilidad de las áreas destinadas al uso específico recreacional-comercial existente en las nuevas construcciones que se realicen, estableciendo que las mismas deberán mantener un aforo que “no podrá ser inferior al existente al entrar en

vigencia esta Ordenanza, así como tampoco las características de las actividades auxiliares y de servicio que deban acompañar al uso en referencia.”.

Se aprecia que la zonificación R-10 y CM asignada al Nuevo Circo de Caracas, tiene como característica fundamental el alto porcentaje de construcción en favor del particular titular del derecho de propiedad, permitiendo una densidad de población de hasta 880 habitantes por hectárea, según se evidencia de lo dispuesto en los artículos 99 y 100 de la Ordenanza, siendo ésta, conjuntamente con la zonificación R-9, la correlación construcción-densidad mas alta prevista en el instrumento normativo señalado. Adicionalmente, el artículo 106 permite las variaciones en la densidad de construcción, siempre a favor del particular, por prever aumentos en las mismas, cuando se den los supuestos consagrados en la norma, todos los cuales se hallan presentes, como variables urbanísticas, en la situación técnico jurídica del área sobre la cual se erige el Nuevo Circo de Caracas. En consecuencia, se aprecia claramente que la orientación clara de la zonificación R-10 es la de permitir porcentajes de construcción muy altos resueltos en soluciones habitacionales de alta densidad. Tal situación es mantenida por el artículo 23 cuando en el literal “a” remite a la aplicación de la Ordenanza de Zonificación del Departamento Libertador y cuando, por ejemplo, el artículo 5 reconoce la posibilidad de aplicar el régimen de variaciones previsto en el artículo 106, el cual redunda en un aumento de los porcentajes de construcción. Por añadidura, el numeral 2º del artículo 106 establece la posibilidad de regímenes especiales aplicables a las parcelas con un área superior a los dos mil cuatrocientos metros cuadrados (2.400 m²), siempre dentro de la tendencia dominante en la norma de permitir altos porcentajes de construcción.

El literal “b” y el literal “c” del artículo 23 contradicen abiertamente la vinculación y concatenación racional del Régimen Especial que pretende establecer, con la vigente Ordenanza de Zonificación del Departamento Libertador; y, lo que resulta fundamental a los efectos de la inconstitucionalidad, contradice su propia racionalidad interna, desvirtuando la noción de limitación legal de la propiedad y, en consecuencia, desnaturalizando el derecho de propiedad de los recurrentes, transgrediendo con ello el núcleo intangible sobre el cual actúa la cobertura de la garantía constitucional de la propiedad. En efecto, en abierta contradicción con la aplicabilidad de la zonificación R-10 -con todas sus variables urbanísticas- los literales b y c vacían de contenido real dicha zonificación para atar el derecho de edificar que previamente había reconocido el literal “a”, a la situación de hecho existente en el uso dado al Nuevo Circo de Caracas, con lo cual, tal derecho queda despojado de contenido urbanístico en los términos que previamente habían sido fijados por el propio legislador municipal.

Si el uso recreacional-comercial debe ser el mismo y con un aforo idéntico al existente para el momento en que los particulares decidan desarrollar su derecho a edificar, en el caso del Nuevo Circo de Caracas la construcción existente se vuelve intangible dado el hecho notorio de estar destinada actualmente, en su casi totalidad, al uso recreacional-comercial, como inclusive lo reconoce el Acuerdo Expropiatorio adoptado por el Concejo Municipal de Caracas.

El congelamiento de todo contenido urbanístico real, preservando la titularidad nominal y potestades genéricas enunciadas por el artículo 23, obviamente excede la noción de *limitación legal de la propiedad* que la Constitución y los textos legales aplicables a la materia consideran permisibles. El legislador municipal alteró el contenido urbanístico de la zonificación asignada al inmueble pretendiendo que su aplicación o aprovechamiento efectivo por los particulares coexista con una realidad precedente que le es técnicamente incompatible.

La situación real resultante es que los particulares propietarios del inmueble detentan un derecho a desarrollar un proyecto urbanístico con usos y densidades autorizadas por la zonificación R-10 y CM, en los términos previstos en los artículos 99 al 110 de la Ordenanza de Zonificación del Departamento Libertador, así como por el literal "a" del artículo 23, y paralelamente, tales usos y densidades les están vedados por la imposición establecida en los literales "b" y "c" señalados, consistente en mantener un uso recreacional-comercial en idénticas condiciones de extensión y densidad, lo cual constituye una ruptura de la unidad racional interna de la propia norma al provocar dos realidades urbanísticas contradictorias y sin posibilidad de conciliación, salvo la estatización del derecho a edificar. En efecto, si la zonificación R-10 y CM permite desarrollar y destinar el inmueble al uso de vivienda multifamiliar, unifamiliar y comercio metropolitano y, al mismo tiempo el artículo 23 impone mantener el uso y aforo recreacional-comercial -con lo cual la facultad de uso de vivienda multifamiliar, unifamiliar desaparece-, entonces los particulares propietarios fueron despojados de la habilitación que para tales usos les concede la Ordenanza de Zonificación del Departamento Libertador y el propio artículo 23 en su literal "a". La norma en sus literales "b" y "c" altera, en consecuencia, el contenido del derecho a edificar que tienen los particulares, en abierta contradicción con lo que dispone la Ordenanza de Zonificación y ella misma en su literal "a".

Por ello el acto administrativo particular contenido en el artículo 23, en virtud del cual se le imponen restricciones que superan ampliamente la noción de limitación, invadiendo el núcleo intangible del derecho de propiedad, resulta inconstitucional. Obsérvese que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística evidencia la voluntad del legislador de crear situaciones de inedificabilidad o intangibilidad

restringidas a las zonas de parques y recreación, así como las destinadas a servicios comunales o de infraestructura, pero atendiendo al supuesto esencial de que tales zonas fueren la concreción de un uso y zonificación asignados normativamente *ab initio* y no de manera sobrevenida. No dejó el legislador abierta brecha alguna para la imposición de ninguna condicionante de inedificabilidad sobre un uso que permitiera el desarrollo urbanístico de la propiedad privada, con lo cual manifiesta su absoluto respeto a la intangibilidad del contenido urbanístico que se incorpora al patrimonio de los particulares mediante la asignación de usos por vía de ordenanza.

Debe señalarse que la doctrina comparada ha reconocido abiertamente la inconstitucionalidad de aquellas disposiciones que imponen un gravámen en el derecho de propiedad, que supera la noción de limitación o que lo agrede en su núcleo esencial de tal forma que lo priva de utilidad para su detentador. En Italia surgió toda una discusión a nivel jurisprudencial y doctrinal en relación a la constitucionalidad de los llamados “*vínculos de inedificabilidad sin indemnización*” consagrados, entre otros, en la Ley Urbanística de 1.942. El artículo 7 de dicho texto legal establecía áreas en las cuales se prohibía cualquier actividad edificatoria, de manera indefinida y sin transferencia o expropiación. A su vez, el artículo 40 excluía expresamente la indemnización a los propietarios por la imposición de tales vínculos de inedificabilidad. La Corte Constitucional, mediante sentencia número 55 de 29 de mayo de 1.968, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 7 y 40 por contradecir el artículo 42 de la Constitución que consagra la facultad de expropiación por motivos de interés general. La Corte consideró que la prohibición indefinida de edificar suponía una agresión y escisión profunda en la facultad de utilización que corresponde al propietario, más allá de sus límites naturales, todo ello, además, sin la previsión de indemnización.

En Francia, aún cuando no existe un sistema de control constitucional, la doctrina y la jurisprudencia han establecido a propósito de la larga y profunda discusión relativa a la responsabilidad del Estado por acto legislativo, los límites que corresponden a las imposiciones que pueden establecerse a la propiedad y a los derechos en general. Las soluciones en materia urbanística, que en determinado momento se redujeron a la consagratoria de la no indemnizabilidad de las servidumbres y limitaciones a la propiedad urbana establecidas desde el año 1.935 para la Región de París y luego de 1.943 para el resto del territorio, se vieron obligadas a acoger la situación real de una fuerte desigualdad para grupos de propietarios víctimas de fuertes y cuantiosas limitaciones para edificar, y la de otros propietarios beneficiados por las ligeras cargas resultantes del planeamiento. En la búsqueda de una situación igualitaria, la Ley de 31 de diciembre de 1975 consagró la figura del *plafond legal de densité*, destinado a dividir y distribuir el derecho a edificar entre el propietario y la colectividad. Con esta solución el particular conserva dentro de su patrimonio el derecho a edificar pero

circunscrito a ese límite o plafond. Si el propietario pretende construir más allá de dicho límite, en función del aprovechamiento que el respectivo Plan de Ocupación del Suelo le reconoce, debe pagar su valor al Municipio.⁴

Los dos ejemplos citados persiguen destacar que, tanto en los sistemas que poseen un control constitucional, como en aquellos que no lo poseen, existe un reconocimiento de las posibilidades discriminatorias que pueden derivar del planeamiento urbano y de la asignación de usos y, en ambos sistemas también, la vía para delimitar las facultades legislativas de modelación del contenido del derecho de propiedad ha consistido en la adecuación de tales disposiciones legislativas limitadoras, al respeto de los principios generales del derecho y a la necesaria consagración del derecho a una justa indemnización a favor de los propietarios afectados. En el caso en análisis, no se trata tan sólo de un restricción o limitación que resulta insoportable para los propietarios del Nuevo Circo de Caracas sino, fundamentalmente, que tal limitación nace de la ruptura del principio de razonabilidad que la norma debió mantener como unidad de interpretación y de intención en todos sus literales, unidad que se rompe, como se vió , al contrastar el literal “a” con los literales “b” y “c”, tornándose el artículo 23 contradictorio y transgresor del principio de igualdad de los particulares ante las cargas públicas, así como del principio de legalidad que exige la posibilidad de vinculación e interrelación no contradictoria de las normas en sus diversas jerarquías y fuentes. Por tanto, a la luz de los principios expuestos, las restricciones impuestas por los literales “b” y “c” del artículo 23 resultan inconstitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- 1.- La tesis de la conversión del derecho expropiado en su equivalente económico como técnica indemnizatoria ha sido desarrollada por la doctrina italiana y por un sector de la española. Al respecto puede consultarse: RENATO, Alessi; **Instituciones de Derecho Administrativo** (1.970), Barcelona, tomo II, pp. 494-495; PAREJO ALFONSO, Luciano; **Derecho Urbanístico. Instituciones básicas** (1.986), Madrid, pp. 115-116.
- 2.- Respecto a la indemnizabilidad de las limitaciones desnaturalizadas que encubren un supuesto ablatorio, o desnaturalizadoras del derecho de propiedad, puede verse: TURUHPIAL CARIELLO, Héctor; **La Responsabilidad Extracontractual del Estado por actuaciones conforme a la Ley** (1.995); Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp 197-204.
- 3.- La Corte Suprema de Justicia ha ratificado el criterio de la indemnizabilidad de toda agresión al núcleo esencial del derecho de propiedad, en la sentencia Terra Cardon C.A. dictada en Sala Político Administrativa en fecha 24 de enero de 1.994, en la cual estableció que las limitaciones desnaturalizadoras del derecho de propiedad, configuran una categoría de la responsabilidad patrimonial del estado por actuaciones conforme a la ley, que se erige sobre los artículos 46 y 206 de la Constitución, concatenadamente con la garantía patrimonial del derecho de propiedad consagrada en el artículo 99 y ratificada luego por el artículo 63 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio. Al respecto, puede verse: TURUHPIAL CARIELLO, Héctor; ob. cit. pp 203-204.
- 4.- Respecto al régimen urbanístico francés, puede consultarse: VIDAL, Ana Irene; Las contribuciones urbanísticas en el ordenamiento jurídico francés; En Revista de Derecho Urbanístico, Editorial Urbanitas, n° 2, p. 87.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CSJ-SPA:	Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa.
CPCA:	Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.
DIM MB:	Dirección de Ingeniería Municipal. Municipio Baruta del Estado Miranda.
DIM MAS:	Dirección de Ingeniería Municipal. Municipio Autónomo Sucre del Estado Miranda.
JS.1º CCA:	Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.
JS.2º CCA:	Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.
JS.3º CCA:	Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.
JS.4º CCA:	Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.
CN:	Constitución Nacional.
LOPA:	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
LOOT:	Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.
LOOU:	Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.
LORM:	Ley Orgánica de Régimen Municipal.