

**EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: LOS AGUJEROS NEGROS DE UNA TEORÍA. (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA NO. 317 DE 27 DE ABRIL DE 2006 DE LA SALA DE LO CIVIL Y LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR).**

Dra. Grethel Arias Gayoso

Profesora de Derecho Administrativo y Derecho Urbanístico. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Santiago de Cuba.

**Tema del Comentario:**

La construcción teórica de una figura jurídica, no sólo trasciende al ámbito del Derecho por ser resultado de incontables y encontrados debates doctrinales; sino porque ha de constituirse como sustento para su aplicabilidad en el perfeccionamiento de toda la estructura normativa y de ejecución del ordenamiento jurídico.

El control de la actividad del Estado, en su interrelación con los presupuestos teórico-jurídicos que la orientan, ha constituido un imperativo para su perfeccionamiento y una garantía jurídica para los ciudadanos. De esta relación no escapa el ámbito de actuación administrativa – como fracción jurídica de la actividad estatal – quedando reconocido en igual sentido, el control del desempeño de la Administración Pública.

Introducirse en el espacio administrativo hace significar un conjunto de instituciones que acaparan la atención de teóricos y operadores del Derecho. El rol determinante de la Administración Pública en la consecución del interés público magnifica cualquier intento de hacer pasar por inadvertido alguno de los campos en que se desarrolla. Dentro de esas instituciones – claves para el actuar administrativo – acoge una marcada importancia la potestad discrecional de la Administración Pública; no sólo por su necesaria presencia para la dinamicidad de la actuación administrativa, sino por el régimen en que se establece su ejercicio con respecto a los administrados y las posibilidades o no de su control.

La discrecionalidad administrativa integra una buena parte del gran agregado de posibles actuaciones administrativas, en cuyo contenido se integra la apreciación de la oportunidad de la decisión en íntima relación con los principios de legalidad, interés público, proporcionalidad, racionalidad, equidad y otros tantos que a la evaluación realizada por la Administración se incorporan. La potestad discrecional de la Administración Pública es, de esas instituciones, que acaparan todo el *abolen*go de una rama jurídica, y entorno a la cual se generan fértiles espacios de debate, intercambio y reflexión. En toda su concepción, en la delimitación de sus rasgos, o en la determinación de su necesaria presencia en el desempeño administrativo; no ha podido soslayarse la referencia a su control, a su configuración, intensidad y órganos encargados de realizarlo. Determinar hasta dónde llega la legitimidad del acto emanado por la autoridad en el ejercicio de tal potestad, en el sentido de verificar la defensa de los derechos reconocidos a los administrados, constituye el más grande reto en este ámbito. El control de la discrecionalidad administrativa se enfrenta a los desafíos que presuponen los cambios acaecidos en la organización y funciones del aparato estatal, por un lado – requiriendo una mayor libertad de acción ante una realidad compleja – , pero por otro, necesitando de un control que certifique ese actuar y lo convierta jurídica y políticamente en responsable.

Para el caso cubano, las posibilidades de controlar el ejercicio de la potestad discrecional en vía judicial, ha constituido, hasta el presente, un tema de excepción en la legislación adjetiva; en buena medida como una consecuencia del insuficiente tratamiento teórico en la construcción de esta figura; y por otra parte, como resultado de una herencia histórica que arrastra hasta hoy más de un siglo.

El espacio que ha ocupado el Derecho Administrativo en Cuba, fundamentalmente a partir de su evolución teórica, ha dejado marcada su impronta en el ámbito de construcción y comprensión del fenómeno discrecional, redundante en la configuración e intensidad del control

de su ejercicio y de la efectividad de su finalidad; con especial atención en el campo del control judicial.

La resolución judicial objeto de análisis es la Sentencia No. 317 de 27 de abril de 2006 dictada por la SALA DE LO CIVIL Y LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR. El eje de su argumentación gira entorno a la limitación de impugnación de la potestad discrecional a que se refiere el apartado 6 del artículo 657, en relación a los casos en que el órgano de la Administración confiera la titularidad sobre una vivienda, a pesar de no concurrir en el beneficiado todos los requisitos exigidos por la ley.

**Resolución Judicial:**

Sentencia No. 317 de 27 de abril de 2006 de la SALA DE LO CIVIL Y LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR. Resolviendo Recurso de Casación.

**Extremos enjuiciados:**

¿Cuándo reconocer el ejercicio de una potestad discrecional? ¿Puede determinar una decisión preestablecida la “corporificación” del ejercicio de la potestad discrecional y en tal sentido, posibilitar o impedir el acceso a su control en sede judicial?

**Doctrina jurisprudencial sentada:**

El ejercicio de la potestad discrecional de la Administración Pública, se “corporifica” y en tal sentido existe, cuando la Administración consiente a la solicitud de la petición del administrado interesado; ante su negativa, no existe discrecionalidad y por tanto, no se aplica la excepción del artículo 657.6 de la ley adjetiva cubana.

**Textos legales aplicables al caso:**

Art. 82 de la Ley general de la Vivienda, Art. 657.6 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

**Fallo:**

Sin Lugar el Recurso.

## I. Los agujeros negros de una teoría.

Con un marcado carácter histórico en materia teórica y normativa ha sido excluido el control judicial de las actuaciones derivadas del ejercicio de la potestad discrecional administrativa en Cuba; desde la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES de 1888<sup>1</sup> hasta la actual Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, que hereda la exención del conocimiento de los asuntos discrecionales por los tribunales de justicia, así determinado por la letra del artículo 657 apartado 6<sup>2</sup>.

En el desconocimiento de los asuntos discrecionales por el órgano judicial subyace en primer orden la raíz histórica, por la cual, era reconocida en el ejercicio de dicha potestad una libertad plena para el ente actuante. En segundo orden, la aplicación ortodoxa y rígida del principio de tripartición de poderes y la influencia del régimen de control administrativo francés. En tercer lugar descansa el móvil político, el cual asegura a la Administración que la libertad para actuar y evaluar la oportunidad de la decisión quede exenta de fiscalización, amparada en su correspondencia con los intereses políticos determinados.

El llamado a la necesidad de reformulación de los mecanismos de control de la actuación administrativa derivada del ejercicio de la potestad discrecional en Cuba es una idea añeja, ya desde 1917 se alzaron las primeras voces de reconocimiento a la imperiosidad de reformulación de nuestro contencioso – administrativo, en términos de “urgentísima”, como proceder que permitiera reconvertir y otorgar el verdadero papel a los órganos judiciales en un régimen de legalidad<sup>3</sup>. Casi cuatro décadas más tarde, ÁLVAREZ TABÍO continuaba aquel llamado<sup>4</sup>, extendiendo su influjo y trascendencia al ámbito de los derechos de los ciudadanos, y cercano a los 60 años, aún se precisaba de esa reforma.

La función del juez no consiste en suplantar a la Administración en la toma de la decisión; sino, desde su postura como intérprete y aplicador de la norma jurídica al caso concreto, evaluar si la opción seleccionada se ajusta al ordenamiento jurídico. El desarrollo teórico de la institución remueve aquellas ideas iniciales sobre la base de la necesaria protección del administrado, del propio ordenamiento y del interés público al que sirve la Administración, de conjunto con la delimitación de los márgenes de actuación y el reconocimiento de elementos reglados imbricados en el ejercicio de dicha potestad – que serán analizados posteriormente – abren un nuevo camino para su fiscalización. La Administración como mandataria de la norma jurídica habrá de respetar los límites que ésta le determina y el juez, en su función, debe velar por el correcto ejercicio de las potestades otorgadas, sin que por ello penetre en los márgenes estrictos de la potestad conferida a la Administración.

La relación entre el principio de legalidad y la potestad discrecional administrativa constituye el más importante hallazgo para el desarrollo de la institución y para el reconocimiento de las amplias posibilidades del control judicial en un Estado respetuoso de su ordenamiento y de los derechos e intereses reconocidos, y de los cuales disfrutaran sus administrados. Es por ello que deberá extender su fiscalización tanto a los preceptos legales habilitantes, los empleados como

---

<sup>1</sup>Angel C. BETANCOURT, *Nueva edición del Procedimiento Contencioso-administrativo vigente en la República de Cuba*, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y C<sup>a</sup>, La Habana, 1916, pp. 8 y 9.

<sup>2</sup>Ley No. 7 “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico” en Gaceta Oficial Ordinaria, No. 34, de 20 de agosto de 1977, y posteriormente modificada por el Decreto Ley No. 241, Gaceta Oficial Extraordinaria, No. 33, de 27 de septiembre de 2006, incorporándosele un Título sobre el proceso económico. A estos efectos se modificó su denominación en el artículo 4, pasando a ser Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

<sup>3</sup>José Antolín DEL CUETO, *Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales, 1ro de septiembre de 1917*, Librería e Imprenta “La Moderna Poesía”, La Habana, 1917, p. 4.

<sup>4</sup>Fernando ALVAREZ TABÍO, *El proceso contencioso-administrativo. Doctrina, legislación, jurisprudencia*, Librería Martí, La Habana, 1954, p. 382.

fundamento de la decisión; como a los principios generales del Derecho apreciables de la actuación administrativa, el fin previsto, perseguido y obtenido con tal solución.

### **I. Presupuesto fáctico – decisión judicial: dos miradas coincidentes.**

Los hechos a evaluar comienzan a ser relevantes para el presente análisis desde la apreciación que de ellos se realizara en la instancia precedente, y aunque dicha resolución no constituye el objeto del presente comentario, la referencia resulta interesante por la valoración que realizó la instancia inicial. La Sala del Tribunal Provincial Popular que conoció del asunto declaró CON LUGAR el proceso administrativo establecido por AFS impugnando la resolución número trescientos cincuenta y cinco de 28 de marzo de 2005 dictada por la Dirección Municipal de la Vivienda por la que no se le reconoció derecho a la transferencia de la titularidad sobre la vivienda objeto del debate.

Dicha Sala determinó la devolución de los trámites gubernativos a la instancia de procedencia (administrativa) para que se dictara nueva resolución en el término de 30 días reconociendo la transferencia de la titularidad del inmueble. He aquí el primer elemento interesante, la Sala no niega la posibilidad de conocer el asunto, pese a tratarse de una decisión discrecional; y con su actuar, no sólo controlaba su ejercicio en la competencia atribuida al Consejo de Administración Municipal; sino que, además, evaluaba la situación y determinaba cuál debía ser el proceder. Una posición con marcado espíritu renovador en el ámbito de decisiones similares y anteriores.

Pese a ello, la situación resulta contradictoria desde dos perspectivas: una primera, la Sala cuestiona y considera desacertada la decisión, controlando el contenido de la Resolución; y en segundo lugar, dicho instrumento por el cual se reconoce o no la titularidad del inmueble emitido por la Dirección Municipal de la Vivienda contiene una decisión que no determina el órgano que la dicta, sino el Consejo de Administración Municipal<sup>5</sup>, mediante Acuerdo fundado.

Ante tal actuación se inicia el Recurso en cuestión, teniendo como parte recurrente, en esta ocasión, a la Dirección Municipal de la Vivienda, quien considera desacertada la decisión de la Sala por entender quebrantada la prohibición del artículo 651 (con las actuales modificaciones, 657) en su apartado 6, en cuanto a la excepción del conocimiento de los asuntos discrecionales. Como ya se ha referido, el pronunciamiento final declaró SIN LUGAR el recurso interpuesto, y en tal sentido, la Sala consideró acertada la decisión precedente, o sea, aquella que controlaba la decisión y además exigía de la Administración un nuevo pronunciamiento, en el sentido entendido por la instancia judicial.

De las explicaciones anteriores, que se sustentan, inicialmente, en la apreciación de hechos (en la instancia provincial, la sala consideró que la Administración no apreció los hechos de manera correcta, considerando que coincidían los requisitos, una verdadera técnica para el control del ejercicio de la discrecionalidad administrativa) y con posterioridad trascienden a la interpretación de la norma, puede extraerse un elemento coincidente: tanto en la instancia provincial, como en la superior, la postura gira en torno a la necesidad y posibilidad – real o no, legítima o no – de controlar el ejercicio de la potestad discrecional en sede judicial.

### **II. Los agujeros negros: teoría vs. argumentación.**

Las razones que utiliza la Sala para resolver el Recurso se integran en un único CONSIDERANDO que constituye a nuestro entender la traslación de un conjunto de inconsistencias que se han generado desde el ámbito teórico relativo al abordaje y comprensión del alcance cierto de la potestad discrecional en Cuba.

---

<sup>5</sup>Circular No.1/1993 “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”, dictada por Dr. Rodolfo Dávalos Fernández, Jefe de Dirección Jurídica Instituto Nacional de la Vivienda.

Desde su concepción, la discrecionalidad administrativa se le presenta a la Administración como un ámbito de libertad relativo para definir la oportunidad de la decisión. El margen de elección subyacente ha sido considerado como el “supuesto arquetípico de discrecionalidad”<sup>6</sup>, ya que sin él sería impensable su existencia. Los criterios rectores de la decisión administrativa estarán dados por elementos no descritos en la norma: políticos, económicos, de oportunidad, mérito o conveniencia, que justificarán en última instancia la elección de una alternativa con respecto a otra.

Por estas razones, no debía sustentarse la decisión de la Sala en las posibilidades de fiscalización que ofrecía la negativa de la Administración, aludiendo que en este caso no se “corporifica” el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Aún y cuando, los efectos de tal planteamiento, constituyen, sin dudas, una senda de apertura para el administrado, quien encontrará, con la negativa de la Administración, la posibilidad de acceso a la vía judicial negada. Contradictoriamente, con la fórmula escogida, se niega la posibilidad de control en el supuesto de la decisión positiva, aún y cuando pudiese incurrirse en una evaluación incorrecta de los resultados del ejercicio de la potestad discrecional por la Administración Pública. Como ya se ha explicado, la relativa libertad resultante para el ente administrativo frente a un supuesto de decisión discrecional, no excluye posibles resultados: acepte o rechace, otorgue, desconozca o quite, autorice o prohíba, incluso, todas ellas en sus variantes intermedias, constituyen posibles decisiones a adoptar por la Administración Pública; por lo tanto excluir alguna de ellas, u otorgarle prevalencia a unas respecto de otras, resultaría un ejercicio, cuando menos, osado y contradictorio con los actuales avances en la comprensión de la figura.

El ejercicio de la discrecionalidad administrativa no se corporifica con una decisión preestablecida; sino que lo hace en un acto administrativo de carácter discrecional, cuyo contenido establecerá cualesquiera de las posibilidades de opción a las que se enfrentaba la Administración; se trata de que la instancia administrativa evalúe la oportunidad de su decisión.

Otro de los elementos que consideramos inconsistentes en la argumentación es la consideración de esta decisión administrativa como que “inequívocamente encarna clara acción de gobierno trascendente a la esfera social”. Con tal afirmación, se revela la oscuridad en la determinación de las diferencias entre los actos de Gobierno y los actos emanados del ejercicio de la potestad discrecional<sup>7</sup>; los primeros constituyen una categoría distinta de los segundos, y la propia evolución teórica de estos últimos ha contribuido a su diferenciación. En primer lugar, no existen actuaciones discrecionales en su totalidad, sino que en mayor o menor medida, son apreciables elementos reglados. Este aspecto pugna con la libertad proclamada para la ejecución de los actos políticos o de Gobierno. En segundo lugar, porque los asuntos a los que se refieren los actos políticos trascienden el ámbito ordinario de la actividad administrativa para referirse a asuntos de marcada trascendencia política y estatal, aún y cuando todos sean actos que emanan de niveles diferentes de la Administración. En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurre con los actos políticos, los actos derivados del ejercicio de la potestad discrecional, son posibles de controlar – en base a la primera de las razones aportadas – examinando su legitimidad.

---

<sup>6</sup>Raúl BOCANEGRA SIERRA y Alejandro HUERGO LORA, “Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar” en *Revista Española de Derecho Administrativo* No.111, Civitas, Madrid, 2002, p. 414.

<sup>7</sup> Este criterio ha sido superado por la doctrina *iusadministrativista* moderna, tomando como referente el precedente sentado por el Consejo de Estado francés. Se incluyen los actos del Ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento, declaración de estado de sitio, actos diplomáticos y de relaciones internacionales, interpretación de tratados etc. Véase, E. SERRANO GUIRADO, “La justicia administrativa” en *Revista de Administración Pública*, No. 6, Septiembre-Diciembre 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 146; Georges VEDEL, *Derecho Administrativo*, Traducción de la 6<sup>a</sup> edición francesa por Juan RINCÓN JURADO, Aguilar S.A, Madrid, 1980, p. 252; Manuel María DIEZ, *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 509. Sobre la evolución del tratamiento a los actos de Gobierno puede consultarse, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, Poderes de gobierno, Poderes normativos)” en *Revista de Administración Pública* No. 38, Mayo- Agosto 1962, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 185-186.

En ninguno de los dos supuestos: ni en la decisión del Consejo de Administración, ni en su instrumentación mediante Resolución por parte de la Dirección Municipal de la Vivienda se trata del ejercicio de una acción de Gobierno – ni por la naturaleza de los órganos, ni por el contenido que lo determina – sino de una clara función administrativa. El Consejo de Administración Municipal, órgano decisor en el ejercicio de la potestad, es reconocido como la instancia administrativa en la localidad, asumiendo la Asamblea Municipal del Poder Popular el ejercicio de la función de Gobierno en esta instancia; por tanto, no es la naturaleza del órgano el elemento que determinará en primera instancia la consideración de esta decisión como una acción de Gobierno, ni tampoco su contenido, marcadamente administrativo. Por tanto resulta contraproducente que la Sala reconozca la posibilidad de control de la decisión y que a su vez, la considere como una acción de Gobierno, también excluida del conocimiento de los tribunales ordinarios por la ley procesal.

#### **IV. A modo de conclusión: la realidad de una decisión judicial.**

De naturaleza variada pueden ser las conclusiones luego de este análisis. Una postura que comienza a ganar espacios, donde normativamente fueron negados. La posición de jueces que no sólo reconocen errada la decisión administrativa en el ejercicio de la potestad discrecional, sino que además determinan cuál debió haber sido dentro de los límites que justifica el principio de legalidad.

El reconocimiento de un ámbito de apertura a esta vía de control, por interpretaciones judiciales, que dejan la vía expedita al administrado para cuestionar y demostrar la improcedencia de la actuación administrativa.

Sin embargo, aún con estos elementos, lo que no resulta ni resultará justificado es que esta apertura se sustente en la apropiación y explicación incorrecta de ciertas categorías jurídicas. Estas decisiones demuestran que aún queda mucho por hacer desde los estudios teóricos que definan los rasgos de aquellas instituciones, que, como la discrecionalidad administrativa, han estado marcadas por la incorrecta determinación teórica, trascendente a su deficiente aplicación y ejercicio.

La potestad discrecional de la Administración Pública en Cuba, merece ser acotada desde su aspecto técnico, jurídico, formal; para luego trascender al ámbito de su control.

Desaparecer los *agujeros negros* en su concepción teórica, será el paso previo para una correcta apreciación de sus elementos definitorios y con ello, un eslabón para la concepción de un sistema armónico para su control, con la debida participación del juez en su rol protector de la legalidad.

### Referencias.

- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *El proceso contencioso- administrativo. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, Librería Martí, La Habana, 1954.
- BETANCOURT, Angel C, *Nueva edición del Procedimiento Contencioso- Administrativo vigente en la República de Cuba*, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y C<sup>a</sup>, La Habana, 1916.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl y Alejandro HUERGO LORA, "Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 111, Civitas, Madrid, 2002.
- DEL CUETO, José Antolín, *Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales*, 1ro de septiembre de 1917, Librería e Imprenta "La Moderna Poesía", La Habana, 1917.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)" en *Revista de Administración Pública*, No. 38, Mayo-Agosto 1962, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- SERRANO GUIRADO, Enrique, "La justicia administrativa" en *Revista de Administración Pública*, No. 6, Septiembre-Diciembre 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, traducción de la 6<sup>ta</sup> edición francesa por Juan RINCÓN JURADO, Aguilar S.A., Madrid, 1980.

### Legislación.

- Ley No. 7 "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico" en Gaceta Oficial Ordinaria, No. 34, de 20 de agosto de 1977.
- Circular No.1/1993 "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", dictada por Dr. Rodolfo Dávalos Fernández, Jefe de Dirección Jurídica Instituto Nacional de la Vivienda.