

**EXENCIÓN DE TUTELA JURISDICCIONAL RESPECTO AL  
EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN, A LA LUZ DE LA LEY ADJETIVA VIGENTE.**

**Lic. Kenia María Valdés Rosabal.**

*Universidad de Matanzas “Camilo Cienfuegos”, Vía Blanca  
Km.3, Matanzas, Cuba.*

## **RESUMEN.**

Con el presente trabajo se pretende evaluar la posibilidad de sentar las bases, en aras de someter a revisión judicial los actos que dimanen del ejercicio de la potestad discrecional de la administración, conforme al ideal de justicia que tutela nuestro Estado de Derecho, en observancia y estricta coherencia con el principio de Legalidad que se erige como premisa en el Derecho Administrativo, garantía del correcto proceder de la administración y del interés público que representa, en relación con las decisiones adoptadas, respecto a los administrados, dentro del marco jurídico imperante, cuyo proceder tal cual obedece a un mandato legal preceptivamente estatuido, ha de quedar sujeto al propio tiempo a revisión jurisdiccional, en función de eludir cualquier indicio de arbitrariedad por sutil que resulte y con ello otorgar efectiva autenticidad legal al reclamo del justiciable; proponiéndose en consecuencia tengan debida jurisdicción los órganos de justicia para dirimir conflictos que deriven de la *ut supra* prerrogativa, a través del proceso contencioso - administrativo en las distintas Salas de la especialidad competentes.

**Palabras Claves:** potestad discrecional, potestad reglada, acto administrativo, contencioso - administrativo, administración pública, interés público.

**Sumario:** 1. Acto Administrativo: Reglado y Discrecional. 2. Del Principio de Legalidad. 3. Del Contencioso-Administrativo. 4. Conclusiones.

## **INTRODUCCION:**

La falta de acceso a la justicia de los administrados inconformes con las decisiones contenidas en los actos administrativos que derivan de la aplicación de la facultad discrecional de la administración, tal cual queda preceptivamente dispuesto en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, promueve entre los operadores del Derecho insatisfacciones que dada la trascendencia desfavorable que la señalada negación propicia a los sujetos de derecho, bien pueden conducir a su consideración oportuna, dada la importancia que tributa la implementación del debido proceso en el contexto procesal cubano en función de la expectativa que se suscita al respecto, al posibilitar la identificación de los factores de incompatibilidad de la normativa imperante y su aplicación a los intereses de los involucrados, en aras de atemperar la norma adjetiva al logro de una efectiva tutela en el orden jurídico-administrativo.

Visto así, motiva este análisis la carencia que a mi juicio subsiste en relación con la debida protección jurisdiccional que ha de imponerse sobre todo acto administrativo, con independencia de que se trate de un acto erigido de una actividad reglada o dimane de la potestad discrecional, siendo sobre este último que vamos a centrar el examen de que se trata, el que si bien tal cual el reglado, como acto de ejecución de la Ley que constituye, es susceptible de revisión judicial, respecto al primero se limita el órgano jurisdiccional a evaluar los elementos fácticos de carácter objetivo que sustentan la decisión, dentro de los límites de la legalidad imperantes, pero en ningún caso será objeto de revisión la disposición en sí misma, a pesar de que se adopta sin acatar previsión normativa alguna, lo que de suerte no se traduce en un acto arbitrario, en tanto se atempera de forma exclusiva a la norma autorizante para su ejercicio.

La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en su artículo 657, apartado 6, (*Cfr*), excluye del conocimiento de la jurisdicción administrativa las disposiciones que dimanen del ejercicio de la potestad discrecional, dotando consecuentemente de cierta inmunidad la discrecionalidad administrativa, cuestión que amerita la consideración que esbozamos, dada la función pública que ejerce la administración a través de sus actos en relación con los particulares – administrados.

Al propio tiempo la norma especial inmobiliaria vigente y sus disposiciones complementarias contienen regulaciones que exhortan al Consejo de la Administración del órgano de gobierno municipal y provincial, según sea el caso, a fin de que adopten acuerdos que provienen de su actuar discrecional y con ello dar solución a situaciones no estatuidas, al menos de forma expresa, en las preceptivas de rigor, cuyos actos pudieran lesionar derechos subjetivos expectantes de terceros en menoscabo de su patrimonio, los cuales si bien alcanzan instar a la vía judicial en aras de restablecer el derecho subjetivo que estiman lacerado, ello conllevaría sin equívocos a la obstrucción de la seguridad jurídica que le pondera la norma adjetiva a la libre prerrogativa que le es dable a la administración, con el impedimento procesal de su control jurisdiccional, obviamente, siempre que le asista razón al tercero que reclama tutela judicial.

En coherencia con lo antedicho y en razón de los notables obstáculos que entorpecen la optimización de la justicia en sede administrativa, mitigando la tutela judicial efectiva al sujeto de derecho, en toda su extensión, se estima indispensable hacia un estudio objetivo de las cuestiones señaladas y de cara al futuro, esbozar las siguientes reflexiones.

## **1. ACTO ADMINISTRATIVO: REGLADO Y DISCRECIONAL.**

El Acto administrativo, según ACOSTA ROMERO<sup>1</sup>, consiste en: “una manifestación unilateral y externa de voluntad que expresa una decisión de autoridad administrativa competente en ejercicio de la potestad pública”.

Conforme al reglado, deja sentado GABINO FRAGA<sup>2</sup>, que radica en la mera ejecución de la ley, en el que la misma señala exactamente el cómo y el deber de actuar de la autoridad; en cambio refiere el citado autor que, mediante el acto discrecional la autoridad tiene un cierto margen de libertad de apreciación para decidir en que momento debe actuar o cómo debe actuar.

Sentados ambos conceptos y entendiendo a la Administración Pública como el conjunto de órganos jerárquicamente estructurados, con la básica función de encausar, dirigir y proteger a los administrados en todos los ámbitos de la sociedad, conforme a la política trazada por el Estado, sobre la premisa mayor del inexorable respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos, preceptivamente estatuidos en el conjunto de normas jurídicas que integran el

---

1 ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo, 11ª edición, Edit. Porrúa, México, 1993, p.529

2 GABINO FRAGA, Manuel. Derecho Administrativo, 38a. Edición, México, Porrúa, p.231.

Derecho Administrativo, lo que materializa la Administración a través de una amplia gama de prerrogativas y facultades que le son substanciales respecto a los administrados en recta consonancia con la legalidad que se erige en nuestro sistema de gobierno, implementa la Administración tales facultades mediante el atinente acto administrativo, como instrumento jurídico que por excelencia le es propio para manifestar sus decisiones en coherencia con la voluntad estatal que representa, el cual por ende surte efectos jurídicos en relación con el tutelado, entendiéndose el sujeto de derecho que ejercita acción conducente al reconocimiento de un derecho subjetivo preestablecido a su favor, de modo que constituye el aludido acto la médula de la actividad de la Administración Pública, siendo obligado significar en tal sentido que la virtualidad de los efectos jurídicos que le son inherentes redundan en la ejecución efectiva del mentado acto, pues solo así encuentra asidero en la legitimidad que le es intrínseca al proceder administrativo.

Es así como cobra eficacia la discrecionalidad de la Administración, cuando a través del acto administrativo que dicta, expone un criterio valorativo, que no responde o acata precisamente una norma jurídica, sino que se realza de circunstancias objetivas no contempladas en el ordenamiento reglamentario de rigor, pues en esencia se trata de la libertad del órgano para enarbolar su voluntad sobre un soporte extrajurídico, que nunca podrá contravenir la política del Estado, lo contrario entrañaría un acto ilegítimo, que consecuentemente atentaría contra la seguridad jurídica que salvaguarda el Derecho.

Empero, la *ut supra* facultad discrecional, aún cuando puede ser objeto de control, en caso de que extravase los términos que delimitan la discrecionalidad administrativa, ya sea a instancia de su destinatario o de autoridad competente, esta revisión es de índole interna, o sea, solo un órgano de superior jerarquía a aquel que dictó el acto eje de supervisión, le concierne hacerlo en aras de determinar la licitud del mismo, lo que sin equívocos no alcanza a proteger al súbdito de la administración, al quedar sometido al arbitrio exclusivo del órgano actuante con la única contención del deber de justipreciar, en sintonía con su leal saber y entender, el ordenamiento jurídico que rige la actividad administrativa, en cuyo actuar han de primar como *condictio sine qua non*, básico dominio de las normas aplicables según sea el caso, y la vital transparencia y objetividad para la concesión del derecho de que se trate en válida observancia del postulado que impone a la Administración la defensa del interés público que ampara.

De lo antedicho y según el criterio de GABINO FRAGA<sup>3</sup>, el acto discrecional tiene lugar cuando la Ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en que momento debe obrar o como debe obrar o que contenido debe dar a su actuación, es decir que igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo, tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia de interés u orden público.”

---

3 GABINO FRAGA, Manuel. Derecho Administrativo, 38a. Edición, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 232.

Sentado lo cual y traspolando el aludido concepto a la práctica jurídica objeto de análisis, se erige obligado significar la arbitrariedad que puede hacer sucumbir la juricidad que debe ser inherente a todo acto de la administración, cuando se trata de determinaciones discrecionales, pues no en todos los casos prima la razonabilidad, equidad, necesidad y exigencia de interés u orden público, en tanto en primer término precede la decisión gubernativa, un dictamen de la administración, al cual queda sujeta la decisión en toda su extensión, quedando así permeada de intrínseca parcialidad, al propio tiempo queda ilustrado el órgano dotado de la prerrogativa discrecional, por los funcionarios que dictaminaron la situación fáctica que se pretende tutelar, cuándo de materia inmobiliaria se trata, todo ello conforme a lo establecido en Circular emitida al efecto por el Director Jurídico del Instituto Nacional de la Vivienda<sup>4</sup>, en razón de implementar lo estatuido en el precepto 82 de la vigente Ley Inmobiliaria, número 65 del año 1988<sup>5</sup>, en virtud del cual, cuando por la autoridad actuante, entiéndase Dirección Municipal de la Vivienda competente, no se aprecie cumplido por el reclamante uno de los requisitos de rigor a fin de ser reconocido como titular del derecho de propiedad sobre el bien, ya sea el del término de ocupación o el de parentesco exigidos al efecto, realizará la administración, en caso de que conforme a su arbitrio lo aprecie, Dictamen que sustente su parecer en cuanto al fundamento del amparo solicitado, el cual si bien ha de limitarse exclusivamente a sustentar en legal forma lo pedido por el promovente, siempre queda revestido de argumentos objetivos o materiales que por lo general hallan el asidero legal requerido.

En este orden no obsta aludir, que de conformidad con la vigente norma inmobiliaria, pueden los sujetos de derecho, promover indistintamente reclamación, en coherencia con lo previsto en los preceptos 122, 126 y 130, en cuya virtud podrán exigir tutela a su interés, según sea el caso, empero, cuando del mandato contenido en el artículo 82 del mentado cuerpo legal se trata, hay que discernir en estricta congruencia con la *causa petendi* del promovente en el sentido de si su interés radica en que se le reconozca la titularidad del bien por entenderse con tal derecho, o sabiéndose incumplidor de los requisitos de rigor, lo que interesa en legal y específica forma, es justamente, que resulte elevado su caso al Consejo de la Administración competente, en razón de que emita dictamen convalidando el requisito inexistente, lo que de no satisfacer la Administración, por entender que tal petición queda en el ámbito de su exclusiva facultad, tal pronunciamiento sí resulta susceptible de revisión en la vía judicial, en tanto, inequívocamente incurre la autoridad que así decide, en un incongruente actuar, visto que en todo caso ha de constreñir su decisión a la petición de parte, entiéndase en el orden procedimental, en consecuencia al no efectuarse aplicación del derecho sustantivo o material, la sindicada resolución no genera el acto que en cualquier caso motiva el ejercicio de la potestad discrecional, y que no encuentra acceso para la consideración del órgano de justicia atinente.

---

<sup>4</sup> *Vid*, Circular emitida por el Director Jurídico del Instituto Nacional de la Vivienda en fecha 30 de noviembre de 1999.

<sup>5</sup> *Cfr*, Art. 82 de la LGV: "No obstante lo dispuesto en los artículos 78(párrafo segundo) y 81(párrafo primero), el comité ejecutivo del órgano municipal del Poder Popular correspondiente, si concurrieren en el caso circunstancias que lo justifiquen podrá proponer, mediante acuerdo fundado, que se transfiera la propiedad de la vivienda mediante el pago del precio que corresponda, conforme con lo estipulado en el artículo 42, inciso b), aunque el ocupante no reúna todos los requisitos de tiempo previo de convivencia o parentesco con el propietario fallecido o definitivamente ausente".

Ahora bien, lo que redundaba en el arbitrio de la administración conforme a la actividad creativa que le es propia en sintonía con la aludida facultad, se traduce indeclinablemente en un acto jurídico, al que le son inherentes las consecuencias y efectos legales de rigor, luego entonces si en igual medida que el acto reglado, obedece a las leyes tanto generales como especiales vigentes, nada justifica que quede impedido de revisión por el órgano jurisdiccional competente, máxime cuando se infiere que se corporifica a partir de la evaluación de las condiciones económicas, políticas, y de orden social que prevalecen al momento de definir sobre el reconocimiento o no del derecho de su razón, en consecuencia puede ser vulnerable su sustento, entiéndase con ello, que pudiera sobrepasar los límites de la discrecionalidad, lo que en cualquier caso motivaría el examen judicial, a través del proceso contencioso – administrativo, como procedimiento establecido para revisar los actos de la administración respecto a los particulares.

## **2. DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

Este principio es la base de la actuación de todo el sistema estatal socialista, y en consecuencia demanda la observancia incondicional y estricta, por parte de los órganos, organismos estatales y funcionarios, en su actuar, habida cuenta que, consiste en una aplicación constante del derecho emanados de los órganos superiores del poder político, teniendo por objeto el reconocimiento de un país con un ordenamiento jerárquico cierto y seguro.

El principio de Legalidad, se erige como talante de nuestra Ley Suprema en toda su extensión y se consagra con superior precisión en los preceptos 9, 63 y 66 de la invocada Ley de leyes, constituyendo así, inexorable punto de mira para todo proceder en las distintas esferas del orden socioeconómico imperante, cobrando soberana virtualidad en el ámbito jurídico, a través de las diversas ramas e instituciones que integran nuestro sistema de Derecho, y de lo que no escapa el Derecho Administrativo, como rama jurídica que fija los principios y analiza las normas que orientan y regulan las relaciones sociales que se producen en la organización y en la actividad de la administración del estado considerada en todas sus esferas tanto nacional como local.

Todo acto administrativo nace de una disposición legal que expresamente lo autoriza, dedúzcase Ley en sentido lato, y cuantas normas jurídicas resulten jerárquicamente inferiores a dicho rango, no obstante en nuestro ordenamiento sustantivo en materia administrativa, no se delimitan de forma preceptiva las situaciones específicas que motivan el acto discrecional y con ello no se identifica de forma expresa el interés público que se defiende, y tal ambigüedad tributa a favor de que la administración sustente la solución que le parece más justa sobre situaciones de derecho indeterminadas, de modo que la norma se limita a autorizar que la administración actúe, sin dejar previamente estatuida la motivación que ha de constituir en todo caso el soporte de su discrecional proceder.

La carencia de motivación aludida asola la seguridad jurídica del acto discrecional, quedando corroído con la fragilidad, no solo de la laguna u omisión legal, sino de los operadores que sometidos exclusivamente al ámbito subjetivo del evento fáctico de análisis, en no pocos casos adoptan decisiones acéfalas y no menos arbitrarias, justamente en virtud

del ejercicio de la facultad discrecional que le es propia a la administración, por lo que si bien tiene la libertad el órgano de adoptar acuerdos conforme a ese ejercicio, que *a posteriori* se traducen en actos jurídicos, con superior razón ha de atribuírsele jurisdicción al Tribunal para revisar y controlar los actos de tan sensible naturaleza, en razón de lo que respalda concretamente el interés público que se representa y que requiere de debida tutela judicial, correspondiendo al juzgador en cualquier caso, corroborar la legalidad del acto, no solo en el sentido de si se dictó dentro de los límites de la discrecionalidad permitida, sino en cuanto al contenido o sustancia del mismo, dados los excesos que pueden acaecer al respecto y quebrantar o lesionar los intereses legítimos de personas naturales intervinientes en la relación jurídico-administrativa, justamente por lo desigual que resulta ésta entre Administración y Administrado.

### **3. DEL CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO.**

La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, respalda en el orden adjetivo el proceso que deriva de la impugnación del acto administrativo contenido en la resolución que pone fin a la vía extrajudicial, cuando de reclamaciones de derecho en materia inmobiliaria se trata, dedicando los preceptos desde el 654 hasta el 695, (*Cfr*), ambos inclusive, a instrumentar el procedimiento administrativo, excluyéndose de forma expresa del *íter* contencioso las cuestiones que se susciten respecto a las disposiciones que emanen de una autoridad en el ejercicio de la potestad discrecional, en estricta coherencia con el postulado que consagra el artículo 657, apartado 5, de la *ut supra* norma; con la única excepción de lo que con meridiana claridad se dispone por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en su función de interpretar las disposiciones legales que lo requieran en aras de uniformar la práctica judicial, consistente en el Acuerdo No. 30, de 9 de Febrero de 1988, Dictamen No. 284, en virtud del cual se sostiene que, nada se opone a que un tercero a quien la resolución dictada por la Administración en el ejercicio de su facultad discrecional, le lesione un derecho subjetivo preestablecido a su favor, la impugne, habida cuenta que la facultad discrecional no puede invadir la esfera de los derechos subjetivos, estatuidos por la Ley o declarado por un acto de la Administración en ejercicio de la facultad reglada y entender lo contrario implicaría, en el primer supuesto, impedir el ejercicio por el referido interesado de un legítimo derecho que la Ley le concede; y en el segundo, que la Administración volviera por sí y ante sí contra sus propios actos revocando lo ya declarado en favor del tercero expresado.

En vista de la precitada disposición, es de apreciar que la revisión jurisdiccional operaría en función de evaluar la proporcionalidad que ha de primar entre las circunstancias concurrentes, objeto de estimación, y la decisión adoptada en consecuencia, lo que si se puede desequilibrar en relación con un tercero, aún en el cierto supuesto de su no intervención en la actuación extrajudicial, inequívocamente en igual medida puede acontecer en cuanto al sujeto sobre el que recae directamente el acuerdo adoptado, con el descomedido perjuicio de que no puede instar por tutela ante órgano judicial competente, y con ello debe estar y pasar por lo dispuesto al margen de su conformidad o no con la decisión emanada del órgano de la administración en cumplimiento del acuerdo aprobado, sobre lo que no cabe dudar, deviene insuficiente para el administrado, en razón de la debida garantía y juricidad que se imponen como límites del controvertido actuar.

Visto así, se impone el control jurisdiccional para el acto cuyo contenido es el resultado del actuar discrecional de la administración, no solo para verificar los límites válidos de tal ejercicio, sino para revisar la cuestión de fondo tratada, de conformidad con el principio de oportunidad que ha de prevalecer en toda relación jurídica, lo que en modo alguno puede concebirse lesivo a la libertad que le es propia en su actuar, sino que ha de entenderse en el sentido de que sea posible sanear el procedimiento en aras de que trascienda más ventajoso y garantista para el administrado, como parte cuya posición, es definitivamente inferior en la multicitada relación de derecho.

De conformidad con los argumentos expuestos, y en defensa de la ineluctable equidad que ha de enarbolarse como garante de la legalidad, entre los sujetos de la relación jurídico-administrativa, arribamos a las subsiguientes conclusiones.

#### 4. CONCLUSIONES.

- ✚ Las decisiones dimanadas del ejercicio de la potestad discrecional de la administración, que se corporifiquen en un acto jurídico, han de ser objeto de control jurisdiccional, en cuanto al fondo de la cuestión de derecho, sobre la que verse el acuerdo adoptado.
- ✚ La revisión jurisdiccional del acto administrativo discrecional, ha de concretarse a través del proceso contencioso – administrativo, en las Salas de Justicia de la especialidad.
- ✚ La protección judicial que se le dispensa a un tercero, cuyo derecho subjetivo estima lesionado en razón del acto discrecional, debe atribuírsele con prioridad, al administrado que directamente interviene en la relación jurídico – administrativa.
- ✚ El principio de legalidad que rige el ejercicio de la facultad discrecional de la administración, debe entenderse no solo respecto a los límites que legitiman su proceder, sino también sobre el soporte sustantivo o material en el que descansa el acuerdo adoptado.
- ✚ El interés público que representa la administración debe quedar identificado en legal y específica forma, en aras de hallar precisa coherencia entre aquel y las motivaciones que se toman como base de las decisiones protegidas en virtud del ejercicio de la potestad discrecional.

## **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.**

ACOSTA ROMERO, MIGUEL. *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.11ª, EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO, 1993.*

GABINO FRAGA, MANUEL. *DERECHO ADMINISTRATIVO, 38A, EDICIÓN, MÉXICO, EDITORIAL PORRÚA, 1998.*

GARCINI GUERRA, HÉCTOR. *EDITORIAL PUEBLO Y EDUCACIÓN, 1986.*

COLECTIVO DE AUTORES. *TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO CUBANO. LA HABANA, EDITORIAL FÉLIX VARELA, 2004.*

## **LEGISLACIÓN CONSULTADA:**

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA, DEL AÑO 1976.

LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL, ADMINISTRATIVO, LABORAL Y ECONÓMICO: LEY NÚMERO 7 DEL AÑO 1977.

LEY GENERAL DE LA VIVIENDA, NÚMERO 65 DE 1988.

ACUERDO NO. 30, DE 9 DE FEBRERO DE 1988, DICTAMEN NO. 284, EMITIDO POR TRIBUNAL SUPREMO POPULAR.

CIRCULAR DE FECHA 30 DE NOVIEMBRE DE 1999, DICTADA POR EL DIRECTOR JURÍDICO DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA.

