

# LA DESVIACIÓN DE PODER COMO CAUSAL DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: TRATAMIENTO CONCEPTUAL Y PROCEDIMENTAL EN COLOMBIA, ESPAÑA Y PERÚ

## THE POWER DEVIATION AS GROUNDS FOR NULLITY FOR ADMINISTRATIVE ACTS: CONCEPTUAL AND PROCEDURAL TREATMENT IN COLOMBIA, SPAIN AND PERU

César Luis Correa Zúñiga  
ORCID: 0000-0003-4256-0834  
Universidade da Coruña  
[ccorreaz@usmp.pe](mailto:ccorreaz@usmp.pe)  
España

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.08>

Recibido: 24 de mayo de 2023.

Aceptado: 4 de agosto de 2023.

### SUMARIO

- Introducción.
- Actos administrativos y la finalidad que cumplen en un estado de derecho.
- La desviación de poder: Naturaleza jurídica y su contravención con la finalidad del derecho administrativo.
- La desviación de poder en España: Contenido y desarrollo.
- La desviación de poder en Colombia: Contenido y desarrollo.
- La desviación de poder en Perú: Contenido y desarrollo.
- Apreciaciones finales.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

La nulidad de los actos administrativos deviene en una potestad que ostenta la administración pública ya sea a través de petición de parte vía recurso impugnativo o de oficio con el propósito de dejar sin efecto los actos administrativos que contengan algún vicio siempre que no se permita su subsanación o conservación.

En el presente caso la desviación de poder en apariencia deviene en un acto lícito, no obstante, el agente emisor emplea dicha apariencia para satisfacer ya sea intereses personales de forma directa o indirectamente con lo cual el acto administrativo termina siendo un móvil para la consecución de un fin ilícito, valiéndose del cargo que ostenta, contraviniendo con ello el interés general.

Por tal motivo es preciso estudiar su naturaleza, tratamiento conceptual y procedimental con la finalidad de determinar si el mismo permite su detección o por el contrario se requieren de otras medidas para advertir la producción de actuaciones que transgreden la finalidad pública que trae consigo la emisión de actos administrativos.

### PALABRAS CLAVES

acto administrativo, desviación de poder, finalidad pública, interés público, presunción de validez, reglamento.

### ABSTRACT

The nullity of administrative acts becomes a power held by the public administration either through a request by a party via a challenge or ex officio with the purpose of rendering administrative acts that contain a defect without effect as long as their rectification is not allowed or conservation.

In the present case, the misuse of power in appearance becomes a lawful act, however, the issuing agent uses said appearance to satisfy either personal interests directly or indirectly, with which the administrative act ends up being a motive for the achievement of an illegal purpose, using the position he holds, thus contravening the general interest.

For this reason, it's necessary to study its nature, conceptual and procedural treatment in order to determine if it allows its detection or, on the contrary, if other measures are required to warn of the production of actions that transgress the public purpose that comes with the issuance of administrative acts.

## KEYWORDS

administrative act, power deviation, public purpose, public interest, presumption of validity, regulation.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda uno de los temas más interesantes del derecho administrativo contemporáneo ya que involucra la toma de decisiones (la cual muchas veces se encuentra a cargo de un funcionario de libre nombramiento y remoción) como se le conoce mayoritariamente en la doctrina iberoamericana.

Esta toma de decisiones para ser cuestionada debe partir del ejercicio ilegítimo del poder entendido como aquella actuación u omisión por parte de un funcionario público que contraviene el marco legal o los fines concedidos a través de la designación efectuada, lo cual lesiona el interés público, pero sobre todo la confianza legítima puesta por los ciudadanos en la administración pública.

Por tal motivo nos encontramos ante la toma de decisiones administrativas contenidas en actos administrativos de carácter general y particular que buscan beneficiar intereses personales de forma directa o indirecta; y, es ahí donde aparece la segunda arista que en realidad es de difícil probanza y versa sobre la satisfacción de los intereses particulares del agente emisor defraudando el interés general de la sociedad.

A simple vista es posible que el lector considere que cualquier acto administrativo puede incurrir en este vicio, no obstante, como se desarrollará, existen elementos evidentes y contundentes para singularizarlo, siendo su probanza aún quizá el escenario más complejo para su descubrimiento; sin perjuicio del tratamiento normativo que en algunos casos aún es flexible en algunos ordenamientos.

Cabe añadir a modo introductorio que la presente investigación complementa la ponencia efectuada el 03 de mayo de 2023 en el evento académico denominado: Seminario Internacional de Derecho Administrativo: Instituciones del Derecho Administrativo en el Escenario Nacional y Global organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y el Centro de Estudios de Derecho Administrativo de dicha casa de estudios.

## ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA FINALIDAD QUE CUMPLEN EN UN ESTADO DE DERECHO

Iniciar explicando la naturaleza jurídica de una de las instituciones más clásicas del derecho administrativo es todo un reto ya que por encima del texto positivo de algunas leyes que como en el caso peruano sucede con la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, debemos entender al acto administrativo no solo como aquel instrumento que incide en la esfera personal del ciudadano, sino como toda declaración efectuada por las entidades de la administración pública en el marco de los poderes públicos asignados producto de la repartición de las competencias administrativas, motivo por el cual, antes de hacer referencia a los efectos jurídicos de la emisión del acto administrativo hay que tener presente que nos encontramos ante una verdadera declaración productora de estos efectos. Sobre la definición de acto administrativo, el profesor José Carlos Laguna de Paz, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid considera “que son declaraciones jurídicas realizadas por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa. En cuanto tales tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir unilateralmente situaciones jurídicas.” (2020, p. 681).

Esta acepción guarda relación con la propuesta por el profesor Miguel Sánchez Morón, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá, quien considera “al acto administrativo y su concepto no están del todo claro, no obstante, resalta que el acto administrativo es una declaración unilateral que produce efectos jurídicos sometida al derecho administrativo” (2022, p. 534).

En este escenario advertimos entonces que nos encontramos ante verdaderas declaraciones efectuadas, en principio, por instituciones públicas a las que se les ha denominado como entidades de la administración pública conferidas de poder en mérito a la asignación competencial efectuada conforme al principio de legalidad, siendo su finalidad la producción de efectos jurídicos en la esfera personal de los ciudadanos a los que va dirigidos (administrados), es por ello que en adición a lo antes expuesto el acto administrativo tiene una finalidad social ya que traslada la declaración unilateral de una entidad administrativa a una persona particular de forma directa y de forma

indirecta a toda la colectividad, quienes pueden incluso revisar el contenido del acto a través de los medios de acceso a la información pública, siempre que dicho acceso no exponga derechos fundamentales protegidos constitucionalmente o acceder a los portales institucionales de transparencia.

No obstante, una interrogante mayor conlleva a pensar si es que el acto administrativo solo involucra a los actos decisorios, es decir los que conllevan una declaración que incide en una toma de decisión final que va a producir efectos jurídicos o los llamados actos declarativos de la voluntad; al respecto, el profesor Santa María Pastor señala lo siguiente: “La declaración puede ser: i) juicio o valoración, ii) declaración de conocimiento, iii) declaración de deseo o propuesta” (2018, p. 124).

Estos aspectos narrados por el citado profesor si bien no inciden en todos los casos en la esfera particular de los ciudadanos y por ello no son impugnables, puede dar en la práctica a verdaderos actos de incidencia y de afectación como en el caso de algunos actos de trámite con gravamen como en el caso de una medida preventiva carente de legalidad a través del cual el administrado le asiste el derecho cuestionar la misma sin esperar la decisión definitiva; no obstante, entonces partiendo de dicho análisis, los vicios de los actos administrativo no solo afectan a actos definitivos sino incluso a otra clase de actos administrativos como los antes enunciados.

Habiendo quedado establecido que el concepto de acto administrativo no solo se restringe a los llamados actos decisorios o declarativos de la voluntad de la administración pública, resaltando el poder que ostenta el agente que en representación de las entidades públicas hace frente a los ciudadanos mediante la interacción legalmente establecida, como por ejemplo en los procedimientos administrativos, siendo el medio o nexo el acto administrativo, por lo cual afirmamos que dicho acto conlleva intrínsecamente un fin social, este mismo podemos advertirlo cuando analizamos la finalidad del acto administrativo.

En lo que respecta a finalidad que lleva consigo un acto administrativo evidentemente nos encontramos ante un aspecto esencial del propio acto ya que esta finalidad debe encontrarse asociada al interés general que si bien podemos entenderlo como un concepto genérico y quizá

sin importancia para el estudio efectuado, ello no es cierto ya que este término consagra la naturaleza que origina la esencia de autenticidad de la actuación de la administración pública y es por ello que a fin de concretizar su alcance el profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz señala que:

[...] el interés general es causa y fin del derecho administrativo. Y también, obviamente, es el principal límite, pues impide, como señala Sainz Moreno, que la administración actúe al margen del ordenamiento jurídico y, sobre todo, que sean dictados actos en contra de la finalidad establecida en la norma de la que traen causa. Los actos administrativos no tienen sentido sin la norma de cobertura. Por tanto, deben dictarse siguiendo fielmente los principios y el régimen jurídico en ella establecidos. (2012, p. 53).

El citado respetado profesor consagra lo que a todas luces constituye la esencia del derecho administrativo, me animaría a señalar que el interés general es todo aquello que de forma mínima el Estado de derecho debe salvaguardar en beneficio de los habitantes de un determinado territorio, ello, por regla general debe estar contenido en disposiciones legislativas siendo la Constitución y las leyes las de mayor relevancia, motivo por el cual el interés general se sujeta y relaciona con la ley en el marco y respecto del estado de derecho, permitiéndose actuaciones discrecionales de forma específica; tanto así que la discrecionalidad debe llevarnos a la adecuación al fin en el marco de un interés general que se puede desprenderse del propio estado de derecho y es así como lo hace notar del mismo modo el profesor Javier Bermúdez Sánchez de la Universidad Autónoma de Madrid quien manifiesta que,

[...] el legislador deja en manos de la Administración la ponderación de las circunstancias concretas cuando ello resulte necesario en la consecución de los intereses generales siendo compatible con la legalidad de un Estado de Derecho, mediante el control de tal decisión”. (2021, p. 56).

En suma, ya sea a través de una actuación reglada o discrecional la decisión debe sustentarse en el interés general.

Por consiguiente, habiendo caracterizado al fin o finalidad como un aspecto de suma relevancia en el acto administrativo a ser dictado en un estado de derecho; y, dado su contenido social, los maestros Eduardo García de Enterría y

Tomas Ramón Fernández (2020) señalan lo siguiente:

Distinto del presupuesto de hecho es el fin que la norma creadora de la potestad asigna a ésta como objetivo a perseguir. También tenemos una referencia del fenómeno en el estudio que anteriormente hicimos sobre las potestades, en especial a propósito de las potestades discrecionales y de la desviación de poder. Al configurar la potestad, la norma, de manera explícita o implícita, le asigna un fin específico, que por de pronto es un fin público, pero que matiza significativamente en cada uno de los sectores de actividad o institucionales como un fin específico. El acto administrativo, en cuanto es ejercicio de una potestad, debe servir necesariamente a ese fin típico, e incurrirá en vicio legal si se aparta de él o pretende servir a una finalidad distinta aun cuando se trate de otra finalidad pública. (p. 598).

La importancia del fin en esta primera parte del artículo radica en que cualquier finalidad distinta a la perseguible a través del empleo de la competencia que ostenta la entidad administrativa a través de su funcionario sujeta al ordenamiento jurídico o a los parámetros de discrecionalidad que se desprenden de esta deviene en ser un vicio cuya observancia es necesaria ya que el agente emisor cuya apariencia, en principio, de su acto emitido irradia legalidad, solo emplea superficialmente la capa de legalidad ya que los motivos y razones para la emisión de dicho acto solo estaban destinados a un beneficio ajeno al interés general toda vez que el acto administrativo cumple fines sociales a pesar de que este dirigido a una persona como por ejemplo el establecimiento de una sanción administrativa sirve como mecanismo aleccionador, de desincentivo y reparador del daño causado al bien jurídico lesionado por el administrativo cuya tutela recae en una entidad de la administración pública. Es por ello que la desviación de poder se erige como una herramienta contraria a los fines sociales que trae consigo la emisión de actos administrativos.

Un aspecto que no es ajeno a la discusión radica si este alcance que se analiza incide en los llamados reglamentos administrativos; y, por consecuencia su categorización como acto administrativo. Al respecto, si bien es cierto el profesor Sánchez Morón afirma que “el acto administrativo no tiene carácter normativo y esta es su diferencia sustancial con el reglamento” (2022, p. 534), encontramos por ejemplo que en la práctica del derecho administrativo colombiano se entiende mayoritariamente al reglamento como un acto administrativo de alcance general, lo cual no sucede mayoritariamente en Perú; no obstante,

es preciso antes de iniciar el tránsito de estudio acerca del vicio bajo análisis, si es posible conceptualizar al reglamento como un acto administrativo.

Para tal efecto es propicio revisar la obra del profesor Gabriel Doménech Pascual, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Cardenal Herrera, quien desarrolla en parte de su obra acerca de la naturaleza jurídica de los reglamentos considerándolos como actos jurídicos que contemplan declaraciones de voluntad y establecen efectos jurídicos. Al respecto, menciona lo siguiente: “Las disposiciones reglamentarias pertenecen a la categoría de los actos jurídicos - públicos, los mismo que las leyes o los actos administrativos. Todos ellos crean unilateralmente e imponen efectos jurídicos a personas distintas de las que han emanado el correspondiente acto” (2002, p. 181).

Si bien el citado autor conceptualiza la noción, en adición a ello incorpora a la discusión un aspecto que es sumamente interesante en el análisis y tiene que ver con que las instituciones del derecho administrativo no necesariamente deben ser idénticas sino que estén sometidas bajo un régimen jurídico en común, considerando que si bien el reglamento no puede ser entendido como un acto administrativo singular, eso no impide que se le reconozca una categoría en común, ejemplificando en la práctica el tratamiento símil que se le brinda en algunos supuestos con el acto administrativo singular y justamente en lo que respecta a la institución de la prohibición de incurrir en desviación de poder, en el derecho español esta disposición esta recogida de forma literal para “actos” los que pueden ser de alcance singular y también de alcance general.<sup>1</sup>

Si bien el tema es polémico e interesante a su vez dado que en algunos países de la región se emplea de forma masiva el uso de reglamentos administrativos, es preciso señalar que si consideramos efectuar una categorización general del acto administrativo, el concepto de reglamento cumpliría con las características que definen a un acto administrativo, motivo por el cual considero que nos encontramos

<sup>1</sup> En el derecho peruano los profesores Víctor Baca Oneto, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura; y, el profesor Antonio Abruña Puyol, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura (2019) arriban a la misma idea concluyendo que conforme el artículo 23 de LPAG, los reglamentos son también actos administrativos, aunque en virtud del artículo 1.1 no se sometan al procedimiento administrativo general regulado en dicha norma. Su contenido normativo no es un criterio suficiente para distinguirlo de los demás actos administrativos, que se definen por estar sometidos a las leyes y ser susceptibles de control jurisdiccional, características que comparten con los reglamentos (Pág. 92).

ante actuaciones administrativas de alcance general aptas para producir efectos jurídicos tal y como sucedería con un acto administrativo de alcance singular o particular, con las diferencias propias entre este y un acto de alcance general, lo cual no lo descalifica de ser un acto declarativo emitido por la administración pública de acuerdo con su cuota legal de poder ni de la producción de efectos jurídicos típico de los actos administrativos así sea de manera general.

### **LA DESVIACIÓN DE PODER: NATURALEZA JURÍDICA Y SU CONTRAVENCIÓN CON LA FINALIDAD PROPIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

La teoría general de las nulidades nos obliga a darle un vistazo al derecho civil donde se conciben dos tipos de nulidades: la nulidad absoluta y la nulidad relativa, siendo la primera la regla y la segunda la excepción. Teniendo en consideración que el núcleo a distinguir cuando hablamos de nulidades es la invalidez del acto jurídico en el derecho privado y el acto administrativo en el derecho público, debemos incorporar nuestro análisis justamente en el escenario de derecho público, específicamente en el derecho administrativo.

Es así como Raúl Bocanegra Sierra (2012) profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid manifiesta lo siguiente:

Que en principio, si la regla general en el Derecho privado es la afirmación de la nulidad de los actos que contradicen las leyes, en el Derecho Administrativo la regla general es, por el contrario, la mera anulabilidad de los actos administrativos que infrinjan lo establecido en las normas jurídicas, reservando el ordenamiento la sanción de nulidad para los supuestos más graves y manifiestos de actos irregulares, particularidad esta que es común en la tradición jurídica de los ordenamientos europeos y en el propio derecho comunitario (p. 183).<sup>2</sup>

Entonces, en los ordenamientos jurídicos por analizar distinguimos referencias a la nulidad de pleno derecho y la de aquellos actos que a

pesar de contener vicios en su estructura ya sea de forma o de fondo, es posible su conservación o enmienda a través de las instituciones que el derecho administrativo pregona; sin perjuicio de ello en los sistemas iberoamericanos se erige de la misma forma un principio clásico y con vigencia actual acerca de lo que se conoce como la presunción de validez de los actos administrativos. Respecto de dicho principio el profesor Santamaría Pastor establece que esta fórmula tradicional es tomada de la doctrina italiana que alude a la denominada legitimidad siendo una presunción *iuris tantum*, con arreglo a la cual los actos administrativos han de tenerse por ajustados a derecho hasta tanto su invalidez no sea declarada formalmente por otro acto posterior o una sentencia judicial (2018, p. 140).

Esto de forma complementaria nos lleva a la premisa postulada por el profesor Laguna de Paz quien afirma:

[...] que lo habitual es que los actos inválidos (con apariencia de legalidad) desplieguen los mismos efectos jurídicos que un acto válido, mientras no sean anulados. Así son las cosas, por más que – desde algunas posiciones – se aspire a que los actos nulos de pleno Derecho no sean susceptibles de producir efecto alguno. No hay que olvidar que incluso la nulidad radical – ha de ser declarada, y sólo lo pueden hacer los órganos a los que el ordenamiento jurídico confiere dicha potestad. (2020, p. 770).

Este aspecto incluso del mismo modo es ratificado por el profesor Tomas Ramon Fernández, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid quien manifiesta:

[...] que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del derecho común, en el que como norma general, basta con ignorar el acto nulo, que solamente se impugna cuando ha creado una apariencia que es conveniente destruir, la regla general del comportamiento ante un acto administrativo nulo es la contraria: es preciso impugnar el acto, como regla general, porque el acto nulo no solo crea una apariencia, sino que produce efectos como si fuera un acto perfectamente válido. (2019, p. 51)

Este es un aspecto sumamente relevante en lo respectivo a la existencia de un acto administrativo con vicios que originaría su nulidad de pleno derecho, siendo la invalidez la consecuencia de dicha figura; no obstante para que ello suceda, y por consiguiente se destruya dicha presunción, se requiere de un pronunciamiento expreso que advierta el motivo y sustento del por qué dicho acto debe ser sometido a una declaración de nulidad, una

<sup>2</sup> Lo manifestado por el citado profesor distingue la autonomía del derecho privado con el derecho público, específicamente el derecho administrativo y sobre todo respecto a que la anulabilidad es la causa general mientras que la nulidad de pleno derecho es la excepción a dicha regla. Esto puede verse reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia de 20 de abril de 1952 donde se pregona a criterio del profesor acerca de la función constitucional de la firmeza del acto administrativo como garantía de seguridad jurídica y, por ende, de la regla general de la anulabilidad, ha sido destacada, partiendo de los mismos presupuestos procesales del ordenamiento español.

vez declarado ello, el acto administrativo sería ineficaz, es por ello que en los ordenamientos a estudiar no rige una tercera categoría referida a los actos inexistentes, en mérito a lo mencionado, ya que se requiere de un pronunciamiento expreso para la pérdida de validez de un acto administrativo.

Entonces, el modelo propio consagrado uniformemente respecto de la actuación administrativa se rige por la naturaleza legítima en apariencia y ejecutiva del acto administrativo una vez dictado; por consiguiente, en la práctica jurídica la emisión de los actos administrativos conlleva un inmenso poder público ya que dicho hecho va a ser generador de diferentes consecuencias jurídicas a pesar de que en su contenido existan vicios muy graves incluso que requieran un pronunciamiento expreso.

Por lo que una primera lección de este aspecto viene a estar dada por la intervención pública la cual será *ex post*, es decir una vez dictado el acto administrativo, lo cual es lógico ya que de lo contrario no nos encontraríamos ante un acto administrativo declarativo sino únicamente ante propuestas o tentativas de actos administrativos que no han producido efectos jurídicos; no obstante, lo que se resalta necesariamente y es ahí donde arriba el comentario está referido a que se requiere de una declaración efectuada por la propia administración pública, o en algunos casos el propio Poder Judicial, para que dicho acto sea declarado nulo y por consiguiente sea inválido perdiendo su eficacia inicial nacida con la emisión del mismo, esto nos lleva nuevamente al camino inicial que da lugar al presente trabajo: el poder público que ostenta el funcionario de turno, aspecto que no es ajeno al derecho administrativo como la rama del derecho público que justamente se enfoca en el estudio de los límites de dicho poder a través del cumplimiento y aplicación de las garantías y libertades ciudadanas.

Por tal motivo, al ser el derecho administrativo garantista en un enfoque de Estado de derecho y partiendo del respeto a la legalidad, toda intervención administrativa da lugar a que se solicite su revisión ya sea en vía administrativa e incluso vía judicial, por lo que nos encontramos ante un escenario de control ciudadano en beneficio del interés general.

Teniendo en cuenta los efectos de la declaración de invalidez del acto administrativo, la polémica no es ajena a la discusión sostenida respecto de los alcances *ex nunc* (desde ahora) y *ex tunc* (desde el inicio) de los actos administrativos nulos y los actos

administrativos anulables, si bien queda claro que los actos administrativos nulos al momento de su declaratoria y advirtiéndose el vicio de formación origina la invalidez de todos sus efectos como si dicha declaratoria se efectuase desde el momento de la emisión del acto administrativo, no sucede lo mismo con los actos administrativos anulables ya que en esos casos incluso pueden conservarse los mismos o convalidarse; no obstante resaltamos la preocupación sobre el particular efectuada por el profesor Laguna de Paz quien manifiesta: “que los efectos de la declaración de invalidez de un acto anulable deberían retrotraerse al momento en que fue dictado (*ex tunc*) no habiendo razón para que el perjudicado tenga que soportar las consecuencias de un acto inválido” (2020, p. 764). Este es un aspecto sumamente interesante que será abordado en el estudio de las legislaciones bajo comentario.

Un aspecto final ya referido a los actos anulables tiene que ver con la convalidación de los actos administrativos mediante la cual se emplea el mismo medio de emisión del acto administrativo original (es decir la misma forma) con el fin de que puedan subsanarse. El aspecto por considerar en este punto está referido a los límites de la subsanación ya que nos encontramos antes del análisis de una institución que permite, por lo menos en España, su anulabilidad como es el caso de la desviación de poder. Veremos en los casos puntuales que cada ordenamiento ha desarrollado disposiciones y un tratamiento diferente para la enmienda y conservación del acto administrativo lo cual da autonomía e independencia a las actuaciones administrativas nacionales.

Habiendo desarrollado las bases de la teoría de la invalidez de los actos administrativos, partiendo por el estudio de la teoría general de la nulidad, es preciso incursionar en la materia específica del presente trabajo de investigación. Como mencionaba el profesor Santamaría Pastor en la cita recogida precedentemente, la legitimidad de acto o presunción de validez del mismo se recoge de la doctrina y desarrollo jurisprudencial italiano, es por ello que parto por definir la naturaleza jurídica de la desviación de poder (conocido en Italia como *l' eccesso di potere*) conforme lo mencionado por el Roberto Garofoli (2022), ex Subsecretario de Estado a la presidencia de Consejo de Ministros de Italia quien afirma lo siguiente:

El exceso de poder se configura cuando la administración pública utiliza el poder para una finalidad diversa de la que está establecida en la norma que le atribuye tal poder. Para explicar la naturaleza jurídica del vicio recurre a tres teorías, siendo estas las del i) vicio de la voluntad cuando el procedimiento de formación de la voluntad de

la administración pública fuese viciado por error, violencia o dolo, no obstante ello no ha estado exento a críticas de autorizada doctrina como para el caso de los contratos; mientras que por otro lado en lo que respecta a la ii) teoría del vicio de la causa este mal uso del poder consiste en un apartamiento del fin con la causa que persigue la actuación ; finalmente iii) la teoría del vicio de la función debe verificarse el carácter global de la actuación administrativa y todos los intereses en juego, debiendo llevarse a cabo dicho análisis asegurándose una íntima coherencia entre las valoraciones individuales y el fin público perseguido (p.p. 410-411).

Es interesante el punto de vista valorativo que brinda el citada autor relacionado con la naturaleza del exceso de poder partiendo de aspectos volitivos, finalísticos y funcionales para entender al ejercicio del exceso del poder como la decisión adoptada en el plano subjetivo de un funcionario público (lo cual considero no es de interés del derecho público sino de la criminología o psicología) que incide en lo objetivo, esto es en el apartamiento injustificado entre el empleo de su poder y los fines que persigue dicho empleo, es por ello que veo con gratitud los alcances de las teorías del vicio de la causa y del vicio de la función para entender la naturaleza de esta institución.

No obstante, no es posible escribir acerca de desviación de poder sin tener presente su alcance en el derecho francés, cuna de la autonomía del derecho administrativo, para ese propósito y siguiendo los postulados del profesor José A. López Mendoza (2013), docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires quien citando a Hauriou en "*Precis de Droit Administratif*" señala que:

[...] la desviación de poder es el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescriptivas y no incurriendo en violación formal de ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio. (2013, p. 305).

Del mismo modo, el profesor Laguna de Paz efectúa una propia definición de cómo debe entenderse dicha institución, al respecto manifiesta que es la utilización de potestades administrativas para la consecución de fines distintos de los específicamente previstos en la norma, aunque también sean de interés público; no obstante en su referencia cita parte de lo resuelto en el Asunto T-57/11 en donde se

consagra que en el derecho de la UE responde también a esta misma idea: el concepto de desviación de poder se refiere el hecho de que una autoridad administrativa haga uso de sus facultades con una finalidad distinta de aquella para la que le fueron conferidas (2020, p. 760).

Por tanto, en todas estas posiciones académicas se coincide de que nos encontramos ante la desviación de poder o también llamado exceso de poder cuando un funcionario público en ejercicio emplea su poder para fines distintos de los previstos en la norma ya sea en salvaguarda de otro bien jurídico que la entidad cautela o simplemente para beneficio personal directo o indirecto, es por ello que sobre este punto el control ciudadano es sumamente importante ya que nos encontramos en apariencia ante verdaderos actos administrativos que como ya se mencionó están provistos de la presunción de veracidad por un lado, mientras que en cuanto a contenido su finalidad trae consigo la satisfacción de intereses subjetivos del emisor del acto y no en beneficio de la sociedad, defraudando consigo la confianza legítima y las expectativas puestas por los integrantes de una sociedad en el marco del también denominado contrato social, desarrollo que inspiro finalmente la revolución francesa.

El estudio de la desviación del poder como un vicio del acto administrativo, más aún cuando en apariencia todo acto administrativo es válido hasta que se declare lo contrario, nos lleva a un dilema en el derecho administrativo donde la evidencia o material probatorio es sumamente relevante para su actuación e invalidez posterior de ser el caso, pero es preciso previamente antes de ingresar al tratamiento efectuado en los ordenamientos antes señalados, habiendo quedado claro que nos encontramos ante un vicio subjetivo – objetivo partiendo de que este nace del interior del ser cuyas consecuencias si bien son objetivas, deben analizarse partiendo de los fines que busca la actuación administrativa en mención.

En ese escenario es preciso citar al profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz quien citando a Gonzales Navarro han concluido que el derecho administrativo no es otra cosa que la rama del derecho que regula el derecho del poder para la libertad (2006, p. 96). Esta reflexión expresada por el profesor Gonzales Navarro y desarrollada por el profesor Rodríguez Arana Muñoz es sumamente ilustrativa para poner en relieve la importancia de tratar su estudio en un estado de derecho.

Como hemos visto el poder público lo podemos encontrar clásicamente en los tres poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, lo que originan los llamados pesos y contrapesos del Poder; sin embargo no podemos afirmar que la práctica administrativa es exclusiva únicamente del Poder Ejecutivo ya que hacerlo distorsionaría el concepto de función administrativa propio de los países iberoamericanos que partiendo del desarrollo de competencias de la administración pública como cuotas de poder, a la que les denominaré potestades, inciden en las libertades, derechos y obligaciones de los ciudadanos; sin embargo, dicha actuación no debe estar provista de las garantías mínimas que el sistema constitucional de cada país asigne, ya que de lo contrario nos encontraríamos ante un escenario de arbitrariedad y tiranía común de regímenes autoritarios sin respecto alguno por el Estado de derecho que finalmente termina siendo el ejercicio del poder por el pueblo a través de sus representantes y con reglas claras y sólidas, las que deben encontrarse previstas en los ordenamientos jurídicos.

En ese escenario, el poder y derecho no pueden alejarse, más por el contrario el derecho administrativo a través de las diversas instituciones públicas debe modelar esta relación que existe y es por ello lo valioso de la disciplina. Pongámonos en un ejemplo muy puntual, imaginemos al próspero empresario que con audacia, tenacidad, esfuerzo y dedicación hoy tiene a su cargo un negocio comercial compitiendo con otros actores que quizá hayan tenido el mismo camino, sucede que un buen día uno de aquellos competidores es designado funcionario público en la oficina local y empieza una persecución irracional hacia sus competidores ya sea a través de vías de hecho, entendidas como coacciones ilegales conforme nos mencionan los maestros García de Enterría y Tomás Ramón Fernández; o, a través de actuaciones administrativas reglamentarias u demás actos administrativos que carecen de vinculación entre el medio utilizado y el fin perseguido, en esos casos si bien pueden existir indicios respecto de la finalidad que realmente persigue este nuevo funcionario, considero que lo más tangible es identificar si las actuaciones se sustentaban en un mínimo de legalidad o contaban con una situación de justificación adecuada aunque sea mínima, de no ser así no solo estaríamos ante una pésima gestión que transgrede la legalidad e incluso la razonabilidad sino que se habría permitido el acceso de una persona que no cuenta con

la integridad, moralidad ni aptitud para el desarrollo de una función pública, motivo por el cual advertir estos aspectos nos lleva en base a la naturaleza de la institución a analizar a dos aspectos: i) el funcionario que con su actuación persigue fines que a pesar que responden a bienes jurídicos protegidos a cautelar por el derecho administrativo buscan como fin satisfacer intereses personales directamente o indirectamente o ii) El funcionario que en abierta contravención al marco legal utiliza su actuación para obtener beneficios personales de forma directa o indirecta.

En ese contexto manteniendo la posición de importancia del derecho administrativo para combatir y desterrar estas malas prácticas en resguardo del interés general, habiéndose analizado en principio la naturaleza de la teoría de la invalidez en vía administrativa, los problemas referidos con la invalidez, la naturaleza del exceso de poder como se le conoce en Italia o desviación de poder en Iberoamérica y su alcance en contravención a la razón de ser del derecho administrativo, es preciso adentrarnos en los ordenamientos nacionales para identificar cual es el cauce procedimental que se sigue para con el citado vicio que se somete a revisión teórica y práctica.

### **LA DESVIACION DE PODER EN ESPAÑA: CONTENIDO Y DESARROLLO**

La primera aproximación positiva a la institución analizada podemos identificarla en el numeral 2 del artículo 70 de la Ley N° 29/1998 del 13 de julio – Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa que funge de definición a lo que debe entenderse como desviación de poder como aquel ejercicio de potestades administrativas para los fines distintos fijados por el ordenamiento jurídico.<sup>3</sup>

Como bien se ha citado a pie de página, este vicio es uno que versa sobre la legalidad ya que proscribire la actuación pública ejercida por funcionarios públicos contrario a la finalidad pública en salvaguarda del interés general. Es

<sup>3</sup> De acuerdo con lo establecido en las Leyes Administrativas Básicas 4ta Edición - 2022 por parte del profesor Luis Martín Rebollo, el párrafo segundo del apartado procede textualmente del art. 83.3 de la LJCA/1956. Es importante la precisión y la fecha porque fue la primera vez que legalmente se definió entre nosotros la desviación de poder como vicio del fin ínsito en todo acto administrativo como aplicación que es del Ordenamiento jurídico. La desviación de poder no es, pues, un vicio de moralidad sino de legalidad y era conocido en Francia desde finales del siglo XIX. Se introduce entre nosotros primero en la LJCA/1956 y luego en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (Pág. 750)

interesante la mención a que esta institución para España tiene su práctica incorporada en la experiencia francesa de finales de siglo XIX. Por citar el famoso y celebre fallo “*Breat de Boisanger*” que de acuerdo a lo narrado por Jacqueline Morand- Deviller, profesora emérita de la Universidad de Paris I (Phantéon – Sorbonne) se tiene lo siguiente:

Se trata de un caso emblemático de desviación de poder en el derecho francés a través del cual en principio el gobierno francés desconoce una decisión adoptada en 1961 por el Consejo de Estado Frances dejando sin efecto una primera destitución efectuada al señor Bréart de Boisanger, valiéndose posteriormente de una modificación a la naturaleza del servicio que prestaba el citado señor vía decreto y en mérito a ella una posterior destitución, por consiguiente el Consejo de Estado procede a anular la posterior destitución ello porque a criterio del fallo, el gobierno ha ido contra la naturaleza de la cosa juzgada evidenciándose el ejercicio de la desviación de poder, por lo cual el citado autor concluye de que existen dos variedades de desviación de poder: poderes utilizados con un interés particular; poderes utilizados con un fin de interés general diferente a aquel que podía legalmente buscar la administración. (2017, p. 737).

Este aspecto es bastante ilustrativo para abordar el escenario que trae a colación el análisis de la institución; no obstante, es preciso el estudio de la institución con una mirada en el derecho administrativo español para identificar si merece una atención en vía administrativa y a través del proceso contencioso administrativo.

Sobre este punto y tal como se mencionó, el profesor Raúl Bocanegra Sierra (2012) señala:

Debe recordarse que la desviación de poder viene definida en el artículo 70.2, párrafo segundo de la Ley jurisdiccional de 1998, en los siguientes términos: Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Este supuesto de anulabilidad, que no es, como la propia ley indica, sino un ejemplo más de infracción del ordenamiento jurídico, plantea, ciertamente, un grave problema de prueba, de modo que su funcionalidad depende de que se pueda demostrar la efectiva desviación del fin en el ejercicio de la correspondiente potestad por parte del órgano que la actúa. (p. 203).

El citado profesor hace referencia a que nos encontramos ante una causal de anulabilidad (que como se ha mencionado precedentemente le cabe la conservación) ello nos lleva justamente a preguntarnos si detectada dicha vulneración al ordenamiento jurídico y legalidad yace la posibilidad de que el acto pueda ser conservado,

la respuesta a nuestro criterio es que ello no es posible dada la naturaleza del vicio, no obstante ello dependerá de la evidencia probatoria que se destine para su cuestionamiento, ello quiere decir como ya se mencionó, que conforme al numeral 1 del artículo 48 de la Ley N° 39/2015 del 01 de octubre – Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, estamos ante una causal de anulabilidad que corresponde su cuestionamiento a través del ejercicio de la acción contenciosa administrativa que a modelo de ejemplo graficamos.

Sobre este punto procesal del cauce de amparo del cuestionamiento y la pretensión de anulabilidad de un acto administrativo viciado con desviación de poder es preciso tomar como referencia la Sentencia N° 897/2016 del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Séptima, recurso interpuesto por la desestimación de un recurso de alzada presentado contra una resolución a través de la cual se adjudicaron puestos de trabajo por el procedimiento de libre designación. Como puede apreciarse el cauce procesal implica que el afectado con el alcance del acto administrativo pueda cuestionar a través del proceso contencioso administrativo si el acto administrativo contempla o no vicio de anulabilidad insalvable como sería el de desviación de poder previa actuación probatoria.

Este escenario es sumamente ilustrativo ya que la resolución en mención hace referencia a una convocatoria de un puesto de trabajo de Subdirector Técnico, nivel 30, estableciéndose en principio quienes podían tomar parte de la convocatoria, no obstante, con posterioridad se produjo vía corrección de errores una modificación respecto de quienes podían participar en la convocatoria y la formación específica requerida, cabe señalar que posteriormente a ello se desarrollan actuaciones internas e incluso un nuevo concurso con el fin de designar a una persona en particular lo que evidencia justamente la concurrencia de la figura bajo comentario.

En lo que respecta al razonamiento del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso Administrativo advierte como fundamento jurídico del fallo que dicha corrección efectuada constituía una burla de las expectativas legítimas o derechos de participación en el concurso de provisión ya generados con el primer acto, resultando contrario a los principios de buena fe y confianza legítima. Del mismo modo, teniendo en cuenta que la demanda se funda en la existencia de actos administrativos que evidencian la

conurrencia de desviación de poder, si bien es cierto, la jurisprudencia viene exigiendo que quien invoca la causal que deba acreditar la finalidad perseguida por el órgano administrativo distinta de la perseguida por el ordenamiento jurídico, no obstante manifiesta que la carga de la prueba también se cumple mediante presunciones sin que sea necesario una prueba directa y plena, siendo suficiente para lograr una razonable convicción del Tribunal de que se dio la divergencia de fines lo cual es sumamente aleccionador.

En ese escenario tenemos que, para la práctica jurídica española, basta con prueba indiciaria para analizar el fondo de la controversia. Sobre este particular el profesor Sánchez Morón (2022) menciona:

Ahora bien, ya vimos que nuestra jurisprudencia contenciosa – administrativa poco propicia a la apreciación de este motivo de ilegalidad, exige a quien alega desviación de poder una prueba cumplida de su concurrencia, que muchas veces resulta prácticamente imposible. Ciertamente es que la línea jurisprudencial más sensible admite la prueba por presunciones, pero para ello exige la demostración de un conjunto de hechos y circunstancias de las que el órgano judicial pueda deducir la convicción de una intención desviada de la Administración, ya que no son suficientes las meras conjeturas o sospechas (SSTS de 10 de diciembre de 1998, 22 de marzo de 1999, 30 de junio de 2000, 23 de junio de 2003, 15 de septiembre de 2015, 25 de abril de 2016, etc). (p. 573).

Esta prueba indiciaria consideramos debe partir de los propios criterios expuesto por el Poder Judicial Español. Como referencia tenemos lo expuesto en el numeral c del punto 9 de la Sentencia 24/1997 de 11 de febrero de 1997 que hace referencia a la exigencia de la prueba indiciaria.<sup>4</sup>

Como puede evidenciarse del ejemplo procesal antes narrado, encontramos que en el ordenamiento jurídico español la desviación de

poder constituye una causal de anulabilidad del acto administrativo, pudiendo el afectado con la dación de un acto administrativo recurrir al proceso contencioso administrativo para lo cual deberá demostrar la concurrencia a través de medio de prueba o siguiendo los criterios antes previstos el empleo de prueba indiciaria.

## LA DESVIACIÓN DE PODER EN COLOMBIA: CONTENIDO Y DESARROLLO

Los límites al poder, qué duda cabe, son uno de los aspectos más discutidos y estudiados en el derecho público. Si bien es cierto desde una óptica del derecho administrativo, estos límites están enmarcados en la llamada función administrativa del Estado, la cual enmarca una serie de potestades, prerrogativas, aptitudes y acciones que le corresponde a las entidades de la administración pública a través de sus servidores; no obstante, esta no debe ceñirse únicamente a las acciones formales de sus integrantes sino también al alcance que trae consigo los efectos de la llamada función administrativa, que por lo regular la vemos ejemplificada en la emisión de actos administrativos tendientes a producir efectos jurídicos particulares en situaciones concretas.

Dentro del escenario antes narrado, el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia aprobado por Ley N.º 1437 de 2011, dentro del título de Medios de Control, desarrolla la figura de nulidad administrativa.

Al respecto, el citado artículo resalta que constituye un derecho de todo ciudadano colombiano el solicitar de forma directa o vía de representación, la nulidad de un acto administrativo de alcance general, enlistando las causales al respecto, siendo estas las siguientes: la de infracción normativa, acto emitido de forma irregular, sin competencia, con desconocimiento del derecho de audiencia o defensa, falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

En ese escenario, el concepto que se tiene respecto de acto administrativo de alcance general es vital para comprender en qué circunstancias son de aplicación las causales antes referidas que guarda relación con la explicación del reglamento como acto administrativo.

<sup>4</sup> Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SST C 174/1985, 175/1985, 229/1988, 94/1990 y 111/1990) y STS 244/1994, de 15 de septiembre, entre otras, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Exigencia esta última que deriva también del art. 120.3 C.E., según el cual las Sentencias deberán ser siempre motivadas, así como del art. 24.1 C.E., pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho, ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irrazonable o absurdo.

Sobre el particular el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, profesor de la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad del Externado y referente del Derecho Administrativo Colombiano, considera al acto administrativo de contenido general como una especial modalidad de expresión del Poder público administrativo que comprende todas aquellas manifestaciones normativas, sean reglamentarias o reguladoras (2017, p. 551). Motivo por el cual, sobre este punto, la legislación colombiana enfatiza en causales relacionadas a actos administrativos de corte general, en el marco de la función normativa que ostenta la administración pública.

En ese sentido, a criterio del profesor Enrique José Arboleda Perdomo, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario plantea que respecto del tema de nulidades se plantearon dos posiciones siendo la segunda posición la contenida en el código referida a la necesidad de continuar con un esquema que combine la necesidad del acto previo para algunos casos y para otros no. (2021, p. 264)

Por consiguiente, la legislación colombiana, considerando que los actos de alcance general, como los reglamentos, son actos administrativos ha establecido el mecanismo a través del cual procede se declare la nulidad de estos actos, especificando como causal los hechos en lo que quien expide el acto contiene vicios de desviación de atribuciones propias conforme hemos estudiado.

Por otra parte, la citada legislación en el artículo 138 hace referencia a que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo al amparo de una norma jurídica puede solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, siendo las causales las mismas que para la nulidad de un acto administrativo de alcance general.

Es por ello que con mucho acierto el profesor Libardo Rodríguez, referente del Derecho Administrativo Colombiano, enuncia que existe una causal general de ilegalidad consistente en la violación de una norma jurídica superior. Esta causal general se encuentra consagrada en los artículos 137 y 138 del CPACA, al manifestar que la nulidad, tanto de actos administrativos generales como particulares, “procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse”. (2021, p. 152).

En ese escenario, de la mano del citado autor es preciso adentrarnos al concepto que representa la causal de desviación de poder para el derecho

administrativo colombiano, graficando que si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general, como sería una finalidad personal de tipo económico, partidista o ideológico, ese acto sería ilegal por desviación del poder. Del mismo modo manifiesta lo siguiente:

También puede haberse previsto una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, situación en la cual el acto administrativo, además de perseguir interés general, deberá buscar cumplir con esa finalidad especial de la norma, no obstante, resalta que el vicio señalado no corresponde a un mero juicio de legalidad, sino que es necesario que quien demande la nulidad de un acto administrativo, acredite los elementos probatorios suficientes para demostrar ello (p.p. 158-159).

Por lo cual conforme se advierte encontramos los diversos aspectos especiales de la citada institución empleada en Colombia: I) demanda a través de proceso contencioso administrativo de conformidad con la estructura del Consejo de Estado Colombiano, ii) causales idénticas para la nulidad de actos reglamentarios generales y actos administrativos de alcance particular que lesionen derechos subjetivos amparados en una norma jurídica, iii) causal de desviación de poder se rige bajo la actuación de la carga de la prueba a favor de la parte accionante.

El desarrollo jurisprudencial colombiano, muy minucioso y técnico – jurídico no está exento de críticas relacionado al alcance de la institución bajo análisis ya que en un primer momento la Corte Constitucional a través del pronunciamiento contenido en la Sentencia C 456/98 estableció que el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia, no obstante la crítica versa sobre la vinculación del concepto hacia lo ético o moral por parte de la actuación funcional; sin embargo la tendencia actual es considerar a la desviación del poder como un vicio de legalidad conforme se manifiesta la doctrina más autorizada en España, por lo cual hemos transcurrido entre el vicio ético a un vicio de pura contravención a la legalidad.

Del mismo modo Paola Andrea Bernal Galeano (2021) de la Universidad Católica de Colombia considera que:

Lo esencial para identificar la causal de desviación de poder en un acto administrativo es entender en primer lugar que el funcionario que lo expide está facultado para hacerlo y que la construcción del acto administrativo proferido en consecuencia tiene validez en su forma, sin embargo, la finalidad que persigue el acto administrativo es la que se aparta de aquel que ha previsto el ordenamiento jurídico, y es aquí donde existe una irregularidad, ya que si bien a simple vista el acto puede parecer legal, en el momento en que el funcionario se aparte del fin que el ordenamiento jurídico prevé. (p.14).

Un último caso que involucra la institución que nos encontramos estudiando tiene que ver con lo resuelto por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta del 20 de mayo de 2021 referido a la demanda de ejercicio de medio de control de nulidad electoral contra la designación de la señora Margarita Leonor Cabello Blanco como Procuradora General de la Nación, por lo cual la institución también es aplicable para los escenarios electorales. Sobre el citado fallo se menciona lo siguiente: De esta manera, el vicio de la desviación de poder se relaciona con la fiscalización del elemento teleológico del acto electoral, propendiendo por que la puesta en marcha de las competencias de elección se avenga a los fines últimos que explican la propia existencia del Estado, relacionados con el establecimiento de un orden justo en el que la garantía y efectividad de los derechos y libertades públicas sea una realidad.

Del mismo modo el citado Consejo de Estado a raíz de la radicación 05001-23-33-000-2013-01754-01 en la Sentencia de 15 de noviembre de 2018 estableció lo siguiente:

(...) la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva

de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar.

Estos escenarios de probanza justamente son los que terminan siendo el reto para la configuración del vicio y su declaración en vía judicial, no obstante, es interesante la discusión jurisprudencial acerca de los alcances y fines del vicio estudiado, el cual incluso puede ser extensivo a actos administrativos de carácter general.

### LA DESVIACIÓN DE PODER EN PERÚ: CONTENIDO Y DESARROLLO

El desarrollo de la institución narrada referida a la desviación de poder recibe un tratamiento singular en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre el particular es propicio hacer referencia a la positivización del principio de ejercicio legítimo del poder. Al respecto, el profesor Juan Carlos Morón Urbina (2017) catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú señala lo siguiente:

Es de esta forma que el principio bajo comentario se configura como una obligación en la actuación de la Administración Pública, instaurando el límite para el ejercicio del poder, y proscribiendo cualquier forma de abuso de poder o desviación de poder, como lo llama algún sector de la doctrina. Cabe señalar que este se configura cuando la autoridad, actuando bajo las facultades atribuidas, decide ejercerlas para objetivos diferentes a los establecidos por la ley o cuando el ejercicio del poder contravenga el interés general. (p. 138).

Siguiendo las directrices analíticas del citado profesor, la incorporación de este principio en la Ley del Procedimiento Administrativo General, norma común que tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, conlleva un mandato de dirección que permita determinar que el funcionario está habilitado para el desarrollo de una actividad pública; siendo el otro escenario el prohibitivo en lo que respecta al abuso de poder ya sea para objetivos distintos al interés general.

En consecuencia, el derecho administrativo peruano cuenta con un principio positivizado que permite dirigir la actuación de los funcionarios y servidores al cumplimiento de los fines concordantes con el interés general, proscribiendo el abuso de poder. Esta naturaleza no es extraña ya que se desprende de lo previsto en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General que establece que la finalidad pública es un requisito de validez del acto administrativo sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, alguna finalidad personal de la propia autoridad a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley, no obstante se establece un aspecto contundente referido a que la ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad; no obstante como ya se mencionó líneas arriba, es preciso entender el alcance de la discrecionalidad para determinar que la ausencia normativa debe ser atendida en el Perú bajo la regla prevista en el artículo VIII (Deficiencia de Fuentes).

El profesor Guzmán Napuri (2020), catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú respecto del vicio en la finalidad pública – desviación de poder señala lo siguiente:

Se presenta cuando el acto se ha dictado con un fin distinto al previsto por el legislador. Para que ocurra la denominada desviación de poder tan mentada por la doctrina europea, debe haber una autoridad administrativa con competencia definida por la Ley, que haga uso de poder para un fin distinto del conferido por la norma que regula dicha competencia. Entre los supuestos de desviación de poder encontramos, en primer lugar, que el agente actúe con una finalidad personal, en segundo lugar, que los actos sean realizados con el objeto de beneficiar a terceros. En estos dos casos nos encontramos ante actos de corrupción, típica situación en la que se genera desviación de poder, puesto que en dichos casos el agente actúa mediando una ventaja o recompensa. Finalmente, nos encontramos ante desviación de poder cuando el fin perseguido sea de interés general pero distinto del fin preciso que la ley asigna al acto que se emite. En este último caso nos encontramos ante el supuesto de menoscabo o perturbación de la competencia de otra autoridad, cuya corrección corresponde al Tribunal Constitucional a través del proceso competencial.” (p. 466).

Conforme puede apreciarse, el tratamiento desarrollado en el Perú para la desviación de poder no ha sido ajeno a la práctica normativa ni doctrinaria, ya que se distinguen aspectos que inciden justamente con la ilegalidad

sobrevenida referida a un vicio de nulidad insalvable como debemos entenderlo.

Este comentario que efectuó se sujeta a que la falta de un requisito de validez, como el de finalidad pública, origina la nulidad del acto administrativo de pleno derecho, lo cual no opera en nuestra legislación de manera literal ya que conforme establece el artículo 09 se requiere que el acto inválido sea declarado por autoridad competente.

Quizá algún lector en este punto considere que la nulidad al ser una decisión que adopta en principio la administración pública puede conllevar a un examen que determine la conservación del acto administrativo; no obstante, el propio artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 establece que es posible la conservación cuando el vicio del acto administrativo no sea trascendente.

En ese escenario considero que el vicio bajo análisis es trascendente, no obstante, su probanza quizá sea el escenario más complejo para que proceda con la declaratoria de nulidad.

Un punto final respecto del análisis del ordenamiento general peruano conlleva a preguntarnos si en el derecho interno puede cuestionarse un acto de carácter general (como el reglamento) a través de la figura de la desviación de poder.

Sobre el particular, en lo que respecta a las disposiciones reglamentarias, encontramos que en la elaboración de estas existe mucho margen discrecional; sin perjuicio de que su cuestionamiento clásico no está reservado al proceso contencioso administrativo sino al proceso constitucional a través de la llamada acción popular; y en los casos de existencia de barreras burocráticas a cargo de INDECOPI; sin embargo, dada la discrecionalidad de la figura de emisión de disposiciones reglamentarias, no está demás preguntarnos si este principio positivizado en nuestra LPAG referido al ejercicio legítimo del poder puede aplicarse al diseño normativo de muchos agentes de la administración pública en el marco del respeto de la función administrativa del Estado conforme consagra el artículo 2 de la LPAG; sin perjuicio de ello en el marco de la mejora regulatoria, específicamente a través del Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante, debe abordarse este riesgo relacionado al ejercicio legítimo del poder, en el marco de la experiencia colombiana, ello con el

fin de combatir la desviación del poder, tarea que corresponde sea supervisada y vigilada a todos los agentes públicos con competencia sobre el particular.

### APRECIACIONES FINALES

La desviación de poder conforme se ha analizado constituye una figura clásica relacionada con el derecho administrativo y que a pesar del tiempo mantiene su vigencia. Si bien desde su aparición en el derecho francés hasta nuestros días el enfoque ético moral ha sido dejado de lado para dar lugar a un verdadero vicio de legalidad, encontramos que las legislaciones estudiadas (incluido Francia e Italia) han diseñado un mecanismo procesal para la nulidad o anulabilidad de los actos administrativos de alcance particular y también para los de alcance general.

En ese escenario se efectúan las siguientes conclusiones:

- a. En los ordenamientos jurídicos estudiados evidenciamos la aplicación de la teoría de la invalidez de los actos administrativos. No obstante, encontramos que, si bien en todos los ordenamientos es posible la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, esta potestad termina siendo la excepción a la regla, en mérito al principio de presunción de validez de los actos administrativos, lo que origina que se requiera de un acto administrativo declarativo que deje sin efecto el acto administrativo que contenga un vicio de validez.
- b. En lo que respecta a que los reglamentos administrativos sean considerados como verdaderos actos administrativos, en base al estudio efectuado se debe concluir señalando que nos encontramos ante actuaciones administrativas de alcance general aptas para producir efectos jurídicos tal y como sucedería con un acto administrativo de alcance singular o particular, con las diferencias propias entre este y un acto de alcance general, lo cual no lo descalifica de ser un acto declarativo emitido por la administración pública de acuerdo con su cuota legal de poder ni de la producción de efectos jurídicos típico de los actos administrativos así sea de manera general.
- c. La desviación de poder es una institución clásica del derecho público y que se asienta en que el agente emisor de una actuación administrativa emplea dicha apariencia legal

para satisfacer ya sea intereses personales de forma directa o indirectamente con lo cual el acto administrativo producto de dicha actuación termina siendo un móvil para la consecución de un fin ilícito, valiéndose del cargo que ostenta, contraviniendo con ello el interés general.

- d. En el ordenamiento administrativo español la institución se encuentra positivizada en la norma que regula el proceso contencioso administrativo, estableciéndose una definición. Del mismo modo en la ley de procedimiento administrativo común español se ha establecido que la desviación de poder constituye una causal de anulabilidad del acto administrativo, lo cual se efectúa a través de una demanda en proceso contencioso administrativo cuya probanza será esencial, pudiendo emplearse prueba indiciaria de acuerdo a las disposiciones dictadas por la jurisprudencia nacional.
- e. En el ordenamiento administrativo colombiano la institución se encuentra prevista en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano, estableciéndose la posibilidad de declarar la nulidad de actos administrativos de alcance general, incluido el reglamento, y los actos administrativos de alcance particular, cuyo particular tratamiento ha sido desarrollado a través de resoluciones del Consejo de Estado Colombiano.
- f. En el Perú, la Ley del Procedimiento Administrativo General ha establecido que la contravención al requisito de validez denominado como finalidad pública origina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, no obstante se requiere de una declaración efectuada por autoridad competente para tal fin; no obstante, y dada la gravedad de la institución se considera que no es posible la conservación del acto administrativo que contenga dicho vicio, ello conforme con el principio de ejercicio legítimo del poder incorporada a la citada ley a raíz de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N.º 1272. Del mismo modo y dada la naturaleza de discrecionalidad de los reglamentos administrativos, se postula por la aplicación de dicho principio con el fin del correcto funcionamiento de la administración pública en nuestro estado de derecho.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### Fuentes bibliográficas

Arboleda, E. (2021). *Comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Legis.

Bernal – Galeano, P. (2021). *Configuración de desviación de poder en la expedición de actos administrativos y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico colombiano*. Universidad Católica de Colombia.

Bocanegra, R. (2015) *Lecciones sobre el acto administrativo*. Thomson Reuters.

Doménech Pascual, G. (2002). *La Invalidez de los Reglamentos*. Tirant lo Blanch.

García, E. & Ramon Fernández, T. (2020). *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*. Thomson Reuters.

Garofoli, R. (2022). *Manuale di Diritto Amministrativo*. Neldiritto Editore.

Guzmán, C. (2020). *Procedimiento Administrativo General Tomo I*. Instituto Pacífico.

Laguna de Paz, J. (2020). *Tratado de Derecho Administrativo General y Económico*. Thomson Reuters.

López, J. (2013). *La desviación de poder*. *Estudios de Derecho Público*. Asociación de Docentes.

Morand – Deviller, J. (2017). *Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

Morón Urbina, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

Ramon Fernández, T. (2019). *La nulidad de los actos administrativos*. Ediciones Olejnik.

Rodríguez Arana, J. (2012). *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Iustel.

Rodríguez, L. (2021). *Derecho Administrativo General y Colombiano Tomo I*. Editorial Temis.

Santamaria Pastor, J. (2018). *Principios de Derecho Administrativo General II*. Iustel.

Santofimio, J. (2017) *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

### Fuentes hemerográficas

Bermúdez, J. (2021). Concepto y clases de acto administrativo. La declaración responsable y la comunicación previa. La estructura del acto administrativo. *La discrecionalidad. Régimen Jurídico de la Actuación Administrativa*. 1, 37-67.