

DISCRECIONALIDAD Y DESVIACIÓN DE PODER. NECESIDAD Y CONVENIENCIA DE LA CONSAGRACIÓN LEGAL DE POTESTADES DISCRECIONALES A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN.

*Daniel Artecona Gulla**

El abordaje de este tema impone precisar que el mismo debe analizarse desde una óptica desvestida de prejuicios: tiendo a pensar que en el ámbito del Derecho Administrativo, la discrecionalidad administrativa es vista como un fenómeno negativo, como una debilidad del Estado de Derecho y – por lo tanto – como un aspecto de la actividad administrativa que se debe intentar reducir a su mínima expresión. En lo personal, no comparto una posición situada en ese extremo. La consagración de potestades discrecionales forma parte necesaria e ineludible del ejercicio de la función administrativa y todo Estado de Derecho debe garantizar el ejercicio eficiente y eficaz de la función administrativa como garantía del cumplimiento de los cometidos estatales. En las palabras siempre precisas y conceptuosas del Prof. Cajarville: “La oposición...entre el poder público y la libertad individual...no contiene términos recíprocamente excluyentes...Muy por el contrario, la existencia de un poder público – naturalmente: democrático, legítimo, como tal razonable entre otros requisitos de legitimidad – y su eficiencia son condición de la auténtica libertad...la eficiencia del poder público es la única posibilidad de libertad para la inmensa mayoría que no dispone de otro poder que él que le confiere su participación en la conformación del poder democrático..”¹.

Pues bien: no es posible esa eficiencia y esa eficacia sin un cierto grado de discrecionalidad en la acción administrativa. Es la discrecionalidad la que permite a la Administración adecuar su acción a las exigencias de la realización del interés público en el caso concreto, a la diversidad y dinámica de los hechos económicos y sociales. Como dicen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su obra: “La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura “nomocracia” objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración (y, como hoy, en cierto modo alimenta la más vulgar fe en la informática y en las computadoras). No es por ello exacto que todas las discrecionalidades sean reductibles a supuestos reglados y que en esa reducción haya que ver precisamente la línea del progreso político... La necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de la República. Asistente de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de dicha Universidad.

¹ CAJARVILLE, Juan Pablo. Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur. En Sobre Derecho Administrativo, Tomo II, 1ª. Edición, pág. 149.

la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional. Sustancialmente, eso es la política, la cual es ilusorio pretender desplazar del gobierno de la comunidad².

La Administración – pues - no puede ni debe estar constreñida de tal modo en su accionar que su acción constituya simplemente mecánica o automática aplicación de soluciones adoptadas en forma plena y completa por las normas superiores: estas normas suelen asegurarle – y es bueno que así sea – un cierto margen de libertad de acción, de modo que pueda escoger u optar entre un conjunto de medios cuál en cada caso es el más oportuno o más adecuado para el logro del fin. Es el fin que debe estar determinado, pero en la elección de los medios para lograrlo la Administración puede tener un margen más o menos amplio de libertad de acción.

Discrecionalidad y Estado de Derecho

La consagración de potestades discrecionales no implica pues una limitación ni un quebrantamiento del Estado de Derecho, en tanto la discrecionalidad es un fenómeno jurídico: emana de las normas constitucionales y legales (como una necesidad inherente al debido ejercicio de la función administrativa) y tiene los límites que las propias normas (y los principios de derecho, siempre presentes) le fijan. Como enseñaba el querido Profesor Frugone, la discrecionalidad se sitúa en un término medio entre la actividad totalmente vinculada o reglada y los actos arbitrarios³.

Sobre la discrecionalidad y su relación con el Estado de Derecho, corresponde formular algunos comentarios:

Una Administración cuya actividad estuviese totalmente reglada por las normas superiores, esto es, que no tuviera ningún margen de apreciación sobre las medidas a ser adoptadas ante la verificación de determinadas circunstancias de hecho, no solamente sería incapaz de poder concretar los principios de eficacia y de eficiencia, sino que implicaría una cierta desvirtuación del régimen democrático. El elector elige a un Presidente de la República, en el entendido de que es posible que desarrolle sus ideas y programa con respaldo legislativo pero en el ámbito de la acción administrativa; para ello, es necesario que el orden jurídico le dé algún margen de libertad de acción.

Es absolutamente cierto que el control jurisdiccional independiente de la actividad administrativa – nota característica del Estado de Derecho – debe funcionar de forma eficaz y amplia para que los derechos e intereses de las personas tengan adecuada protección. Pero el control jurisdiccional debe funcionar siempre en relación a la legitimidad de la acción administrativa, nunca al mérito, conveniencia u oportunidad. Es muy riesgoso para el Estado de Derecho que el control jurisdiccional de legitimidad sea débil o ineficiente; pero también es muy riesgoso que los jueces incursionen en lo que constituye apreciación exclusiva de la Administración. Constituye una agresión al Estado de Derecho que la Administración ejerza su poder discrecional vulnerando los límites jurídicos que constriñen su ejercicio; y también es un quebrantamiento del orden jurídico que la función jurisdiccional invada un ámbito que la ley ha reservado a la apreciación de la Administración.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 7ª. Edición, pág. 444.

³ FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. La discrecionalidad administrativa. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXVI, enero – junio de 1982, pág. 77.

En la señalada línea de pensamiento, la tipificación de ciertos conceptos como “conceptos jurídicos indeterminados”, con la loable intención de poner límites a poderes discrecionales demasiado amplios, puede tener el riesgo de que el Juez se sienta tentado de sustituir indebidamente al administrador. Confieso que, si bien en términos teóricos me resulta entendible la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, en la aplicación práctica no advierto que esa categoría conceptual sea necesaria: el standard de razonabilidad (por un lado) y la necesaria motivación fáctica y técnica de los actos administrativos (por otro lado), parecen suficientes para aventar el peligro de actuaciones arbitrarias. Y afirmar – como se afirma en relación a los conceptos jurídicos indeterminados – que respecto al caso hay una – y sólo una – solución posible, puede conllevar a una indebida sustitución de la Administración por el Juez en el ejercicio de la función administrativa. Por ej., si afirmamos – como asevera prestigiosa doctrina nacional – que el concepto de “...oferta más conveniente...” en materia de contratación administrativa es un concepto jurídico indeterminado, entonces una mera discrepancia del Juez con la apreciación de la Administración, aún cuando ésta esté debidamente fundada, bastaría para anular el acto de adjudicación, sacándose el ámbito de la decisión de quien la debe tener, esto es, el gestor del respectivo servicio: la Administración.

Igualmente, me resulta riesgosa – y no ajustada al texto ni al espíritu de la Constitución de la República – la afirmación de que las razones de “buena administración” conforman siempre una cuestión de legalidad ⁴y que por lo tanto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (o, en su caso, el Juez respectivo) pueden ingresar a su examen sin cortapisas. Llevada al extremo, esta posición anula la posibilidad de ejercicio de los poderes discrecionales y conlleva la sustitución de la apreciación del administrador – que es quien ejerce la función administrativa – por la del juez. Obviamente, cuando hay un apartamiento irrazonable, ostensible, inmotivado, sin fundamento técnico, de la utilización de los medios que probadamente conducen al fin debido, utilizándose otros palmariamente inidóneos para el logro de ese fin, entonces la cuestión será de legitimidad y no de mérito. Pero coincido plenamente con Frugone ⁵y Cajarville⁶ que si se comprueba que el órgano actuante ha ponderado objetivamente las razones en pro y en contra y llega a una decisión de ejercer en un caso concreto un poder jurídico de determinada forma o abstenerse de ejercerlo, aunque esa decisión sea de dudosa o discutible idoneidad, o lo sea de menor grado a otra, habrá demérito no configurante de ilegitimidad. La Administración tiene la libertad de elegir entre todos los medios posibles para el logro del fin debido, aquél que entienda más oportuno o conveniente, sin incurrir en irrazonabilidad, lo que la colocaría en el terreno de la arbitrariedad. Como ha dicho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo citando a Cassagne, “...en el terreno práctico la irrazonabilidad o arbitrariedad constituye una cuestión de grado, directamente vinculada al caso concreto, pero lo cierto es que es en ese juzgamiento, donde habrá de revisar casi siempre cuestiones de hecho, radica la verdadera función de fiscalización que realizan los jueces sobre la actividad administrativa”⁷.

La discrecionalidad es, pues, un fenómeno – en mayor o menor medida, según la materia de que se trate - necesario para el adecuado ejercicio de la función administrativa. Y es un fenómeno de naturaleza jurídica: su fuente son las normas jurídicas (básicamente constitucionales y

⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Contencioso Administrativo. Págs.301 – 302.

⁵ FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. La discrecionalidad administrativa. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXVI, enero – junio de 1982, pág. 104.

⁶ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya. Estudios de Derecho Administrativo. Universidad de la República. 1980. Págs. 102 y ss.

⁷ Sentencia No. 100, de 7 de marzo de 2005.

legales); y de allí – y de los principios generales – emergen también sus límites. No toda la actividad administrativa es ni debe ser regulada por el legislador con el mismo grado de discrecionalidad. En términos generales, la actividad reglamentaria tiende a ser de mayor discrecionalidad que la que se manifiesta en el dictado de actos particulares y concretos. En la actividad reglamentaria, la Administración ejerce un poder normativo: más o menos constreñido por las normas de superior jerarquía, según el reglamento sea autónomo o de ejecución. Pero en todo caso – aún en los reglamentos de ejecución – ejerce un poder normativo propio. Si bien en el ejercicio de esa potestad son aplicables muchas de las normas y principios que conforman la disciplina general del acto administrativo, la naturaleza de la actividad es otra y eso necesariamente se proyecta en que esa disciplina general se flexibiliza o se hace en los hechos menos rigurosa en ciertos aspectos; o adquiere un cariz diferente, más cercano al de la actividad legislativa. A vía de ejemplo, la rigurosidad con que se analiza la motivación de un acto particular y concreto, no puede ser aplicada en vía reglamentaria con la misma estrictez o alcance (el contenido de las normas se explica muchas veces por sí mismo, la sola mención de la fuente de la potestad reglamentaria puede ser suficiente motivo para legitimar el dictado de la norma); no hay específicas normas de procedimiento en relación a terceros cuya violación apareje nulidad; el régimen de responsabilidad patrimonial por el dictado de actos reglamentarios se halla mucho más cerca en sus fundamentos y alcance que el reconocido para la responsabilidad por acto legislativo, etc.

En esa actividad reglamentaria o reguladora, sobre todo la que implica ejercicio de potestad reglamentaria autónoma (como la de los órganos reguladores), la discrecionalidad se revela – pues – como más intensa. Pero – en todo caso y obviamente – es actividad susceptible de control jurisdiccional y en ese control se incluye la alineación del ejercicio de la potestad reglamentaria con el fin debido (no puede ejercerse la misma para un fin distinto al fijado en las normas superiores).

Relación entre discrecionalidad y desviación de poder

La discrecionalidad y la desviación de poder aparecen estrechamente relacionadas, en tanto ese vicio de los actos administrativos aparece como el primer límite que la elaboración jurisprudencial del Consejo de Estado francés encuentra para ejercer control de fondo (ya no de competencia o procedimiento) sobre actos dictados en ejercicio de potestad discrecional.

Como todos saben, la desviación de poder es un vicio del elemento fin: el agente público actúa con un propósito distinto a aquél para el cual la norma atributiva de competencia le otorgó determinado poder jurídico. El contenido del acto aparece en estos casos como arreglado a derecho, pero la finalidad perseguida por quien lo dictara se aparta de lo establecido en la norma. La definición misma del vicio lo liga ineludiblemente con el ejercicio de potestades discrecionales: cuando la potestad es reglada y el contenido posible de la decisión administrativa es sólo uno, difícilmente el acto pueda ser atacado por este vicio, porque no hay la posibilidad jurídica de una decisión diferente. El fin efectivamente querido en esos casos deja de tener relevancia, porque en realidad el legislador ya ha determinado el único contenido del acto que reputa idóneo para el logro del fin debido. Es – pues – en el ámbito de las potestades discrecionales donde adquiere especial relevancia la determinación del fin querido por el agente público al ejercerlas. La desviación de poder es – pues – una técnica de control jurisdiccional del ejercicio de potestades discrecionales elaborada por el Consejo de Estado francés y reconocida universalmente.

Debe hacerse una precisión, por todos conocida pero importante: la sola mención de la des-

viación de poder genera en las personas no solamente la connotación de una actividad administrativa viciada, sino una fuerte implicancia de disvalor moral o ético en la actuación administrativa a la que se impute ese vicio. Sin embargo, se configura desviación de poder aún cuando el órgano ejerza su competencia con el designio más noble o generoso o con la mejor intención en cuanto al logro del interés público. Basta con que ese designio se aparte del que el legislador estableció para que el vicio esté configurado.

La desviación de poder está enunciada específicamente por el constituyente como vicio que determina ilegitimidad causante de la posible anulación de los actos administrativos. Justamente la razón de que exista una enunciación expresa de ese vicio radica en que se aplica fundamentalmente a los actos dictados en ejercicio de potestad discrecional. Esa discrecionalidad, nos dice el constituyente, no elimina el deber jurídico de la Administración de ejercerla exclusivamente para la consecución del fin debido: la Administración puede ser libre de darle un contenido u otro a un determinado acto en razón de las circunstancias concretas que determinan su dictado, pero el móvil perseguido no puede ser otro que aquél que la norma que atribuyó la potestad – explícita o implícitamente – determinó.

Dificultades en la configuración de la desviación de poder. Indicios relevantes en la jurisprudencia.

Indudablemente, la determinación de que en un caso determinado se ha configurado desviación de poder dista – en general - de ser sencilla.

La primera dificultad radica en la interpretación de las normas atributivas de competencia. Ellas suelen no precisar explícitamente el fin para el cual consagran determinadas potestades a favor de un órgano⁸. Ese fin hay que inferirlo del contexto de la disposición o de la teleología de la misma. El fin será siempre de interés público o general. No puede haber acto administrativo que no persiga la realización de ese interés; pero ello no es suficiente para determinar en todos los casos la desviación de poder. Lo será cuando el agente público persigue un móvil de venganza personal o de persecución ideológica, religiosa, política, racial, gremial, etc., pero no cuando el órgano efectivamente utiliza una potestad con el propósito honesto de favorecer ese interés, sin utilizarla – empero - para la concreta finalidad de interés público a la cual la norma confinó su ejercicio. Por ello, la desviación de poder exige muchas veces un esfuerzo interpretativo tendiente a determinar con precisión cuáles fueron las finalidades específicas de interés público o general que el legislador tuvo en cuenta al conferir determinada potestad, a los efectos de cotejar esas finalidades con las que efectivamente fueron perseguidas por el órgano al ejercerla y concluir si – en definitiva – el acto dictado persiguió (o no) la finalidad debida.

La segunda dificultad – también de interpretación normativa – surge porque la concurrencia de competencias diversas en el mismo órgano puede determinar en el intérprete la duda de si una específica potestad consagrada en la ley es utilizable para cumplir sólo uno, varios o todos los cometidos a cargo del organismo respectivo establecidos en las normas⁹. En el ámbito del Banco Central del Uruguay, por ej., concurrían y concurren diversos cometidos y potestades consecuentes, que eventualmente podrían colidir. Un ilustrativo caso al respecto se planteó con las medidas adoptadas oportunamente por el Banco Central en relación a las inversiones de las Afap.

⁸ CAJARVILLE, Juan Pablo. Invalidez de los actos administrativos. Sobre Derecho Administrativo. Tomo II. 1ª. Edición, pág. 28.

⁹ FRUGONE en el trabajo citado refiere a “multiplicidad de intereses primarios”, pág. 100.

Ejerciendo la potestad reglamentaria que le da la Ley 16.713, que le atribuye al Banco Central la regulación y control de las Administradoras de Ahorro Previsional, el Ente rector dictó una norma por la cual limitó el porcentaje de inversiones en moneda extranjera que podían tener los Fondos de Ahorro Previsional. Determinadas Administradoras impugnaron la normativa entendiendo que el Ente regulador había utilizado su potestad reglamentaria con la finalidad de desdolarizar o pesificar la economía, que constituía una finalidad sí de interés general, pero de política monetaria; que – en cambio – la medida no perseguía el mejor interés de los Fondos y sus afiliados, que es la finalidad para la cual se le atribuyó al Ente la potestad reglamentaria en la materia. Empero, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia No. 297, de 24 de abril de 2006, no entendió configurada la desviación de poder. Al tiempo de reconocerle a las potestades bancocentralistas en la materia naturaleza discrecional y – por lo tanto – consagratorias de “libre apreciación sobre la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa”, entendió el Tribunal que el BCU no se apartó del ámbito legítimo de su discrecionalidad, en tanto la Ley estableció que el Fondo se invertiría de acuerdo con criterios de seguridad, rentabilidad, diversificación y compatibilidad de plazos y que el Directorio – al adoptar la norma impugnada – persiguió la diversificación de las inversiones, dada la coyuntura económico financiera que atravesaba el país. El fin, pues, fue legítimo y no se probó el falseamiento del fin o motivo de interés público, extremo que no tiene lugar – según el Tribunal – “...aun cuando en la dimensión de nuestro sistema económico financiero, los actos administrativos en proceso hubieran podido arrojar efectos colaterales en el ámbito macroeconómico, por ejemplo de naturaleza monetarista... podrá discreparse sobre la conveniencia por optar por éste o aquél porcentaje, su mérito y, aún la oportunidad de sus respectivas vigencias, pero tal cuestión ya ingresa en un ámbito de control exiliado del conocimiento de esta Corporación...”¹⁰. Independientemente de su resultado, el caso ilustra las dificultades que puede plantear determinar qué finalidad específica debe iluminar el ejercicio de una determinada potestad y cómo finalidades que son de claro interés público pueden ser configurativas de desviación de poder cuando esas finalidades no coinciden con la finalidad específica para la cual el legislador atribuyó una concreta potestad.

La tercera dificultad radica en la prueba de los hechos constitutivos de la desviación de poder. Como este vicio implica una utilización de las potestades dirigidas a un fin no debido, generalmente no habrá una enunciación clara de esos hechos en el texto del acto impugnado ni surgirán claramente acreditados los mismos en vía administrativa. Esa carencia seguramente se dé con mayor nitidez e intensidad cuando quien dicta el acto persigue un móvil espurio, moralmente reprochable, persecutorio. Cuando – en cambio – la conducta del agente público se basa en un móvil de interés general o del servicio (aún cuando no el habilitante para el ejercicio de una determinada potestad), es más factible que de los antecedentes puedan inferirse los móviles reales que inspiraron el dictado del acto y – en consecuencia – realizar el cotejo respectivo con la finalidad legal. La dificultad probatoria expresada hace que la prueba sobre la desviación de poder generalmente provenga de indicios (hechos probados de los que se infiere inequívocamente un hecho a probar), a la manera de la prueba de la simulación en el Derecho Privado, como hace muchos años ya señalara Albanell en un ilustrativo artículo¹¹. En tal sentido, han sido indicios tomados en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o por la opinión de alguno de sus miembros:

La creación de cargos y designaciones ulteriores a la decisión de rescindir contratos de fun-

¹⁰ Sentencia No. 297, de 24 de abril de 2006.

¹¹ ALBANELL MAC-COLL, Eduardo. La Acción Ordinaria de Responsabilidad Fundada en el Abuso o Desviación de Poder. LJU, T. 3, Sección Doctrina, pág. 17.

ción pública, adoptada inmediatamente de asumida por el nuevo Intendente determinada Intendencia Departamental y fundada en la necesidad de contención del gasto y de "...adecuación de la situación económica financiera y la racionalización administrativa"¹².

En estrecha relación con el anterior, la práctica muy común de los Intendentes que se incorporan al cargo en función de los resultados electorales. En tal sentido, ya hace 50 años expresaba con su elocuencia habitual el Prof. Alberto Ramón Real: "En el ámbito lugareño las pasiones que desata la lucha política tienden a personalizarse y a adquirir, en nuestro país y en el extranjero, un grado de violencia incompatible con las conveniencias de la buena administración y de la ética ciudadana. Es por ello que los cambios de partidos o tendencias dominantes en el ámbito municipal generalmente determinan persecuciones de los funcionarios u obreros pertenecientes al grupo derrotado, con el fin de expulsarlos y sustituirlos por correligionarios de los nuevos gobernantes. Los repertorios de jurisprudencia están llenos de transformaciones y supresiones de cargos inspiradas en tales designios y de destituciones, suspensiones, cesantías o supresiones de rubros de eventuales, movidas por tan censurables finalidades. El vituperado "sistema de los despojos" aún encuentra desvergonzados secuaces"¹³. Jurisprudencia de 40 años después demuestra que los hechos – y las debilidades humanas – tienden a repetirse¹⁴.

La exclusión de determinado beneficio, aún de conferimiento discrecional, cuando se otorgó en función de las especiales características de un servicio y su naturaleza, que el accionante desempeñaba y a quien no le fue conferido tal beneficio¹⁵.

El traslado de un alto funcionario departamental de carrera, de nivel gerencial, a cumplir funciones fuera de la capital del Departamento, encargando directamente a otros a cumplir las funciones que eran inherentes al respectivo cargo, en medidas carentes de "razonabilidad técnica", según expresiones del Tribunal¹⁶.

La aplicación de la potestad legalmente conferida de transformar cargos sin una modificación real de la función asignada y con la única consecuencia de privar a los funcionarios cuyo cargo resultaba transformado de un beneficio que la ley les asignaba (o les proyectaba asignar) por las funciones ejercidas. En referencia a esta situación, es emblemático un fallo en el cual se anuló una Resolución de la Suprema Corte de Justicia por la cual – en ejercicio de atribuciones que legalmente le habían sido conferidas y que habían sido atribuidas por el cambio que significó para las Sedes judiciales la entrada en vigencia del Código General del Proceso – el máximo órgano del Poder Judicial había transformado un conjunto de cargos de Secretario Letrado de los Juzgados Penales en cargos de Actuario. Probado en el respectivo proceso que la función de todos los accionantes continuó siendo la misma (esto es, la asistencia al Magistrado en el despacho judicial) y acreditado que el móvil perseguido fue evitar la aplicación (dejar sin real aplicación práctica) una norma proyectada (y finalmente aprobada) en una Ley de Rendición de Cuentas que confería determinado beneficio a los Secretarios de las Sedes penales, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo entendió que la potestad de transformar el cargo fue usada con una finalidad indebida, esto es, evitar la aplicación de una norma de inminente sanción¹⁷. La Suprema Corte de Justicia

¹² Sentencia No. 302, de 26 de abril de 2000.

¹³ REAL, Alberto Ramón. Desviación de poder. Rev. DJA, T. 57, pág. 269-270.

¹⁴ Sentencias 299/2000 y 302/2000, de 26 de abril de 2000.

¹⁵ Discordias de la Sentencia No. 38, de 17 de marzo de 2003.

¹⁶ Sentencia No. 291, de 16 de junio de 2003.

¹⁷ Sentencia No. 351, de 16 de abril de 1997.

había actuado con una finalidad inspirada en el buen servicio, como era evitar disparidades o inequidades en las remuneraciones, sin perjuicio de lo cual usó para tal designio de una potestad que no se había conferido con esa finalidad.

La inexistencia de informe técnico sobre la necesidad o la conveniencia de la supresión de un servicio, aunado a la continuación de hecho del funcionamiento de ese servicio y de tener al actor como Encargado de su Dirección¹⁸.

La instrucción de dos investigaciones administrativas que involucraban al actor (sin que se pudiera probar a su respecto falta funcional alguna) así como la sustitución inmotivada del demandante como expositor en determinadas Jornadas académicas, como indicios de predisposición en su contra¹⁹.

Insuficiencia de motivación de la sustitución de un alto funcionario en la supervisión de un Programa por un funcionario de inferior jerarquía, aunado a la existencia de varios reclamos anteriores del sustituido para que se le abonaran trabajos extraordinarios²⁰.

No han constituido – en cambio - indicios suficientes o relevantes para configurar la desviación de poder - a juicio del Tribunal – los siguientes:

El precedente administrativo en sentido contrario, ya que – por un lado – el acto debe apreciarse “...en sí mismo...” conforme el art. 310 de la Constitución de la República y – por otro lado – el Tribunal debe examinar la concreta situación en la que el acto administrativo se inserta²¹.

El silencio de la Administración frente a una petición.

Una reducción por parte del Tribunal de Calificaciones – sin explicitación de la razón del abatimiento - del puntaje otorgado por el Supervisor directo a funcionarios accionantes²².

La demora en la reubicación en el cargo de un Director de una Escuela rural suprimida, contrastada con el hecho de que las reubicaciones de cargos se hacen prácticamente en forma inmediata a la clausura de las Escuelas²³.

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

El Tribunal considera que es el vicio más grave que puede imputarse a un acto administrativo y – consecuentemente – es sumamente exigente en cuanto a que se verifique prueba inequívoca de su configuración.

Invoca reiteradamente el principio de presunción de legitimidad, exigiendo a quien invoca el vicio – y en especial la desviación de poder – la prueba fehaciente de su alegación.

¹⁸ Sentencia No. 226, de 10 de mayo de 2004

¹⁹ Sentencia No. 226, de 10 de mayo de 2004.

²⁰ Sentencia No. 497, de 14 de junio de 2000.

²¹ Sentencia No. 217, de 3 de mayo de 2004.

²² Sentencia No. 480, de 21 de agosto de 2002 y Sentencia No. 333, de 27 de junio de 2005.

²³ Sentencia No. 611, de 2 de octubre de 2002.

Reconoce y respeta el ámbito de discrecionalidad de la Administración en temas tales como la organización de sus propios servicios, el cuántum de las sanciones, la ponderación de los factores en los concursos y calificaciones.

Suele vislumbrarse una relación entre el vicio de desviación de poder (que es un vicio del elemento fin) y la inexistencia (o falsedad) de los motivos invocados por la Administración. Esos vínculos resultan a veces tan inescindibles que impiden delinear la desviación de poder como un vicio autónomo, distinto de la inexistencia o falsedad de los motivos.

Es más común el acogimiento de demandas por desviación de poder cuando se trata de decisiones en el ámbito interno de la Administración (traslados con finalidad sancionatoria, supresiones o modificaciones de cargos para evitar pago de beneficios, rescisiones de contratos de función pública por motivos políticos), que cuando son decisiones de naturaleza externa.

Conclusiones

De todo lo expresado, se entiende del caso concluir:

La existencia de potestades más o menos discrecionales para la Administración tiene su fuente en la ley y responde a una necesidad propia de la actividad administrativa.

La discrecionalidad administrativa debe ser ejercida dentro de los límites que establece la propia ley y los principios de derecho, por lo que el control jurisdiccional debe ser riguroso en cuanto a la observancia de tales límites. Pero – al mismo tiempo y dado que es el propio legislador que ha querido dotar de cierta discrecionalidad a la Administración en ciertos aspectos de su actividad – el Magistrado debe ser cuidadoso de no invadir esa esfera, lo cual también constituiría una ilegitimidad de su parte. Por ello, la sustitución del concepto de discrecionalidad por el de conceptos jurídicos indeterminados o incluir del concepto de “buena administración” dentro de los parámetros de legitimidad, impone mucha prudencia, ya que existe el riesgo de que sea el Juez el que realice un juicio de mérito que el legislador (y el constituyente, por el principio de separación de funciones) encomendó a la Administración.

La desviación de poder constituye un vicio del acto administrativo que resulta aplicable fundamentalmente a los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales. La eficacia del mismo está limitada por las dificultades probatorias (consecuencia de su propia naturaleza) y por las dificultades que muchas veces existen en determinar cuál es o son los fines debidos en relación al ejercicio de determinada potestad.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sido prudente en la imputación de este vicio a la actividad administrativa, aunque ha reconocido la necesidad de recurrir a la prueba indiciaria y la ha utilizado en varios casos de acogimiento de la demanda, reconociendo además que debe realizar todo el esfuerzo necesario para poner en claro la efectiva y verdadera finalidad del acto emitido para que la garantía del control jurisdiccional sea efectiva.

La prudencia con la que se ha conducido el Tribunal en esta materia puede estar potenciada por la connotación moral negativa que se asocia al concepto de desviación de poder. Sin embargo, muchas veces el fin perseguido por el agente público puede no ser egoísta y hasta ser loable y – sin embargo – no ajustarse al fin debido. Es más: la desviación de poder puede provenir simple-

mente de una equivocada interpretación de la finalidad consagrada en la norma atributiva de competencia, o de una interpretación distinta a la que tenga el órgano jurisdiccional. Ello en nada compromete el ámbito de discrecionalidad ni implica un juicio de disvalor ético sobre lo actuado, sino que se enmarca dentro del proceso de interpretación del derecho y las posibles divergencias entre los intérpretes.

Es muy frecuente que la desviación de poder se configure conjuntamente con la inexistencia o falsedad de los motivos. Esto pone en evidencia la estrecha relación entre los motivos y el fin de los actos administrativos. Para encubrir el fin querido, se utilizan motivos diferentes a los reales o – directamente – inexistentes. Por lo cual, suele configurarse el doble vicio: el radicado en el elemento motivo y el radicado en el fin.

La existencia de bastantes más casos de desviación de poder jurisprudencialmente recogidos en el ámbito de decisiones de naturaleza interna de la Administración, pueden constituir una manifestación de que está más claramente definido en lo que hace a la relación jerárquica y a las potestades inherentes a la misma, cuáles son las finalidades que debe perseguir su ejercicio. Mientras que en las potestades externas, que afectan a terceros, puede haber mayores dificultades interpretativas sobre las finalidades específicas que deben iluminar el ejercicio de cada potestad legal.