

Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

PUCMM

Vicerrectoría de Postgrado

Área de Ciencias Jurídicas



**Trabajo de Investigación Final para optar por el título de
Magister en Derecho Administrativo**

**“El control jurisdiccional de la desviación de poder en la actuación
discrecional de la Administración”**

Sustentante:

Yulibelys Wandelpool Ramírez.....2013-7053

Asesor contenido:

Magdo. Argenis García del Rosario.

Asesor metodológico:

Profesor Jesús Michelén

Santo Domingo, República Dominicana

Noviembre 2016

“El control jurisdiccional de la desviación de poder en la actuación discrecional de la Administración”

«Las opiniones y consideraciones emitidas en el presente trabajo de investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor y eximen a cualquier tercero o vinculado»

Dedicatoria y agradecimientos

A Dios:

Por regalarme la vida, hacer posible que esta meta hoy se esté concretizando, dándome la fortaleza para no claudicar a mitad del camino.

A mis padres:

A doña Julia Ramírez y don Bienvenido Wandelpool, por ser los mayores impulsores a la consecución de mis proyectos, entregando lo mejor de ustedes para lograr el mejor producto de mí. Gracias infinitas por todo su esfuerzo y dedicación a formarme en valores.

A mis hermanos:

A Washington, quien se ha constituido en mi guía y consejero, y junto a Francisco, Reynolds, Yubelka e Indhira son mi mejor ejemplo de fortaleza espiritual e impulso de crecimiento profesional.

A mis amigas:

En especial a Ónice Lalane, quien siempre ha estado a mi lado ofreciendo los mejores consejos y venciendo junto a mí los obstáculos que nos trae la vida; Yamel Rivera y Marlene Decena, a ustedes también les debo mucho y forman parte integral de cada logro en mi vida.

A mis maestros

Dr. Juan Manuel Guerrero, quien me motivó con la elección de este programa de estudio y el tema de investigación; Magdo. Argenis García por su vocación dispuesta siempre a orientar a esta generación por el camino de la ciencia y la investigación jurídica; Lic. Olivo Rodríguez Huertas por las orientaciones y conocimientos aportados para la materialización de este proyecto; y al Magdo. Rafael Ciprián por su disposición a formar parte de este proyecto y ser instrumento de motivación al perfeccionamiento de esta investigación.

A mis compañeros de maestría y colaboradores

Ariel Estévez, Nadelka Victoriano, Francisco Cantizano, desde el inicio de este programa me acogieron y fuimos sostén uno de los otros hasta culminar esta importante experiencia académica; especial agradecimiento a Edwin Jackson y Ramón Jirón por su desinteresada disposición a colaborar y compartir sus conocimientos conmigo para hacer posible la concretización de este proyecto.

“Declaro, en mi calidad de autor de esta obra que cedo de manera formal, gratuita, permanente y absoluta a la PUCMM todos los derechos patrimoniales, de forma no exclusiva, que ostento sobre mi creación, pudiendo expresamente la PUCMM explotarla a su mejor conveniencia, recibiendo si así fuere el caso, regalías por usos onerosos; que como autor exonero a la PUCMM de cualquier responsabilidad por reclamos en contra de lo creado y que autorizo a que la misma sea protegida mediante las vías que a tales fines establece la ley, indicando siempre mi calidad de autor”

Yulibelys Wandelpool Ramírez

Matricula 2013-7053

Índice

Resumen	1
Introducción	3
Capítulo I: Discrecionalidad administrativa	5
1.1 Noción de discrecionalidad administrativa.....	5
1.2 Proceso evolutivo de la discrecionalidad	8
1.3 Tipos de discrecionalidad administrativa	9
1.4 Límites de la potestad discrecional	14
Capítulo II: Desviación de poder en la Administración Pública	19
2.1 Antecedentes de la desviación de poder.....	19
2.1.1. Antecedentes doctrinarios	19
2.1.2. Antecedentes jurisprudenciales	20
2.1.3. Antecedentes Legislativos	24
2.2 Concepto de desviación de poder.....	28
2.3 Tipos de desviación.....	29
2.4 La prueba en la desviación de poder	30
Capítulo III: Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa	32
3.1. Técnicas de control de la discrecionalidad.....	32
3.2. La polémica en torno al control judicial de la discrecionalidad administrativa.....	35

3.3. Facultad discrecional: criterios jurisprudenciales.....	36
3.3.1 Caso de la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial (ONAPI). Declaratoria de abandono de solicitudes de registro	37
3.3.2 Caso Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. Facultad de desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción.....	38
3.3.3 Caso Ayuntamiento del Municipio de Santiago. Competencia de la Oficina Municipal de Planeamiento Urbano para otorgar o negar los permisos de uso de suelo	40
3.3.4 Caso Dr. Rafael Percival Peña, General de Brigada Piloto. Potestad del presidente de la República de nombrar o destituir a los integrantes de las jurisdicciones militar y policial.....	42
3.3.5 Caso Cámara de cuentas. Facultad del pleno para nombrar y remover a todo el personal administrativo y técnico de la institución.	44
Conclusiones	46
Recomendaciones	48
Bibliografía	50

Resumen

El control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa continúa siendo de gran trascendencia. A este respecto, si bien se acepta que los tribunales contribuyan al mejoramiento del funcionamiento de la Administración, este aporte debe prestarse a través de la función propia del juez, sin exceder su competencia.

La investigación busca determinar mecanismos que permitan al juez decidir los casos de discrecionalidad sin incurrir en restricción que amenace el fin de la administración y los intereses colectivos. Interesa plantearse principalmente, ¿cómo debería efectuarse el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, sin que ello implique sustitución del órgano juzgador?

Adicionalmente, se formulan las siguientes interrogantes: ¿debería corresponder a la Administración aportar los medios probatorios de su buena fe? ¿Cuál ha sido la posición de la jurisprudencia respecto de la potestad discrecional administrativa? La cuestión resulta de suma importancia, dada la concepción subjetiva de la discrecionalidad, que ocasionalmente pudiera comprometer la seguridad jurídica y el interés general.

El estudio inicialmente, es cualitativo, de orientación deductiva; plantea el problema sobre la base del material teórico vinculado a la hipótesis. Trata igualmente de una investigación descriptiva, se propone describir la discrecionalidad y su control partiendo del estudio comparado de la legislación. Es también cuantitativa, dado que se auxilia de la jurisprudencia en materia administrativa.

Estas informaciones son contrastadas con el material teórico bibliográfico, llegando a la conclusión de que es necesaria una legislación que disponga la creación de tribunales contenciosos de primer grado en materia contenciosa administrativa y que aborde la carga de la prueba.

Introducción

El derecho administrativo evoluciona constantemente conforme a las necesidades intrínsecas de la Administración y las demandas de eficacia y eficiencia de las personas frente al Estado. No obstante, su esencia se suscribe en la concepción del Estado de Derecho caracterizado por la sujeción del poder a la ley, la cual otorga e impone límites a la autoridad y sujetándola a rendir cuentas de sus actuaciones, omisiones o sus excesos.

En ese sentido, la Administración Pública está sujeta al control de juridicidad y los tribunales deben vigilar el fiel cumplimiento de las leyes y la supremacía de la constitución, pues el fin del Estado es satisfacer el interés público y el bienestar común.

Por otra parte, la Administración cuenta con una serie de potestades para cumplir su cometido, las cuales se distinguen en potestades regladas y potestades discrecionales. Las potestades regladas están definidas por la ley como un conjunto de prerrogativas condicionadas a la aprobación previa de disposiciones debidamente reglamentadas. Mientras, la discrecionalidad aparece cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano, competencia para apreciar de manera subjetiva lo que sea más conveniente al interés público.

La constitución reconoce el poder de la Administración para dirigir libre y discrecionalmente sus actos en el ejercicio de su competencia. Sin embargo, la concepción subjetiva de esa discrecionalidad suele comprometer la seguridad jurídica y por tanto los derechos y libertades de los administrados. Por tanto, el checks and balances garantiza la contención de los poderes públicos y los límites que el legislativo y el judicial imponen a esta discrecionalidad.

En ese contexto, nuestra jurisprudencia contencioso administrativa ha intensificado en decisiones recientes su postura en torno al control judicial de la discrecionalidad. Prueba de ello, es el rol de los órganos de control instituidos a partir de la reforma constitucional del 2010, “Tribunal Constitucional y Tribunal Superior Electoral”, los cuales si bien constituyen un nuevo paradigma en la búsqueda de la buena administración. Sin embargo, debemos advertir que si bien contamos con mecanismos de control jurisdiccional adaptados a las necesidades de nuestros tiempos, no menos cierto es que la Administración puede resultar limitada en las potestades conferidas a esta, pudiendo peligrar la consecución de los intereses y bienestar general.

De allí que, el objetivo del presente trabajo de investigación es determinar mecanismos que permitan al juez de lo contencioso decidir sobre los casos de discrecionalidad sin incurrir en una restricción de la potestad discrecional que amenace los intereses de la colectividad y por consiguiente el fin mismo de la administración.

Para ello, nuestra investigación se ha estructurado en torno a tres capítulos generales. El primero, dedica su extensión a describir la discrecionalidad, estableciendo el desarrollo doctrinal de este instituto y los postulados de distintos exponentes, en lo relativo a la discrecionalidad y sus límites. Por su parte, el segundo capítulo expone desde una óptica doctrinal, jurisprudencial y comparada en una esfera metodológica deductiva, los fundamentos teóricos en los que se sustenta la desviación del poder. Finalmente, en el tercer y último capítulo se desarrolla un análisis del control jurisdiccional de la discrecionalidad, de manera que permita evaluar cuantitativamente nuestro proceso administrativo a la luz de novedosas decisiones de la Suprema Corte de Justicia abordando la discrecionalidad, permitiéndonos arribar a conclusiones puntuales y recomendaciones necesarias para el mejoramiento del Estado de derecho.

Capítulo I: Discrecionalidad administrativa

1.1 Noción de discrecionalidad administrativa

La discrecionalidad administrativa ha sido considerada como uno de los institutos más complejos del Derecho Administrativo, siendo analizado por diversos juristas estudiosos del derecho administrativo, quienes la han descrito y deslindado de otras figuras.

García de Enterría, define la discrecionalidad como “una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de quien administra la cosa pública”.¹

Desde otro punto de vista, Roberto Dromi, nos refiere que la discrecionalidad administrativa se vale de tres modalidades para exhibirse, las cuales ha denominado: estructural, textual y estratégica:

Desde el prisma estructural, se considera que hay discrecionalidad administrativa cuando, dado un supuesto de hecho, la norma no prescribe una consecuencia jurídica y confía a la Administración la tarea de fijar la regla de su propia actuación.

Desde una vertiente textual, la discrecionalidad se manifiesta cuando en la disposición normativa concurren expresiones que remiten directamente al carácter discrecional de la potestad en cuestión o, con mayor frecuencia, usando fórmulas como «podrá», «tiene facultad» y otras del mismo aire.

Desde un enfoque estratégico, se detecta la presencia de una discrecionalidad cuando las normas imponen fines y objetivos pero no predeterminan los medios para arribar al fin u objeto establecido.²

¹ Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, I, 13ª ed. (Madrid: Thomsom Cevitas, 2006), 443.

² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 11ª ed. (Argentina: Hispania Libros, 2006), 35-36.

Por su parte, Santamaría Pastor, nos expresa que: “la discrecionalidad se configura cuando la administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas ellas igualmente válidas. Asimismo, manifiesta que la discrecionalidad supone la creación de un ámbito de indiferencia jurídica relativa”.³

Eduardo Gamero Casado planteó que la “potestad discrecional es el margen de interpretación que el legislador confía a la Administración permitiéndose escoger entre varias soluciones posibles, todas ellas plenamente válidas”⁴.

La discrecionalidad no supone una actuación según lo que subjetivamente estime justo y apropiado la Administración, sino la integración de la norma jurídica según los valores inmanentes y objetivos del ordenamiento jurídico. Lo auténtico de la discrecionalidad administrativa es la posibilidad de arbitrio, que puede ser resuelta a través de distintas alternativas igualmente justas para el derecho.

Para la Administración pública la continuidad y seguimiento del interés público es el fin de toda su actividad. El activismo que le impregna a su quehacer esta interacción es clave para la existencia de un accionar administrativo discrecional. Es de ese modo, que la existencia de la potestad discrecional, aunque se trata de una figura que durante su evolución ha ocasionado debate y criterios científicos diversos, configura un tema primordial en la formación del derecho público y de indispensable necesidad para el desenvolvimiento de la administración.

³ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Fundamentos de derecho administrativo* (Madrid: Editorial Ceuda, 1988) 886.

⁴ Gamero, *Derecho Administrativo: monografías*, 33

La dificultad para precisar en la normativa todas las situaciones que se presentan en el actuar administrativo, constituye la primera razón que justifica la existencia de este tipo de potestad. Una situación que no resulta de la ineficacia o negligencia legislativa, sino de un proceso totalmente consciente, en pos de la mejor gestión de los intereses públicos. Louis Josserand planteó que “la vida es mucho más ingeniosa que el legislador y que el mejor de los juristas”, no toda solución jurídica debe estar encerrada en la ley (sistema positivista), pero el margen de discreción o indiferencia jurídica debe girar en torno a la idea de lo que es más justo y útil para la comunidad.

En la configuración del Estado, la discrecionalidad se ha constituido en pieza de suma importancia para alcanzar el fin de la Administración, el funcionamiento eficaz. La potestad discrecional contribuye al desenvolvimiento de la actividad administrativa. Esa capacidad de movilización en la toma de decisiones constituye una garantía de la buena Administración, en términos de Bartolomé Fiorini, de “gestión en forma sagaz y fecunda”⁵ (sin que por eso neguemos los riesgos que efectivamente puede incluir).

La discrecionalidad administrativa se asimila como la potestad otorgada por la ley a la administración para decidir de acuerdo a su íntima convicción los asuntos de su competencia en aras de generar el fin mismo de la administración, conforme al debido proceso y protección de la dignidad humana. Esa actuación debe entenderse como un modo normal entorno a lo que se considera de gran importancia para que los órganos de la administración dispongan conforme su íntima convicción, frente casos concretos.

⁵ Bartolomé Fiorini, *La discrecionalidad en la Administración Pública* (Argentina: Alfa, 1952), 26.

1.2 Proceso evolutivo de la discrecionalidad

En cuanto al desarrollo de esta institución, lo más trascendente resulta de la influencia que tiene su conceptualización para la apreciación de otros elementos involucrados en su realización, tales como los límites de su ejercicio y el control de su actuación.

En el tránsito evolutivo de la discrecionalidad administrativa se distinguen dos etapas: en la primera la Administración actuaba en plena libertad; y en la segunda la Administración se encuentra vinculada a la ley. Paulatinamente, con la nueva visión de la institución vinculada a la habilitación legal expresa para su existencia y la inclusión de la posibilidad de revisión judicial se va transformando a un espacio en el que se mantiene cierto grado de libertad de decisión pero vinculado a la existencia de una disposición jurídica previa.

Pese a que estas etapas forman los dos grandes puntos clave en el desarrollo de la potestad de la discrecionalidad de la Administración, su transformación no ha cesado, transformándose en “una batalla permanente e inconclusa”⁶.

En este sentido, Germán Fernández Farreres, considera que “si la discrecionalidad ha de vincularse exclusivamente en su ejercicio al interés público, entonces su libertad de decisión queda reglada con respecto a éste”⁷.

⁶ Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad y Discrecionalidad* (Madrid: Cuadernos Civitas S.A, 1991), 20.

⁷ Germán Fernández Farreres, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y Análisis jurisprudencial*, 2ª ed. (Madrid: 1999, Aranzadi), 69.

La discrecionalidad estaría sujeta a la apreciación de alternativas similares conforme el criterio de apreciación del funcionario, para convertirse en una discrecionalidad objetiva que vele por el interés público. En consideraciones de Fernández Farreres se fundamentaría en “el deber de apreciar y valorar ante cada situación concreta y específica la solución más adecuada y conforme al interés público”⁸, con este punto de vista normativo quedan igualmente consideradas la discrecionalidad interpretativa o judicial.

El proceso evolutivo de la discrecionalidad administrativa, marcado por las diferentes posiciones teóricas; el reconocimiento del rol determinante del principio de legalidad para su concepción; así como la ampliación de su contenido a los restantes elementos integrantes del bloque de legalidad, determinan la limitación de la potestad discrecional ante ciertos supuestos.

1.3 Tipos de discrecionalidad administrativa

En primer término, procede diferenciar la discrecionalidad de conformidad con el fin perseguido, dando lugar a una discrecionalidad política y una discrecionalidad técnica.

Para Sánchez Morón:

...hay discrecionalidad política cuando de manera expresa o implícita, se atribuye o reconoce un margen de decisión propia a las autoridades competentes para que adopten una decisión valorando los aspectos y consecuencias políticas de la misma, incluida su propia estimación subjetiva o ideal de la solución correcta.⁹

⁸ Fernández Farreres, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y Análisis jurisprudencial*, 70.

⁹ Miguel Sánchez Morón, *Derecho administrativo: Parte general*, 4ª ed. (Madrid: Editorial Tecnos, 2008), 90.

El control judicial de las decisiones tomadas en ejercicio de una discrecionalidad política suele ser muy limitado y prudente, toda vez que al ser estrictamente políticas, revestidas de un carácter subjetivo, resulta difícil sustituirlas por una decisión judicial.

Por otro lado, Emilio Fernández Vázquez refiere que la discrecionalidad técnica, se define como:

...aquella en que la decisión del ente administrativo depende de un juicio o informe técnico previo, cuya valoración queda a cargo de la Administración; o de la elección de un procedimiento técnico o científico; o, para distinguirla de la discrecionalidad administrativa, no está en primer plano el interés público”.¹⁰

Por otro lado, se establece que existe discrecionalidad técnica en aquellos casos en que ley confiere a la Administración un marco de estimación subjetiva para actuar en casos de especial esencia técnica o que versen sobre un área profesional.¹¹ Un ejemplo de este tipo de discrecionalidad es la resolución de un concurso u oposición valorando la capacidad de los candidatos mediante pruebas selectivas.

La discrecionalidad es un “supra concepto”¹², en el cual puede englobarse un conjunto de manifestaciones que, reuniendo los elementos básicos de lo discrecional, difieren en cuanto a rasgos particulares.

El estudio de estos tipos o modalidades de la discrecionalidad trasciende, no sólo a su diferenciación teórica, sino también que alcanza a la comprensión total de las funciones que desempeñan los órganos que la ejercen y a la posibilidad y medida de su control. Si bien, la presente

¹⁰ Emilio Fernández Vázquez, *Diccionario de Derecho Público* (Buenos Aires: Astrea, 1981) 249

¹¹ Sánchez Morón, *Derecho administrativo*, 90.

¹² Fernández, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y Análisis jurisprudencial*, 70

investigación centra su objeto en la discrecionalidad administrativa, los restantes órganos estatales también cuentan con un margen para la actuación discrecional en el ejercicio de sus funciones legislativa y judicial.

A tales efectos Ronald Dworkin distingue entre una discrecionalidad “débil” y una “fuerte”¹³, en virtud del nivel de profundidad que para ejecutar la actividad se precise. La primera se verifica cuando el funcionario, para actuar, sólo precisa de una acción de discernimiento o interpretación de la norma.

Esta modalidad se le reconoce en buena parte a la actividad de los tribunales¹⁴, definiéndose por autores como César David Ciriano con los términos de discrecionalidad “interpretativa o judicial”¹⁵ o también como discrecionalidad “instrumental” en términos de Desdentado Daroca¹⁶ o discrecionalidad “cognitiva”¹⁷, según Antonio Mozo Seoane.

En virtud de esta modalidad el operador jurídico, incluidos los agentes administrativos para los cuales también se aplica, se valdrá de un conjunto de criterios interpretativos para la resolución de los casos y la integración de otros elementos tales como los principios generales que perfilan su decisión final.

¹³Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel S.A, 1984), 84.

¹⁴ Manuel Atienza, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 085, Enero-Marzo 1995, 05.

¹⁵ César David Ciriano Vela, *Administración económica y discrecionalidad (un estudio normativo y jurisprudencial)* (Valladolid: Lex Nova, 2002), 77.

¹⁶ Eva Desdentado Daroca, *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico* (Navara: Aranzadi, 1999) 82.

¹⁷ Antonio Mozo Seoane, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1884-1983* (Madrid: Montecorvo, S.A, 1985), 15-16.

No se trata de una potestad expresamente otorgada a los órganos que la ejercen, sino es una consecuencia derivada de las características propias del lenguaje jurídico. Para estos casos, en que se actúa en la interpretación y comprensión de los textos legales, no se imposibilita el control y sustitución por otros órganos de esa decisión, tal es la razón de que se reconozca también como discrecionalidad “provisional”¹⁸.

Por otro lado, la discrecionalidad “fuerte” o discrecionalidad “volitiva o de actuación”¹⁹ se entiende como aquella en que el actuar no está expresamente predeterminado, lo que no equivale a libertad sin límites²⁰. Se reconoce como la típica discrecionalidad administrativa, que excluye la interpretación más o menos flexible de las normas y se centra en la posibilidad de la Administración de elegir entre diferentes alternativas sobre la base de criterios que se amparan en elementos de oportunidad, políticos, económicos, o sociales.

Otra clasificación ofrecida, toma en consideración las posibilidades de opción a las que hace frente la Administración en una discrecionalidad “estrecha” y una “amplia”²¹.

También, para los casos en que no coincidan conceptos jurídicos indeterminados, y el margen de opción sea exclusivo, se hace referencia a una discrecionalidad “típica” y en contraposición a ella, una “atípica” para los supuestos en que la existencia de un concepto jurídico indeterminado acote el actuar discrecional.

¹⁸ Desdentado, *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico*, 83.

¹⁹ Mozo Seoane, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1884-1983*, 15-16.

²⁰ Dworkin, *Los derechos en serio*, 85.

²¹ Juan Carlos Cassagne, *Los principios legales del derecho en el derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988), 116.

En tanto que, para los casos en los cuales la posibilidad de elección para la Administración está delimitada por la norma jurídica, quedando el órgano en el poder de adoptar una de las consecuencias que se le proponen, se estima la existencia de una discrecionalidad “atenuada o restringida”²².

Por otra parte, se ha planteado la existencia de una discrecionalidad “fortísima” o “política”²³, que es la típica de los órganos que desarrollan la función legislativa, para la cual los medios y los fines están mucho menos delimitados que en los supuestos de discrecionalidad administrativa, sin que signifique la inexistencia de límites, pues estos se extraen de la Constitución. A este respecto, tanto la discrecionalidad “fortísima” como la “fuerte” son el resultado de una potestad expresamente atribuida por el ordenamiento, que, consecuentemente, es exclusiva de los órganos a los cuales fue otorgada. En relación con la posibilidad de sustitución, ambas se configuran como discrecionalidades “finales”²⁴ pues salvo probados vicios de ilegalidad o desviación de poder no podrán ser sustituidas por las decisiones de otros órganos.

En otro sentido, contribuye a delimitar el ámbito de control posible, resultando impostergable, una vez definido el ámbito que ocupa la discrecionalidad administrativa, atender a las principales concepciones teóricas que contribuyan a determinar sus líneas conceptuales.

²² Lifante Vidal, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. *Doxa*. N. 25, 2002, 16.

²³ Atienza, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, 05.

²⁴ Desdentado, *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico*, 82.

1.4 Límites de la potestad discrecional

El poder discrecional concedido a la Administración se encuentra revestido de un límite, que algunos autores definen como absoluto o total, habida cuenta que un acto administrativo dictado en el marco de la discrecionalidad administrativa no puede ser arbitrario, esto debido a que el poder de libre apreciación de los hechos y la oportunidad de actuar, no implica que su actuación pueda ser arbitraria.

En lo que a la potestad discrecional administrativa se refiere, pueden identificarse un conjunto de límites naturales o intrínsecos, que derivan de las particularidades que entraña la figura objeto de estudio; y un conjunto de límites relacionales o extrínsecos, resultado de su ejercicio e interacción con lo social, sin ser excluyentes unos y otros²⁵.

En el marco de los límites naturales o intrínsecos, podríamos apuntar, en primer término, a la norma jurídica discrecional, en relación al principio de legalidad²⁶; con influencia conexas al principio de interés público, fundamento de todo el quehacer administrativo y especialmente del actuar discrecional. Éste no se refiere a la sumatoria de los intereses de un número de personas, sino de aquellos que se comparten entre sí; por tal motivo no se aparta de la idea del interés privado. Se integra como un concepto jurídico indeterminado, que por sus características de mutabilidad precisa ser interpretado e integrado por la Administración conforme los supuestos en que debe apreciarlo.

²⁵ Fiorini, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, 90-109.

²⁶ Georges Vedel, *Derecho Administrativo, Traducción de la 6ta edición francesa por Juan Rincón Jurado* (Madrid: Aguilar S.A, 1980), 259-260.

Fernando Sainz Moreno defiende la existencia de un “interés público general” y un “interés público especial”, visto el primero como el que afecta a toda la comunidad, y el segundo como el que afecta a ciertos sectores de la sociedad. Esta posición da cabida a la posibilidad de enfrentamiento entre esos varios intereses que, por supuesto, se resolvería atendiendo al interés general²⁷, fundamento y límite de las potestades administrativas²⁸.

Los límites de la discrecionalidad suponen una imposibilidad a que los funcionarios actúen de manera arbitraria, lo que nos abre un punto de debate entre la discrecionalidad y arbitrariedad. Aunque suelen aparecer relacionadas de manera de confusa, son conceptos diferentes, sin posibilidad de sinonimia.

La discrecionalidad configura el ejercicio de una potestad legal, que provee a la Administración de una estimación subjetiva para ponderar la solución que se asimile de mayor provecho al interés general, de conformidad con lo establecido en la ley.

En otro orden, Luis Recaséns Sichés establece que la arbitrariedad consiste en “que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de la norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general”²⁹ y se caracteriza por expresar la voluntad ilegítima de quien ejerce el poder, no constituyendo

²⁷ Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa* (Madrid: Civitas S.A, 1976), 324.

²⁸Fernando Sainz Moreno, “Sobre el interés público y la legalidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, No. 82, Enero-Abril 1977, 443.

²⁹ Luis Recaséns Sichés, *Tratado General de Filosofía del Derecho* (México: Porrúa, S. A, 1983) 215.

una potestad reconocida por el Derecho, sino una definición que se sustrae del Derecho³⁰.

Por su parte, el funcionario que actúa arbitrariamente, se exime de justificar sus actuaciones, en el entendido de que son decisiones voluntarias, lo que la diferencia del accionar discrecional, toda vez que están condicionadas por ley a la motivación como requisito de validez. Fernández Rodríguez ha fijado postura, estableciendo que ambos conceptos son diferenciados por dos elementos: La motivación y la justificación³¹.

La justificación requiere de las explicaciones que sustentan el modo de actuar que ha adoptado la Administración para su decisión. En términos de Juan Igartúa Salaverría esta exposición de razones es clave en la distinción de una decisión arbitraria³².

En la misma línea de los principios, Gordillo, María Amparo Grau y José Luis Villar Palasí³³ reconocen que no se pueden obviar aquellos que representan la noción de los principios generales del derecho como límite,

³⁰ Eduardo García de Enterría, “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, *Revista de Administración Pública*, No. 124, Enero-Abril 1991, 218.

³¹ Fernández, *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, 20.

³² Juan Igartúa Salaverría, “Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial” *Revista Vasca de Administración Pública, IVAP*, No. 46, Septiembre-Diciembre 1996, 98.

³³ María Amparo Grau, *Tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa en Venezuela* vol. 1 de *El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica* (Caracas: Ediciones Funeda, 2004) 93-94.

Jose Luis Villar Palasí, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo II (Madrid: Autor editor 3, 1977), 166.

un límite externo que no puede ser violado por el contenido de los actos obtenidos de una actuación discrecional³⁴.

Se destacan los principios de oportunidad que aúnan parte de la efectividad del resto de los principios que mencionaremos a continuación, y que se equipara con las normas de buena Administración.

Racionalidad, conforme lo establecido en la Ley 107-13, “se extiende especialmente a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación administrativa. La Administración debe actuar siempre a través de buenas decisiones administrativas que valoren objetivamente todos los intereses en juego de acuerdo con la buena gobernanza democrática”³⁵;

Proporcionalidad, refiere a que la actuación de la Administración deberá ser proporcionalmente apegada al fin perseguido por la ley que confiere dicho poder discrecional.

Buena fe, la Administración actúa en base a la legalidad y sin hacer incurrir al administrado en el error o utilizando mecanismos que vayan en detrimento de su posición o derechos, y que se reconduce a la confianza legítima;

³⁴ Manuel Clavero Arévalo, “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico” *Revista de Administración Pública*, No. 54, Septiembre-Diciembre 1967, 101.

³⁵ Ley 107-13 sobre los Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Administración Pública (República Dominicana: Congreso Nacional, 2013), artículo 3.4.

Equidad o igualdad de trato como se reconoce en la Ley 107-13: “las personas que se encuentren en la misma situación serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato”;³⁶

Eficacia y eficiencia, por los cuales la Administración deberá velar por la eliminación de cualesquiera obstáculos puramente formales que imposibiliten la consecución de sus objetivos y dar respuesta diligente a los administrados, en íntima relación con la observancia de todos los anteriores principios mencionados;

Objetividad, como posible medida para evaluar la adecuación de los medios a emplear y de la decisión tomada.

Como delimitadores negativos de la acción del poder público³⁷, sustentado en los derechos fundamentales, que se reconoce como “regulación indirecta o inversa” en consideraciones de Gordillo. La existencia de límites para el ejercicio de la potestad discrecional administrativa marca uno de los aspectos fundamentales para su comprensión: conocer hasta dónde puede llegar la Administración. Su delimitación ha sido el fruto de la evolución de esta institución, en la medida que aumenta el ámbito de garantías del administrado, así aumentan los límites para la actuación administrativa.

³⁷ William Wade, *Derecho Administrativo, Estudios de Administración*, Traducción de Mariano Baena del Alcázar y Elena Bardon Fernández (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971), 90.

Capítulo II: Desviación de poder en la Administración Pública

2.1 Antecedentes de la desviación de poder

La desviación de poder ha sido objeto de investigación de importantes juristas como Carmen Chinchilla, Francisco González Navarro, quienes han dedicado extensas líneas a definir este concepto jurídico, ofreciendo importantes aportes que junto a la norma y jurisprudencia comparada se han encargado de delimitar la desviación como vicio de la discrecionalidad administrativa. El siguiente capítulo realiza un análisis de los precedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales que han servido como base a la formación de este instituto jurídico.

2.1.1. Antecedentes doctrinarios

El término desviación de poder fue utilizado por primera vez por León Aucoc, refiriéndose a la desviación del poder de policía otorgado a la Administración. Retortillo, sostiene que “el vicio que se reconoce como *ecceso di potere* ha sido una obra de la jurisprudencia, con la cual se ha hecho la verdadera valoración de la finalidad y de la tésis de la actividad administrativa”. En tanto, Carnelutti define el exceso de poder como “aquel ejercitado más allá de la medida”³⁸.

Por su parte, la doctrina europea sugiere que la desviación de poder tiene su origen histórico en la Revolución Francesa, reflejado en un exceso

³⁸ Francesco Carnelutti, “Ecceso di potere”, Revista de Diritto processuales civile N°1, 1924, 33

de poder. La Revolución Francesa generó los cambios políticos más importante que se produjeron en Europa a fines del siglo XVIII.

González Navarro, también realizó sus aportes al enriquecimiento doctrinario de la materia, al sostener que “la desviación de poder no es sino la versión administrativa de una unidad jurídica de aplicación del derecho en general, el fraude a la ley”.³⁹

2.1.2. Antecedentes jurisprudenciales

Es importante reconocer los aportes de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, abordando la actuación del juzgador, desde su alcance hasta el control, recorriendo un largo camino en la legitimación del acto administrativo; y el control de los vicios en la potestad reglada y discrecional conferida a la Administración. Hay varios precedentes del Consejo de Estado que nos sirven como referencia. Para citar algunos nos vamos a referir al caso de los arrêts “Favatier” de enero de 1902 y “Lalaque” de febrero del 1902, por medio de los cuales se integra la denominación de “desviación de procedimiento”.

Otros autores como Tawil expresan, sin embargo, “que para el año 1858 en el arrêt Vernes del 19 de mayo, ya se hacía referencia a la desviación de poder. Aun cuando la expresión no aparecía en el quehacer administrativo, ya estaba definida”.⁴⁰ El Alcalde de Trouville, actuando conforme su poder de policía, ordenó a los bañistas a vestirse y desvestirse en zonas específicas, argumentando falsas razones de moralidad y orden público. Lo que pudo comprobarse posteriormente, ya que se evidenció que el Alcalde tomó esta decisión movido por intereses económicos.

³⁹ Francisco González Navarro, *Derecho Administrativo Español: El acto y el procedimiento administrativo* (Pamplona Navarra: Editora Eunsa, 1997), 438

⁴⁰ Guido Tawil, *Administración y Justicia* (Buenos Aires: Editora Depalma, 1993), 271

En el ejemplo citado se pone de relieve que cuando el ejercicio de la potestad discrecional de la administración no tiene como finalidad satisfacer el bienestar social deviene en una desviación de poder.

Sánchez Isac destaca “que el origen de la desviación de poder puede fijarse en el arrêt Vernes. Pero es a partir de inicio de 1860 que el Consejo de Estado afronta el control y valoración de los motivos de los actos administrativos”.⁴¹ Por su parte, Tomás Ramón Fernández⁴² ha sostenido en consideraciones que coinciden con Sandevair⁴³ que en los arrêts Enjalbert del 25 de julio de 1820 y Ladrín del 4 de mayo de 1826 ya aparece el concepto de exceso de poder. El primer caso versó sobre la actuación de un alcalde, que había autorizado la construcción de un muro de terraza al borde de una calle que formaba parte de una carretera departamental contrario a lo legal y reglamentario dispuesto, cuestión que afectaba a la colectividad.

Por otra parte, como ha señalado Retortillo, “la jurisprudencia española ha usado diversas expresiones para referirse a este instituto: abuso, exceso, desviación de poder, vicio de incompetencia”. En todos estos casos la jurisprudencia ha resaltado un elemento en común, el funcionario ha operado con un fin apartado al que la norma estipula.

En la sentencia del 3 de abril de 1959 el Tribunal Supremo Español estableció que “...en la desviación de poder, el vicio de nulidad de poder,

⁴¹ Isac Sánchez, *La Desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español* (Madrid: Editora IEAL, 1973), 354.

⁴² Tomás Ramón Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración* (Madrid: Civitas, 1994), 28

⁴³ Jean Sandevair, *Etudes sur le recours du pleine juridiction* (Paris: LDGJ, 1964), 122.

no se encuentra en la incompetencia, en defectos de procedimiento o en la violación de una situación jurídica preexistente, debido a que el acto ha sido dictado por órgano competente, reviste la forma procesal requerida y ha respetado externamente la regla de derecho”.

El Consejo de la sala de lo Contencioso Administrativo de la República de Colombia emitió una importante sentencia, por medio de la cual se pone de manifiesto un caso interesante de discrecionalidad, que versa sobre el despido del señor Jesús Mario Morales Sarmiento, quien laboraba para el Hospital German Vélez Gutiérrez Betulia de Antioquia. La desvinculación se amparó en lo dispuesto por el artículo 125 de la constitución colombiana, cito:

Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan lo de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; Por violación del régimen disciplinario y por las demás causales prevista en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.⁴⁴

Sustentándose en la facultad de discrecionalidad administrativa que otorga esta disposición, la administración del hospital procede a desvincular al servidor inobservando las formalidades requeridas para estos casos, las cuales disponen el debido sustento o causas que

⁴⁴ Constitución Política de Colombia. (Colombia: Corte Constitucional de Colombia, 2015), Artículo 25.

justifiquen la actuación, no como las que justifica en el acto administrativo cuestionado:

La crisis económica: El hospital argumenta sobre una supuesta crisis económica, lo cual los lleva a tomar la decisión de despedir a este servidor lo que posteriormente se comprueba que es falso, debido a que meses después contratan a la Dra. Heidy Milena Fernández Orozco para desempeñar el cargo del cual fue desvinculado el señor Jesús Mario Morales Sarmiento, evidenciando un caso puntual de desviación de poder porque la administración sustentó su decisión en hechos y circunstancias que evidentemente se encontraban distantes al fin perseguido, que era el reemplazo en el cargo público.

La decisión que intervino sustenta lo siguiente: "La falsa motivación la hace consistir en que la Resolución 043 de 22 de agosto de 2003, que expresa que el motivo de la insubsistencia es la crisis económica por la que atraviesa la entidad, no obstante, luego de su retiro fue designada un reemplazo, con lo cual se advierte que no era cierta la necesidad de disminuir costos".⁴⁵

La desviación de poder estaba encubierta en una alegada discrecionalidad administrativa sustentada en una falsa motivación. El fin perseguido consistía en un interés particular y subjetivo de incorporar a otro servidor público. En ese contexto, se configuró la desviación de poder, al comprobarse que la desvinculación no procuraba el mejoramiento del servicio, sino beneficiar a un tercero.⁴⁶

Como refiere el juzgador, posterior a la destitución, se contrata a la Dra. Heidy Milena Fernández, bajo las mismas condiciones y funciones

⁴⁵ Consejo de Estado de Colombia, Declaran la nulidad de los actos administrativos que declararon la insubsistencia de un médico de la E.S.E. Hospital Germán Vélez Gutiérrez, al probarse la falsa motivación, <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/125.pdf> (Consultada el 3 de noviembre 2016).

⁴⁶Ibidem, 3-4.

del señor Morales, evidenciando que la decisión no obedeció a razones económicas, como se intentó justificar.

En el ámbito nacional, nuestra Suprema Corte de Justicia, por medio de la sentencia No. 27 de fecha 28 de mayo del año 1986, anula una declaratoria de utilidad pública (expropiación) por entender que los motivos de dicha actuación no eran los previstos por la ley. En esta sentencia, aunque formalmente no se apela a la técnica de la desviación de poder, materialmente, y por instituto, posee el mérito de haber empleado un método de control judicial, basado en la ponderación de que la actuación del Estado obedecía a fines distintos a los previstos en la norma.⁴⁷

2.1.3. Antecedentes Legislativos

La constitución francesa de 1791 legitimó el concepto de exceso de poder. Posteriormente, el Consejo de Estado Francés en fecha 2 de noviembre de 1864, emitió un decreto que ampliaba el ámbito de control integrado a los actos administrativos. A este respecto, la regulación española ha sido perfeccionista refiriéndose al apego de la Administración al fin que la ley justifica, estableciendo en su artículo 106 que “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento a los fines que la justifican...”.

Resulta de capital interés destacar los aspectos consagrados en la constitución así como estableciera muy atinadamente Garrido Falla⁴⁸ la positivización de una serie de principios “que atañen a las relaciones de la

⁴⁷ República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. Sentencia No. 27, 28 de mayo del 1986

⁴⁸ Fernando Garrido Falla, Comentarios a la Constitución española 2ª ed. (Madrid: Civitas, 1985)1463

Administración con los administrados, es suficiente para dar lugar a una jurisprudencia más cercana al ideal de la justicia administrativa”.

En esa línea conceptual, el ordenamiento jurídico en muchos aspectos fue complementado con la constitución y aun cuando muchos de estos principios ya estaban en el ordenamiento jurídico, como es el caso del desvío de poder, los mismos fueron incorporados con rango constitucional. Sobre este particular Chinchilla Marín nos refiere que “no se han conocido las razones que llevaron a los legisladores a seguir destacando la desviación de poder entre las causas de anulabilidad.”⁴⁹

En la República Dominicana, la ley 1494 que crea la jurisdicción contencioso administrativa establece en su artículo 1:

Art. 1.- Toda persona, natural o jurídica, investida de un interés legítimo, podrá interponer el recurso contencioso administrativo que más adelante se prevé, en los casos, plazos y formas que esta ley establece, 1ro. Contra las sentencias de cualquier tribunal contencioso-administrativos de primera instancia o que en esencia tenga este carácter, y 2do. Contra los actos administrativos violatorios de la ley, los reglamentos y decretos, que reúnan los siguientes requisitos:

d) Que constituyan un ejercicio excesivo, o desviado de su propósito legítimo, de facultades discrecionales conferidas por las leyes, los reglamentos o los decretos.⁵⁰

Por medio del referido artículo, se incorporó al sistema jurídico dominicano la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, aquellos actos que se dictasen en desviación de poder en el ejercicio de una potestad discrecional.

Por su parte, la Ley 107-13 sobre los Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Administración Pública consigna en su

⁴⁹ Carmen Chinchilla Marín, *La desviación de poder*, 2ª ed. (España: Cevitas, 2004), 40

⁵⁰ Ley 1494 que crea la Jurisdicción Contencioso Administrativa (República Dominicana: Congreso Nacional, 1947), artículo 1.

artículo 3, párrafo 10, “Principios del ejercicio normativo del poder: en cuya virtud la Administración Pública ejercerá sus competencias y potestades dentro del marco de lo que la ley les haya atribuido, y de acuerdo con la finalidad para la que se otorga esa competencia o potestad, sin incurrir en abuso o desviación de poder, con respeto y observancia objetiva de los intereses generales”.⁵¹

El citado artículo nos refiere que la Administración debe actuar evitando abusos y arbitrariedades de cualquier tipo contra las personas. Además sus actuaciones deben regirse conforme al derecho, y las mismas deben ser justas y razonables. En ese sentido, podríamos arribar a las siguientes conclusiones:

- A) La Administración pública, conforme las atribuciones que el legislador le haya conferido, implica que la misma está vinculada de manera positiva a la ley;
- B) En el ejercicio de esas actuaciones, el ente público no puede cometer abuso, exceso o desviación de poder o violentar el carácter legal al cual se encuentra sujeto;
- C) Los entes públicos deberán actuar dentro del marco de la competencia que le haya sido habilitada, las cuales previamente les han sido asignadas por la ley, orientada a satisfacer el interés general;
- D) En ausencia de una norma, de forma excepcional la Administración puede actuar de manera discrecional, pero con las previsiones de

⁵¹ Ley 107-13 sobre los Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Administración Pública (República Dominicana: Congreso Nacional, 2013), artículo 3.10.

que dicha actuación no puede ser ilegal, arbitraria, irracional y alejada del interés general.

La referida ley continúa legitimando este instituto, estableciendo en su artículo 14, párrafo I la invalidez de los actos administrativos, como reza: “Se considerarán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, los que vulneren las normas de procedimiento, los que carezcan de motivación suficiente en el ejercicio de potestades administrativas regladas, y los que se dicten en desviación de poder por cuanto aun respetando las formas externas de su producción se aparten del fin para el que se otorgó la potestad”.⁵² De la interpretación del texto legal entiéndase por anulables todos los actos que transgredan lo dispuesto por la ley, los que no contengan motivación cuando se dicten en virtud de una potestad reglada y aquellos en los que la Administración no actúa conforme a la finalidad de la potestad conferida.

El legislador estableció una garantía para el ciudadano, la cual está estrechamente vinculada con los principios de seguridad jurídica, de confianza legítima y de certeza, principios estos que se erigen como ejes cardinales del estado social y democrático de derecho.

El artículo 9.2 de la referida ley⁵³, condiciona la validez de los actos de contenido discrecional a que los mismos estén motivados, siendo la motivación y justificación los linderos entre una actuación discrecional y la arbitrariedad.

⁵² Ley 107-13 sobre los Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Administración Pública (República Dominicana: Congreso Nacional, 2013), artículo 14.1.

⁵³ Ley 107-13 sobre los Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Administración Pública (República Dominicana: Congreso Nacional, 2013), artículo 9.2.

2.2 Concepto de desviación de poder

Según Gordillo: “existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa, subjetiva u objetivamente con una finalidad (ergo, psicológicamente o de acuerdo a lo que sugieren objetivamente las presunciones y datos que rodean el comportamiento administrativo)”.⁵⁴

Por su parte, Henríquez Martínez, define la discrecionalidad como “el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en esta de los cuales les fue conferido tal poder; es decir, distinto del bien del servicio”.⁵⁵

Cuando la administración se aparta del fin que expresa o tácitamente le asigna la norma que la habilita para actuar, se dice que ha incurrido en desviación de poder. Desviación de poder es, pues, el vicio que afecta el elemento reglado de todo acto administrativo que es el fin.⁵⁶

De esta definición de Chinchilla se puede colegir que cuando la ley confiere una atribución determinada a un funcionario es con el interés de que se cumpla sin apartarse de la finalidad legal, sin importar la naturaleza de que se trata.

⁵⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Editora Macchi, 2012), 225.

⁵⁵ Martínez, Enrique. Desviación de poder. En revistas.um.es (consulta: 26 de octubre 2016 <http://revistas.um.es/analesumderecho/article/viewFile/103271/982511>)

⁵⁶ Carmen Chinchilla Marín, *La desviación de poder* (Madrid: Civitas, 2004), 119.

2.3 Tipos de desviación

Gamero Casado sostiene que la desviación de poder se clasifica en función de la naturaleza del fin que se pretende alcanzar mediante la desviación de poder, de lo cual se deriva la distinción entre la desviación de poder privada y la pública.

- A) Desviación de poder privada: mediante el ejercicio de la potestad administrativa se pretende alcanzar un fin privado, un beneficio particular, que puede derivarse tanto a favor de quien ejerce la potestad como de un tercero⁵⁷

- B) Desviación de poder pública: la potestad se emplea para un fin distinto del ordenamiento jurídico, pero en beneficio del interés general. No se ha perseguido satisfacer el interés particular del aplicador de la potestad o de un tercero, sino el interés general. Aun así, existe un vicio en la actuación administrativa, pues se ha violado el principio de legalidad: aunque la actividad en cuestión redunde en beneficio de la colectividad, y no de intereses privados, la Administración no se encuentra habilitada para llevar a cabo la actuación.⁵⁸

Un ejemplo de ello es el caso de adjudicación de un contrato a una empresa, no a razón de que su oferta sea la mejor, sino a cambio de que ceda a la Administración un edificio, sin que tal cesión se incluya en las condiciones del contrato.

⁵⁷ Eduardo Gamero Casado, *Derecho Administrativo: monografías*, 12ª ed. (Madrid: Tecnos, 2015), 70.

⁵⁸ Gamero, *Derecho Administrativo: monografías*, 70

2.4 La prueba en la desviación de poder

Carmen Chinchilla nos refiere sobre el particular, que la prueba de la desviación de poder implica, en cierto modo, un psicoanálisis de la Administración en el que el poder del juez es enorme, ya que el fin perseguido por la Administración realmente será, en definitiva, el que el juez considere en su íntima convicción.⁵⁹

Asimismo, los doctrinarios y conocedores de la figura establecen que la prueba en la desviación de poder es una de las cuestiones más difíciles, ya que quien la invoca tiene el deber de probarla ante los tribunales.

Por su parte, Elifonso Cardona expone que existen dos tipos de doctrinas dominantes acerca de la dificultad probatoria de la desviación de poder. La primera refiere una posición cerrada de que la carga de la prueba recae sobre quien la alega o tiene indicios de la desviación de poder quien debe probarla, de ahí que se desprendan 3 medios de prueba, los cuales se describen: circunstancias del acto, piezas del expediente e indicios".⁶⁰ La segunda doctrina es la posición abierta que se refiere a que en la jurisdicción administrativa debe existir mayores poderes para poder encontrar las pruebas y actuar de la manera más activa en el proceso con el fin de encontrar la verdad.⁶¹

El juez en sus atribuciones, le corresponde saber si la desviación de poder se llevó o no a cabo, porque es por su íntima convicción que se determinará la ocurrencia de un exceso o desviación, de un vicio de la

⁵⁹Chinchilla, *La desviación de poder*, 19

⁶⁰Notariado colombiano, La prueba de la desviación de poder <http://www.notariadocolombiano.com.co/?q=node/6382>

⁶¹Chinchilla, *La desviación de poder*, 60.

administración, apreciación que salvo desnaturalización de los hechos escapa al control de la casación.

Debido a estos hechos es que diferentes doctrinarios han dejado por establecido que el poder del juez administrativo debe ir más allá en su accionar, porque de otro modo no se podría aplicar una verdadera justicia redistributiva que garantice la objetiva ventilación de los hechos vinculados a la causa. Entre las libertades que debe tener el juez en su accionar se encuentra la facultad de exigir a toda institución del poder ejecutivo cualesquiera documentaciones que considere necesarias para la instrucción de un proceso, y es que de no hacerlo se configuraría la denominada presunción de la desviación de poder, en vista de que la entidad que no entregue dichos documentos que guarden vinculación con la actuación atacada, incurrirá en una aquiescencia implícita.

En torno a esta presunción, algunos juristas se han referido estableciendo que la prueba de la desviación de poder depende de varias concepciones. Así lo establece Carmelo Redondo, quien sugiere que el fin inmoral de la desviación de poder, lo que busca es la moralización de la acción administrativa, y otro que la inmoralidad deba ser su base.⁶²

Carmelo Redondo, agrega que en muchas ocasiones la desviación de poder puede tener origen en un acto inmoral del funcionario que lo llevó a cabo, y es entonces cuando la prueba tiene un valor definitivo.⁶³

⁶² Ministerio de Justicia de España, Desviación de poder doctrina del tribunal supremo, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774520995/ListaPublicaciones.html?inicio=351&tipo=HistoricoEstudios>

⁶³ Ibidem

Somos de opinión que los casos que presentan menor dificultad para la prueba de desviación de poder son los que se derivan de las concesiones, en aquellos donde no se sigue el procedimiento preestablecido por la ley y los reglamentos. Se determina que se ha incurrido en desviación de poder, aplicación con celeridad excesiva por el solo hecho de darle ganancias económicas a un particular, alejándose del fin o bien común, vulnerando la imparcialidad de la administración por estar interesado en los efectos del acto potestativo.

Otros casos a citar, cuando se produce cambio de gobierno, se ejecutan destituciones, siendo estas decisiones en base a la discrecionalidad administrativa sin motivaciones y por razones apartadas al espíritu del legislador, que en ocasiones varias tienen como fin satisfacer un interés particular.

Del análisis del tema, siguiendo los postulados de la profesora Carmen Chinchilla, se puede colegir que la prueba de la desviación de poder no puede ser plena, es decir que la divergencia de los fines nunca será evidenciada por el acto. Dada la naturaleza de la desviación de poder, la prueba plena sería imposible de realizar.⁶⁴

Capítulo III: Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa

3.1. Técnicas de control de la discrecionalidad

Se ha dicho en repetidas ocasiones que la finalidad de la Administración es satisfacer las necesidades de las personas y proveer servicios públicos. Es en ese quehacer, con el interés de que el Estado se mantenga equilibrado y

⁶⁴ Chinchilla, *La desviación de poder*, 223.

evitar que se cometan abusos de poder, que surge el control del ejercicio de la actividad de la Administración.

La discrecionalidad consiste en la existencia de una pluralidad de soluciones, que permite a la administración elegir libremente. Es por ello que el control de la discrecionalidad funciona bajo la observación de los límites establecidos por la ley y el derecho en cada caso.

Como han establecido García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “la inicial pluralidad de soluciones que la norma habilitante de un poder discrecional hace posibles, se reduce notablemente en los casos concretos, como consecuencia natural del propio procedimiento administrativo que la Administración viene obligada a seguir en todo caso para efectuar la elección que esa norma permite”.⁶⁵

En otro orden, la jurisprudencia francesa ha establecido que el acto discrecional se controla indagando si ha existido una incorrecta aplicación del derecho; una desviación de poder; o lo que podría ser en determinados casos un uso inmoral de la potestad administrativa.

En cuanto al principio de proporcionalidad, este principio, básicamente se puede apreciar en materia de expropiación forzosa para evaluar si los beneficios que se desprenden de la construcción de una obra justifican los deterioros ambientales y otros perjuicios que afectan directamente a la población.

El control de la proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad del criterio de la potestad discrecional de la administración se hace posible,

⁶⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, 13ª ed. (España: Editorial Aranzadi, SA, 2006), 489.

una vez dicho criterio se explica y justifica razonadamente. Es por ello que la motivación de las decisiones administrativas discrecionales tiene una relevancia material y formal para el control judicial.

Tomás Ramón Fernández al referirse el control jurisdiccional del poder discrecional de la Administración, considera que:

El recurso por exceso de poder responde todavía a la excepcionalidad de sus orígenes como un proceso objetivo que no se traba entre verdaderas partes procesales, cuyo único objeto posible es la mera anulación de los actos administrativos irregulares y que concluye, en consecuencia con el reenvío a la Administración para que, tras la anulación del acto recurrido esta haga lo que sea de derecho.⁶⁶

Desdentado Daroca entiende que:

En la doctrina científica y jurisprudencial de España en general, se ha mantenido la concepción subjetiva de la desviación de poder siguiendo la doctrina francesa. De esta manera, es importante determinar que consciente y deliberadamente se persigue un fin distinto del que sabe que le corresponde satisfacer en el ejercicio de la potestad.⁶⁷

Por su parte, Chinchilla Marín expresa que “si falta ese elemento de intencionalidad la Administración no habrá incurrido en un vicio de desviación de poder sino en un error de hecho o de derecho controlable a través de la verificación de los hechos determinantes”.

Además de las técnicas de control citadas ut-supra podemos agregar las siguientes:

- A) La técnica del control de los vicios de orden público, que refiere a la falta de competencia o los defectos de procedimiento.

⁶⁶ Tomás Ramón Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración* (Madrid: Editora Civitas, 1994), 29

⁶⁷ Eva Desdentado Daroca, *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento Urbanístico Construcción Teórica y Jurisprudencial* (Navarra: Editora Aranzandí, 1997), 214.

B) La técnica de control del fin del acto, que siempre será de interés público y que conduce al control de la desviación de poder.

Hemos precisado que la discrecionalidad administrativa tiene algunos elementos reglados, y que toda actividad administrativa se orienta a la consecución de determinados fines que pueden estar expresa o implícitamente señalados en el ordenamiento jurídico. En este caso, se controla el cumplimiento de un fin predeterminado, conforme a criterios jurídicos. El control es por tanto de juridicidad.

3.2. La polémica en torno al control judicial de la discrecionalidad administrativa

Para algunos doctrinarios la interpretación de las relaciones entre la administración y la jurisdicción contenciosa debe estar sujeta al respeto de la actuación administrativa libre, de manera que la jurisdicción no pueda sustituir la decisión administrativa. En ese sentido, Nieto nos refiere “la actividad revisora de los tribunales debe limitarse a la comprobación de la regularidad formal del proceso de formación del juicio que el órgano administrativo tiene encomendada por la ley”⁶⁸.

Toda actuación jurídica debe fundarse en una racionalidad intrínseca, guardando estrecha coherencia con los hechos que la determinan y la finalidad pública que se persigue. Cualquier decisión que se aparte de las reglas de la racionalidad y el buen sentido se considera ilegal y arbitraria.

⁶⁸ Alejandro Nieto, Reducción jurisdiccional a la discrecionalidad en materia disciplinaria *RAP*, N° 44, 147

Para Sánchez Morón, el problema reside en determinar qué es lo racional en cada caso, pues, según su consideración, a efectos del control jurisdiccional de una decisión discrecional, no se trata de sustituir una decisión que tenga una lógica propia por otra distinta basada en diferentes razones, aunque estas últimas puedan parecer más atendibles al juzgador.⁶⁹ Por tanto, los tribunales habitualmente ejercen con tutela ese control de la racionalidad de la decisión, pues solo cuando la decisión aparece desprovista de razón o incurre en un manifiesto error por irrazonable puede afirmarse que se trata de una decisión arbitraria.

En cuanto al control de la discrecionalidad técnica, también han surgido amplias dificultades, como en su momento expresó el doctrinario Dromi al indicar que quien ose de auspiciar un control sobre la racionalidad de una decisión técnica discrecional, le espera igualmente un viacrucis de “tarascadas escalonadamente dispuestas” que lo dejarán baldado.⁷⁰

3.3. Facultad discrecional: criterios jurisprudenciales

Se ha realizado un estudio de la jurisprudencia nacional reciente, en materia contenciosa administrativa, analizando la posición de la Suprema Corte de Justicia frente al alcance de la potestad discrecional concedida a algunos órganos del Estado.

⁶⁹ Miguel Sánchez Morón, *Derecho administrativo, parte general*, 4ª ed. (Madrid: Editorial Tecnos, 2008) 96

⁷⁰ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 11ª ed. (Buenos Aires: Hispania Libros, 2006), 48.

3.3.1 Caso de la Oficina Nacional de la Propiedad Industrial (ONAPI). Declaratoria de abandono de solicitudes de registro

El presente caso surge en ocasión de la declaratoria de abandono dictada por la Onapi contra una solicitud de registro de diseño industrial de automóvil, planteada por la compañía Hyundai Motors Company.

Resulta que, Hyundai Motors Company depositó ante la ONAPI su solicitud de registro en fecha 8 de diciembre del 2009; que en fecha 16 de diciembre de 2009, la Onapi le comunicó a la parte recurrente que debía depositar una serie de documentos para completar la solicitud; que en fecha 10 de febrero de 2010, el Departamento de Inversiones y Diseños Industriales de la Onapi, dictó la resolución No. 044-2010, por la cual declaraba el abandono de la solicitud y ordenaba el archivo definitivo del expediente.

La Suprema Corte de Justicia, por medio de sentencia 45, B.J. No. 1248 del 19 noviembre del 2014, sentó precedente haciendo las consideraciones siguientes:

Considerando...si bien es cierto que el artículo 66 numeral 190 de la Ley 20-00, modificado por el artículo 8 de la Ley 424-06, establece un plazo de 30 días para responder ante cualquier requerimiento de la Oficina Nacional de Propiedad Industrial (onapi), la cual podrá declarar el abandono, no menos cierto es que la resolución que lo establezca debe de estar bien motivada, y en el caso de la especie, este Tribunal entiende que la declaración de abandono de la Onapi, adolece de motivación, sobre todo, cuando la recurrente ha dado muestras más que suficientes de su deseo de registrar su diseño, ...razones por las cuales este Tribunal considera que la solicitud de la recurrente debe ser acogida, toda vez que la recurrida debe dar un trato igualitario a todos los usuarios.⁷¹

⁷¹ Proceso contencioso administrativo. Declaratoria de abandono de solicitudes de registro,

http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas_sentencias/detalle_info_sentencia_s.aspx?ID=124840045 (consultada el 6 de noviembre de 2016)

A juicio de la Suprema Corte de Justicia y conforme el espíritu de las disposiciones del artículo 146 (D) de la ley 20-00 sobre Propiedad Industrial, por medio del cual se faculta a los departamentos de signos distintivos y de invenciones para declarar el abandono de las solicitudes de registro, previo análisis de formalidades y plazos establecidos en la ley 424-06 de Derecho de Autor, formalidades que no fueron tomadas en cuenta por la institución al momento de emitir su resolución.

En primer término, la decisión de Onapi de declarar el abandono de la solicitud debía establecer las razones que justificaban dicha resolución, como requisito de validez de las actuaciones discrecionales, en virtud de las disposiciones del artículo 9.2 de la Ley No. 107-13 sobre derechos de las personas en sus relaciones con la Administración, cuestión que conforme lo evidenciado por la corte no ocurrió.

Además, en el año 2003 la institución había aprobado una patente cuyo depósito se produjo vencido el plazo establecido, y aun cuando en el caso que nos ocupa la solicitante demostró con los presupuestos presentados, que no fue negligente y dio seguimiento a la solicitud, la administración se despacha con una resolución que a todas luces es arbitraria y que transgrede el principio de igualdad de trato, establecido por la ley 107-13 en su artículo 3.5, del cual debe ser garante el Estado dominicano.

3.3.2 Caso Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. Facultad de desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción

La acción se origina como consecuencia de que el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social mediante acción de personal núm. 02905 de fecha 23 de febrero de 2010, procedió a desvincular al Dr. Leonardo Andújar Zaiter, del puesto que ocupaba como Médico Asistente con unidad

de trabajo en el Hospital Infantil Dr. Robert Reid Cabral, con el interés de preservar la buena imagen de la institución, ya que conforme sus alegatos, el servidor estaba incurriendo en actuaciones reñidas con la ética y la moral en el ejercicio de su profesión de manera reincidente.

No conforme con esta decisión, el Dr. Andújar interpuso los correspondientes recursos administrativos contemplados por la Ley No. 41-08 ante las autoridades competentes, medio silencio administrativo. En vista de lo anterior, interpuso recurso contencioso administrativo en fecha 2 de julio del 2010, el cual fue instruido y fallado por sentencia que ordenó su reintegro al cargo y el pago de los salarios dejados de percibir.

La decisión fue recurrida por ante la Suprema Corte de Justicia y devino en la sentencia 37, B.J. NO. 1244 del 09 JULIO del 2014, sustentada en las consideraciones siguientes:

Considerando,...dicho tribunal dictó una decisión con motivos erróneos que lo condujo a desconocer el alcance de la discrecionalidad administrativa, que es un atributo que el legislador le ha concedido a la administración para que determine por ella misma las consecuencias jurídicas de un determinado presupuesto de hecho, lo que debe ser hecho conforme a derecho y respetando siempre los límites de esta discrecionalidad; lo que en la especie le ha sido conferido a la Administración por la Ley de función pública al instituir esta facultad discrecional en el caso de la destitución de los funcionarios de libre nombramiento y remoción;⁷²

La Ley No. 41-08 de Función Pública, en su artículo 94.1 confiere a la Administración la potestad discrecional de destituir a aquellos empleados que conforme lo dispuesto por la ley sean considerados de libre nombramiento y remoción.

⁷² Contencioso Administrativo. Facultad del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social de desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción, http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas_sentencias/detalle_info_sentencia.s.aspx?ID=124440037 (Consultada el 6 de noviembre de 2016).

En el caso desarrollado en los párrafos ut supra, la Administración tomó una decisión, a nuestro parecer, apegada a los principios de racionalidad, debido proceso, proporcionalidad, en un ejercicio normativo del poder y salvaguardando la seguridad jurídica y certeza normativa de actividad de la Administración.

Por otro lado, la motivación y los criterios de oportunidad a los que la Administración sometió la actuación que derivó en la desvinculación del servidor público, fueron determinantes para declarar la validez de dicho acto. Visto desde esta óptica, con ello el Ministerio de Salud Pública garantizó también el derecho a la buena Administración pública del cual es titular cada administrado.

3.3.3 Caso Ayuntamiento del Municipio de Santiago. Competencia de la Oficina Municipal de Planeamiento Urbano para otorgar o negar los permisos de uso de suelo

En fecha 17 de enero del 2012 la Asociación Cristiana Torre de Vigía, Inc., interpuso recurso contencioso administrativo por negativa de uso de suelo para la construcción de un templo religioso, contra el Ayuntamiento del Municipio de Santiago; que sobre este recurso, la Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago en fecha 28 de septiembre de 2012, ordenó al Ayuntamiento del Municipio de Santiago a través de la Oficina Municipal de Planeamiento Urbano a conceder a la Asociación Cristiana Torre de Vigía, Inc., el uso de suelo para la construcción de una iglesia. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia estableció lo siguiente:

Considerando, ... que dicho tribunal por un lado reconoce la competencia legal de la Oficina Municipal de Planeamiento Urbano para otorgar o negar los permisos de uso de suelo basado en los criterios de inclusión y de equidad social, mientras que por otro lado, desconoce esta facultad discrecional de la Administración cuando afirma que “esta facultad no depende del criterio personal de quien suscriba la decisión”, con lo que

olvida que en la especie no se trata de un criterio subjetivo ni personal, sino que el acto recurrido ante dicha jurisdicción proviene del ejercicio de una potestad discrecional conferida por la ley a los municipios para que a través de la Oficina de Planeamiento Urbano tengan la libertad de conceder o no dichos permisos, actuando dentro del marco del ordenamiento jurídico vigente y con el objetivo de garantizar la protección del interés público o el bien común;...⁷³

De conformidad con el artículo 126 de Ley No. 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios, “en cada ayuntamiento habrá una oficina de planeamiento urbano, cuyo objetivo central es asistir técnicamente al Ayuntamiento y a las comunidades en el diseño, elaboración y ejecución de los planes de desarrollo del municipio, y regular y gestionar el planeamiento urbanístico, uso de suelo y edificación en las áreas urbanas y rurales del territorio municipal, desde criterios de inclusión y equidad social y de género, participación y eficiencia”.

A este respecto, la Suprema Corte de Justicia reconoció el carácter legítimo del acto administrativo que rechazó la solicitud de uso de suelo planteada por la Asociación Cristiana Torre de Vigía, Inc., pues contrario a lo establecido por el juez de lo contencioso, la Administración observó las precisiones que hace la ley para el dictado de actos en el ejercicio de una potestad discrecional.

La discrecionalidad administrativa, cuando se sustenta en una decisión motivada, respetando los principios de buena fe, razonabilidad y salvaguardando la seguridad jurídica y certeza normativa, como ocurrió en el presente caso, está legitimada. Tal y como ha establecido la Suprema Corte de Justicia, en primer orden, la Oficina de Planeamiento Urbano,

⁷³ Contencioso Administrativo. Competencia de la oficina municipal de planeamiento urbano para otorgar o negar los permisos de uso de suelo, http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas_sentencias/detalle_info_sentencia.s.aspx?ID=123740010 (consultada el 6 de noviembre de 2016).

explicó por medio de correspondencia de fecha 17 de agosto del 2011, los motivos de peso que justificaron su resolución.

Además, es importante destacar que el municipio de Santiago, cuenta con un plan de ordenamiento territorial, que permite determinar con mayor alcance técnico la protección del interés público y ceñimiento que tuvo la Administración al momento de evaluar el plano urbanístico aprobado para la zona donde se localiza el terreno y constatar que no estaba dentro del ámbito del 3% de la zona destinada para esparcimiento, encontrándose en el ámbito del área declarada residencial.

De igual modo, la sentencia aporta una definición clara de acto discrecional, al considerar que: “es el que permite a la Administración escoger libremente entre dos o más posibilidades igualmente justas, siempre que su decisión esté debidamente motivada y que su actuación se enmarque dentro de los principios que sostienen el ordenamiento administrativo”.

3.3.4 Caso Dr. Rafael Percival Peña, General de Brigada Piloto. Potestad del presidente de la República de nombrar o destituir a los integrantes de las jurisdicciones militar y policial

En fecha 16 de agosto de 2010 fue dictado por el Poder Ejecutivo el Decreto núm. 452-10, mediante el cual pone en retiro por antigüedad en el servicio al señor Rafael Percival Peña, quien se desempeñaba como General de Brigada Piloto al servicio de las Fuerzas Armadas; no conforme con esta disposición, el señor Percival interpuso acción constitucional de amparo ante el Tribunal Contencioso Administrativo, que en fecha 18 de enero de 2011 dictó una sentencia rechazando su solicitud.

El accionante eleva recurso de casación contra la decisión que rechaza el amparo, a propósito del cual la Suprema Corte de Justicia pronunció la sentencia marcada con el No. 15 B.J. NO. 1214 del 18 ENERO 2012, esbozando las consideraciones siguientes:

Considerando, ...que luego del análisis pormenorizado del presente expediente, se ha podido comprobar que el asunto controvertido consiste en determinar si el Poder Ejecutivo, al poner en retiro por antigüedad en el servicio mediante decreto núm. 452-10 del 16 de agosto del año 2010, ha violado derechos fundamentales del accionante, Dr. Rafael Percival Peña General de Brigada Piloto, en especial, el derecho a la igualdad y a la no discriminación; ...el Presidente de la República, como máximo representante del Poder Ejecutivo, posee el poder discrecional de poner en retiro a los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional, por lo que el Decreto núm. 452-10 se enmarca dentro de sus competencias constitucionales y legales, y en consecuencia no se puede considerar al mismo como violatorio de ningún derecho fundamental;...⁷⁴

Para analizar a fondo el presente caso debemos iniciar reconociendo que el Presidente de la República en su calidad de comandante en jefe y autoridad suprema de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y demás cuerpos de seguridad del Estado, tiene la facultad de destituir los integrantes de las jurisdicciones militares y policial, con ello también garantizar la seguridad nacional y la soberanía, conforme las disposiciones del artículo 128 de nuestra constitución.⁷⁵

En este mismo orden, podemos citar el caso del coronel Elías Wessin y Wessin, en ocasión de la actuación del Presidente Juan Bosch por la cual ordenó su destitución de la Fuerza Aérea. Esta medida administrativa

⁷⁴ Contencioso Administrativo. Potestad del Presidente de la República de nombrar o destituir a los integrantes de las jurisdicciones militar y policial, http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas_sentencias/detalle_info_sentencia_s.aspx?ID=121440015 (consultada el 9 de noviembre de 2016).

⁷⁵ Constitución de la República Dominicana. (República Dominicana: Asamblea Nacional, 2015), artículo 128.1.c.

afectó los intereses de los altos mandos militares, quienes la rechazaron. Ante tal actitud de desobediencia, el Presidente Bosch amenazó con renunciar ante el Congreso, expresando que si no tenía el poder de mover los miembros de los cuerpos militares prefería renunciar al cargo de presidente.

El jefe de Estado entendía como un golpe a la democracia y un retroceso del derecho constitucional, las acciones que según rumores venían orquestándose en torno a su gobierno, atentando contra el Estado Social y Democrático de derecho, aspectos estos de interés general que fijan un punto de análisis referencial frente al caso del general Percival, atendiendo a que el presidente decide sobre su destitución por razones de interés público.

Otro aspecto a destacar en el caso del general Percival es la alegada violación al principio de igualdad o discriminación a la que refiere haber sido objeto con esta decisión, que a su entender fue arbitraria. El criterio jurisprudencial, al cual nos suscribimos, es que la Administración obró conforme al debido proceso y sin lesionar la dignidad humana del ciudadano, ya que en las motivaciones del acto administrativo emanado del poder ejecutivo no se verifica contenido que afecte la moral o buen nombre del accionante.

3.3.5 Caso Cámara de cuentas. Facultad del pleno para nombrar y remover a todo el personal administrativo y técnico de la institución

El caso se origina a razón de que la Cámara de Cuentas, decide mediante DEC-2011-035, desvincular a la señora Isabel Martínez de la Cruz, decisión que fue atacada por vía administrativa y contenciosa.

A propósito del recurso contencioso el Tribunal Superior Administrativo decide dejar sin efecto la decisión de desvinculación, sentencia con la cual la Administración no estuvo conforme, en consecuencia interpuso recurso de casación.

Apegada al criterio fijado por la Suprema, somos de opinión que al no estar en discusión el hecho de que la accionante era una servidora de libre remoción y al verificarse que los artículos 19 de la Ley 10-04 y 94 de la Ley 41-08 le otorgan al pleno de la Cámara de Cuentas la facultad discrecional para desvincular a servidores públicos de libre nombramiento y remoción, resulta evidente que el desconocimiento de esta facultad por parte del Tribunal Superior Administrativo lo condujo a dictar una errática decisión.

El pleno de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana puede nombrar y remover a todo el personal administrativo y técnico de la institución, atendiendo a la necesidad existente, y de ninguna manera puede desconocerse ese poder discrecional, siempre que se ejerza respetando los principios que norman la administración pública.

Conclusiones

Los precedentes jurisprudenciales comentados refuerzan el concepto discrecionalidad como la facultad que la ley confiere a la Administración para cumplir libremente su finalidad. Si bien se encuentra sometida al principio de juridicidad, el control jurisdiccional no debe ser invasivo, mucho menos sustractivo de la función esencial de la Administración. Lo anterior no implica que los tribunales deban abstenerse de controlar la actuación de la Administración, sin embargo, el control jurisdiccional debe reconocer la independencia de poderes; el principio de legalidad y la propia discrecionalidad como linderos al momento de dictar sus decisiones.

La función de la Administración Pública no puede consistir únicamente en el estricto sometimiento al ordenamiento jurídico, sino que su actividad debe ir en procura de cumplir la función esencial del Estado: protección efectiva de los derechos de las personas, conforme lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Constitución.

El estudio realizado ha permitido lograr los objetivos planteados, pudiéndose constatar que la creación de los tribunales de primer grado en sede contenciosa administrativa reforzará la íntima convicción y el poder soberano de apreciación del juez de lo contencioso. El Poder Judicial tendrá mayor alcance para controlar objetivamente la discrecionalidad y sus decisiones derivarán en un control jurisdiccional más objetivo, salvaguardando la tutela judicial efectiva. Facultar al juez de lo contencioso a requerir de la Administración todas las pruebas necesarias para desvelar la verdad material, contribuirá a un control más efectivo de la desviación de poder.

La Ley 107-13 sobre los derechos y deberes de las personas en relación con la Administración Pública, si bien ha constituido un avance significativo, en procura de alcanzar la protección efectiva de los derechos de la persona, parecería que los entes de la Administración no están listos para la aplicación de esta normativa, no obstante a que la misma tuvo una *vacatio legis* de 18 meses, los distintos órganos de la Administración tienen la labor de desarrollar una intensa jornada de inducción a fin de que la completa incorporación de esta ley al ordenamiento jurídico no encuentre mayores obstáculos, misión que atañe inclusive a los órganos jurisdiccionales.

La discrecionalidad administrativa debe ejercerse en el marco de los límites que establece la ley y los principios constitucionales. Por consiguiente, el control jurisdiccional tendrá que ser riguroso observando su competencia. Al mismo tiempo y debido a que es el propio legislador que ha concedido a la Administración la potestad discrecional en ciertas actuaciones, el juez de lo contencioso debe ser cuidadoso de no incurrir en una ilegitimidad de sus decisiones al momento de controlar la actividad administrativa.

Las sentencias que controlan el ejercicio de la potestad discrecional deben estar fundamentadas y en estricto ceñimiento a la ley, lo contrario implicaría un exceso de poder o lo equivalente a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La facultad de anulación de los actos discrecionales contrarios a derecho, resulta trascendental en términos jurídicos y puede producir consecuencias sociales, económicas y políticas, sobre todo cuando se enjuician reglamentos, planes o actos de eficacia general. De ahí la necesidad de que las decisiones de los tribunales administrativos sean el resultado de un análisis exhaustivo y objetivo, no solo del acto en sí, sino de los fines alcanzados.

Recomendaciones

Es necesario que el juez de lo contencioso sea cuidadoso enjuiciando las actuaciones de la administración, dado el efecto de determinados actos administrativos. El control judicial, amén de procurar el ceñimiento al ordenamiento legal y la supremacía de la constitución, no debe tornarse tan restrictivo de la potestad discrecional, al extremo de amenazar los intereses de la colectividad y por consiguiente el fin mismo de la administración.

Si bien se acepta que los tribunales pueden hacer numerosos aportes para mejorar el funcionamiento de la Administración, esta contribución debe prestarse a través de la función propia del juez, y no excediendo su competencia.

En consecuencia, es necesaria una legislación que disponga la creación de los tribunales contenciosos de primer grado. Dada la especial trascendencia de esta jurisdicción contenciosa, deberá primar un criterio de selección de los jueces basado en méritos académicos, idoneidad y grado de especialización, en estricto cumplimiento del artículo 21 de la Ley No. 327-98 de Carrera Judicial y su reglamento de aplicación.

La creación de los tribunales de primer grado en sede contenciosa administrativa reforzará la íntima convicción y el poder soberano de apreciación del juez de lo contencioso. El Tribunal Superior Administrativo se constituirá en un tribunal de alzada y por consiguiente facultado al nuevo conocimiento de la legalidad de los actos administrativos sometidos a control jurisdiccional. El Poder Judicial tendría mayor alcance para controlar objetivamente la discrecionalidad y sus decisiones derivarán en un control jurisdiccional objetivo.

La labor de la Suprema Corte de Justicia amén de estar limitada a verificar la correcta aplicación del derecho seguirá perfeccionando el control jurisdiccional de la Administración.

El proyecto de reforma sobre el procedimiento contencioso administrativo debe abordar la carga de la prueba para aplicar el control jurisdiccional de la desviación de poder. La carga de la prueba en el proceso contencioso administrativo debe recaer sobre a la Administración, a quien debería corresponder aportar todos los medios probatorios para reforzar la presunción de buena fe de sus actos.

Bibliografía

- Amparo Grau, María. 2004. *Tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa en Venezuela* vol. 1 de *El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico administrativo de la libertad económica*. Caracas: Ediciones Funeda.
- Atienza, Manuel. 1995. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Enero-Marzo.
- Carnelutti, Francesco. 1924. Ecceso di potere. *Revista de Diritto processuales civile*, N°1.
- Cassagne, Juan Carlos. 1988. *Los principios legales del derecho en el derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Chinchilla Marin, Carmen. 2004. *La desviación de poder*, 2ª ed. España: Cevitas.
- Ciriano Vela, César David. 2002. *Administración económica y discrecionalidad: un estudio normativo y jurisprudencial*. Valladolid: Lex Nova.
- Clavero Arévalo, Manuel. 1967. La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico. *Revista de Administración Pública*, Septiembre- Diciembre.
- Consejo de Estado de Colombia. Acción de nulidad y restablecimiento.
<http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/125.pdf>
(Consultada el 3 de noviembre 2016).

- Constitución de la República Dominicana. 2015. República Dominicana: Asamblea Nacional.
- Constitución política de Colombiana. 2015. Colombia: Corte constitucional de Colombia.
- Cretella, Junior. 1964. *Do desvío de poder*. San Pablo: Editora Revista dos Tribunais.
- Culp Davis, Kenneth. 1995. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos S.A.
- Desdentado Daroca, Eva. 1999. *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico*. Navarra: Aranzadi.
- Dromi, Roberto. 2006. *Derecho administrativo. 11ª ed.* Buenos Aires: Hispania Libros.
- Dworkin, Ronald. 1984. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel S.A.
- Fernández Farreres, Germán. 1999. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y Análisis jurisprudencial, 2ª ed.* Madrid: Aranzadi.
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. 1991. *Arbitrariedad y Discrecionalidad*. Madrid: Cuadernos Civitas S.A.
- Fernández Vásquez, Emilio. 1981. *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires: Astrea.
- Fiorini, Bartolomé. 1952. *La discrecionalidad en la Administración Pública*. Argentina: Alfa.
- Gamero Casado, Eduardo. 2015. *Derecho Administrativo: monografías, 12ª*. Madrid: Tecnos.

- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. 2006. *Curso de derecho administrativo I*, 13^a ed. España: Editorial Aranzadi, SA.
- García de Enterría, Eduardo. 1991. ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? *Revista de Administración Pública*, Enero-Abril.
- Garrido Falla, Fernando. 1985. *Comentarios a la Constitución española 2^a ed.* Madrid: Civitas.
- Garrido Falla, Fernando. 2001. El recurso subjetivo de anulación. *RAP*, N° 8.
- González Navarro, Francisco. 1997. *Derecho Administrativo Español El acto y el procedimiento administrativo.* Navarra: EUNSA.
- Gordillo, Agustín. 2012. *Tratado de Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Editora Macchi.
- Guasp, Jaime. 1971. *Derecho administrativo.* Madrid: Instituto de estudios políticos.
- Igartúa Salaverría, Juan. 1996. Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial. *Revista Vasca de Administración Pública. IVAP*, Septiembre-Diciembre.
- Ley 107-13 sobre los Derechos y Deberes de las Personas en relación con la Administración Pública. 2013. República Dominicana: Congreso Nacional.
- Ley 1494 que crea la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 1847. República Dominicana: Congreso Nacional.

- Ley 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios. 2007. República Dominicana: Congreso Nacional.
- Ley 41-08 de Función Pública y crea la Secretaría de Estado de Administración Pública. 2008. República Dominicana: Congreso Nacional.
- Lifante Vidal, Isabel. 2002. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa*. N. 25.
- López Rodó, Laureano. 1941. La discrecionalidad de la Administración Pública en la doctrina extranjera. *Revista de Estudios de la Vida Local*, Enero-Febrero.
- MIJUES. Ver_Ministerio de Justicia de España. Desviación de poder doctrina del tribunal supremo. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774520995/ListaPublicaciones.html?inicio=351&tipo=HistoricoEstudios> (consultada el 30 de octubre de 2016).
- Mozo Seoane, Antonio. 1985. *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1884-1983*. Madrid: Montecorvo, S.A.
- Nieto, Alejandro. 1964. Reducción jurisdiccional a la discrecionalidad en materia disciplinaria. *RAP*, N° 44.
- NOCO. Ver_Notariado colombiano. La prueba de la desviación de poder <http://www.notariadocolombiano.com.co/?q=node/6382> (consultada el 02 de noviembre de 2016).
- Parada, Ramón. 1998. *Derecho Administrativo I*, 10^a ed. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales SA.

- Recaséns Sichés, Luis. 1983. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, S. A.
- Retortillo Baquer, Lorenzo Martín. 1997. Poder Ejecutivo, discrecionalidad, legalidad y control. *Revista del Poder Judicial Madrid*.
- Sainz Moreno, Fernando. 1976. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas S.A.
- Sainz Moreno, Fernando. 1977. Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, Enero-Abril.
- Sánchez Morón, Miguel. 2008. *Derecho administrativo, parte general*, 4ª ed. Madrid: Editorial Tecnos.
- Sánchez, Isac. 1973. *La Desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español*. Madrid: Editora IEAL.
- Sandevor, Jean. 1964. *Etudes sur le recours du pleine juridiction*. París: LDGJ.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. 1988. *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid: Editorial Ceuda.
- SCJ 27/1986. República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. Sentencia No. 27, 28 de mayo del 1986.
- SCJ Contencioso Administrativo. Potestad del Presidente de la República de nombrar o destituir a los integrantes de las jurisdicciones militar y policial, http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas_sentencias/detalle_info_sentencias.aspx?ID=121440015

- Seoane, Mozo. 2002. La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal. *RAP*, N° 3.
- Tawil, Guido. 1993. *Administración y Justicia*. Buenos Aires: Editora Depalma.
- Vedel, Georges. 1980. *Derecho Administrativo, Traducción de la 6ta edición francesa por Juan Rincón Jurado*. Madrid: Aguilar S.A.
- Villar Palasí, Jose Luis. 1977. *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo II. Madrid: Autor editor.
- Wade, William. 1971. *Derecho Administrativo, Estudios de Administración*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.