

Universidad de Cienfuegos " Carlos Rafael Rodríguez "
Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.
Departamento de Derecho.

*Tesina para optar por el título de
Licenciado en Derecho*

TEMA: *Facultad Reglada y Discrecional de la
Administración Pública.*

TITULO: *Materialización de la Facultad Reglada y
Discrecional de la Administración Pública, en el
proceso de Adjudicación Testamentaria, cuando se
trata de grandes inmuebles, de utilidad pública,
necesidad social u otro uso más justo y razonable, en
beneficio de la Comunidad.*

ESPECIALIDAD: *Derecho Administrativo y de Sucesiones.*

AUTORA: *Dailin Enrique Flores.*

TUTORA: *Lic. Ana Lúbia Manzano Borrell.*

CONSULTANTES: *Lic. Tatiana Rodríguez*

ANO 2010

INDICE

	CONTENIDO	Páginas
Introducción		1
EPIGRAFE I: Facultad Reglada y Discrecional de la Administración Pública.		4
1.1 Facultad Reglada, de la Administración Pública. Valoraciones Teóricas		4
1.2 Facultad Discrecional, de la Administración Pública. Aspectos de Interés.		5
EPIGRAFE II: Adjudicación Testamentaria, como forma de adquirir la propiedad. Pronunciamiento con respecto a la adquisición de grandes inmuebles.		9
2.1 El testamento como forma de adquirir la propiedad. Procedimiento para adquirir la herencia		9
2.2 Valoraciones teóricas, acerca del gran inmueble, su utilidad pública o necesidad social y su uso más justo y razonable, en beneficio de la comunidad		11
2.3 Aplicación práctica, de las facultades de la administración, al decidir sobre los inmuebles, en virtud de la solicitud de la Dirección Municipal de la Vivienda.		13
Conclusiones		19
Recomendaciones		20
Bibliografía		21
Anexo		

RESUMEN

El presente trabajo titulado "*Materialización de la Facultad Reglada y Discrecional de la Administración Pública, en el proceso de Adjudicación Testamentaria, cuando se trata de grandes inmuebles, de utilidad pública, necesidad social u otro uso más justo y razonable, en beneficio de la Comunidad*", aborda la problemática prevista en el proceso de adjudicación de viviendas, siempre que se trate de: **herederos testamentarios o legatarios**, que ocupan el inmueble al momento del fallecimiento del causante, así como **herederos o legatarios**, que al mismo tiempo no fueran de los llamados por Ley, para la herencia intestada y haya quedado ocupado el inmueble, por ellos, al momento del fallecimiento; de ahí la importancia que reviste la valoración del Tema, si se tiene en cuenta que la Dirección Municipal de la Vivienda, es competente para conocer y resolver del asunto, pero la complicación se da cuando el inmueble no es de los que se ajusta a lo legalmente previsto, sino que trata por sus características técnico-constructivas, de inmuebles que pueden servir a la Comunidad, debiendo esta informar al Consejo de Administración, al respecto, para que en uso de su facultad reglada y discrecional, a favor del Estado, adquiera para sí el inmueble. Tal procedimiento puede constituir un incumplimiento a la voluntad del testador, ya que se evita en tal caso, que la vivienda pase a manos del instituido, constituyendo para este último, también, una limitante pues no se le adjudica dicho inmueble, si no procede. Estructurado en Introducción, Desarrollo, compuesto por dos EPIGRAFES, Conclusiones y Recomendaciones.

INTRODUCCIÓN

La Administración debe actuar sujetándose plenamente a la Ley y ejercer la llamada potestad reglada, esto es, cuidar que su obra sea la más ajustada aplicación de la legalidad escrita, sobre la base de que el ordenamiento jurídico prevé en todos sus aspectos la actividad de la administración, la que de funcionar normalmente hace que quien entra en contacto con ella conoce de antemano la resolución que recaerá, puesto que bastara subsumir el hecho a la norma aplicable.¹

Al ampliarse el campo de acción de las funciones administrativas, se confrontaron a su vez problemas y situaciones que requerían de soluciones inmediatas. Siendo necesario otorgarle a los administradores mayor independencia, frente a la esfera normativa, surgiendo así lo que se denominó: “Potestad Discrecional”.²

La Administración Pública, debe tener dentro del marco de la ley un campo de actuación libre, que permita desarrollar sus actividades y alcanzar los fines del Estado, debe ser capaz de poder escoger de entre varias formas posibles de comportamiento sin que alguna de esas formas tenga preferencia sobre las demás, debe optar por aquella solución que sea de mayor beneficio a la comunidad, pero tiene también un marco de actuación reglada, donde deberá ajustarse sólo a lo establecido en la Ley al momento de la toma de decisiones. Así ocurre en caso de estar en presencia de un gran inmueble, pues si el Consejo de la Administración Municipal estima que el inmueble es de interés estatal, puede ofrecer otra vivienda al núcleo familiar del heredero testamentario o legatario, y entregarle dicho inmueble al Estado por razones de interés público y es importante señalar que no puede esta adquirir el inmueble, evitando que se le adjudique el heredero, sin señalar expresamente el uso social que se le dará al mismo. Cuando la Administración hace uso de alguna de sus facultades en tal caso, se está limitando la voluntad del propietario del inmueble, puesto que se le niega que este quede en la familia o que pase a la propiedad de la persona que él haya escogido.

¹ López Paneque, Marianela. El control judicial en el ámbito de la Facultad Discrecional de la Administración Pública en Cuba. Tomado de: Moodle.uho.edu.cu/Discrecional/La Potestad-Discrecional.doc. 11 de mayo de 2010.

² Ibídem, p.4.

El **Tema** de esta investigación es: La Facultad Discrecional y Reglada de la Administración Pública.

El **Título** es: “Materialización de la Facultad Reglada y Discrecional de la Administración Pública en el proceso de adjudicación testamentaria, cuando se trata de grandes inmuebles, de utilidad pública o necesidad social u otro uso más justo y razonable, en beneficio de la Comunidad”.

El **Objeto** es: Valorar la influencia que tiene el principio de Autonomía de la Voluntad del propietario en la Facultad Discrecional y Reglada de la Administración Pública, en el proceso de adjudicación testamentaria.

Problema Científico: ¿Qué efectos traería la eliminación de las facultades Discrecional y Reglada de la Administración Pública en cuanto a la decisión de un gran inmueble para cumplir el principio de Autonomía de la voluntad que rige en nuestro Derecho sucesorio?

Hipótesis: La eliminación de las facultades Discrecionales y Regladas de la Administración Pública contribuiría a que se cumpliera el principio de autonomía de la voluntad del propietario.

Para dar solución a esta problemática se plantearon los siguientes objetivos:

Objetivo general: Proponer que se eliminen las facultades Discrecional y Reglada de la Administración Pública en el proceso de Adjudicación Testamentaria ante la presencia de un gran inmueble de utilidad pública, necesidad social u otro uso más justo y razonable en beneficio de la Comunidad.

Objetivos específicos:

- Definir las categorías: gran inmueble de utilidad pública o interés social e inmueble de uso justo y razonable.
- Demostrar que el uso de estas facultades de la Administración Pública contribuyen a que no siempre se cumpla la autonomía de la voluntad del propietario del inmueble considerado gran inmueble o de un uso razonable y justo.
- Fundamentar las consecuencias que provoca el uso de estas facultades de la administración en la sociedad.

Métodos y Técnicas de investigación empleados:

Teórico Jurídico:

- **Análisis de bibliografía:** Conocer diferentes criterios con respecto a las Potestades Discrecional y Reglada de la Administración, en el ejercicio de la toma de decisión con respecto a la consideración de un gran inmueble, por Adjudicación testamentaria y sus fundamentaciones.
- **Exegético analítico:** Análisis de la regulación en nuestra legislación sustantiva y procesal de las potestades de la Administración y todo lo referente a la consideración de un gran inmueble, por Adjudicación testamentaria.
- **Histórico Lógico:** El uso de estos métodos posibilitaron al autor hacer un recorrido por los antecedentes cronológicos, hasta llegar a la situación actual del objeto de estudio y poder analizar, y sintetizar, utilizando procesos, sentencias, libros, artículos, y bibliografías relacionadas con este tema.

Empírico:

- **Estudio de la documentación:** Sin el estudio de las fuentes documentales hubiera sido imposible esta investigación, sus resultados permitieron la construcción teórica, la fundamentación del problema y la elaboración de la solución propuesta.

EPIGRAFE I. “Facultad Reglada y Discrecional de la Administración Pública”.

1.1. “Facultad Reglada, de la Administración Pública. Valoraciones Teóricas”.

Con el desarrollo del Estado burgués se producen las primeras manifestaciones de sus crisis económicas con sus efectos sociales y políticos, lo que a partir de la década del sesenta del pasado siglo, da paso a una tendencia de intervencionismo estatal en la vida social, imponiendo la burguesía una nueva concepción del Servicio Público, que llegó a concebirse como justificación de la propia existencia del Estado.³

También desde los inicios del pasado siglo la legitimidad del acto administrativo y la necesidad de defensa de los derechos subjetivos reconocidos por la Administración a los particulares, frente a la arbitrariedad de la propia administración por violación o abuso de poder, mantuvo la necesidad del carácter reglado de la actividad de aquella.⁴

Las actividades regladas de la Administración comportan el cumplimiento automático, por parte de aquella, de las condiciones impuestas por la norma jurídica administrativa vigente. El ejercicio de las Potestades Regladas, reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente.⁵

De esta manera se realiza un proceso aplicativo de la Ley que no permite ningún juicio subjetivo, siendo la decisión obligatoria, y cuyo contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, debiendo limitarse a lo que la propia Ley ha estipulado sobre determinado aspecto de forma precisa y completa.⁶

En uso de la facultad reglada de la administración no puede excederse de lo que está establecido en la Ley, esta es una atribución reconocida al gobierno de Estado y a la administración para poner en vigor disposiciones reglamentarias de carácter general y abstracto. Su función principal es la aplicación de la Ley.⁷

³ *Ibidem*, p.4.

⁴ *Ibidem*, p.4.

⁵ *Ibidem*, p.5.

⁶ *Ibidem*, p.5.

⁷ Colectivo de autores. *Temas de Derecho Administrativo Cubano Tomo I*. Editorial Félix Varela. La Habana, 2004. p235.

1.2. “Facultad Discrecional, de la Administración Pública. Aspectos de Interés”.

La denominada Potestad Discrecional que no es más que la posibilidad que tiene la Administración de una mayor independencia frente a la esfera normativa que le permita decidir eligiendo entre varias formas posibles de comportamiento dentro de los límites jurídicos establecidos en la norma, sin que algunas de esas formas tengan preferencia sobre las demás. Las normas son discrecionales cuando no establecen cuándo deben ejercitarse, cómo deben ejecutarse y en qué sentido se deben ejercitar, a los efectos de procurar una mayor eficacia administrativa, no tienen que estar las tres condiciones, basta con una sola de éstas, o sea si una norma, le da margen a la Administración para actuar, basándose en juicios, iniciativas o medios propios, se dice que es discrecional, ocurre la imbricación de aspectos de la Ley, con el conocimiento o experiencia del funcionario administrativo en determinada actividad, surgiendo la llamada Potestad Discrecional, cuyos fines han de estar en los enunciados de la norma, que a su vez estarán en concordancia con los fines de la Administración Pública.⁸

La discrecionalidad no puede ser una potestad ilimitada de la Administración Pública, apareciendo el Estado de Derecho que controlará cualquier posibilidad de la existencia de un acto caprichoso nacido con el pretexto del ejercicio de una facultad discrecional. Dicho Estado de derecho se valdrá de la Vía administrativa y Judicial para que dicho acto administrativo discrecional se sujete a los límites que la ley y la doctrina dominante toman como necesarios, para que el acto administrativo discrecional se desenvuelva dentro de un contexto de juridicidad.⁹

Dentro de los límites que nos señala un Estado de Derecho podemos establecer la misma ley, ya que ella establecerá los lineamientos a los que se ha de sujetar la autoridad. En relación a esto, hay que recordar que si bien el ejercicio de la actividad discrecional se desarrolla apoyándose en criterios de carácter no legislativo, tampoco hay que dejar de reconocer que el punto del que parte todo acto de autoridad es la misma ley.¹⁰

⁸González Dalmau, Ángel. El Estado y la Administración. Tomado de: ict.udq.co.cu/ El Estado y la Administración. 11 de mayo de 2010.

⁹ Ibidem, p.10

¹⁰ Ibidem, p.11

Un límite también importante es la satisfacción de la mejor manera del interés público, ya que éste es un límite infranqueable al cuál debe sujetarse el acto administrativo discrecional como un tipo de acto administrativo de los que contempla el ejercicio de la administración pública.¹¹

Otro límite es por tanto la finalidad a que debe responder la emisión del acto, ya que como bien se ha dicho, no existe la facultad discrecional en cuanto a la finalidad del acto. Y es que el fin sin lugar a dudas será siempre de carácter reglado, dándonos cuenta que el fin necesariamente estará expresamente o implícitamente señalado en la ley, pero que en el último caso el fin de la actividad administrativa se conducirá hacia el bien común.¹²

En nuestro ordenamiento jurídico positivo, la Potestad Discrecional aparece recogida en distintas normas, y no en una en particular, como la posibilidad de la Administración Pública, de acceder o no a pretensiones de los administrados, sin tener que observar exacta e ineludiblemente determinados parámetros o reglas, dejando margen natural en la gestión y decisión de la Administración a su arbitrio. Ello en la realidad práctica se traduce en que los administrados pueden tener algunos elementos que en el orden subjetivo hagan razonable y justo un pronunciamiento administrativo acorde a su pretensión de que se le reconozca un derecho, para el cuál no reúnen todos los presupuestos o requisitos que taxativamente exige la norma, la que deja a la Administración, la cobertura de poder acceder a ese derecho que se nos presenta imperfecto o incompleto, convalidando o supliendo en definitiva la ausencia parcial o total de alguno de los aludidos requisitos. Así, por ejemplo tenemos los supuestos que recoge el artículo ochenta y uno de la vigente Ley General de la Vivienda, donde se faculta a la Administración, para que discrecionalmente pueda suplir el incumplimiento de los requisitos que para la transferencia de la propiedad de una vivienda en caso de fallecimiento de su titular del dominio o de su abandono definitivo del territorio nacional, se exigen al ocupante o conviviente, que se hallaba en el inmueble con la anuencia del propietario al sobrevenir cualquiera de las referidas situaciones. Tales requisitos están referidos esencialmente al grado de parentesco entre el titular preterido y el conviviente, y el término o tiempo de convivencia u ocupación permanente e ininterrumpida del inmueble en cuestión. En este precepto queda

¹¹ *Ibíd.*, p.11.

¹² *Ibíd.*, p.11.

claramente regulada la Potestad Discrecional de la Administración Pública, sin embargo existen otras actuaciones donde se manifiesta una decisión discrecional e incuestionable de la Administración Pública, que no tiene una regulación tan diáfana en el ordenamiento positivo.¹³

Se debe destacar también como es el caso que nos ocupa que en el artículo 47 párrafo primero de la Resolución 14 del 2006 se dispone que cuando se trata de grandes inmuebles u otros que puedan servir de utilidad pública o interés social, u otro uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad, y el heredero o legatario no fuera al mismo tiempo de los llamados por la Ley para la herencia intestada, el Estado puede asignar en propiedad otra vivienda del fondo estatal al beneficiario, según la composición del núcleo familiar y adquirir para sí el inmueble.

Ha de estimarse en nuestro criterio, que la Administración Pública, en su actividad gubernativa, más incluso que los Tribunales, deberán dar respuesta y solución a los reclamos de los administrados, aún frente a lagunas u omisiones, y en tal dirección, no reglada una decisión, el órgano administrativo requerido de actuación estaría en cierto modo actuando discrecionalmente, con margen de arbitrio, más en este supuesto, es y siempre sería factible, no limitar el control judicial u administrativo de tales decisiones, dada su mayor proclividad que otras a apartarse de la más estricta legalidad.¹⁴

La discrecionalidad es esencialmente la libertad de opción entre alternativas igualmente justas no incluidas en el texto legal, librada a la decisión de juicios subjetivos de la administración.¹⁵

La discrecionalidad tiene sus fuentes en la Ley, bien sea de forma expresa que ordena valorar la oportunidad y conveniencia de una decisión administrativa, o si el mandato es elástico deberá ser precisado por la administración, y esos grados de discrecionalidad están además limitados por la jerarquía de la

¹³ Concepción Toledo, Iliana de la Caridad. Actos Discrecionales de la Administración Pública. Tomado de: <http://html.rincondelvago.com/actos-administrativos-discrecionales.html>. 21 de mayo de 2010.

¹⁴ *Ibidem*, p11.

¹⁵ Colectivo de autores. Temas de Derecho Administrativo Cubano Tomo I. Editorial Félix Varela. La Habana, 2004. p235.

actividad titular y en razón de la materia que se trate la respectiva competencia.¹⁶

Requisitos de la potestad discrecional:¹⁷

- a) Ser condición de la ejecución da la Ley.
- b) Que el fin objeto de la decisión esté claro en la legislación.
- c) Que el fin objeto condicione la motivación.
- d) Que la facultad discrecional sea autorizada concretamente por la Ley.
- e) Que el acto se ajuste a las formas legales para el mismo. El acto no es lo mismo que la facultad discrecional.
- f) La facultad discrecional no puede violar la prohibición de la Ley.
- g) La discrecionalidad tiene que ser concreta.
- h) La facultad lleva todos los atributos, extensión, contenido y límites que tenga la administración.
- i) Que sea con fines administrativos, pues puede darse con fines distintos.
- j) no se debe identificar la facultad discrecional con el acto administrativo y menos con la facultad dispositiva.

¹⁶ Concepción Toledo, Iliana de la Caridad. Actos Discrecionales de la Administración Pública. Tomado de: [http:// html.rincondelvago.com/actos-administrativos-discrecionales.html](http://html.rincondelvago.com/actos-administrativos-discrecionales.html). 21 de mayo de 2010.

¹⁷ Colectivo de autores. Temas de Derecho Administrativo Cubano Tomo I. Editorial Félix Varela. La Habana, 2004. p240.

EPIGRAFE II. “Adjudicación Testamentaria, como forma de adquirir la propiedad. Pronunciamiento con respecto a la adquisición de grandes inmuebles”.

2.1. “El testamento como forma de adquirir la propiedad”. “Procedimiento para adquirir la herencia”

El testamento es el acto jurídico que puede ser considerado negocio jurídico, en virtud del cual una persona dispone en vida de su patrimonio y de ciertos derechos no patrimoniales estableciendo para ambos lo que habrá de efectuarse después de su muerte (art.476 C.C.) Puede disponer de todo o de una parte de su patrimonio.

El testamento en la producción de efectos jurídicos conlleva a la exclusión de herederos abintestato y que el heredero por él designado sea llamado con prioridad a la herencia. Encaja plenamente en la definición de acto jurídico (art.49.1 C.C.) ya que la relación jurídica de sucesión implica la transmisión del patrimonio de una persona por el hecho de su muerte a otra. (art.46.4 C.C.)

Elementos que deben tenerse en cuenta al otorgarse el testamento:

- a) Se debe proceder a la identificación del testador por el notario a través del C.I. según lo establece el art.27 Ley 50/84 excepto que sea necesaria la presencia de testigos de conocimiento para emitir juicio de conocimiento.
- b) Manifestación de voluntad del testador que se redacta por el notario y no de forma mecánica (art.484.2 C.C. en relación al art.42 Reglamento)
- c) Juicio Notarial de capacidad del testador (art.484.3 C.C. en relación al art.54 Reglamento)

El testador manifestará su voluntad de forma verbal o escrita y el notario con arreglo a esta declaración, redactará el testamento, con expresión del lugar, fecha y hora de su otorgamiento. Posteriormente lo leerá en alta voz procediéndose a la firma conjunta del notario y los testigos bajo la dación de fe del notario, de haberse cumplido con todas las formalidades exigidas por la Ley.¹⁸

El testador puede redactar un testamento, como es su derecho, en beneficio de cualquier persona, sólo no debe excluir del mismo a los herederos especialmente protegidos, pues entonces la Ley interviene a reclamar el

¹⁸ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 59/87: Código Civil.- La Habana, 1987.

derecho de éstos. Son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependen económicamente del causante, los siguientes: (art.493.1 CC.)

- a) los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquellos
- b) el cónyuge sobreviviente
- c) los ascendientes

Si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales. (art.493.2 CC.)

Los herederos especialmente protegidos constituyen un límite a la libertad de testar, aunque eliminan la intangibilidad de la sucesión legítima haciendo posible que con mayor facilidad se trasmitan los bienes que integran la propiedad personal.¹⁹

Por otra parte el art.480.1 del CC dispone que puede ser instituida heredera cualquier persona natural o jurídica, salvo las excepciones previstas en el apartado 2 del propio artículo, los herederos adquieren la herencia desde la muerte del causante (art. 522 CC).

En este sentido debe aclararse que los herederos llamados por la Ley para la herencia intestada son los hijos, y demás descendientes, los padres, el cónyuge, los demás descendientes, y los hermanos y sobrinos; o sean parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, otros ascendientes y descendientes y el cónyuge, según dispone el artículo 510 del Código Civil vigente. Entre ellos se distribuye la herencia conforme a la legislación sucesoria común (art. 514-521CC). Estos acuden a la herencia cuando el testador muere sin haber otorgado testamento (herencia intestada).

El tema que nos ocupa nos conlleva solamente a la valoración de adjudicación de viviendas por fallecimiento, modificando el decreto-ley 233 de 2003, los Art. 76-78, que tratan del derecho que tiene el propietario de testar, a favor del heredero o legatario.

¹⁹ Cuba. Instituto Nacional de la Vivienda. Resolución 14/06: Reglamento Complementario a la Ley General de la vivienda.- La Habana, 2006.-22p art. 48

2.2. “Valoraciones teóricas, acerca del gran inmueble, su utilidad pública o necesidad social y su uso más justo y razonable, en beneficio de la comunidad”.

Para lograr una mejor comprensión del trabajo, considero necesario abordar categorías jurídicas. Que no porque sean conocidas, dejan de ofrecer sus dudas al momento de aplicarlas y apreciarlas en la práctica, lo que referimos paulatinamente.

Los bienes se pueden dividir, entre otras categorías en muebles e inmuebles, por lo que el tema que nos ocupa se adentra específicamente al bien inmueble. Por **grandes inmuebles** se entiende aquellas residencias y apartamentos, que por sus grandes dimensiones aconsejan un uso público o la adaptación para varias viviendas.²⁰

De igual forma sucede cuando se puede considerar de **utilidad pública o necesidad social**, por ello estos términos entrañan un interés colectivo de toda la sociedad, al extremo de que por estas causales puede llegar a expropiarse el bien en caso de que el propietario se negare a entregar la vivienda a cambio de otra para tal fin, en caso que así proceda. Esto quiere decir que la aplicación en base a este fundamento, tiene que ser expreso, es decir, decidido el fin que específicamente se le va a dar al bien.²¹

El uso más justo y razonable, queda debidamente estipulado en la Resolución 14/06, al referir que se materializa siempre y cuando se le de un destino al bien en beneficio de la comunidad, incluyendo todo destino coherente con las necesidades sociales y los servicios de esta, constituyendo decisiones de esencia popular y comunitaria.

Los inmuebles pueden tener sus orígenes como resultado de de un inversión estatal o por esfuerzo propio, en ninguno de estos casos se debe exceder de los 90m² de superficie útil, como máximo para un núcleo comprendido de hasta 6 personas. Es importante destacar que en la resolución 11/06 se establece como superficie útil mínima la de 25m² y máxima hasta 90m², pero cuando se trata de viviendas dúplex: se le agrega 6m²de área de escalera, que por ende

²⁰ Ibídem, art.48

²¹Cuba. Instituto Nacional de la Vivienda. Circular 6/86: Sobre los conceptos de utilidad pública, necesidad social y necesidad oficial contenidos en la disposición especial novena y el artículo 71 de la ley general de la vivienda.- La Habana, 1986.

va por dentro, más puede tener 15 m² de garaje, de ser requerido, más el 20% de la superficie útil que comprenderá terraza y/o portal o viceversa, por lo que se deduce que tomado como máximo los 90m² más lo previsto en el mismo resuelvo previsto a las adiciones, puede llegar a 129.0m² en dimensión adecuada.

Por lo que para considerar que se está en presencia de un gran inmueble hay que considerar:

-Ubicación geográfica

-Condiciones técnico-constructivas.

-dimensiones legales, en cuanto a la superficie útil principalmente, pues toca como mínimo de 15 a 16 m² por persona, en cuanto a cantidad de dormitorios, por lo que frecuente son las viviendas de 3 dormitorios.

Existen casos en los que se requiere que la vivienda tenga una superficie total de 90m², como las autofinanciadas del MININT, por lo que legalmente se construye por inversión estatal hasta 90m² y hasta 90m² por esfuerzo propio con Licencia Progresiva Excepcional, es por ello que es importante aludir que existen 4 tipos de viviendas autofinanciadas con el tratamiento antes explicado, las ya mencionadas del MININT, MINFAR, INRE y Médicos de Salud construida por el MICONS.

Por lo que un inmueble normal, adecuado, por habitación, es aquel que tiene portal, sala, saleta, cocina, comedor, baño, 3 dormitorios y terraza y sin embargo es un gran inmueble si se excede de lo anterior y tiene 2 ó 3 baños, salón de estudio, biblioteca, terraza, patio interior y cuarto de desahogo.

Por lo antes explicado la decisión de realizar la facultad Discrecional o Reglada del Consejo de Administración Municipal, no está determinada por la cantidad de habitaciones que pudiera tener el inmueble, sino por las condiciones técnicas-constructivas, asentamiento poblacional, abastecimiento de agua potable, vía de acceso, ubicación geográfica, ecológica, que genere utilidad pública o necesidad social, propiciada de tal forma en uso justo y razonable para la comunidad, no para un beneficio unilateral o bilateral, sino colectivo.

2.3. “Aplicación práctica, de las facultades de la administración, al decidir sobre los inmuebles, en virtud de la solicitud de la Dirección Municipal de la Vivienda”.

La Constitución de la República de Cuba reconoce el derecho a la herencia sobre la vivienda de dominio propio. El Código Civil cubano, en su Artículo 8 en relación con la Disposición Final Primera, posibilita su aplicación con carácter supletorio en materia de régimen sucesorio en cuanto a aquellas relaciones jurídicas que tengan por objeto la vivienda, las cuales se regirán por las normas especiales vigentes al efecto, disposiciones éstas contenidas en la Ley General de la Vivienda (LGV), fundamentalmente en sus artículos 75, 78, 77, 78, 79 y 83.

En cuanto a la transmisión de los derechos sobre la vivienda en casos de fallecimiento de su propietario la normativa especial es esencialmente sui generis. Aún cuando adolece de todo tipo de denominaciones respecto a instituciones básicas que refiere, es categórica en las soluciones legales que ofrece para el traspaso por causa de herencia.²²

En tal sentido el Instituto Nacional de la Vivienda sólo se limitó a dictar la Resolución 11/06 para definir los requisitos técnico-constructivos de habitabilidad necesarios para considerar una vivienda como adecuada, precisando para ello la necesidad de ocupar una superficie útil mayor de 25 metros cuadrados, que la composición mínima de estas viviendas sea de un local habitable donde pudieran realizarse las funciones de desayunar, comer y dormir con dos locales auxiliares para servicio sanitario y cocina con ventilación e iluminación propia y entrada independiente.

En materia de sucesión testamentaria de viviendas el artículo 76 de la Ley General de la Vivienda permite a su titular testar sobre ella, pero establece grandes limitaciones para que el instituido heredero pueda adjudicársela. Entre las exigencias está como es lógico que no se encuentre entre las causales de incapacidad que en materia sucesoria recoge nuestro Código Civil.

Ahora bien en los antes citados casos el heredero testamentario podrá adjudicarse solamente si ocupa al fallecimiento del causante o si la vivienda quedara desocupada al ocurrir el deceso, debiendo la Dirección Municipal de la

²² Rodríguez Montero, Gustavo Enrique. El Régimen Jurídico de la vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba. Tomado de: <http://www.eumed.net/eve/preguntas.htm>. 21 de mayo de 2010.

Vivienda acreditar documentalmente la inexistencia de convivientes, lo cual quizás sea solo un poco engorroso siempre que el heredero o legatario fuera al mismo tiempo de los llamados por la Ley para la herencia intestada.²³

En caso contrario, vienen obligados los herederos testamentarios a solicitar del órgano administrativo el correspondiente criterio favorable para proceder a la adjudicación del bien inmueble en cuestión, tanto en los casos que ocupen la vivienda al momento del fallecimiento como en aquellos casos que está libre de ocupantes. Ante tales situaciones las Direcciones Municipales de la Vivienda, realizarán cuantas diligencias investigativas considere necesarias para esclarecer cualquier ilegalidad sobre el asunto.²⁴

El principio de autonomía de la voluntad, como principio del Derecho, está basado en la libre manifestación de la voluntad sin intervención legal, solo con necesarias intromisiones legales atendiendo al destino socioeconómico que está destinada a cumplir la propiedad en el socialismo. Según Pérez Gallardo “la autonomía de la voluntad corresponde a un supuesto jurídico – normativo, en el que la decisión humana, puede libremente, sin ningún tipo de condicionamiento, –salvo limitaciones legales–, determinar la creación de un negocio jurídico con capacidad y sin dependencia, cualquiera sea su naturaleza”.²⁵

Se refiere entonces que el artículo 76 de la Ley General de la Vivienda constituye una limitante no solo a la libertad del testador de poder disponer libremente de su patrimonio a favor de otra persona para después de su muerte sino que también constituye una limitante para el instituido al momento de la adjudicación, pues se le puede negar el derecho a recibir la herencia.

Mayor restricción de tal principio significa la otra limitación que existe a seguidas con respecto a la valoración de los inmuebles de grandes proporciones en que dichas Direcciones Municipales entonces someterán el asunto a la consideración de los Consejos de Administración Municipales del Poder Popular, en cuyos casos podrán demostrar su interés si se trata de una necesidad social. Previamente en el Expediente gubernativo debió demostrarse que dichos inmuebles pueden servir de utilidad pública o interés social, u otro

²³ La adquisición de viviendas propiedad personal por transmisión hereditaria. Tomado de: <http://www.derechoecuador.com/index>, 21 de mayo de 2010, p. 2.

²⁴ Ibidem, p.2

²⁵ Ibidem, p.2

uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad. En estos casos el Estado puede asignar en propiedad otra vivienda del fondo estatal al beneficiario, atendiendo a la composición del núcleo familiar, disponiendo el pago de la diferencia de precios a los herederos o legatarios. En caso contrario no se les exigirá a estos el pago de la diferencia a favor del Estado. Así lo establece el Art. 71 de la Ley General de la Vivienda.

La Instrucción 2/90 sobre las Reglas para la aplicación del artículo 71 de la ley General de la Vivienda, dispone que el que reciba por asignación estatal una vivienda en propiedad, transferirá al Estado la propiedad de lo que hasta ese momento haya estado ocupando, y se le acreditará el precio legal o la parte de este, en su caso, hasta el límite del valor de la vivienda que adquiera, asumiendo el saldo resultante, para lo cual la dirección municipal de la vivienda actuará como sigue:

El precio legal de ambas viviendas se determinará de acuerdo al Sistema de precio por metros cuadrados de superficie útil, según las reglas que establece el Artículo 42, inciso b), de la Ley General de la vivienda.

- Si el precio de la vivienda entregada es igual o superior al de la vivienda asignada, se dictará resolución transfiriendo la propiedad de la vivienda a favor del interesado, que será considerada Título de Propiedad y deberá contener todos los elementos necesarios a tal fin, incluida la descripción adecuada de la vivienda, sin que proceda la devolución del importe de la diferencia de precios, en su caso.

- Si el precio de la vivienda entregada fuere menor al de la asignada al interesado la dirección municipal de la vivienda dictará resolución fijando el saldo del precio a pagar y las mensualidades, sin incluir los intereses bancarios, a fin de que mediante contrato de compraventa con la agencia de población correspondiente del Banco Popular de Ahorro, se realice la transferencia de la propiedad.

Cuando se tratare de cambios por razones de utilidad pública o interés social producidos con posterioridad al 1ro de enero/85, será de aplicación lo establecido en la Disposición Especial Cuarta de la Ley, la que dispone que *“En los casos que, por razones de utilidad pública o interés social, el Estado en aras del desarrollo general del país, debe adquirir o expropiar una vivienda de propiedad personal de ocupación permanente, se compensará al propietario con otra adecuada, en lo posible, a las dimensiones de la vivienda afectada, de*

acuerdo a las características técnico-constructivas y ubicación de las viviendas que disponga el Estado para estos casos, sin exigirle el pago de la diferencia de precios caso de existir ésta a favor del Estado; a no ser que el propietario opte por el cobro del precio legal. El Estado podrá acordar otras formas de compensación”.

El ya citado artículo 76 de la Ley dispone que en los casos de que el heredero o legatario de una vivienda, por testamento, pretenda adjudicarse la misma y se trate de grandes inmuebles que puedan servir de utilidad pública o interés social, u otro uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad, y el heredero o legatario no fuera, al mismo tiempo, de los llamados por la Ley para la herencia intestada, del Estado podrá asignar otra vivienda al beneficiario y adquirir para sí el inmueble.

De la letra del artículo se infiere en primer término, que la adjudicación de viviendas por testamento, por aquellas personas que no sean, además de herederos testamentarios, de los llamados por la Ley para la herencia intestada, en el caso de viviendas que puedan ser consideradas grandes inmuebles requiere de la aprobación previa de la Dirección Municipal de la Vivienda (DMV). Así el Notario para realizar la adjudicación de viviendas por testamento, cuando se trate de grandes inmuebles por aquellas personas que no sean además de herederos testamentarios, de los llamados por ley a la herencia intestada, requiere la aprobación previa de la misma.

La Dirección Municipal de la Vivienda, si se trata de un gran inmueble, interesa el parecer del Consejo de la Administración Municipal del Poder Popular, solicitándole que defina, en el término de treinta días hábiles de recibida la solicitud, si es de utilidad pública o interés social, o se le puede dar otro uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad.²⁶

Si el Consejo de la Administración Municipal, del Poder Popular estima que el inmueble es de interés estatal a tenor de lo establecido en el artículo anterior, ofrece una vivienda adecuada al núcleo familiar del heredero testamentario o legatario, y define la causa del interés público, interés social o el uso más justo y razonable para la comunidad; así como el destino del inmueble. En ningún caso puede la administración hacer uso de su facultad discrecional, a favor del

²⁶ *Ibíd*em, art, 48

Estado y adquirir el inmueble, evitando que se le adjudique al heredero, sin señalar expresamente el uso social que recaerá sobre el mismo.²⁷

Si la razón del interés estatal no resulta de ser un gran inmueble la vivienda que se ofrezca debe ser, en lo posible, de similares condiciones a la que tiene derecho por el testamento otorgado a su favor. En todo caso se les deben dar opciones a los herederos testamentarios o legatarios.²⁸

Las Resoluciones de las Direcciones Municipales de la Vivienda, aplicando la decisión adoptada, deben fundamentar las razones de utilidad pública, interés social u otro uso más justo y razonable, indicándose el uso futuro del inmueble y la vivienda que se les asigna en su lugar a las personas con derecho.

En estos casos se notifica al heredero o legatario la decisión y a partir de este acto puede presentarse ante notario público, a los efectos legales que procedan.²⁹

Este aspecto resulta de necesaria observancia también, los casos de aplicación de la Disposición Especial Primera de la Ley, es decir, cuando al aplicar lo dispuesto en los artículos 55, incisos a) y b), 78 y 81, y las Disposiciones Transitorias Octava y Novena de la Ley, las personas reclamantes resultan beneficiadas con la posesión de grandes inmuebles.

Para la solicitud del ejercicio de la facultad discrecional las Direcciones Municipales de la vivienda deben seguir el mismo procedimiento que venían utilizando hasta el presente, o sea, elevarán el expediente contentivo de los documentos y antecedentes, así como el dictamen legal que propone la concesión del derecho de que se trate, debidamente fundado, lo que podrá realizar a través del Vicepresidente del Consejo de la Administración Municipal que atiende la Vivienda.³⁰

Recibida la aprobación del Presidente o el Vicepresidente de la Asamblea Municipal del Poder Popular, la Dirección Municipal de la Vivienda debe dictar la Resolución concediendo el derecho de que se trate. En caso de que no se accediera a la solicitud, la Dirección Municipal de la Vivienda dictará resolución denegando el derecho con los demás pronunciamientos que corresponda. En ningún caso la Dirección Municipal de la Vivienda debe elevar casos en los que

²⁷ *Ibíd*em, art, 49

²⁸ *Ibíd*em, art, 49

²⁹ *Ibíd*em, art, 49

³⁰ Cuba. Instituto Nacional de la Vivienda. Circular 1/93: Sobre el ejercicio de la facultad discrecional atribuido al comité ejecutivo del órgano local del poder popular por imperio de la ley general de la vivienda.- La Habana, 1993.-2p

considere no debe hacerse uso del ejercicio de la facultad discrecional del artículo 82 de la Ley General de la Vivienda cuando falte algún requisito de los requeridos para la legalización pretendida.³¹

Todo lo antes expuesto se reduce a que es de gran importancia eliminar la facultad discrecional y reglada de la administración ante los procesos de adjudicación testamentaria, puesto que no se está respetando no solo la voluntad de aquella persona que ha querido disponer de sus bienes, en este caso su vivienda, para después de su muerte, que ha planificado, ha hecho un testamento a favor de una persona que puede o no ser familiar, pero él la consideró merecedor de vivir en su inmueble por sus propias razones, y por el hecho de no cumplir con el requisito de ser además de heredero testamentario de los llamados por Ley para la herencia intestada, la administración si se trata de un gran inmueble de utilidad pública, necesidad social u otro uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad, se lo quiere adjudicar para sí por tales razones e impide que se le adjudique al instituido en el testamento, haciendo uso de su facultad discrecional y tiene una facultad reglada cuando tiene que definir dentro de 30 días si es un gran inmueble, de utilidad pública o necesidad social u otro uso más justo y razonable.

³¹ *Ibíd.*

CONCLUSIONES

Con el desarrollo de este trabajo pude arribar a las siguientes conclusiones:

- 1- No existe nada que establezca legalmente, cuándo se está en presencia de un gran inmueble, con respecto a las superficies requeridas.
- 2- La aplicación de las facultades de la administración, constituye una limitante a la autonomía de la voluntad del testador.
- 3- Todos los inmuebles no son considerados de utilidad pública.

RECOMENDACIONES

- 1- Que se promulgue una norma que determine la existencia de un gran inmueble, de utilidad pública, interés social u otro uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad, si se tiene en cuenta al menos como superficie útil máxima de 90 a 100 metros cuadrados, pues con respecto a las demás circunstancias (de utilidad pública, interés social u otro uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad) es una potestad discrecional de la Administración, que va determinada por las circunstancias histórico-concretas del lugar, las características técnico-constructivas, asentamiento poblacional, interés gubernamental, por mencionar algunas,
- 2- Que se elimine la limitación que existe al principio de la autonomía de la voluntad, autorizando a adjudicarse el inmueble sin obstáculo alguno.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Legales:

- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 1/92: Constitución de la República. —La Habana, 1992. —75p.
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 59/87: Código Civil.- La Habana, 1987.- 50p.
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 65/88: Ley General de la Vivienda.- La Habana, 1988. – 60p.
- Cuba. Consejo de Estado. Decreto-Ley 233/2003: Modificativo de la Ley General de la Vivienda. La Habana, 2003. -20p.
- Cuba. Instituto Nacional de la Vivienda. Resolución 10/06: Reglamento para la nueva construcción y rehabilitación de la vivienda por esfuerzo propio de la población.- La Habana, 2006.-20p
- Cuba. Instituto Nacional de la Vivienda. Resolución 11/06: Procedimiento para otorgar licencias de autorización de construcción y certificado de habitables.- La Habana, 2006.-23p
- Cuba. Instituto Nacional de la Vivienda. Resolución 14/06: Reglamento Complementario a la Ley General de la vivienda.- La Habana, 2006.-22p
- Cuba. Instituto Nacional de la Vivienda. Instrucción 2-90: Sobre las reglas para la aplicación del artículo 71 de la ley general de la vivienda.- La Habana, 1990.- 5p.
- Cuba. Instituto Nacional de la Vivienda. Circular 6/86: Sobre los conceptos de utilidad pública, necesidad social y necesidad oficial contenidos en la disposición especial novena y el artículo 71 de la ley general de la vivienda.- La Habana, 1986.- 1p.
- Cuba. Instituto Nacional de la Vivienda. Circular 1/93: Sobre el ejercicio de la facultad discrecional atribuido al comité ejecutivo del órgano local del poder popular por imperio de la ley general de la vivienda.- La Habana, 1993.-2p
- Cuba. Instituto Nacional de la Vivienda. Circular 3/96: Sobre la actuación de las DMV en relación con la facultad discrecional de los Consejos de Administración del Poder Popular.- La Habana, 1996.- 1p.

Fuentes Doctrinales:

Colectivo de autores. Temas de Derecho Administrativo Cubano Tomo I. Editorial Félix Varela. La Habana, 2004. 292p.

Concepción Toledo, Iliana de la Caridad/ Rodríguez Montero, Gustavo Enrique. Reparto del patrimonio familiar, donaciones de padres a hijos. Tomado de: <http://www.notariado.org/inf-jur/reparto/index.htm>. 21 de mayo de 2010.

_____ Actos Discrecionales de la Administración Pública. Tomado de: <http://html.rincondelvago.com/actos-administrativos-discrecionales.html>. 21 de mayo de 2010.

Dávalos Fernández, Rodolfo. La nueva Ley general de la vivienda. Editorial Félix Varela. La Habana, 2003.

González Dalmau, Ángel. El Estado y la Administración. Tomado de: ict.udq.co.cu/ El Estado y la Administración. 11 de mayo de 2010.

Hernández Más, Orestes. Derecho sobre bienes. Editorial Pueblo y Educación. La Habana, 1972.5p

López Paneque, Marianela. El control judicial en el ámbito de la facultad discrecional de la Administración Pública en Cuba. Tomado de: <http://moodle.uho.edu.cu/> 11 de mayo de 2010.

Pérez, Efraín. La potestad discrecional. Tomado de: [http://www.cu/Ejercicio/Facultad Discrecional.2](http://www.cu/Ejercicio/Facultad%20Discrecional.2). 11 de mayo 2010.

Rodríguez Montero, Gustavo Enrique. El Régimen Jurídico de la vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba. Tomado de: <http://www.eumed.net/eve/preguntas.htm>. 21 de mayo de 2010.

_____. La adquisición de viviendas propiedad personal por transmisión hereditaria. Tomado de: <http://www.derechoecuador.com/index>. 21 de mayo de 2010.

ANEXO

Actualmente en la Dirección Municipal de la Vivienda de Cienfuegos se está tramitando el Expediente No. 123/08 de fecha 3 de enero de 2008 a nombre del Sr. Adalberto Roque León, vecino de Ave.60 No.34, Cienfuegos. Quien se personó ante tal entidad solicitando lo siguiente: Que se emita criterio favorable para concurrir ante Notario Público a realizar el proceso de adjudicación testamentaria de dicho inmueble en tanto resulta ser heredero testamentario del causante y encontrarse ocupando el inmueble en el momento de su deceso, aunque no es pariente del mismo.

Analizado el expediente en cuestión y practicadas las pruebas correspondientes se pudo conocer las características del inmueble:

Año de construcción: 1923.

Paredes: mampostería.

Cubierta: de hormigón armado.

Pisos: de losa y cemento.

Carpintería: madera y cristal.

Compuesta de: sala, saleta, comedor, cocina, 5 dormitorios, 4 baños, patio de cemento sin techar, 2 pasillos exteriores techados y 2 pasillos interiores techados en el lateral izquierdo saliendo. Con un precio legal de \$25,562.74MN.

Con un área de superficie útil de: 226.62m², total de 272.64m², ocupada y construida de 22977m² y una superficie libre de 42.87m². El estado técnico constructivo del inmueble es bueno.

Por las características de este inmueble existen razones para que se considere gran inmueble, por lo que actualmente este trámite está pendiente para presentarse al Consejo de Administración Municipal del Poder Popular, interesando su parecer y solicitando se defina en el término de 30 hábiles de recibida la solicitud, si es de utilidad pública o necesidad social u otro uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad, todo ello en virtud de los artículos del 47 al 49 previstos en la Resolución 14/06.

En este caso el consejo de administración puede conceder la solicitud presentada o puede emitir resolución negando la misma y alegando las razones por las que se va a adjudicar el inmueble y el uso que se le dará.