

Enrique Navarro Beltrán
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Chile
Universidad Finis Terrae

El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos

Camilo Lledó Veloso y José Pardo Donoso

Editorial. LegalPublishing Thomson Reuters, 2013, 260 p.

La obra que comentamos se centra en uno de los principales temas que en nuestros días preocupa al Derecho Público, y que ha motivado relevantes decisiones de nuestros tribunales superiores. De hecho, recientemente, la Corte Suprema ha señalado que el concepto de “desviación de poder” consiste *“en que el fin del acto, que es uno de sus elementos constitutivos, es distinto del fin general de interés público que debe ser el de toda actividad pública, o el fin particular establecido para determinados actos por la norma respectiva; fin que puede ser de interés particular de la autoridad, como político, religioso o personal, y que también puede ser de interés general, pero distinto de aquel específico que según la norma permitía la dictación del acto. Así, la desviación de poder es un vicio que provoca la invalidación del acto administrativo y que se configura cuando la decisión contenida en aquél ha sido dictada por la autoridad teniendo en vista un fin diverso de aquel que lo faculta para dictarlo. En este aspecto es imperioso recordar que los actos de la Administración persiguen un interés público, por lo que siempre su fin último debe ser la protección del interés general de la comunidad. En consecuencia, el acto puede ser anulado si se constata que ha sido dictado con desviación de poder, lo que puede producirse si su fin es distinto de aquél. En tal sentido cabe señalar que esta causal de nulidad se erige como un sistema de control jurisdiccional ante el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración, la que, como se señaló, no puede actuar sino amparándose en la persecución de un interés público”*.¹

El libro que comentamos profundiza, en primer lugar, en los antecedentes históricos de esta institución, especialmente en Francia, ya a fines del siglo XVIII a nivel constitucional y, particularmente, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, durante el siglo XIX. Igualmente, revisa su aplicación en Italia y España (donde exista normativa específica).

En Chile, como bien señalan los autores, el tema *“se encuentra escasamente tratado por la doctrina y tampoco existe consagración legal expresa y directa, a diferencia del caso de España”*.

Es del caso sí recordar que la materia fue ampliamente analizada en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), previéndose un conjunto de normas destinadas a rechazar todo exceso

1 CORTE SUPREMA, Rol 24.615-2014, 29 de diciembre de 2014

o abuso de poder por parte de la autoridad, teniendo en cuenta la experiencia histórico-constitucional. El Constituyente de 1980 deja de manifiesto lo anterior tras la simple lectura de diversas disposiciones: artículos 6 y 7, artículo 19 N° 2, 7, 20, 22 y 26 y artículo 98, por citar algunas.

En efecto, como lo ha señalado la doctrina *“al redactarse los preceptos de los actuales artículos 6º y 7º se tuvo muy a la vista y se recordó reiteradamente esa experiencia y se quiso garantizar la existencia del Estado de Derecho creando las cautelas jurídicas que fueran necesarias para evitar que la autoridad pública incurriese en abuso del derecho, en arbitrariedades o en desviaciones de poder. Fue así como la C.E.N.C. repitió la sanción de nulidad que ya contenía el artículo 4º de la Constitución de 1925, dejando constancia de que se trata de una nulidad de derecho público que opera de pleno derecho en el momento en que el acto viciado se ejecuta, y, además, estableció que sus autores deben ser sancionados”*.²

Lo anterior, por lo demás, es reiterado en la ley de Bases Generales de Administración del Estado, en la cual se señala explícitamente que *“todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”*.³

De lo dicho se desprende que, la prohibición de discriminar arbitrariamente constituye un principio fundamental que orienta todo el ordenamiento constitucional, transformándose en una de las principales limitaciones al ejercicio de los derechos.

El tema, por lo demás, ha sido ampliamente debatido en el Derecho Comparado, en especial en lo relativo a los parámetros que deben considerarse para precisar cuándo la actuación de un ente administrativo se transforma en abusivo.

Así, el catedrático español Tomás-Ramón Fernández en su clásico ensayo “Arbitrariedad y Discrecionalidad” ha señalado que deben estudiarse dos aspectos fundamentales para determinar si un acto es o no abusivo y ellos son su motivación y la necesidad de una justificación objetiva. Respecto de lo primero se sostiene que *“si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola decisión de quien la adopta (...) Lo no motivado es ya por este sólo hecho arbitrario”*.⁴

El segundo aspecto, lo constituye la necesidad de una fundamentación adecuada de la decisión concretamente adoptada, en otras palabras que la decisión venga apoyada en una realidad fáctica que la justifique. De este modo, lo discrecional es completamente diferente a lo arbitrario, pues esto último no es si no aquello que *“no aparece (por inexistencia de motivación o por motivación insuficiente) o no está debidamente fundado (en el material Incorporado al expediente a lo largo de la instrucción del expediente)”*.⁵

En el mismo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello, sostiene que el control judicial de los actos administrativos supone el examen de los motivos, finalidad y causa del mismo. Especial importancia le atribuye al estudio del segundo aspecto, sancionando la desviación de poder cuando el agente se vale de una competencia para alcanzar una finalidad no abrigada por ella.⁶ De este modo, la discrecionalidad

2 EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Derechos Constitucionales*, Tomo III, p. 443.

3 Artículo 2º de la Ley 18.575.

4 FERNANDEZ, Tomas Ramón, *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, p. 106.

5 Ob. cit., p. 111.

6 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Anuario de Derecho Administrativo*, vol I, 1975, p.458-464.

tiene como límite la arbitrariedad y esto último supone falta de razonabilidad en la actuación por parte de la autoridad, debiendo en tal caso analizar el órgano jurisdiccional si el acto en cuestión se justificó, en los hechos y en derecho o, por el contrario, fue fruto de mero capricho, careció de fundamento o tuvo una finalidad desviada. En otras palabras, si constituyó o no un ejercicio abusivo del poder.⁷

Así las cosas, la desviación de poder supone el hecho de utilizar la administración sus poderes para perseguir un fin distinto del que indica la ley⁸ o de aquel para el que han sido conferidos.⁹ Por lo mismo, “*es preciso buscar la intención que tuvo la ley al crear una competencia y el fin que ha querido el funcionario al dictar el acto*”.¹⁰

En síntesis, existe desviación de poder “*cuando el acto administrativo ha sido dictado en consideración a un fin distinto -sea de interés público o privado- a aquél que se tuvo a la vista al conferirse los poderes jurídicos a la administración*”.¹¹

Los autores, luego de revisar la doctrina, jurisprudencia y normativa comparada, afirman que “*el vicio del acto administrativo discrecional o reglado, consiste en el ejercicio de una potestad pública administrativa con infracción de las finalidades establecidas para dicho acto por la norma reguladora de dicha potestad y el ordenamiento jurídico, mirado éste en servicio amplio, considerando para determinar las finalidades, tanto las normas positivas como los principios generales del Derecho Público, sean éstas públicas o privadas, y no necesariamente inconvenientes*”.¹²

De esta forma, se analiza pormenorizadamente los elementos que la configuran: a) vicio del acto administrativo discrecional o reglado; b) ejercicio a través de una potestad pública administrativa; c) para fines diversos a los perseguidos por la norma reguladora de dicha potestad y el ordenamiento jurídico en sentido amplio; y d) el fin perseguido puede ser público o privado, de interés general o particular, no necesariamente inconveniente.

Para caracterizar a esta institución en nuestro país, los autores realizan una exhaustiva sistematización de la principal jurisprudencia emanada de nuestros tribunales superiores y Dictámenes de la Contraloría General de la República, en un notable esfuerzo por lograr reconocer principios comunes.

Del mismo modo, resulta de especial interés la vinculación que se realiza con otras instituciones jurídicas como son el abuso del derecho, el fraude a la ley, la retrocesión, la probidad y transparencia y el principio de proporcionalidad.

En tal sentido, los autores concluyen que los vicios pueden así materializarse a través de las siguientes reglas a tener presente por el juez: a) acto no motivado o falsamente motivado; b) móvil torcido tras un acto adecuadamente motivado; c) acto adecuadamente fundamentado con un resultado indeseado

7 Por lo mismo, Cassagne señala que se encuentra íntimamente conectado con el abuso de derecho. Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 2008, p. 297

8 PRAT, Julio, *De la desviación de poder*, Montevideo, 1957, p. 178.

9 VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, 1980, p. 506

10 VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 12 ed., 2005, p. 497

11 GIORGI, Héctor, *El contencioso administrativo de anulación*, Montevideo, 1958, p. 211.

12 Ob. cit., p. 49

por el ordenamiento jurídico; d) motivación que se confunde con el móvil; y e) actos cuyos resultados son contrarios a los fines de la norma atributiva de la potestad.

Como puede observarse, se trata de la primera obra que, en nuestro país, estudia de manera sistemática, actualizada y coherente esta institución jurídica propia del derecho administrativo, por lo que no tengo duda alguna que no sólo resultará extremadamente útil para los abogados y estudiosos del derecho sino que para los jueces e intérpretes administrativos a quienes está llamado a servir de lectura obligatoria para resolver y “fundar” las diversas decisiones motivadas por las controversias que se suscitan diariamente entre la administración y los ciudadanos.