

## **LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Alex Rojas Ortega<sup>1</sup>  
Abogado costarricense

(Recibido 22/12/16 • Aceptado 14/11/17)

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el premio de investigación *Fernando Soto Harrison* para el año 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con un diploma en técnica legislativa por el Congreso de los Diputados de España. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Correo electrónico: alex.rojas.09@hotmail.com; teléfono 8835-2005.

**Resumen:** La desviación de poder es una creación del Consejo de Estado Francés y se refiere al ejercicio de potestades administrativas, para fines distintos a los que fueron previstos en el ordenamiento jurídico. Cuando las Administraciones Públicas se apartan del fin normativamente establecido, incurrir en un vicio de legalidad, que, por ello mismo, debe ser conocido por la jurisdicción contencioso administrativa.

En nuestro criterio, la desviación de poder debe contar con una aplicación de primer orden por parte de los jueces, más aún si se toma en cuenta que dicho instituto posee fundamento en la condudessorma suprema de nuestro ordenamiento jurídico (art. 49 de la Constitución Política) y que ello posibilita su aplicación progresiva y extensiva, en beneficio directo de los justiciables y de la garantía constitucional de legalidad de la conducta del Estado en su amplio sentido.

**Palabras Clave:** Desviación de poder; vicio de legalidad; jurisdicción contencioso administrativa.

**Abstract:** Misuse of power is a creation of the Council of State of France, and it refers to the exercise of the administrative regulatory powers, for purposes other than the ones set out in the body of laws. When Public Administrations deviate from the established regulatory purpose, they engage in a defect of legality that, therefore, must be known by the contentious administrative jurisdiction.

In our opinion, judges must give misuse of power a first order implementation, especially if we take into account that misuse of power has its basis on the supreme de-law of our legal system (Article 49 of the Constitution) which allows its progressive and extensive application, for the direct interest of the parties involved and the constitutional protection of legality of the State´s conduct in a broader sense.

**Key words:** Misuse of power, defect of legality, contentious administrative jurisdiction

## Índice

I.- La desviación de poder como concepto jurídico

II.- Elementos que constituyen a la desviación de poder

A.- La desviación de poder requiere que haya un ejercicio -y no ejercicio- de potestades

B.- Las potestades ejercitadas deben ser administrativas

C.- Debe existir una desviación del fin al que se encuentra sujeto el ejercicio de la potestad

III.- Regulación en el ordenamiento jurídico costarricense

IV.- La proyección aplicativa del fin de la conducta administrativa

V.- El control jurisdiccional sobre la desviación de poder

A.- El control sobre la desviación de poder es un control de legalidad

B.- Control judicial sobre la discrecionalidad

C.- La prueba de la desviación de poder

D.-Efectos de la declaratoria de desviación de poder

Conclusión

Bibliografía

## I. La desviación de poder como concepto jurídico

Al abordar el instituto de la desviación de poder, lo primero que es preciso zanjar, es la diferenciación de este concepto con otro parecido, cual es el exceso de poder, cuyo uso originario en la doctrina<sup>2</sup>, está referido al uso de las potestades públicas para la puesta en marcha de una función, pero que está fuera de los límites de dicha función. Así, la desviación de poder aparece como algo muy distinto a la figura del exceso de poder, entendida así como una extralimitación o desbordamiento del poder público, o como una inadecuación entre los elementos motivo y contenido de un acto administrativo, en relación con el fin de la conducta administrativa.

Ahora bien, la desviación de poder como concepto jurídico, surgió de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, quien lo elaboró como una forma de fiscalizar las conductas administrativas que poseían elementos discrecionales, cuya principal caracterización en la época, fue su aguda capacidad para escapar al control jurisdiccional.

A partir de ahí, en Francia, el primer autor que utilizó la denominación “*détournement de pouvoir*”, fue León AUCOC, quien manifestó que esa figura se presentaba “*cuando un agente de la Administración, produciendo un acto de su competencia y siguiendo las formas prescritas por la ley, usa de su poder discrecional para un caso y por motivos distintos de aquellos en consideración de los cuales le fue atribuido dicho poder*”<sup>3</sup>. De la misma forma, el concepto fue acuñado por LAFERRIÈRE<sup>4</sup> en 1886, cuando se refirió a él como un vicio consistente en la desviación de un poder legal respecto del fin para el cual fue creado y, en su lugar, puesto al servicio de fines para los cuales no había sido instituido.

Actualmente, ese concepto originario mantiene su esencia y la desviación de poder es entendida como el ejercicio de potestades

---

<sup>2</sup> Codacci-Pisanelli, A. (1900). *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*; Scritti di diritto pubblico Città del Castello, pág. 253.

<sup>3</sup> Aucoc, León. (1885). *Conférences sur l'Administration et le Droit administratif*, 3<sup>o</sup> ed., vol. I, pág. 531.

<sup>4</sup> Laferrière, E. (1896). *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>o</sup> ed., París, Vol. II, pág. 548.

administrativas para fines distintos a los establecidos por el ordenamiento jurídico. Lo que define a esta figura bajo análisis, es el elemento teleológico de la conducta administrativa y a partir de la verificación de algún apartamiento del mismo por parte de la Administración, ella entra en juego para descubrir o develar el vicio de legalidad en que se caracteriza.

## **II. Elementos que constituyen la desviación de poder**

El instituto de la desviación de poder, requiere de la presencia de tres elementos que la constituyen; veamos:

### **A. La desviación de poder requiere que haya un ejercicio -y no ejercicio- de potestades**

El primer elemento que define la presencia de desviación de poder, es el relativo a que haya ejercicio de potestades por parte de la Administración, directamente otorgadas por el ordenamiento jurídico y sujetas a un determinado fin, también previsto en la norma jurídica.

Estimamos que, para que haya desviación de poder, también podría originarse ésta a través de su inactividad, puesto que bien podría suceder que la Administración deje de ejercitar una potestad con el objetivo de que no se alcance el fin público previsto en la norma jurídica que ha precisamente atribuido esa potestad. Aún más, podría afirmarse que, cada ocasión en que una entidad u órgano público, obligado a actuar una determinada potestad, no lo hace y permanece pasiva, incumple el fin al que debería servir [dado el carácter funcional de su existencia] y con ello, incurre en desviación de poder.

### **B. Las potestades ejercitadas deben ser administrativas**

Las potestades deben ser administrativas, es decir, deben tener sustento en el ordenamiento jurídico administrativo, ser de naturaleza genérica y tener la capacidad de provocar el nacimiento, la modificación o la extinción de situaciones jurídicas sustanciales para los administrados.

Cuando nos referimos a que la potestad administrativa debe ser de naturaleza genérica, estamos haciendo alusión a la particularidad que es inherente a aquella como concepto jurídico, en el sentido de que, si bien son susceptibles de provocar efectos directos e inmediatos sobre las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados, ello no significa

que, en la práctica, efectivamente los hayan producido, ni que exista obligación alguna, positiva o negativa, por parte de los sujetos sometidos a su ejercicio.

De ese modo, para que haya desviación de poder, en sentido estricto, debemos estar frente al ejercicio de potestades administrativas; ello aparece, que no esté comprendido dentro de ese concepto, el ejercicio de otro tipo de potestades, como la potestad legislativa o la judicial.

### **C. Debe existir una desviación del fin al que se encuentra sujeto el ejercicio de la potestad**

La desviación de poder supone la intención predeterminada de la Administración pública, para utilizar sus competencias con una orientación distinta a la que fuera prevista normativamente, cuyo objeto es, de esa manera, la consecución de fines extraños o ajenos a esa previsión jurídica.

El interés público, en razón del cual se justifica el ejercicio de la potestad administrativa, es indisponible para la Administración, de modo tal que si ésta se aparta del fin cuyo cuidado se le ha encomendado y sustituye a aquél con su propia voluntad, no solo defrauda al interés público que se esperaba alcanzar, sino que, sobretodo, pone en cuestionamiento la justificación misma de su existencia.

Como ejemplos de desviación de poder, tenemos al funcionario público que utiliza la potestad expropiatoria, bajo la apariencia de existir una causa expropriandi o interés público de desarrollar obras públicas necesarias para el país, pero que, en realidad, lo que busca es causar un daño patrimonial y moral a una persona concreta; también, cuando se inicia un procedimiento sancionatorio disciplinario con una intención de venganza y no para castigar una falta disciplinaria; cuando se crea una empresa pública bajo la *pseudo* búsqueda de satisfacer intereses colectivos, pero ocultando que en la realidad se utiliza para beneficiar a un sector determinado (v. gr. político, empresarial, etc.); en todos esos supuestos, hay un apartamiento del fin jurídicamente establecido.

De esa manera, para la Administración pública, someterse al fin que justifica la potestad que le ha sido atribuida por el ordenamiento jurídico, es parte de la legalidad de su conducta. Caso contrario, cuando hay un apartamiento del fin jurídicamente establecido y al que estaba sujeta la conducta administrativa, con el objeto de atender a fines diversos, habrá desviación de poder.

### III. Regulación en el ordenamiento jurídico costarricense

La desviación de poder en nuestro ordenamiento jurídico posee un régimen reforzado; en primer lugar, tenemos una regulación de rango legal, cuando el artículo 131.3 de la Ley General de la Administración Pública, dispone que “*La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder.*” De esa manera, con base en dicha norma, el fin principal (que siempre será reglado), es fijado por el ordenamiento jurídico y, el apartarse del mismo, constituye un vicio de la conducta administrativa.

Es preciso resaltar que las potestades de la Administración no pueden ser ejercitadas para cualquier tipo de finalidad, sino únicamente para los fines previstos en la norma jurídica, en función de los intereses públicos que fueron fijados por el legislador al momento de fundar la potestad. Por ende, el apartamiento del fin, como elemento reglado de la conducta administrativa, deslegitima el ejercicio de la potestad administrativa y provoca la invalidez absoluta de dicha conducta. Todo ello, a partir de la norma legal antes indicada, esto es, el artículo 131.3 de la Ley General de la Administración Pública.

Ahora bien, la regulación de la desviación de poder, en nuestro país, va más allá, pues posee un sólido y supremo sustento de rango constitucional, cuando, en lo que nos interesa, el artículo 49 de la Constitución Política, señala: “*Establécese la jurisdicción contencioso - administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. (...).*”

Como puede apreciarse, la desviación de poder tiene una regulación, si así quiere estimarse, privilegiada, pues bajo el supremo rango normativo en nuestro ordenamiento jurídico, es prevista por el constituyente como un vicio de legalidad susceptible de ser conocido por la jurisdicción contencioso administrativa.

En nuestro criterio, la razón de haber instituido la figura de desviación de poder en la Constitución Política, radica en hacer patente la viabilidad de dicha figura y eliminar la timidez o el excesivo formalismo, que los operadores jurídicos han mostrado al momento de aplicar el vicio

por desviación de poder. Sin duda, su fundamento jurídico reforzado, determina la importancia y plena aplicabilidad de la desviación de poder, en forma autónoma y permite al juez contencioso administrativo valorar la juridicidad de una determinada conducta administrativa y anularla, cuando así sea procedente, en tanto en aquella pueda constatarse la búsqueda de fines extraños o ajenos a los previstos por el legislador.

#### **IV. La proyección aplicativa del fin de la conducta administrativa**

El fin de la conducta administrativa, no es solamente un elemento que define su validez (artículos 131 y 166 de la Ley General de la Administración Pública), sino que constituye el interés público concreto que tiene encomendado la Administración y al que debe subordinar toda su actuación.

De esa forma, cuando dentro de las razones que determinaron a la Administración a adoptar una determinada conducta, se encuentran aquellas no previstas en la norma que define el fin de esa conducta, sea por tratarse de fines de terceros, de la propia Administración o de sus funcionarios, el fin jurídicamente previsto no se habrá cumplido y la conducta estará viciada por desviación de poder. Por ello, con razón, el Tribunal Supremo español ha indicado que la desviación de poder “*supone un acto que no responde en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa.*” (Sentencia del 02 de junio de 1996).

Consecuentemente, desviación de poder es el voluntarioso ejercicio de poder cuyo objeto es alcanzar otros fines, públicos o privados, que no son los precisamente previstos en el ordenamiento jurídico. Por ello, bajo esta figura, lo característico es la intencionalidad de apartamiento del fin jurídicamente establecido por parte de la Administración y, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado<sup>5</sup> francés, la desviación de poder apareja la voluntad deliberada de ejercitar sus potestades con vistas a un fin distinto al querido por el legislador.

Precisamente, en España<sup>6</sup> surgió la teoría de la gradación de la desviación del poder, en relación con el fin de la conducta administrativa, entendiéndose que pueden presentarse dos distintos grados de desviación; veamos:

---

<sup>5</sup> Conseil d'Etat, 18 de enero de 1952, Thiebault.

<sup>6</sup> La gradación en la desviación de poder surge del Tribunal Supremo español, quien acuñó esta diferenciación o escalas en su sentencia del 04 de abril



- (i) Una desviación máxima, que se presenta cuando la Administración utiliza sus potestades administrativas para obtener fines distintos o extraños al interés público jurídicamente establecido (v.gr. móviles personales, políticos, corrupción, amiguismos, etc.); y
- (ii) Una desviación mínima, que apareja el ejercicio de potestades administrativas para alcanzar una finalidad que, aunque también es de interés público, no es la específicamente designada o establecida por el ordenamiento jurídico.

Ambos tipos de desviación del fin establecido en la ley, aparejan el vicio por desviación de poder, pues en ambos supuestos la Administración se ha apartado del objetivo previsto en la norma jurídica.

De importancia, también debe mencionarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>7</sup>, sobretudo en Francia, han añadido una tercera categoría de desviación de poder, denominada *desviación de procedimiento*, que hace referencia a la utilización de un procedimiento administrativo, distinto al normativamente establecido, para obtener fines también diferentes a los previstos en el ordenamiento jurídico.

Estimamos que, en nuestro ordenamiento jurídico, la desviación de procedimiento también puede producirse, cuando la Administración no observa el tipo de procedimiento que corresponde, por ejemplo, cuando ante una contratación administrativa utiliza un procedimiento concursal menos riguroso, como la licitación abreviada o incluso, la contratación directa, cuando lo correspondiente era seguir el procedimiento de licitación pública, todo ello, con el objetivo de burlar las garantías y controles de éste último y por ese medio, favorecer objetivos e intereses distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico.

---

de 1979, Sala 3°. No obstante, también cabe mencionar, el mismo Tribunal Supremo había distinguido, entre desviación de poder absoluta y relativa, en su sentencia del 04 de abril de 1979, Sala 4°.

<sup>7</sup> Esta categoría apareció por primera vez en la jurisprudencia francesa, en la sentencia de 15 de julio de 1957, *Sté. Anicale des pecheurs à la ligne du canton de Cusset*.

## V. El control jurisdiccional sobre la desviación de poder

Por expresa disposición constitucional (artículo 49), al juez contencioso administrativo le corresponde discernir si la Administración ha servido o no al fin normativamente establecido y que, para el caso concreto, funge como justificación de su existencia misma; ello, para determinar si existe o no ilegitimidad en el ejercicio de sus potestades administrativas.

No obstante, en Costa Rica, como también ha sucedido en otras latitudes tales como en España y Francia, la figura de la desviación de poder ha sido muy poco utilizada por los tribunales de justicia; las razones de ello, podrían sintetizarse en las siguientes:

- (i) La perspectiva de la desviación de poder como una figura de aplicación subsidiaria: Durante algún tiempo, se ha considerado que la desviación de poder resulta aplicable únicamente cuando no es posible detectar otros motivos de nulidad en la conducta administrativa. Ello, sin embargo, dista mucho de la realidad jurídica, puesto que, como vimos antes, a nivel supremo constitucional, la desviación de poder es una figura autónoma y susceptible de ser aplicada en forma directa.
- (ii) El excesivo rigorismo que se ha exigido para demostrar la desviación de poder: El profesor González Pérez<sup>8</sup>, afirmó que, en España, la jurisprudencia se ha afanado en exigir una rigurosa prueba que lograra desvirtuar la presunción de validez y de buena fe que ostenta la conducta administrativa, lo que propiciaba un rígido y excesivo formalismo para su acreditación. Bajo esa aplicación rigurosa, sumado a la dificultad que normalmente supone descubrir la desviación de poder, la carga probatoria se convertía en una tarea virtualmente imposible.
- (iii) La carga ética negativa que supone la desviación de poder y el erróneo concepto de respeto al poder de la Administración: El apartamiento de los fines jurídicamente establecidos, en muchos casos, apareja conductas reprochables desde el punto de vista ético,

---

<sup>8</sup> González Pérez, Jesús. (1977). Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo. Editorial Civitas, Madrid, pág. 328.

lo que, sumado al erróneo concepto de respeto al poder público, traducido en casi una veneración, suele tener como desfavorable consecuencia que no se aborde en forma adecuada la desviación de poder y no se someta al escrutinio jurisdiccional toda aquella conducta que pueda encubrir ese apartamiento del fin previsto por la ley.

Ahora bien, puntualmente en relación con el control judicial sobre la desviación de poder, estimamos oportuno hacer referencia a los siguientes aspectos:

### **A. El control sobre la desviación de poder es un control de legalidad**

A partir del criterio emanado del Consejo de Estado francés, la desviación de poder se concibe como un vicio estricto de legalidad. Es decir, cuando la Administración incurre en un apartamiento de los fines a los que debe dirigir su conducta, comete una vulneración en contra del fin al que se encuentra sujeta, en su condición de elemento reglado de la conducta administrativa y, por ende, incurre en un vicio de legalidad, fiscalizable ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Puede afirmarse que, si bien en la desviación de poder pueden conjugarse aspectos de ética y moralidad, lo cierto del caso es que el ordenamiento jurídico administrativo entiende a dicha figura como un vicio de legalidad, que, por ello mismo, es susceptible de ser conocido en la jurisdicción contencioso administrativa. Al respecto, Vidal, manifestó que “(...) *en el control de la desviación de poder el juez permanece en el campo de la legalidad porque aquella es sustancialmente desviación del fin y éste es dado en el Ordenamiento administrativo como condición de legalidad de los actos administrativos.*”<sup>9</sup>

Si se toma en consideración que el fin es un elemento siempre reglado en la conducta administrativa y que, por ende, en todos los supuestos hay un fin que justifica el ejercicio de dicha conducta, puede afirmarse que ella misma está siempre sometida al fin previamente dispuesto en la norma jurídica y respecto del cual, la Administración no puede apartarse. En ese sentido, doña Carmen CHINCHILLA expresó que “(...) *los Tribunales controlan la legalidad de la actuación de la Administración, y la legalidad no es sólo conformidad con los*

*requisitos, formales y materiales, fijados claramente en las normas, sino también adecuación y sometimiento al fin que justifica cada acción administrativa y que está, explícita o implícitamente, señalado por el ordenamiento jurídico.*<sup>10</sup>

Inclusive, en nuestro criterio, el juez contencioso administrativo puede apreciar, aún de oficio, el vicio por desviación de poder, en el tanto se trata de un aspecto de orden público que apareja una infracción sustancial -nulidad absoluta- del ordenamiento jurídico. En dicho supuesto y, de acuerdo a la etapa en que se encuentre el proceso, el juez podrá poner en conocimiento de las partes, para que aleguen lo que estimen pertinente.

## **B. Control judicial sobre la discrecionalidad**

La desviación de poder es una técnica de control judicial de la función administrativa en general, tanto de la que tiene un carácter reglado, como de aquella otra que posee tintes o cortes de discrecionalidad; sin embargo, puede afirmarse que el campo en el que ha imperado la agudeza aplicativa de la desviación de poder, se afina en la conducta que posee elementos de discrecionalidad.

Por ello, lo primero que estimamos relevante aclarar, es que, al menos en nuestro criterio, la discrecionalidad no es un área exenta del control jurisdiccional, sino, todo lo contrario, está sujeta a parámetros especiales de fiscalización judicial, conforme a los cuales, el juez de lo contencioso administrativo, realiza una valoración de la juridicidad de su ejercicio o no ejercicio (discrecionalidad actuada y no actuada).

Al respecto, el artículo 128 del Código Procesal Contencioso Administrativo, dispone que *“Cuando la sentencia estimatoria verse sobre potestades administrativas con elementos discrecionales, sea por omisión o por su ejercicio indebido, condenará al ejercicio de tales potestades, dentro del plazo que al efecto se disponga, conforme a los límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites y mandatos, si así lo permite el expediente. (...)”*.

---

<sup>10</sup> Chinchilla Marín, Carmen. (2004). La desviación de poder. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, pág. 53.

De ahí que, las conductas administrativas que poseen elementos discrecionales, pueden ser sometidas al escrutinio judicial e incluso, ser anuladas, cuando se han adoptado en detrimento de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico para su ejercicio (artículos 15, 16, 216 y 269 de la Ley General de la Administración Pública) y, particularmente, cuando se han apartado de uno de los elementos reglados de la conducta administrativa, esto es, del fin jurídicamente establecido (artículo 131 *ibíd.*).

Por ende, bajo el espectro de cobertura del control judicial sobre las conductas con elementos discrecionales, el juez debe valorar la conformidad sustancial de aquellas con el ordenamiento jurídico y determinar si, en el caso concreto, la Administración persiguió un fin distinto al previamente establecido por el legislador; caso en el cual, deberá declarar (con eficacia *ex tunc*) la nulidad absoluta de la conducta administrativa por vicio de desviación de poder.

### **C. La prueba de la desviación de poder**

Un aspecto que ha ocupado a la doctrina, es el determinar si cuando estamos frente a la desviación de poder, es suficiente con demostrar el apartamiento deliberado de la Administración pública respecto del fin normativamente previsto en el ordenamiento jurídico, o bien, si también se requiere acreditar que la Administración perseguía otro fin y cuál es concretamente ese otro fin.

En nuestro criterio, la desviación de poder, en el proceso contencioso administrativo, únicamente requiere la acreditación del apartamiento del fin público previsto en la norma jurídica; es decir, para probar que hubo una voluntad deliberada de la Administración de apartarse del fin jurídicamente establecido, únicamente es necesario probar ese apartamiento consciente y voluntario del fin normativamente establecido. Y es que, estimamos, si se logra acreditar ese apartamiento, de forma automática quedará también demostrado que la Administración buscaba alcanzar otro fin diferente al establecido en la norma jurídica.

Bajo ese razonamiento y, tomando en consideración que no siempre será fácil para el justiciable acreditar cuál era el fin realmente querido por la Administración pública, puede entenderse que no es absolutamente imprescindible probar cabal y puntualmente esa otra

finalidad efectivamente perseguida para estimar procedente que ha existido desviación de poder.

De esa forma, la prueba de la desviación de poder debe encaminarse a demostrar que la Administración no ejerció sus potestades en aras de alcanzar el fin jurídicamente establecido, sino que, por el contrario, lo hizo para atender a fines distintos de aquél. Pero, se insiste, no es necesario que se pruebe cuál fue el otro fin, distinto al previsto en la norma jurídica, perseguido por la Administración.

En adición, también debemos indicar, que la desviación de poder no precisa de una prueba de carácter absoluto o plena, ni tampoco requiere de una constatación llana de los hechos, sino que, surge del conjunto del acervo probatorio y se verificará en el prudente arbitro e íntima convicción del juzgador; es decir, dado que la prueba de una intención desviada no podría alcanzar nunca el grado de certeza absoluta -salvo confesión de su autor-, el régimen probatorio resulta de una convicción, más que de una constatación. En ese sentido, el Tribunal Supremo español, sección quinta, en su sentencia No. 1996/2016 del 06 de setiembre del 2016, expresó:

*“5) Que siendo la actuación administrativa referida en el artículo 103.4 de la LRJCA una singular desviación de poder, definida como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, **siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa de los hechos, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la Sentencia de 10 de octubre de 1987 y que la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas Sentencias de esta Sala (entre otras las de 6 de***

*marzo de 1992 , 25 de febrero de 1993 , 2 de abril y 27 de abril de 1993 ) que insisten en que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, **precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine.***” (Lo resaltado es nuestro).

De ahí que, corre a cargo del actor acreditar, al menos, los hechos que hagan presumir la existencia de una desviación del fin jurídicamente establecido para la Administración y, a partir de ese momento, el juez instará a la Administración para que alegue lo que estime pertinente, con particular importancia de la prueba de descargo que permita acreditar su dicho. No obstante, lo anterior no enerva la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba, que establece que la carga probatoria corresponde a la parte a la que le resulte más fácil acreditar los hechos o aquella que se encuentre en una posición más próxima para aportarla.

#### **D. Efectos de la declaratoria de desviación de poder**

Cuando la Administración pública se aparta del fin al que se encontraba sujeta en su conducta, incurre en un vicio de nulidad absoluta, pues la conducta administrativa carecerá de uno de sus elementos constitutivos de validez, esto es, del fin.

La ausencia del fin, como elemento reglado de la conducta administrativa, determina la invalidez sustancial de ella (artículo 166 de la Ley General de la Administrativa) y debe ser apreciada, incluso de oficio, por el juez.

Asimismo, la declaración de invalidez absoluta de la conducta administrativa, por desviación de poder, tiene un efecto meramente declarativo y con carácter retroactivo a la fecha de adopción de dicha conducta; todo lo cual, según lo indica el artículo 171 de la Ley General de la Administrativa, lo será sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe y, agregaríamos nosotros, de las situaciones jurídicas consolidadas.

## **Conclusión**

Finalmente, estimo oportuno concluir con dos aspectos que merecen ser resaltados. En primer lugar, (i) lo relativo al sometimiento del poder público al derecho y, por consecuencia, a los tribunales de justicia de la República.

Así, en un Estado democrático y social de derecho, con garantías de control y de protección de los derechos fundamentales, todos los poderes públicos están sometidos al ordenamiento jurídico. Ese sometimiento es pleno, sin ámbitos exentos de fiscalización y, en el caso del control de legalidad de la función administrativa, está a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa.

De esa manera, cuando la Administración pública se aparta del fin jurídico al que se encuentra sometida, incurre en un vicio de legalidad y compromete no solo la validez de su conducta, sino también la justificación misma de su existencia dentro de la organización administrativa del Estado.

Por otro lado, (ii) es claro que el vicio por desviación de poder, refleja la importancia del interés público, el cual es siempre predeterminado por la norma jurídica (artículo 131 de la Ley General de la Administración Pública) y constituye el rumbo claramente establecido hacia el cual debe, la Administración pública, encaminar su conducta.

De ahí que, el funcionario público debe desempeñar sus labores atendiendo a la satisfacción del interés público y, en ese sentido, el artículo 113.3 de la Ley General de la Administración Pública dispone que *“En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.”*

Consecuentemente, la Administración -y sus funcionarios-, no gozan de una libertad de apreciación del interés público, ni tienen disponibilidad sobre el cumplimiento del fin establecido por el legislador; antes bien, tienen delimitada su conducta y, en caso de apartarse de ella, incurrirán en desviación de poder.

Por último, estimamos que la desviación de poder debe contar una aplicación de primer orden, más aún si se toma en cuenta que posee



fundamento en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico (art. 49 de la Constitución Política), que, por ello mismo, posibilita su aplicación progresiva y extensiva, en procura de la máxima justiciabilidad de la conducta administrativa y de garantizar la legalidad de la función administrativa.

### **Bibliografía**

Aucoc, León. (1885). *Conférences sur l'Administration et le Droit administratif*, 3° ed., vol. I.

Chinchilla Marín, Carmen. (2004). *La desviación de poder*. Editorial Civitas, segunda edición, Madrid.

Codacci-Pisanelli, A. (1900). *L'eccezione di potere nel contenzioso amministrativo; Scritti di diritto pubblico* Città del Castello.

González Pérez, Jesús. (1977.) *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. Editorial Civitas, Madrid.

Laferrrière, E. (1896). *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, 2° ed., París, Vol. II.

Vidal, V. (1952). *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*. En RDP.

### **Resoluciones citadas:**

Resolución del Consejo de Estado francés, del 18 de enero de 1952, Thiebault.

Resolución del Consejo de Estado francés, del 15 de julio de 1957, Sté. Anicale des pecheurs á la ligne du canton de Cusset.

Tribunal Supremo español, Sala 4°, sentencia del 04 de abril de 1979.

Tribunal Supremo español, Sentencia del 02/1996 de junio de 1996.

Tribunal Supremo español, sección quinta, en su sentencia No. 1996/2016 del 06 de setiembre del 2016.

