

**UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**LA DESVIACIÓN DE PODER COMO UN VICIO DEL ACTO
ADMINISTRATIVO DIFÍCIL DE PROBAR**

Trabajo Especial de Grado,
presentado como requisito parcial
para optar al Grado de Especialista
en Derecho Procesal.

Autor: Rosibel Grisanti de Montero

Asesor: Víctor Hernández-Mendible

Valencia, marzo de 2009

UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Rosibel Grisanti de Montero**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **La desviación de poder como un vicio del acto administrativo difícil de probar**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 14 días del mes de marzo de 2009.

Dr. Víctor Hernández-Mendible
Cl. V-7.950.871

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
APROBACIÓN DEL ASESOR	ii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
EL ORIGEN DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO	8
A. ORIGEN JURISPRUDENCIAL EN FRANCIA Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO EN LA DOCTRINA	8
B. CRITERIOS ADOPTADOS PARA LA DEFINICIÓN DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER	14
C. ACEPTACIÓN POR LA DOCTRINA DE ESA NUEVA FIGURA Y SU PREVISIÓN EN LAS LEYES	17
CAPÍTULO II	
EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO VENEZOLANO	21
A. LA NOCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER	21
B. CRITERIOS DE LAS SENTENCIAS LÍDERES	24
C. LOS ELEMENTOS DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL	29
CAPÍTULO III	
SENTIDO Y ALCANCE DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER COMO	

UNA MATERIA DIFÍCIL DE PROBAR, EN TORNO A SU CONCEPCIÓN SUBJETIVA U OBJETIVA	32
A. LA DESVIACIÓN DE PODER COMO UN HECHO PSÍQUICO O MENTAL (CONCEPCIÓN SUBJETIVA) O COMO LA DESVIACIÓN DE LA FINALIDAD DEL ACTO (CONCEPCIÓN OBJETIVA)	33
B. LA DIFICULTAD PROBATORIA DE LOS HECHOS PSIQUICOS	35
C. LA DIFICULTAD PROBATORIA DE LA DESVIACIÓN DEL FIN	37
CAPÍTULO IV	
MEDIOS IDÓNEOS PARA PROBAR EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER	41
A. LA PRUEBA INDICIARIA COMO MEDIO DE LLEVAR AL JUEZ LA CONVICCIÓN DE LA DESVIACIÓN DE PODER	43
B. LA UTILIDAD DE LA PRUEBA DOCUMENTAL, FUNDAMENTALMENTE EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO	47
C. LA PRUEBA DE TESTIGOS PARA DEMOSTRAR EL FIN TORCIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO	49
CAPÍTULO V	
LIMITACIONES DE LAS FIGURAS PROCESALES EN MATERIA PROBATORIA DE LA PLENA PRUEBA Y LA CARGA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER	51
A. LA RELATIVIDAD DE LA PLENA PRUEBA	51
B. LA EXISTENCIA DE PRUEBA SUFICIENTE PARA LOGRAR LA CONVICCIÓN DEL JUEZ SOBRE LA DESVIACIÓN DE PODER	53
C. CUESTIONAMIENTO DE LA FIGURA DE LA CARGA DE LA PRUEBA FRENTE A LAS MATERIAS DIFÍCILES DE PROBAR	55

CAPÍTULO VI	
IMPORTANCIA DE PRINCIPIOS PROCESALES COMO EL <i>FAVOR PROBATIONES</i> PARA DEMOSTRAR EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER	58
A. EL <i>FAVOR PROBATIONES</i> COMO UNA MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO PROCESAL <i>PRO ACTIONE</i>	58
B. EL FAVOR PROBATIONES COMO SOLUCIÓN PARA LAS DIFICULTADES PROBATORIAS	61
C. ALCANCE DEL PRINCIPIO DEL <i>FAVOR PROBATIONES</i> EN LA JURISPRUDENCIA PATRIA	62
CAPÍTULO VII	
IMPLICACIONES DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER EN LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS PROBATORIAS DE AVANZADA POR PARTE DEL DEMANDANTE EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO	65
A. LA ESCASA INCIDENCIA PROCESAL DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER POR SU DIFICULTAD PROBATORIA	65
B. EL INGENIO DEL LITIGANTE EN MATERIA PROBATORIA PARA LOGRAR LA CONVICCIÓN DEL JUEZ SOBRE LA EXISTENCIA DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER	66
C. LA IMPORTANCIA DEL ARBITRIO DEL JUEZ EN LAS MATERIAS DIFÍCILES DE PROBAR	67
CONCLUSIONES	70
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

**LA DESVIACIÓN DE PODER COMO UN VICIO DEL ACTO
ADMINISTRATIVO DIFÍCIL DE PROBAR**

Autor: Rosibel Grisanti de Montero
Asesor: Víctor Hernández-Mendible
Fecha: Marzo de 2009

RESUMEN

Se realizó un estudio monográfico a un nivel descriptivo, el cual es un aporte para la profundización dogmática de la figura de la desviación de poder de los actos administrativos; que fue consagrada en Venezuela por la Constitución de 1961, y continúa prevista en la vigente, e igualmente la contempla Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ha sido trascendental realizar este trabajo, y como corolario, determinar el tratamiento probatorio de la desviación de poder como vicio de nulidad de los actos administrativos en el Derecho Procesal Administrativo venezolano; para lo cual, se estableció, en primer lugar, la dificultad probatoria de la desviación de poder, analizando los elementos de este vicio, precisando el sentido y alcance de la dificultad probatoria del vicio de desviación de poder, para así determinar la importancia de principios procesales como el *favor probationes* en la demostración del vicio de desviación de poder; y finalmente destacar la importancia de esa figura en la ampliación del contencioso administrativo y su incidencia en la utilización de las nuevas técnicas probatorias en el ámbito del Derecho Procesal.

Finalmente, se ha concluido que resulta fundamental el ingenio del litigante, en materia probatoria, para lograr la convicción del juez sobre la existencia del vicio de desviación de poder. Se observa que es precisamente en el ámbito de las materias difíciles de probar donde se erige la figura del juez, con su prudente arbitrio, para solucionar esta problemática, en atención a la técnica probatoria y las soluciones por ella presentada y los principios de avanzada, en el ámbito procesal, que permiten lograr la convicción judicial.

Descriptor: Acto administrativo, desviación de poder, vicio de nulidad, materia difícil de probar, contencioso administrativo.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como norte, específicamente, el análisis de la dificultad probatoria del vicio de desviación de poder de los actos administrativos en el Derecho venezolano, y la incidencia que ha tenido en la utilización de técnicas probatorias de avanzadas en el contencioso administrativo nacional.

Ciertamente, no estamos ante una figura autóctona del Derecho venezolano, sino que el vicio de desviación de poder ha llegado por influencia del Derecho Administrativo francés, puesto que fueron los tribunales galos los que reconocieron por primera vez la existencia de este vicio en los actos administrativos. El concepto material de desviación de poder apareció por vez primera en el *arrêt Vernes*, del 19 de mayo de 1858. Luego, fueron dictados otros fallos que fueron ampliando el concepto del vicio de desviación de poder, los cuales se apoyaban fundamentalmente en el siguiente elemento: la desviación del fin conferido a la administración para usar su poder. La denominación de este vicio se debe a la obra de Leon Aucoc, quien –en 1878- lo definió como “la desviación del poder ...conferido a la Administración”, que el agente administrativo comete “usando su poder discrecional para un caso y por motivos distintos a aquellos en relación a los cuales tal poder le había sido conferido” (*apud* De Grazia, 2000, 351). Este

tipo de vicio del acto administrativo fue aceptado por la doctrina del Derecho Administrativo y por la jurisprudencia de otros países, con expresa consagración legislativa en países como España.

En Venezuela se reconoció la existencia de este tipo de vicio del acto administrativo por la vía jurisprudencial. Ya en 1954, la Corte Federal de Venezuela había establecido el criterio sobre el vicio de desviación de poder, como se observa en sentencia del 28 de septiembre de 1954, al estimar que *si la autoridad administrativa se servía poder que le ha sido conferido para obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley, desvía la finalidad de ésta, y por ello se dice que hay “desviación de poder”*. A su vez, la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en sentencia del 17 de junio de 1980, reconoció la existencia *del vicio de desviación de poder en los actos administrativos, cuando la Administración actúa con fines distintos de aquellos para los cuales, explícita o implícitamente, la ley confirió a la Administración la facultad o el deber de dictarlos*.

Actualmente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (200), a la luz de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha ido definiendo el vicio de desviación de poder, y en tal sentido ha sostenido que se entiende que la Administración incurre en el vicio de desviación de poder, cuando actúa dentro de su competencia, pero dicta un acto que no esté conforme con el fin establecido por la Ley,

correspondiendo al accionante probar que el acto recurrido, como ya ha sido señalado, persigue una finalidad diferente a la prevista a la Ley.

Por consiguiente, el Derecho venezolano ha dado cabida al vicio de desviación de poder como causa de nulidad del acto administrativo. Mas, en la práctica, hemos observado que es un vicio que en muy pocas oportunidades ha sido apreciado por nuestros tribunales, en atención a las veces en las que ha sido alegado por los recurrentes que solicitan la nulidad de actos administrativos. Quizá esta escasa incidencia del vicio de desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativo se deba –qué duda cabe- a su dificultad probatoria. Pero, como se ha afirmado, la dificultad de prueba no implica -en modo alguno- imposibilidad de prueba. En consecuencia, se trata de analizar la utilización de técnicas probatorias de avanzada para lograr la convicción del juez sobre la existencia del preindicado vicio.

En Venezuela, este vicio fue consagrado expresamente en la Constitución de 1961, y en consonancia con la previsión constitucional, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1982) estableció, en su art. 12, que el acto administrativo debe mantener *la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma*. Actualmente, es preciso resaltar que la vigente Constitución (1999), ha previsto igualmente este vicio, en su artículo 259.

Ciertamente, desde hace años se ha producido en nuestro país el reconocimiento, tanto por la jurisprudencia como por la Constitución, de la desviación de poder como vicio del acto administrativo, mas persiste el problema procesal en cuanto a la dificultad probatoria de este tipo de vicio. Por lo tanto, surge aquí el problema del vicio de desviación de poder como una materia difícil de probar. El vicio de *desviación de poder* ha sido considerado como muy difícil de probar, ya que el mismo se ha configurado en torno a la intención del funcionario que dicta el acto administrativo, quien lo emite con un fin distinto al perseguido por la norma que le otorga el poder jurídico de actuación. Como ha indicado Bocanegra (2004, 75), “el mayor problema de la desviación de poder lo constituye la prueba de su existencia”. Y ha resaltado Meier (2001) que la razón y el propósito de la actuación administrativa (el porqué y el para qué) es alcanzar la finalidad de interés público a cuyo servicio deber actuarse toda potestad administrativa.

Por lo tanto, para una gran parte de la doctrina se trata de demostrar los hechos que evidencien el fin torcido o desviado que el autor del acto buscaba, *id est*, es preciso probar un hecho interno o mental. De allí que sea preciso acudir al campo del Derecho Procesal, para obtener las herramientas esenciales que permitan la eficaz demostración de la existencia del preindicado vicio, el cual se puede considerar ubicado en el tema de las materias difíciles de probar (*difficilioris probationis*), a que se refiere la técnica probatoria.

En atención a lo antes planteado, resulta fundamental determinar: ¿Cuál ha sido el tratamiento probatorio del vicio de desviación de poder de los actos administrativos en el contencioso administrativo venezolano y su incidencia en la utilización de técnicas procesales de avanzada que permitan lograr la convicción del juez?

La investigación se realiza con la finalidad de determinar la dificultad probatorio del vicio de desviación de poder en el Derecho venezolano, con base fundamentalmente en la jurisprudencia nacional, puesto que ha sido este vicio una creación de los tribunales contencioso administrativos, y que ha tenido consagración constitucional en nuestro país. Tal investigación se realiza, a la vez, para conocer el impacto que ha tenido esta figura en el ámbito del contencioso administrativo, en cuanto a la utilización de técnicas probatorias de avanzada para demostrar la existencia del vicio de desviación de poder.

Con esta investigación se busca, en primer término, aportar un análisis crítico de la jurisprudencia venezolana, en cuanto a las dificultades probatorias que han existido para que prospere el vicio de desviación de poder, como causa de nulidad de los actos administrativos, fundamentalmente en lo atinente a los principios probatorios que se han tomado en cuenta para su demostración. Por otra parte, se examinará la posición que ha asumido la doctrina nacional sobre la figura del vicio de

desviación de poder, y las críticas que se han formulado a la jurisprudencia patria.

Al realizar este análisis, se quiere precisar el criterio que ha existido en el Derecho venezolano en cuanto al aspecto probatorio del vicio de desviación de poder del acto administrativo, para de esta suerte determinar cuál es la adecuada técnica probatoria a la hora de la impugnación de un acto administrativo que adolezca de este tipo de vicio.

Así mismo, se busca con la investigación analizar los elementos definidores del vicio de desviación de poder del acto administrativo, para tratar de delinear la dificultad probatoria en el ámbito procesal administrativo, en torno a la concepción subjetiva u objetiva de la desviación. Se estima que esta investigación ayudaría a precisar el criterio que predomina en el Derecho venezolano para demostrar la existencia del vicio de desviación de poder en un acto administrativo, como forma de controlar la legalidad de la actuación administrativa del Estado. De esta suerte, se tendría una noción clara de qué medios de prueba pueden ser utilizados ante la jurisdicción contencioso administrativo, con el objeto de lograr una tutela judicial efectiva.

Al precisar con claridad los medios idóneos para probar el vicio de desviación de poder como causa de nulidad del acto administrativo, serían los ciudadanos los principales beneficiarios, ya que tendrían claro lo relativo a la técnica probatoria que se debe utilizar para impugnar con éxito los actos administrativos que adolezcan de este tipo de vicio.

Por otra parte, ante la consagración constitucional del vicio de desviación de poder, es menester precisar el sentido y alcance de la dificultad probatoria de este tipo de vicio, con el fin de determinar las técnicas probatorias idóneas para obtener una tutela judicial efectiva ante la existencia de ese vicio del acto administrativo. Por consiguiente, la prueba del vicio de desviación de poder constituye un reto para los litigantes que quieren obtener la nulidad de un acto administrativo, ya que frente a una materia difícil de probar como ésta, han de apoyarse en los principios de una técnica probatoria de avanzada. Todo ello, con la finalidad de lograr la convicción del juez sobre la producción del preindicado vicio, que atenta contra la legalidad de la actuación administrativa, la cual ha de seguir el cauce de los fines de interés público previsto en la norma que otorga el poder de emitir actos administrativos.

Metodológicamente, el presente trabajo se ubica en una investigación teórica que ofrece la ventaja de precisar elementos empíricos del tema, a través de una investigación en los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, analizados con sentido crítico y temático, esto es, a través de los variados aspectos que las decisiones de los Tribunales puedan tratar y a las consideraciones que haga la doctrina y las diferentes leyes involucradas. Lo anterior configura una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica, por lo tanto, será un estudio monográfico a un nivel descriptivo.

CAPÍTULO I

EL ORIGEN DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

A. ORIGEN JURISPRUDENCIAL EN FRANCIA Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO EN LA DOCTRINA

Como ha destacado De Grazia (2000, 351), la desviación de poder como vicio del acto administrativo es, al igual que la mayoría de las instituciones de esta rama del Derecho, resultado de la obra pretoriana del Consejo de Estado Francés. Aunque sin esa denominación, el concepto material de desviación de poder apareció por vez primera en el *arret Vernes*, del 19 de mayo de 1858, por medio del cual el Consejo de Estado anuló la decisión del Alcalde de Trouville, que prohibía a los bañistas desnudarse y vestirse en lugares distintos a los establecimientos municipales. Consideró el Consejo de Estado que la prohibición fijada por el Alcalde no tenía como finalidad resguardar la seguridad y moralidad pública -como lo exigía la ley del 19 de mayo de 1848, que había servido de fundamento a dicha medida- sino que su propósito era, simplemente, favorecer los intereses económicos municipales, mediante el cobro -a los bañistas- de las tasas por el uso de los establecimientos públicos destinados al cambio de ropa. El móvil psicológico, la intención, el fin de la actuación del Alcalde, se había desviado,

entonces, del poder de policía que le otorgaba la ley, y al anular la decisión administrativa con fundamento en esa circunstancia, el Consejo de Estado – sin proponérselo- le daba carta de naturaleza a uno de los típicos vicios del acto administrativo: la desviación de poder.

Como lo ha puesto de relieve Sánchez Isac (1973), la fecha clave para el desarrollo de la desviación de poder es 1860, momento a partir del cual el Consejo de Estado afronta ya con total decisión el estudio y valoración de los motivos de los actos administrativos.

La denominación de este vicio se debe a la obra de Leon Aucoc, quien –en 1878- lo definió como “la desviación del poder ...conferido a la Administración”, que el agente administrativo comete “usando su poder discrecional para un caso y por motivos distintos a aquellos en relación a los cuales tal poder le había sido conferido” (Aucoc, 467, *apud* De Gracia, 351).

Ahora bien, la primera y fundamentada teorización de la desviación de poder se debe a Laferrière, quien en 1896 la definió como *el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el que fue instituido y hacerle servir a fines para los cuales no estaba determinado* (Chinchilla, 1999, 31 s.).

Nos encontramos, entonces, en el campo de los *móviles* del acto administrativo, esto es, el motivo o fin natural que se persigue con el acto, el sentimiento o deseo que realmente lleva a ejercitar la competencia. Los motivos de cualquier acto de la Administración deben adecuarse a aquellos fines públicos por los que la competencia ha sido atribuida. Justamente por ello el ejercicio de la competencia, con una finalidad diversa de la que justificó su atribución legal, constituye el vicio conocido como desviación de poder (*détournement de pouvoir*), como enseña Parada (1997, 133).

Destaca la doctrina (Chinchilla, 1999, 32) que la categoría de la desviación de poder –cuyo acierto en la denominación fue puesto de relieve por Duguit- no ha recibido jamás una consagración legislativa en Francia. Ningún texto ha precisado jamás esta noción, desarrollada por la jurisprudencia, como lo ha indicado Lemasurier (1959, 36).

En Italia, por su parte, la figura de la desviación de poder también ha sido obra exclusiva de la jurisprudencia. En tal sentido, señala Chinchilla (1999, 32) que los jueces tomaron el concepto de exceso de poder del Derecho francés, y a pesar de que el legislador italiano conocía la desviación de poder desarrollada y comprendiendo ya el *détournement*, la expresión fue consagrada en el artículo 24 de la Ley de 2 de junio de 1889 con el único contenido de incompetencia absoluta. Por lo tanto, la figura del

détournement en sentido estricto y la valoración teleológica de la actividad administrativa sería obra de los jueces italianos (cfr. Chinchilla, loc. cit).

Por su parte, en España la desviación de poder, como vicio en el fin de los actos administrativos, no tuvo realmente el mismo origen y desarrollo jurisprudencia que se observa en Francia e Italia, sino que ciertamente ha sido su consagración tanto en la Constitución como en leyes, lo que le dio un impulso en las decisiones de los jueces hispanos. En primer término, hay que citar la Constitución de la República de 1931, la cual se refirió a la desviación de poder (en su artículo 101), al disponer que:

La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma, constitutivos de exceso o desviación de poder.

Posteriormente, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 estableció la desviación de poder, realizando una definición de la misma, en el artículo 83.2:

La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico.

Luego, la Ley Procedimiento Administrativo de 1958 dispuso, en su artículo 48: “*son anulables... los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*”. De esta suerte, quedaba definitivamente consagrada la desviación de poder en el ordenamiento jurídico español, que constituía –en palabras de Marín Retortillo- “el fruto más logrado del sometimiento de la Administración al Derecho” (cfr. Chinchilla, 1999, 37). No obstante, el desarrollo de la jurisprudencia hispana en cuanto a la figura de la desviación de poder no fue el esperado para ese entonces por la doctrina. En tal sentido, indicó Sánchez Isac (1973, 199), que durante mucho tiempo la desviación de poder quedó reducida, efectivamente, a una mera posibilidad.

Mas, destaca su consagración en el artículo 106 de la Constitución vigente, en los siguientes términos:

Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Como lo ha puesto de relieve Chinchilla (1999, 40), han sido la Constitución y sus principios –a través de su aplicación por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa- los que han protagonizado la mutación de la desviación de poder, que ha pasado de ser un motivo de ilegalidad que prácticamente existía en la letra de la ley, a un motivo de ilegalidad que se aplica por nuestro Tribunales sin más dificultad que la que

es propia de todas las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa. Por eso no es de extrañar que las dos grandes leyes del Derecho Administrativo, después de sus respectivas reformas, hayan mantenido en términos idénticos a los de su regulación originaria la configuración de la desviación de poder. Así la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (parcialmente reformada en 1999), en su artículo 63.1, recoge un precepto similar al antes citado de la Ley de 1958; y la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 70.2, prevé una norma equivalente al artículo 83 de la Ley de 1956 (cfr. Chinchilla, 1999, 40-41).

En Hispanoamérica, la figura de la desviación de poder ha llegado de la mano de la jurisprudencia francesa, la cual recibió el apoyo de la doctrina. Así, en Colombia, destaca Penagos (1992, 396 ss), una sentencia del Consejo de Estado de ese país, de fecha 19 de enero de 1979, en la cual se indicó:

Este concepto fue elaborado en Francia por el Consejo de Estado, a través de una lenta evolución, constituyendo una de sus creaciones más inteligentes y trascendentales porque permite penetrar en el fondo mismo de la intención de la administración, oculto bajo una apariencia de legalidad, y poner en evidencia el fin ilícito.

Expresa, así mismo, la sentencia citada, que el acto que adolece de desviación de poder falta al fin propio del servicio y afecta como se ha dicho

uno de sus elementos esenciales. A su vez, resalta esta decisión que el concepto de la desviación de poder hunde sus raíces en la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, en las enseñanzas de maestros tan autorizados como Hauriou, Fiorini, Bielsa, Zanobini, Sayagués Laso y J. Rivero.

B. CRITERIOS ADOPTADOS PARA LA DEFINICIÓN DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER

Para el desarrollo del presente trabajo sobre la prueba del vicio de desviación de poder, resulta fundamental delinear los distintos criterios que se han tomado en cuenta a la hora de definir el referido vicio del acto administrativo. En este punto, resulta esencial la obra de Chinchilla (1999), en la cual aparece un amplio análisis de la definición del vicio de desviación de poder, y en tal sentido señala que en sentido técnico este vicio sólo puede producirse en el ejercicio de potestades administrativas, y parte de dos premisas:

1º Aunque la desviación de poder es un vicio propio del ejercicio de potestades discrecionales, no es imposible que pueda producirse también por la actuación de potestades regladas, y

2º La desviación de poder puede afectar a todas las manifestaciones de la actividad administrativa sometidas al Derecho Administrativo, es decir, a

los actos administrativos y también, aunque más raramente, a los Reglamentos.

Luego, de un amplio análisis de estas premisas, Chinchilla entra a estudiar el tercero y, a la vez, esencial elemento del concepto legal del vicio de desviación de poder, referido al apartamiento del fin que justifica el ejercicio del poder. En primer lugar, la citada autora realiza una extensa consideración sobre el fin como elemento del acto administrativo que se identifica con la causa, y sobre la afinidad entre desviación de poder y otras categorías jurídicas del Derecho privado, tales como el abuso del derecho, el fraude de ley y la ilicitud en la causa, para luego pasar a estudiar un aspecto fundamental en nuestra investigación, relativo al significado y alcance del apartamiento de fin fijado por el ordenamiento jurídico. Y en este punto surgen los criterios que existen sobre el carácter subjetivo u objetivo del vicio de desviación de poder. Al respecto, expone Chinchilla (1999, 118) que en España una jurisprudencia constante ha exigido para apreciar la desviación de poder “un ánimo predeterminado” de utilizar la potestad para fines distintos de los que la norma le asigna, fines que pueden ser públicos o privados, pero, en todo caso, “diferentes de los considerados expresa o tácitamente por la norma habilitante de la potestad para otorgarla, de suerte que se produzca una divergencia entre éstos y los *realmente perseguidos*” (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1993 y de 23 de octubre de 1996). Igualmente, ha exigido que aquel que la invoca “está obligado a

demostrar esa intencionalidad torcida o desviada” (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1983). Nos encontramos aquí con la concepción subjetiva del vicio de desviación de poder, que se centra en la intención torcida o desviada que ha perseguido la Administración al dictar el acto.

Por su parte, un sector de la doctrina propugna una concepción objetiva del vicio de desviación de poder, y en tal sentido cabe citar a E. Desdentado, quien ha defendido la conveniencia de adoptar una concepción objetiva de la desviación de poder que prescindiera del elemento de intencionalidad y se centre en el problema de la adecuación al fin, como un remedio frente a la reticencia de los Tribunales a anular los actos administrativos por este motivo (Chinchilla, 1999, 120-121). Ciertamente, este criterio es minoritario dentro de la doctrina, la cual se opone al mismo por considerar que no concuerda con la definición del vicio de desviación de poder. En tal sentido se pronuncia Chinchilla (1999, 121), quien expone que:

El ordenamiento jurídico no llama desviación de poder al ejercicio de una potestad que tiene por resultado un acto inadecuado a su fin, sino al ejercicio desviado, es decir, orientado a una finalidad distinta de la establecida en el ordenamiento jurídico de dicha potestad.

Finalmente, en torno a la definición de la desviación de poder, es importante tener presente la variedad de fines hacia los que puede desviarse la Administración. Como destaca Chinchilla (1999, 129-130), hay desviación

cuando el acto se inspira en móviles personales y es cierto que éste es el supuesto más característico de desviación de poder, pero no es el único. En general, habrá desviación cuando la Administración persiga fines distintos, cualesquiera que estos sean –incluso lícitos-, de los exigidos, como lo ha puesto de relieve sentencia del Tribunal Supremo de España, de 27 de septiembre de 1985.

En atención a esta variedad de intereses, destaca Chinchilla (1999, 130) que el Tribunal Supremo ha llegado, incluso, a hablar de una gradación en el apartamiento del fin, que iría desde una desviación máxima, que consiste en el empleo de potestades administrativas para conseguir fines contrarios al interés público, a una desviación mínima, que supone el ejercicio del poder para la consecución de una finalidad de interés público, pero que no es la específicamente asignada al acto (sentencia de 4 de abril de 1979).

C. ACEPTACIÓN POR LA DOCTRINA DE ESA NUEVA FIGURA Y SU PREVISIÓN EN LAS LEYES

Hemos visto como la figura de la desviación de poder como vicio del acto administrativo ha sido de recibo por la doctrina francesa, italiana, española, así como por la de Colombia; e igualmente hemos observado como en España ha tenido una expresa consagración tanto en su Constitución como en las leyes fundamentales del Derecho Administrativo.

Situación similar a la española ha ocurrido en Venezuela, como de seguida veremos.

El autor patrio Henrique Meier (2001, 157), al definir la figura de la desviación de poder, se ha referido a su origen en el contencioso administrativo venezolano, y advierte que “ya en 1954, la Corte Federal de Venezuela había establecido el criterio sobre el vicio de desviación de poder, como se observa en sentencia del 28 de septiembre”.

En este sentido, De Grazia (2000, 33) ha destacado la consolidación jurisprudencial del vicio de desviación de poder y su dificultad probatoria, y ha realizado un análisis de las sentencias más relevantes relacionadas con el tema, dictadas por los tribunales contencioso administrativos.

Dentro de este mismo orden de ideas, hay que destacar la opinión de Araujo (2007, 581), quien hace una actualizada referencia sobre el vicio de desviación de poder. Al respecto, este autor pone de relieve que este vicio supone necesariamente la prueba de la intención del funcionario o del órgano que dicte el acto de obtener un fin diferente al asignado en la ley.

En Venezuela, este vicio fue consagrado expresamente en la Constitución de 1961, la cual en su artículo 206 preveía que la jurisdicción contencioso administrativa podía anular los actos administrativos contrarios a derecho, incluso por desviación de poder. Norma que se encuentra igualmente contemplada en la vigente Constitución, en su artículo 259.

El reconocimiento expreso que hace la Constitución de este vicio, otorga rango fundamental al concepto integral e institucional del ordenamiento jurídico, en cuyo mérito la Administración se encuentra sujeta no sólo a las disposiciones que integran el “bloque de legalidad”, sino también a los principios que derivan de la propia naturaleza y finalidad de las instituciones Chinchilla 1999, 46).

En consonancia con la previsión constitucional, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece, en su artículo 12, que *aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.*

Por consiguiente, en Venezuela, todo funcionario público al emitir un acto administrativo debe atender a la finalidad de la norma que le otorga la potestad de dictarlo, para que de este modo el acto se adecue al fin de interés público que de manera expresa o tácita está contenido en la predicha norma. Nos encontramos aquí con un elemento teleológico, que se apoya en una correcta interpretación de la disposición que prevé la competencia administrativa, con el objeto de satisfacer el fin en ella previsto.

De modo que el acto administrativo presentará el comentado vicio de desviación de poder cuando el funcionario se aparte de tal finalidad de

interés público, ya sea para satisfacer un interés particular o beneficiar a un tercero, o para alcanzar un fin público distinto al previsto por la norma.

Ciertamente, en Venezuela, se ha seguido el criterio subjetivo del vicio de desviación de poder, como lo ha puesto de relieve la doctrina antes citada, y en tal sentido ha transitado la jurisprudencia patria, como veremos más adelante.

CAPÍTULO II

EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO VENEZOLANO

A. LA NOCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER

La jurisprudencia del máximo tribunal del país, así como de los demás tribunales con competencia en lo contencioso administrativo, ha ido delineando el vicio de desviación de poder, siguiendo las enseñanzas del Derecho francés –pionero en esta materia- como del Derecho español, y así mismo ha abordado el tema de la prueba de este vicio, destacando su dificultad para demostrarlo en juicio.

Ya en 1954, la Corte Federal de Venezuela había establecido el criterio sobre el vicio de desviación de poder, como se observa en sentencia del 28 de septiembre de 1954, en la cual de manera diáfana se indicó:

Como lo enseña la doctrina, la ley atribuye a la autoridad administrativa el ejercicio de cierta facultad, pero se la atribuye para obtener un fin determinado, si la autoridad administrativa se sirve de tal poder que efectivamente le ha sido conferido, como en el caso de autos, para obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley, desvía la finalidad de ésta, y por ello se dice que hay “desviación de poder” (Meier, 2001, 368 s).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa (1980), señaló que “los actos administrativos se encuentran afectados del vicio de desviación de poder cuando la Administración, al emanarlos, actúa con fines distintos de aquellos para los cuales, explícita o implícitamente, la ley confirió a la Administración la facultad o el deber de dictarlos” (sentencia del 17 de junio de 1980). Así mismo, la citada Sala de la Corte Suprema de Justicia (1991) observó, en fallo del 14 de febrero de 1991, que:

La desviación de poder que, con sentido de modernización del derecho público, incluyera en forma expresa el artículo 206 de la Constitución como vicio capaz de producir su nulidad a través del control del Juez contencioso-administrativo, es la irregularidad que lesionaría el fin del acto administrativo; que de estar afectado por ella dejaría de perseguir los intereses que le han sido asignados al órgano para su tutela para satisfacer intereses de otra índole....

A su vez, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (1982) fue estableciendo una serie de pautas para apreciar el vicio de desviación de poder, y en tal sentido resaltó el aspecto probatorio, en sentencia del 14 de junio de 1982:

A través de este vicio la jurisprudencia que lo concibió y posteriormente la doctrina que delineó sus modalidades y finalmente la norma expresa que lo consagra, tienden a establecer **un control sobre la intención de la Administración**, algo que va más allá del simple examen de la apariencia del acto para permitir

que se escudriñe en los motivos reales y concretos que tuvo su autor (resaltado nuestro).

Más recientemente, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003), en una sentencia paradigmática (caso *Elsy Cristina Santelíz Mendoza contra la Gobernación del Estado Lara*), sintetizó el criterio jurisprudencial sobre el vicio *sub examen*, y en tal sentido indicó que el concepto de desviación de poder no plantea, en principio, grandes problemas, pues la jurisprudencia patria se ha encargado de definir los rasgos esenciales de dicha institución. Así se observa que, la desviación de poder consiste en la utilización por el órgano administrativo de las potestades que le han sido atribuidas legalmente para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico, amparándose la Administración para actuar así, precisamente, en un mal uso o en un abuso del margen de libertad o discrecionalidad que permite la norma, sin que ello trascienda a la apariencia externa del acto, el cual aparentemente luce adecuado a derecho o correcto, pero que en realidad se encuentra viciado en su componente valorativo o volitivo.

Actualmente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (2004), a la luz de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha ido definiendo el vicio de desviación de poder, y en tal sentido ha sostenido, en sentencia No. 00051 del 3 de febrero de 2004, en la cual ratifica el criterio expuesto en la sentencia No. 01722, de fecha 20 de

julio de 2000, (caso *José Macario Sánchez Sánchez vs. Ministerio de Justicia*),

lo siguiente:

La Sala reiteradamente ha establecido sobre el vicio de desviación de poder, que es una ilegalidad teleológica, es decir, que se presenta cuando el funcionario, actuando dentro de su competencia dicta un acto para un fin distinto al previsto por el legislador; de manera que es un vicio que debe ser alegado y probado por la parte, sin que pueda su inactividad ser subsanada por el juzgador.

De seguidas, añade la sentencia *in commento* que se entiende que la Administración incurre en el vicio de desviación de poder, cuando actúa dentro de su competencia, pero dicta un acto que no esté conforme con el fin establecido por la Ley, correspondiendo al accionante probar que el acto recurrido, como ya ha sido señalado, persigue una finalidad diferente a la prevista a la Ley.

B. CRITERIOS DE LAS SENTENCIAS LÍDERES

Así mismo, la jurisprudencia nacional ha fijado criterio sobre la dificultad probatoria de este vicio del acto administrativo, y ha señalado cuáles son los aspectos que deben ser probados para evidenciar la existencia de tal vicio.

La Corte Suprema de Justicia (1982), en Sala Político Administrativo, destacó que la desviación de poder debía ser probada mediante **hechos concretos**, y en tal sentido indicó, en sentencia del 15 de noviembre de 1982:

La desviación de la finalidad perseguida requiere por ende, ineludiblemente, de la prueba de la divergencia que se impute a la acción administrativa, en cuya virtud, no bastarán apreciaciones subjetivas o suspicacias de quien invoque la desviación si no se presentan hechos concretos que conduzcan a su plena comprobación.

Por su parte, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo señaló en reiteradas decisiones, que el vicio de desviación de poder implicaba para su procedencia la demostración de los hechos que probaran el fin torcido o desviado que efectivamente el órgano persiguiera, diferente al que se propuso la norma (véanse sentencias del 27 de enero y 28 de noviembre de 1983). Además, en fallo del 26 de mayo de 1983, sostuvo que este vicio supone la prueba de la intención del funcionario o del órgano que dictó el acto para obtener un fin diferente al asignado en la ley.

Dentro de las decisiones emblemáticas, en materia del vicio de desviación de poder, es menester citar la dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el caso *Juan F. Ramírez vs. Unellez*, de fecha 13 de agosto de 1986. Mediante esta sentencia se declaró la nulidad del acto administrativo que imponía una sanción disciplinaria, en atención al conjunto de procedimientos que afectaron al recurrente, *“los cuales se inician con la intempestiva orden de las autoridades académicas de ordenarle la suspensión de la beca que le fuera acordada”*, procedimientos estos

documentados en las actas del **expediente administrativo**; así como también se tuvo en cuenta los **testigos** promovidos por el recurrente.

Resulta fundamental traer a colación, en este punto, el criterio sostenido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003), en la citada sentencia del caso Gobernación del Estado Lara, sobre el aspecto en estudio del vicio de desviación de poder, con respecto a lo cual sostuvo que la dificultad y en muchos casos la imposibilidad de su demostración han hecho, pues, de la prueba, el problema fundamental de la desviación de poder, hasta el punto de que para muchos autores las posibilidades de la desviación de poder dependen, precisamente, del tratamiento que los jueces den a su prueba. En este sentido afirman los doctrinarios que, salvo raras excepciones, las decisiones administrativas viciadas de desviación de poder no suelen revelar cuáles son los fines que realmente persiguen. Antes bien, los órganos de la Administración Pública que así actúan intentan disimular lo más hábilmente posible esa voluntad torcida o desviada en que consiste dicha infracción. Por eso, probar la desviación de poder es, generalmente, una tarea difícil, pues se trata de descubrir la intención real, normalmente disimulada, de la Administración; o, dicho de otro modo, de escudriñar en algo tan nebuloso como es la motivación interna del acto.

No obstante lo anterior, el desarrollo actual de la jurisprudencia española está orientada a favorecer las posibilidades que tiene el juez contencioso administrativo para declarar la existencia del vicio de desviación

de poder. En este sentido, se afirma que la prueba de la desviación de poder no debe ser plena, pues, dada la naturaleza intrínseca del vicio, sería imposible llegar a probar su existencia de manera absoluta. La plena prueba se sustituye por la “prueba suficiente” para lograr una razonable convicción de la existencia del vicio. La mencionada prueba además, no se derivará de un acto de constatación, sino de convicción; y bastará con aportar datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido por los actos impugnados, la razonable convicción del juez de que se ha producido la desviación de poder.

Así las cosas, en nuestro país la jurisprudencia viene exigiendo que el Juez debe lograr “(...) una razonable convicción de que se ha desvirtuado la finalidad perseguida por la norma” sobre la base de las pruebas y datos aportados, bien que emanen del propio expediente administrativo, bien que sean traídos a juicio por las partes, o sea a través del ejercicio de la potestad inquisitiva propia de la jurisdicción contencioso administrativa.

De lo precedentemente expuesto, podemos concluir que el vicio de desviación de poder, ha sido reconocido por la jurisprudencia, constitucionalizado desde 1961 y regulado como límite a las potestades públicas, en especial las discrecionales previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Se trata de un vicio que afecta no sólo a los actos administrativos, sino también a otros actos del Poder Público, y al

respecto la jurisprudencia ha mantenido una línea de evolución destinada a reprimir las actuaciones viciadas de desviación de poder, en especial en aquellos casos en los que el acto desviado pretende incidir en el proceso contencioso administrativo.

Es preciso destacar también, en esta materia, la jurisprudencia proveniente de los tribunales contencioso administrativos regionales. Así, cabe citar una decisión que destacó **la flexibilidad que ha de tenerse para considerar demostrado el vicio de desviación de poder, sin que pueda exigirse la existencia de plena prueba**. Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, de Protección del Niño y del Adolescente y Contencioso Administrativo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, en sentencia del 30 de octubre de 2003.

Un caso paradigmático, en cuanto a la apreciación del vicio de desviación de poder en la vía contencioso administrativa, ha sido el decidido por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 18 de junio de 1999, en el *juicio seguido por la compañía AVENSA contra el Ministerio de Transporte y Comunicaciones*, al que se refiere De Grazia (2000). El fallo sostuvo que el vicio de desviación de poder, **“uno de los más difíciles de demostrar en el ámbito contencioso administrativo”**, había quedado plenamente acreditado en el expediente, pues “el cúmulo de elementos probatorios constantes en autos demuestran que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, en forma pública

manifestó su intención de licitar las rutas que la recurrente pretende”, por lo que el verdadero fin de los actos sucesivos dictados por el MTC, “no es otro que el impedir que una decisión sobre tales pretensiones se produzca de inmediato, renovando un procedimiento administrativo que, con todas sus incidencias y la eventualidad de un nuevo juicio contencioso-administrativo, le permita disponer del tiempo necesario para asumir nuevas decisiones”.

C. LOS ELEMENTOS DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER SEGÚN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Actualmente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (2004) ha destacado el papel que juega la figura de ***la carga de la prueba*** a la hora de demostrar la existencia del vicio de desviación de poder. En tal sentido, cabe citar sentencia No. 00051 del 3 de febrero de 2004, en la cual, citando el criterio de sentencia de 20 de julio de 2000 (caso: José Macario Sánchez Sánchez vs. Ministerio de Justicia), consideró que el vicio de desviación de poder es una ilegalidad teleológica, es decir, que se presenta cuando el funcionario, actuando dentro de su competencia dicta un acto para un fin distinto al previsto por el legislador; **de manera que es un vicio que debe ser alegado y probado por la parte, sin que pueda su inactividad ser subsanada por el juzgador** Por lo tanto, se entiende que la Administración incurre en el vicio de desviación de poder, cuando actúa dentro de su competencia, pero dicta un acto que no esté conforme con el fin establecido

por la Ley, **correspondiendo al accionante probar que el acto recurrido, como ya ha sido señalado, persigue una finalidad diferente a la prevista a la Ley.** Y agrega la sentencia *in commento*:

Al respecto, cabe señalar que la desviación de poder es un vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, y se produce fundamentalmente cuando la actuación de la Administración persigue un fin distinto al querido por el legislador al establecer la facultad de actuar del órgano administrativo, y cuya declaratoria de procedencia sólo se verificará **con la demostración de hechos tangibles que prueben el fin “torcido” que efectivamente, la autoridad administrativa persiguiera.**

Igualmente, la Sala Política Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia (2003) ha reiterado el criterio que sostuvo la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a los elementos de convicción que surgen de las pruebas aportadas por las partes y por el propio juez, tal como se observa en sentencia del 14 de enero de 2003:

En suma, la desviación de poder requiere ser probada mediante el examen de los hechos administrativos que han nutrido el expediente y de los que ha aportado las partes en el trámite del juicio (o el Juez contencioso, según sea el caso) para reunir los datos fácticos capaces de crear la convicción razonable de que el órgano administrativo en ejercicio de facultades discrecionales, se apartó del cauce jurídico que estaba obligado a seguir, según ordena el citado artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos...

Más recientemente, la Sala Política Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia (2008) ha puesto de relieve la importancia de la prueba del vicio de desviación de poder, al destacar que no basta la simple manifestación

hecha por el recurrente sobre la supuesta desviación de poder, cuando declara que:

El vicio de desviación de poder se configura cuando el autor del acto administrativo, en ejercicio de una potestad conferida por la norma legal, se aparta del espíritu y propósito de ésta, persiguiendo con su actuación una finalidad distinta de la contemplada en el dispositivo legal. Ahora bien, la prueba del vicio alegado requiere de una investigación profunda basada en hechos concretos, reveladores de las verdaderas intenciones que dieron lugar al acto administrativo dictado por el funcionario competente.

Y en sentencia dictada este año, la Sala Político Administrativa (2009) ha ratificado el anterior criterio, cuando indicó que:

Lo anterior implica, que deben darse dos supuestos para que se configure el vicio de desviación de poder, a saber: que el funcionario que dicta el acto administrativo tenga atribución legal de competencia y que el acto haya sido dictado con un fin distinto al previsto por el legislador; además, estos supuestos deben ser concurrentes” (vid. sentencia N° 1722, del 20 de julio de 2000 y 00623 del 25 de abril de 2007).

Resalta la sentencia *in commento* que la prueba del vicio de desviación de poder requiere de una investigación profunda basada en hechos concretos, y concluye que no resulta suficiente el simple señalamiento sobre la supuesta desviación de poder para determinar que el órgano administrativo incurrió en el señalado vicio.

Por consiguiente, la jurisprudencia actual del contencioso administrativo, ratifica la dificultad probatoria del vicio de desviación de poder, y constituye una fuente fundamental para el desarrollo del trabajo.

CAPÍTULO III

SENTIDO Y ALCANCE DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER COMO UNA MATERIA DIFÍCIL DE PROBAR, EN TORNO A SU CONCEPCIÓN SUBJETIVA U OBJETIVA

El vicio *sub examen* presenta una dificultad probatoria indudable, que ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional, como ya se ha indicado, y que igualmente la doctrina administrativista lo ha puesto de relieve. En tal sentido, García de Enterría y Fernández (1998, 443), han expresado, certeramente, que es evidente que la dificultad mayor que comporta la utilización de la técnica de la desviación de poder es la de la prueba; y como lo ha resaltado Chinchilla (1999, 196-197), las posibilidades de que prospere una pretensión de nulidad basada en desviación de poder dependen, precisamente, del tratamiento que los jueces den a su prueba, y remite, al respecto, a las opiniones de Martín-Retortillo y Clavero Arévalo.

Es importante destacar que en el contencioso administrativo resulta fundamental determinar cómo se puede probar el vicio de la desviación de poder. La dificultad probatoria del vicio en estudio estriba en que para un amplio sector de la doctrina, la desviación de poder –en su concepción subjetiva- gira en torno a un hecho psíquico o mental, esto es, en la **intención del funcionario** que se ha apartado o desviado del fin previsto en

la disposición que le dio el poder de dictar el acto administrativo. Por lo que se está ante un hecho interno, de donde se desprende que se trate de un hecho difícil de probar.

Por su parte, otro sector de la doctrina plantea el tratamiento del vicio de desviación de poder en su carácter objetivo, para hacer más viable la prueba del preindicado vicio, pues basta con demostrar que el acto administrativo no se ajusta a los fines de la norma que sirve de fundamento al mismo.

A. LA DESVIACIÓN DE PODER COMO UN HECHO PSÍQUICO O MENTAL (CONCEPCIÓN SUBJETIVA) O COMO LA DESVIACIÓN DE LA FINALIDAD DEL ACTO (CONCEPCIÓN OBJETIVA)

En torno al tema de los móviles del acto administrativo, hay que destacar el desarrollo que ha tenido el tema de la desviación de poder, por parte de la doctrina, referente a la concepción subjetiva u objetiva de la desviación.

Así, gran parte de la doctrina (vid., p.e., Chinchilla, 1999, 15) ha realizado una interpretación en términos subjetivos de la desviación de poder, en la cual resulta fundamental la existencia de un móvil por parte del funcionario que emite el acto administrativo. En tal sentido, la citada autora sostiene que probar la desviación de poder es, generalmente, una tarea difícil, pues se trata de descubrir la intención real, normalmente disimulada, de la Administración, o dicho de otro modo, y con palabras del Tribunal

Supremo, “de escudriñar en algo tan nebuloso como es la motivación interna del acto”, en sentencia de 27 de marzo de 1979 (Chinchilla, 1999, 196).

Frente a esta doctrina dominante, algunos autores (Atienza y Ruiz, 2006; Desdentado, 1997) han manifestado que resulta más conveniente considerar que la desviación de poder pueda tener un carácter objetivo, esto es, que no sea necesaria la existencia del móvil subjetivo.

En tal sentido, Eva Desdentado ha defendido la conveniencia de adoptar una concepción objetiva de la desviación de poder que prescinda del elemento de intencionalidad y se centre en el problema de la adecuación al fin, como un remedio frente a la reticencia de los Tribunales a anular los actos administrativos por este motivo (Desdentado, 1997, 214-218).

Mas, consideran Atienza y Ruiz que ha sido malinterpretada esta concepción objetiva de la desviación de poder, pues “quienes defienden (defendemos) este punto de vista no tratamos, por así decirlo, de sustituir una concepción subjetiva por otra objetiva, sino de construir esta última de forma que incluya todos los supuestos que caerían bajo la primera concepción y que permita ir más allá...” Finalmente, citan una sentencia del Tribunal Supremo español, de 26 de mayo de 1995, en la que sostiene esa concepción objetiva (Atienza y Ruiz, 2006, 113).

B. LA DIFICULTAD PROBATORIA DE LOS HECHOS PSÍQUICOS

La dificultad probatoria del vicio en estudio estriba en que gira en torno a un **hecho psíquico o mental**, *id est*, la intención del funcionario que se ha apartado o desviado del fin previsto en la disposición que le dio el poder de dictar el acto administrativo. Y el problema surge porque al tratarse de un hecho interno, no son patentes los rastros que deja esa actuación del funcionario público.

Como indica Devis Echandía (1993, 163-164), los estados síquicos del hombre no tienen materialidad en sí misma, aun cuando se reflejan externamente en síntomas y efectos más o menos perceptibles, Pero no es posible negarles una entidad propia, y con el derecho objetivo material los contempla como presupuesto de efectos jurídicos, es indispensable su prueba en muchos procesos. No se trata de hechos materiales, pero sí de hechos reales, susceptibles de conocimiento concreto y de apreciación subjetiva. “Por ello los autores no vacilan, como no vacilamos nosotros, en incluirlos entre los hechos genéricos que pueden ser objeto de prueba” (Devis Echandía, 1993, 164). Por su parte, Silva Melero (1963, 50) incluye entre los hechos que se prueban los internos que aluden a la vida psíquica, como ideas, pensamientos, convicciones.

Al respecto, enseña Muñoz Sabaté (1997, 151-157) que la característica común de los **hechos psíquicos** es la de ser hechos puramente temporales e informales que se originan y desarrollan en la esfera interna del individuo (psique) por cuyo motivo al no dejar huellas visibles, su demostración suele ser dificultosa.

Cabe recordar que, histórica y judicialmente, el concepto de *huella* deviene algo inseparable de la noción de prueba. La primera característica del conocimiento de los hechos humanos del pasado y de la mayor parte de los del presente –escribe el historiador Bloch-, consiste en ser un conocimiento por huellas. En lugar de aproximar el hecho histórico trasladamos los otros objetos *estampados* por aquel. El juez no ve la realidad pero ve sus huellas. De allí que, en materia probatoria, para llevar esas huellas al proceso, sean esenciales dos propiedades básicas: la ***impresionabilidad*** y la ***traslatividad*** (Muñoz Sabaté, 151-157).

Se entiende por ***impresionabilidad*** la propiedad que tienen los instrumentos para ser estampados por un hecho histórico. La ***traslatividad*** se refiere a que cada instrumento debe hallarse en condiciones de tener entrada en los autos, bien activamente, o sea, permitiendo su aportación a la litis (*motilidad*), bien pasivamente, ofreciéndose en condiciones tales que el juzgador pueda ir a su alcance (*accesibilidad*). Y se destaca que la ***disponibilidad*** es el puente que une las propiedades de impresión con las de traslación: se trata de la situación idónea en que se halla un instrumento

de prueba para ser requerido por el juez o los litigantes en vista a su posterior utilización en juicio, como indica Muñoz Sabaté (1997, 157 s).

Destaca este autor que **traslatividad** y **disponibilidad** son propiedades harto confundidas o entremezcladas en todo proceso: la actividad probatoria estricta y la actividad investigadora (actividad preprocesal en la mayoría de los casos). Las dificultades de impresión son las que más contribuyen a tipificar las materias *difficilioris probationem*. Además, al lado de las dificultades de impresión y traslación, se añade una tercera dificultad: la **traducción**, porque es indudable que cada instrumento debe ser descifrado y su lenguaje puede ser sumamente enigmático o equívoco (Muñoz Sabaté, 159 s).

En atención a esas dificultades de impresión, así como de traslación y traducción, es por lo que el hecho psíquico que constituye el elemento esencial del vicio de desviación de poder, esto es, la intención del funcionario que dictó el acto y que se aparte del fin perseguido por la norma, constituye sin duda un hecho difícil de probar.

C. LA DIFICULTAD PROBATORIA DE LA DESVIACIÓN DEL FIN

Al respecto, cabe citar un interesante libro de Atienza y Ruiz (2006), sobre los ilícitos atípicos, en el cual se refieren al abuso del derecho, el fraude de ley y a la desviación de poder, destacando el papel de los principios en la definición de la conducta ilícita. Estos autores comentan la

obra antes citada de Chinchilla (1999), cuando analizan la figura de la desviación de poder, y disienten en algunos aspectos expuestos en esa obra, dentro de los cuales hay que destacar –por el interés que tiene para la investigación- el relativo al carácter subjetivo u objetivo de la desviación. En efecto, considera Atienza y Ruiz (2006, 111 s) que, en relación con la desviación de poder, una interpretación de esa figura en términos subjetivos resulta incoherente con la defensa de facilitar la prueba de la desviación y, para ello no exigir que la misma deba tener un carácter pleno y absoluto, aceptando las pruebas de carácter indiciario, etc. Y se preguntan si no parece más natural reconocer simplemente que se puede incurrir en desviación de poder de manera objetiva, esto es, si se observa que el resultado de la norma que confiere poder (una ley, un reglamento, un acto administrativo) es objetivamente adecuado para la consecuencia que implica una daño injustificado, con independencia de si el órgano en cuestión tuvo o no ese propósito al realizar el acto. Estiman que es la mejor manera de facilitar un control racional de las decisiones de los órganos públicos (Atienza y Ruiz, 2006, 112).

No obstante, frente a esta postura, se ha pronunciado la autora Carmen Chinchilla, quien considera que concebir la desviación de poder como el vicio que consiste, simplemente, en la inadecuación del acto al fin que lo justifica, implica negar su singularidad frente a otras infracciones del ordenamiento jurídico, pues en tal caso en nada se distinguiría la desviación

de poder de la infracción del principio de proporcionalidad en lo que éste implica de necesidad de que el medio empleado sea adecuado al fin que se persigue. Agrega la citada autora que el ordenamiento jurídico no llama desviación de poder al ejercicio de una potestad que tiene por resultado un acto inadecuado a su fin, sino al ejercicio desviado, es decir, orientado a una finalidad distinta de la establecida en el ordenamiento jurídico, de dicha potestad (Chinchilla, 1999, 121).

Quizá, por ello, se ha impuesto en la doctrina el criterio subjetivo de la desviación de poder, en el sentido de que lo imperante para definir este vicio del acto administrativo es que el autor del mismo haya perseguido un fin distinto al previsto por la norma que le confirió la potestad para dictarlo. De allí la relevancia de investigar los móviles o motivos que realmente tuvo el funcionario al dictar el acto.

Nótese que en el campo del Derecho Procesal existe una norma orientadora para los jueces, a la hora de interpretar los contratos o actos, como es la contenida en el artículo 12, aparte único, del Código de Procedimiento Civil (1990), que señala lo siguiente: “En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe”. Precisamente esta disposición se encuentra contenida en el artículo que prevé los deberes del juez en el proceso, y dentro de los cuales

establece que los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio.

Por lo tanto, es un deber del juez administrativo indagar en el propósito y en la intención del funcionario que dictó un acto administrativo, para interpretar el mismo, cuando ha sido denunciado el vicio de desviación de poder, para de esta manera escudriñar la verdad, y determinar si realmente el acto se desvió del fin para el cual fue dictada la norma que otorgó competencia al funcionario que lo emitió.

}

CAPÍTULO IV

MEDIOS IDÓNEOS PARA PROBAR EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER

La dificultad probatoria del vicio de desviación de poder ha de ser vista, además de cómo un reto para el demandante en cuanto al despliegue de toda una técnica probatoria para demostrar el referido hecho psíquico o mental, como la posibilidad de acudir a figuras y principios procesales de avanzada que permitan la convicción del juez.

Si bien es cierto que el vicio de desviación de poder, por fundamentarse sobre todo en un hecho mental, involucra la dificultad probatoria antes anotada, también hay que destacar que la doctrina y la jurisprudencia han ido delineando una serie de vías para lograr llevar al juez la convicción de la existencia del preindicado vicio, a través de una técnica probatoria bien desarrollada en torno a los hechos psíquicos o mentales.

Como ha dicho Spencer, la vida psíquica y la física tienen una misma esencia, a saber: la adaptación de relaciones internas a relaciones externas. De ahí que todos los estados mentales, útiles, inútiles o nocivos, determinen una actividad corporal: producen movimientos. **Estos movimientos son como huellas del hecho psíquico**, merced a las cuales podemos adentrarnos en los arcanos del alma humana –señala Muñoz Sabaté–,

sirviéndonos admirablemente en la prueba judicial para investigar las interioridades de cada uno, hasta tal punto que, como escribe Bentham, toda prueba psicológica depende en último análisis de una prueba física (Muñoz Sabaté, 1997, 172).

La dificultad probatoria de este vicio no implica, en modo alguno, imposibilidad de prueba. Al respecto, es importante destacar, como señala el autor argentino Agustín Gordillo (2002, p. IX-27), que una de las principales dificultades que presenta la desviación de poder es la probatoria, pues a veces hay una desviación existente pero que no puede acreditarse. Pero no debe pensarse que esta dificultad sea insalvable: requiere ingenio y habilidad.

En efecto, muchas veces el funcionario que persigue una finalidad distinta de la prevista por las normas deja rastros de su conducta, que se pueden acreditar por prueba documental, testimonial, o indiciaria, como lo ha destacado Jean Rivero (Gordillo, 2002, p. IX-27), y que sirven para demostrar la finalidad persecutoria, de favoritismo, intereses o finalidades públicas no previstas ni autorizadas por la ley, etc. Expresiones vertidas por el funcionario ante terceros, incluso no hallándose en el ejercicio o en ocasión de funciones públicas, actos de procedimiento que no aparecen objetiva y razonablemente motivados y que indican por ello una finalidad desviada, etc., pueden ser elementos de prueba para la desviación de poder.

Además, este vicio suele presentarse acompañado de otros que lo descubren y potencian (Gordillo, loc. cit.).

A. LA PRUEBA INDICIARIA COMO MEDIO DE LLEVAR AL JUEZ LA CONVICCIÓN DE LA DESVIACIÓN DE PODER

Como ha destacado el maestro Gordillo, *son muchos los indicios que pueden llevar al ánimo del juzgador la convicción de que ha existido desviación de poder*. Así, deficiente sustento fáctico; insuficiente, inexistente o falsa motivación, falta de audiencia previa, desviación de procedimiento, fecha falsa, etc. Queda a la agudeza de las partes lograr la demostración (Gordillo, 2002, pp. IX-27 y 28). Parece, pues, que los **indicios** van a ser un instrumento probatorio fundamental para lograr la convicción del juez, a la hora de demostrar -por vía de presunciones- la existencia de tal intención desviada del funcionario público. Ciertamente, la prueba directa de tal vicio luce difícil de exigir, ya que se trata de un hecho mental, interno, al cual ha de llegarse a través de las pistas o rastros que ha dejado en el mundo externo. Así, destaca Stein que los procesos anímicos se suelen probar mediante los **indicios** extraídos de su expresión externa sensorialmente perceptible (Muñoz Sabaté, 1997, 172).

Por consiguiente, es a través de las **presunciones** como principalmente puede lograrse en el ánimo del juzgador la existencia del vicio de desviación

de poder. En tal sentido, ha puesto de relieve la jurisprudencia española, al referirse a las **intenciones** como un hecho de conciencia y volición unilateral, que **solo por la vía indirecta de las presunciones es posible su investigación y constatación** (v. sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de octubre de 1958, Muñoz Sabaté, 1997, 172).

Para muchos autores, indicio es igual a la presunción; otros, destacan una clara diferencia: el indicio es la causa (hecho conocido), la presunción es el efecto (conocimiento deshecho antes ignorado). El indicio como hecho-base y la presunción como inferencia, es la posición que Muñoz Sabaté considera correcta: “En el lenguaje corriente indicio es sinónimo de signo, señal o huella. Indicio es cosa, el suceso, el hecho conocido del cual se infiere otra cosa, otro suceso, otro hecho desconocido”. Y como destaca Couture, la presunción judicial es la forma lógica inferencial que, partiendo de la base fáctica de uno o de varios indicios, permite llegar al conocimiento de otra cosa o hecho desconocido, como lo ha destacado Rengel-Romberg (1999, 460-462). Así, pone de relieve este último autor citado, “la doctrina relativa a las presunciones es de las más controvertidas de la ciencia del derecho” (1999, p. 447).

Como ha expuesto de manera magistral Alejandro Nieto (2000, 242), al referirse a la **prueba de indicios**, cuando no tiene lugar una prueba directa, o sea, cuando los hechos relevantes no pueden ser “percibidos” de forma inmediata, puede intentarse llegar a ellos utilizando otros no relevantes,

desde los cuales pueda inducirse la existencia de los que importan manejando al efecto un razonamiento de inferencias lógicas. La estructura de la prueba indiciaria se fundamenta en hechos probados, razonamiento, hechos inducidos resultantes. Los tribunales son perfectamente conscientes de la necesidad de esa prueba de indicios, pero no lo son menos de los riesgos que aparejan, ya que el juez puede ser víctima de su propia imaginación y llegar a conclusiones temerarias y a burdos errores de juicio.

A tal efecto, la jurisprudencia ha afinado esta figura imponiendo por su cuenta y añadiendo determinadas exigencias con la intención de dar cierta garantía (dentro de lo posible) de verosimilitud y evitar, en definitiva, un uso frívolo de este mecanismo. De acuerdo con esto, los hechos probados han de ser varios (no cabe basar el resultado en un solo indicio), han de ser ciertos (de tal manera que no puede fundarse la prueba en meras sospechas) y, en fin, ha de haber un “enlace directo y unívoco con el hecho desconocido”. En la reconstrucción del pasado interviene siempre, en mayor o menor medida, la imaginación, y más si se quiere penetrar en los arcanos de la mente y del corazón humano con los que se construyen no pocos tipos normativos. Lo cual obliga al juez a actuar con presunciones –mejor, presuposiciones- y no con pruebas cumplidas (Nieto, 2000, 242).

Amplia es la discusión doctrinaria sobre si las presunciones son un medio de prueba. Para Montero *et al* la presunción consiste en un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado o

admitido por las dos partes, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico existente entre los dos hechos.

No estamos, pues, ante un verdadero medio de prueba. Tampoco son, en sentido estricto, una actividad probatoria, sino, por mejor decir, un método de prueba. No se discute la gran importancia probatoria de las presunciones en la práctica judicial, pero ello no puede llevar a calificarla de medio de prueba, ni a creer que precisan de una actividad probatoria. Son un método de prueba” (Montero *et al*, 2002, 334).

En la jurisprudencia administrativa española, los indicios han sido un aspecto fundamental a la hora de determinar la existencia del vicio de desviación de poder. En tal sentido, resalta Chinchilla (1999, 212) que de especial importancia en la desviación de poder es la prueba de presunciones o prueba indiciaria, que es aquella que logra el convencimiento del juez por medio de hechos, indicios de la existencia o no existencia de otros. Nuestra doctrina –resalta la citada autora- apuntó la conveniencia de aplicarla en la desviación de poder, y cita especialmente a Clavero Arévalo, quien afirmaba en 1959 que la prueba de la desviación de poder radicaría en la mayoría de los casos en las presunciones, es decir, se deduciría, por presunciones, de unos hechos que necesariamente deberían estar probados. Por eso, estima el citado profesor que se tenía que dar el debido realce al criterio que sentó la sentencia de 1 de diciembre de 1959 sobre la convicción moral del juez acerca de la desviación de poder, ya que en su opinión –y esto es muy

importante- de ella puede decirse que pone el dedo en la llaga del verdadero problema, que no otro que el siguiente: la desviación de poder es muy difícil de probar plenamente, pero muy fácil de advertir su existencia y el adquirir el convencimiento moral de su existencia cuando el asunto se enjuicia por un juez idóneo y conocedor de las realidades administrativas (Chinchilla, 1999, 212).

La jurisprudencia patria también ha puesto de relieve la importancia de los indicios, a la hora de probar la existencia del vicio de desviación de poder, y en tal sentido cabe citar la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003), relativa al caso *Gobernación del Estado Lara*, en la cual señaló lo siguiente:

... esta Corte estima que la prueba del vicio de desviación de poder no puede ser plena, sino suficiente, basada en indicios que generen para el Juez contencioso administrativo convicciones, no requiriendo ser probada únicamente por quien la alega, activando el poder inquisitivo del Juzgador contencioso administrativo.

B. LA UTILIDAD DE LA PRUEBA DOCUMENTAL, FUNDAMENTALMENTE EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

También la prueba documental es asaz importante en cuanto a la prueba del vicio *sub examen*, ya que el acto administrativo impugnado ha de fundamentarse en un expediente administrativo, prueba fundamental de la legalidad de la actuación administrativa. Ya el Consejo de Estado francés

había puesto de relieve el valor del expediente como elemento de prueba de la desviación de poder, como destaca Lemasurier (1959, 59-64), cuando expone la evolución jurisprudencial sobre el tema, y al respecto señala que:

La prueba podía resultar de todos los datos del expediente. El Consejo de Estado extendió sus investigaciones a todos los datos del expediente, esto es, correspondencia, instrucciones de los superiores jerárquicos y, en una palabra, todo el contenido de aquél.

En efecto, al realizar el examen de los documentos que forman parte del referido expediente administrativo, puede el juez extraer elementos de convicción sobre la existencia del vicio de desviación de poder. Hemos visto que la jurisprudencia nacional ha tomado en cuenta el análisis hecho al expediente administrativo, a la hora de considerar que el funcionario que dictó el acto desvió la finalidad prevista en el caso.

Verbigracia, cabe citar el caso *Juan F. Ramírez vs. Unellez*, decidido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (1986), al que se hizo referencia en la revisión jurisprudencial sobre el tema. Allí se tomó en cuenta el conjunto de procedimientos que se siguieron al impugnante, los cuales constaban en las actas del expediente administrativo.

Igualmente, se puede traer a colación la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003), en el caso *Gobernación del Estado Lara*, en la cual, al referirse al desarrollo de la jurisprudencia española sobre la dificultad probatoria del vicio de desviación de poder, indicó:

Así las cosas, en nuestro país la jurisprudencia viene exigiendo que el Juez debe lograr "(...) una razonable convicción de que se ha desvirtuado la finalidad perseguida por la norma" sobre la base de las pruebas y datos aportados, bien que emanen del propio expediente administrativo, bien que sean traídos a juicio por las partes, o sea a través del ejercicio de la potestad inquisitiva propia de la jurisdicción contencioso administrativa.

C. LA PRUEBA DE TESTIGOS PARA DEMOSTRAR EL FIN TORCIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La prueba testimonial juega, igualmente, un papel importante a la hora de demostrar la existencia del vicio de desviación de poder, sobre todo cuando es necesario probar determinadas circunstancias, externas al procedimiento administrativo que dio origen al acto administrativo, pero que influyeron en su emisión separada del fin para el cual se dictó la norma que le sirvió de fundamento.

En tal sentido es preciso traer a colación el criterio expuesto por Lemasurier (1959, 59-64), al realizar la comentada evolución jurisprudencial del Consejo de Estado francés, sobre los elementos de la prueba de la desviación de poder, que en un cuarto y definitivo momento en esta evolución, la prueba podía resultar de circunstancias externas al litigio, y al respecto indica que:

La última etapa de la extensión de la prueba de la desviación de poder se refiere a la admisión por el Consejo de Estado de las circunstancias externas al litigio. Así, el juez tendrá en cuenta todos los hechos

que se relacionen con el acto hipotéticamente viciado, no sólo los hechos anteriores y los contemporáneos al acto, sino también hechos sobrevenidos muchos después de la interposición del recurso.

A su vez, la prueba de testigo ha sido de recibo por parte de los tribunales españoles, como lo ha puesto de relieve Chinchilla (1999, 212), quien destaca una sentencia del Tribunal Supremo del 1º de octubre de 1982, que se ha impuesto en la jurisprudencia –como lo demuestran las numerosas sentencias estimatorias-, y destaca que el referido fallo del Tribunal se basa en la convicción a la que el mismo llega a través de la valoración de los más diversos elementos de prueba: acontecimientos anteriores y posteriores al acto de que se trate, declaraciones de testigos, de peritos, etc.

Por consiguiente, la prueba de testigos es fundamental para demostrar el fin torcido del acto impugnado, sobre todo, cuando ha sido dictado para perjudicar al destinatario del acto, ya que a través de esta prueba se puede demostrar la animadversión que existía por parte del funcionario que emitió el acto. Situación esta que se presentó en el citado caso *Juan F. Ramírez vs. Unellez*, en el cual se demostró a través de la prueba de testigos la enemistad existente entre las autoridades de la Universidad y el recurrente. Como se ve, este criterio ha sido acogido también por la jurisprudencia nacional.

CAPÍTULO V

LIMITACIONES DE LAS FIGURAS PROCESALES EN MATERIA PROBATORIA DE LA PLENA PRUEBA Y LA CARGA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER

Ciertamente, la desviación de poder, por ser una materia difícil de probar, constituye un desafío al demandante que impugna el acto administrativo, ya que como lo ha destacado la doctrina, debe realizar un trabajo ingenioso en materia probatoria, para lograr la convicción del juez de que se trata de una intención desviada, distinta de la prevista en la norma que otorgó la competencia al funcionario que emitió el acto.

Ahora bien, este vicio, por ubicarse en una materia *difficilioris probationes*, implica el cuestionamiento de ciertas figuras en materia probatoria, que se han tenido como principios sacrosantos, pero que actualmente han sido objeto de críticas por algunos procesalistas: se trata de la figura de la **plena prueba** y la relativa a la **carga de la prueba**, como analizaremos más adelante.

A. LA RELATIVIDAD DE LA PLENA PRUEBA

En cuanto al vicio de desviación de poder, la doctrina y la jurisprudencia consideran que basta una **prueba suficiente**, sin que sea necesario la

existencia de plena prueba.

Actualmente, se habla de la *relatividad de la plena prueba*. Esta figura gira en torno a la verosimilitud o certeza de los hechos que producen las pruebas evacuadas en el juicio. Y hasta qué punto es factible lograr esa constatación de los hechos, ha sido un interrogante que ha dado origen a importantes disquisiciones en materia probatoria. Algunos prefieren hablar de un *grado de probabilidad suficientemente elevado que permita afirmar racionalmente la existencia de un hecho, para considerarlo procesalmente probado* (Nieto, 2000, 236-237).

En definitiva, lo importante en esta materia es la existencia de una **prueba suficiente** para lograr la convicción del juez, y no por la configuración de plena prueba, figura objeto de crítica por los modernos procesalistas, como veremos más adelante.

Al respecto, se puede citar el fallo de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003), relativo al caso *Gobernación del Estado Lara*, en el cual se resaltó este aspecto de la prueba suficiente:

...esta Corte estima que la prueba del vicio de desviación de poder no puede ser plena, sino suficiente, basada en indicios que generen para el Juez contencioso administrativo convicciones, no requiriendo ser probada únicamente por quien la alega, activando el poder inquisitivo del Juzgador contencioso administrativo.

A su vez, la sentencia *sub examen* puso de relieve, al comentar el desarrollo actual de la jurisprudencia española, que se afirma que la prueba

de la desviación de poder no debe ser plena, pues, dada la naturaleza intrínseca del vicio, sería imposible llegar a probar su existencia de manera absoluta. La plena prueba se sustituye por la “prueba suficiente” para lograr una razonable convicción de la existencia del vicio. La mencionada prueba además, no se derivará de un acto de constatación, sino de convicción; y bastará con aportar datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido por los actos impugnados, la razonable convicción del juez de que se ha producido la desviación de poder.

B. LA EXISTENCIA DE PRUEBA SUFICIENTE PARA LOGRAR LA CONVICCIÓN DEL JUEZ SOBRE LA DESVIACIÓN DE PODER

Hemos visto que la figura de la **prueba suficiente** ha sido de recibo por la jurisprudencia venezolana, como antes se indicó. Así mismo, la jurisprudencia española ha transitado por este camino. Como lo ha puesto de relieve la autora Carmen Chinchilla (Parada, 1997, 135), el Tribunal Supremo parece dulcificar la exigencia de una prueba contundente y absoluta de la desviación de poder, bastando con que, además de indicar claramente cuál es la finalidad perseguida por la Administración, el interesado la justifique con una **prueba suficiente** para lograr una convicción del Tribunal sobre las divergencias de fines, carga de la prueba que en ciertos casos se traslada a la Administración (sentencias de 16 de julio y de 29 de octubre de 1985).

De aquí que sea bastante para apreciar la desviación de poder que la convicción del juez se haya producido con **carácter indiciario** en función de datos objetivos, como la disparidad de tratamiento entre los administrados (sentencia de 23 de junio de 1981); la realización de graves irregularidades formales para alcanzar un fin distinto al exigido por la norma (sentencia de 17 de septiembre de 1985); la insuficiencia de motivación en el sentido de que no fueron ponderados por la Administración todas las circunstancias y necesidades impuestas por el interés general (sentencia de 1 de julio de 1985); o el ejercicio de la potestad organizativa para encubrir la imposición de una sanción, eludiendo así las garantías de defensa que deben acompañar siempre al ejercicio de la potestad sancionatoria (sentencias de 12 de mayo y 24 de junio de 1986).

Ciertamente, la prueba de la desviación de poder –como lo ha destacado magistralmente Lemasurier (1959, 39, 42-45), a quien se refiere Chinchilla (1999, 197) al estudiar las características de la referida prueba -, resulta de una convicción y no de una constatación, puesto que no se trata de probar un elemento concreto, sino un elemento intelectual, psicológico, una intención o incluso un sentimiento. Los móviles y las intenciones del autor del acto no resultan de la simple constatación de los hechos, sino de la íntima convicción del juez, que adquiere, así, un valor absolutamente excepcional. Y destaca la comentada autora que:

Por eso, la prueba de la desviación de poder implica,

en cierto modo, un psicoanálisis de la Administración en el que el poder del juez es enorme, ya que el fin perseguido realmente por la Administración será, en definitiva, el que el juez considere en su íntima convicción

Se puede traer a colación, en este punto, la citada sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003), en la cual se resaltó que bastaba la existencia de prueba suficiente para apreciar el vicio de desviación de poder, y en tal sentido indicó que el Juez contencioso administrativo no puede exigir al particular plena prueba de la desviación de poder, sino que debe aligerar el *onus probandi* que inicialmente incumbe al actor, aceptando de modo natural la prueba indiciaria y repartiendo más equitativamente la carga probatoria con la Administración a la que se reprocha el apartarse del fin perseguido. Y hay que hacerlo pura y simplemente, porque obligar al demandante que alega la desviación de poder a aportar una prueba plena de la misma, supone menoscabar su derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva, así como generarle indefensión.

C. QUESTIONAMIENTO DE LA FIGURA DE LA CARGA DE LA PRUEBA FRENTE A LAS MATERIAS DIFÍCILES DE PROBAR

Frente a las materias difíciles de probar, resulta insuficiente la figura de la carga de la prueba y sus clásicos postulados, como el relativo a que debe el actor probar los hechos que alega. En efecto, en las materias *difficilioris probationis*, la carga de la prueba se aplica de un modo menos riguroso, de

suerte que para tales materias se puede tener como certeza una probabilidad razonable, apoyada en graves indicios, *perspicua indicia*, como lo indicó Mattiolo (Muñoz Sabaté, 1997, 173).

Además, específicamente en la materia relativa al vicio de desviación de poder, se aplica en toda su extensión la consideración especial que tiene la carga de la prueba, en cuanto a la **aportación del expediente administrativo**, como prueba fundamental de la legalidad de la actuación de los funcionarios públicos.

No pesa en cabeza del demandante la carga de la prueba de tal legalidad, sino que, como lo ha destacado la jurisprudencia patria, “es a la Administración a la que corresponde la prueba de su actuación, y esto constituye una excepción a la regla general, según la cual la carga probatoria la tiene el particular, en virtud de la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos, operando de este modo una especie de inversión de la prueba al forzarse a la administración a probar ciertos hechos que para el administrado son imposibles de probar. En el caso concreto la Administración debe probar la existencia del procedimiento administrativo, produciendo el correspondiente expediente”, tal como lo destacó sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa (2000), relativa al caso *Elizabeth C. Chávez vs. Gobernador del Estado Zulia*.

Este criterio jurisprudencial venezolano sigue las modernas tendencias en materia de carga de la prueba, en cuanto a la aplicación del *criterio de la*

disponibilidad y facilidad probatoria. Mediante él se pone de manifiesto que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo, no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba (Montero *et al*, 2002, 261).

CAPÍTULO VI

IMPORTANCIA DE PRINCIPIOS PROCESALES COMO EL *FAVOR PROBATIONES* PARA DEMOSTRAR EL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER

A. EL *FAVOR PROBATIONES* COMO UNA MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO PROCESAL *PRO ACTIONE*

Esta materia de la dificultad probatoria ha permitido la entrada de un novedoso principio procesal: el *favor probationes*, el cual ha sido de recibo por nuestra jurisprudencia como una manifestación del principio *pro actione*, y que constituye una herramienta muy útil para el juez en su búsqueda de la verdad para decidir el caso sometido a su consideración.

Como enseña el procesalista Ortiz-Ortiz (2004, 91), el principio *pro actione* es aquella regla de la ciencia del proceso por medio de la cual se la a las normas procesales que regulan el derecho de accionar una interpretación y aplicación del modo que mejor desarrolle su núcleo esencial, sea como un mecanismo de equidad para minimizar los rigores de la ley procesal formal en cuanto a la admisibilidad, sea para privilegiar las decisiones sobre el fondo en pro de una tutela judicial efectiva. Agrega el citado autor que existe relativo consenso en que la *tutela judicial efectiva* no significa “darle la razón” a quien la pide, sino a quien la tiene; ahora, esa tutela judicial efectiva *solo tiene sentido en el marco de un proceso judicial*, de modo que *el acceso a la*

jurisdicción es un presupuesto básico, necesario y fundamental para poder hablar de tutela judicial.

Es importante destacar, en la preindicada cita, la mención que hace el Prof. Ortiz-Ortiz a la vinculación del principio *pro actione* con el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la jurisprudencia tanto española como nacional, al apreciar el vicio de la desviación de poder, han tomado como fundamento, entre otros aspectos, el atinente a la tutela judicial efectiva.

Así, el Tribunal Supremo español, en la paradigmática sentencia del 1º de octubre de 1982 –que se ha impuesto en la jurisprudencia hispana–, puso el acento sobre la tutela judicial efectiva de derechos e intereses, como reseña Chinchilla (1999, 210-211); en efecto, indica esta sentencia que no cabe exigir prueba absoluta para acreditar en el proceso administrativo la desviación de poder, pues, en primer lugar, la naturaleza intrínseca de este vicio de los actos administrativos reclama un tratamiento probatorio más flexible, en base a pruebas y datos aportados, por parte del órgano jurisdiccional, de que la Administración se apartó del interés general concreto que le imponía la norma jurídica y los principios de la institución en juego, y en segundo término, una exigencia tan rigurosa de prueba absoluta haría en la mayor parte de los casos inviable este tipo de pretensiones y, en consecuencia, se abocaría a resultados de indefensión y a una quiebra del derecho fundamental a una efectiva tutela jurisdiccional, con violación del artículo 24.1 de la Constitución que proclama tal derecho.

A su vez, la jurisprudencia patria ha sustentado la apreciación del vicio de desviación de poder en el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como puede observarse en la emblemática sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003), caso *Gobernación del Estado Lara*, en la cual sostuvo que “el Juez contencioso administrativo no puede exigir al particular plena prueba de la desviación de poder, sino que debe aligerar el *onus probandi* que inicialmente incumbe al actor”, y de seguidas agrega el fallo comentado:

...aceptando de modo natural la prueba indiciaria y repartiendo más equitativamente la carga probatoria con la Administración a la que se reprocha el apartarse del fin perseguido. Y hay que hacerlo pura y simplemente, porque obligar al demandante que alega la desviación de poder a aportar una prueba plena de la misma, supone menoscabar su derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva, así como generarle indefensión.

Por otra parte, es importante traer a colación, de las enseñanzas del Prof. Ortiz-Ortiz (2004, 90), lo relativo al principio *favor probationes o probationem* como una derivación del comentado principio *pro actione*, cuando señala que éste se aplica para favorecer y fomentar el derecho de accionar o acceso a la jurisdicción; de tal modo que, ante aquellas circunstancias que pudieran impedir el acceso a la jurisdicción en ejercicio del derecho a la prueba (tanto para ejercer el control como para desplegar la actividad probatoria misma), las normas deben interpretarse y el Derecho debe aplicarse de la manera que mejor desarrolle la garantía constitucional.

B. EL FAVOR PROBATIONES COMO SOLUCIÓN PARA LAS DIFICULTADES PROBATORIAS

Como destaca Muñoz Sabaté, el Derecho Probatorio ha aplicado una solución de su propia cosecha para las dificultades probatorias: el *favor probationes*, la cual ha sido definida como una necesidad que siente el juzgador, a veces intuitivamente, de salirse de su estática y fría posición de espectador para coadyuvar en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de su prueba.

A veces es un enfrentamiento a los postulados que rigen la prueba, como en el caso de alteración directa o indirecta del *onus probando*, otras será la práctica responsable del principio de inmediación cuando el juez considere que la prueba de testigos es decisiva para la litis, en ocasiones será un criterio más elástico de admisibilidad. También puede considerarse el *favor probationes* en un análisis más a fondo de la presunción, sin dejarse arrastrar por tópicos hipovaluatorios, ora buscando, ora provocando, ora estudiando indicios; verificando a través de sagaces afirmaciones y acordando para mejor proveer aquellas diligencias que sirvan para ultimar tales verificaciones, en una palabra, son muchos y eficaces los recursos que un juzgador preocupado en la búsqueda de la verdad puede poner en servicio cuando corre serio peligro de sucumbir ante una materia *difficilioris probationes* (Muñoz Sabaté, 1997, 161-162).

C. ALCANCE DEL PRINCIPIO DEL *FAVOR PROBATIONES* EN LA JURISPRUDENCIA PATRIA

El principio de *favor probationes* ha sido de recibo por nuestra jurisprudencia, en el sentido de aplicarlo –entre otros aspectos- en lo atinente a los casos donde puede dificultarse la prueba. *Este principio doctrinario del favor probationes, el cual prescribe el favorecimiento de la prueba cuando ella fue producida en juicio de manera regular, coadyuva con la finalidad del procedimiento en la realización de la justicia y con la labor del órgano jurisdiccional a la hora de sentenciar; en el sentido de la importante función que tiene, en los casos donde puede dificultarse la prueba, como en el caso bajo estudio, por la imposibilidad de probar hechos ya ocurridos y que fueron traídos a los autos en su oportunidad, como lo ha indicado la Sala Político Administrativa (2002), en el caso Corpoven S.A. vs. Abengoa de Venezuela S.A.* En este interesante fallo, la Sala hace diáfana exposición en torno al principio *en comento*, y al respecto señala que en este contexto, podemos evidenciar que en nuestra legislación existen disposiciones legales que tienden al favorecimiento de la prueba, en cuanto su conservación y mantenimiento. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de intentar la obtención adelantada de pruebas, que servirán para un futuro juicio, bien sea por el futuro actor o futuro demandado. Es decir, existe la posibilidad de anticipar pruebas mediante el procedimiento de

retardo prejudicial, contemplado en los artículos 813 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, cuando existe interés en conservar una prueba, en presencia de las partes de un futuro juicio, garantizándose así, el control de las mismas sobre los medios de prueba. Este procedimiento, permite adelantar una actividad o fase probatoria, de carácter contenciosa, de un futuro juicio, en virtud de existir un temor fundado de que desaparezca una prueba, lo que manifiesta la presencia del *favor probationes* en cuanto a la conservación de la prueba.

Luego, agrega la sentencia comentada que, en este mismo sentido, encontramos que en la disposición legal contenida en el artículo 270 del Código de Procedimiento Civil, hay una clara tendencia a este favorecimiento o conservación de la prueba. En efecto, el artículo 270 *eiusdem* expresa lo siguiente:

Artículo 270.- La perención no impide que se vuelva a proponer la demanda, **ni extingue los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas que resulten de los autos;** solamente extingue el proceso.

Cuando el juicio en que se verifique la perención se halle en apelación, la sentencia apelada quedará con fuerza de cosa juzgada, salvo que se trate de sentencias sujetas a consulta legal, en las cuales no habrá lugar a perención.

Destaca la Sala Político Administrativa (2002), en el fallo referido, que el antes mencionado principio del *favor probationes* junto con la garantía del derecho a la defensa, confluyen con el derecho del justiciable, también de rango constitucional, de acceso a la justicia, que implica en uno de sus

aspectos que los procesos no se eternicen y por la otra que las partes puedan llevar al proceso la prueba de sus afirmaciones o alegatos. Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establecieron en forma expresa valores y principios que tienen como objetivo garantizar a los ciudadanos una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles.

De seguidas, la sentencia bajo examen cita lo dispuesto por los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, destacando lo dispuesto en el artículo 26, en cuanto a que *“El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”*, y luego:

Artículo 257.- El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. **No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.**

Por lo tanto, este principio del *favor probationes*, en los términos reconocidos por nuestra jurisprudencia, constituye una herramienta fundamental para el juez contencioso administrativo, como una solución para poder dar por demostrado un hecho difícil de probar, como es el atinente a la desviación de poder.

CAPÍTULO VII

IMPLICACIONES DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER EN LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS PROBATORIAS DE AVANZADA POR PARTE DEL DEMANDANTE EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

A. LA ESCASA INCIDENCIA PROCESAL DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER POR SU DIFICULTAD PROBATORIA

La doctrina y la jurisprudencia han delineado, de manera maestra, el mencionado vicio de desviación de poder, destacando la importancia del elemento teleológico del acto administrativo, el cual ha de tener siempre por norte la realización del fin de interés público previsto en la norma, a fin de evitar la arbitrariedad de la Administración.

Ahora bien, en la práctica hemos observado que es un vicio que en muy pocas oportunidades ha sido apreciado por nuestros tribunales, en atención a las veces en las que ha sido alegado por los recurrentes que solicitan la nulidad de actos administrativos. Aun cuando existen casos paradigmáticos en la jurisprudencia nacional, a los que se ha hecho referencia en el trabajo, sin embargo no fueron muchos los que se encontraron en los cuales prosperaba el alegato del vicio de desviación de poder. Quizá esta escasa incidencia del vicio de desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativo se deba –qué duda cabe- a su dificultad probatoria.

Pero, como se ha afirmado, la dificultad de prueba no implica, en modo alguno, imposibilidad de prueba.

Por consiguiente, el vicio de desviación de poder constituye un reto tanto para los litigantes que quieren obtener la nulidad de un acto administrativo, como para el juez ante el cual se plantea tal denuncia, ya que frente a una materia difícil de probar como ésta, han de apoyarse en los principios de una técnica probatoria de avanzada, que permitan, en definitiva, lograr la convicción del juez sobre la producción del preindicado vicio, que atenta contra la legalidad de la actuación administrativa, la cual ha de seguir el cauce de los fines de interés público previstos en la norma que otorga el poder de emitir los actos administrativos.

B. EL INGENIO DEL LITIGANTE EN MATERIA PROBATORIA PARA LOGRAR LA CONVICCIÓN DEL JUEZ SOBRE LA EXISTENCIA DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER

Realmente, el vicio de desviación de poder representa un tema probatorio en el cual se ha de desplegar *el ingenio del litigante* –al que se refiere el maestro Agustín Gordillo (2002, p IX-27)-, acudiendo a la técnica probatoria de avanzada, para tratar de demostrar todos aquellos hechos que puedan lograr la convicción del juez, en cuanto a la verdadera intención del funcionario público, que se ha desviado del fin previsto en la norma que le otorgó el poder de emitir el acto.

Aquí se pone de manifiesto la importancia del tema de la prueba en todo

juicio, tanto en la etapa investigativa previa a la elaboración de la demanda, como en la fase de aportación de la prueba al proceso, para así lograr demostrar todos aquellos hechos que evidencien una probabilidad razonable de la verdadera intención del funcionario.

Resultan muy certeros los comentarios del autor Chapus, quien al concluir sus reflexiones sobre la prueba de la desviación de poder, afirma que si el juez no la reconoce es porque en la mayoría de las demandas se invoca gratuitamente, sin contener si quiera un inicio de prueba. Por eso, las anulaciones por desviación de poder no tienen nada de excepcional, y el estado actual de la jurisprudencia pone de manifiesto, en contra de ciertas opiniones, que no hay razón alguna para creer en la decadencia de la desviación de poder como motivo de anulación (vid. Chinchilla, 1999, 208).

C. LA IMPORTANCIA DEL ARBITRIO DEL JUEZ EN LAS MATERIAS DIFÍCILES DE PROBAR

En este punto es menester traer a colación el certero criterio del maestro Alejandro Nieto, cuando señala que es en el ámbito procesal de la prueba donde con mayor naturalidad se mueve al **arbitrio del juez**, hasta tal punto que ha perdido casi por completo su sentido de viejo brocado de *da mihi factum, dabo tibi ius*. La realidad es que, salvo excepciones, el hecho es actualmente determinado no por las partes sino por el juez. El arbitrio es un criterio de la toma de decisión, destaca Nieto. El juez adopta sus

resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio, bien –como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad (Nieto, 2000, 219).

Y es precisamente en el ámbito de las materias difíciles de probar donde se erige la figura del juez, con su prudente arbitrio, para solucionar esta problemática, en atención a la técnica probatoria y las soluciones por ella presentada y los principios de avanzada que permiten lograr la convicción judicial.

El tema objeto de nuestro estudio, catalogado como una materia difícil de probar, ha girado en torno al vicio de desviación de poder, en el cual estamos frente a un hecho psíquico o mental que, por su producción interna, no deja huellas visibles en la realidad, sino una serie de rastros o pistas que van configurando el preindicado vicio. Toca, pues, al juez ir siguiendo esas huellas que se van aportando en el proceso por las partes, o que él mismo decide ir a buscar para esclarecer el asunto que debe decidir.

Así mismo, el vicio *sub examen* pone de manifiesto la importancia del papel del juez, que ha de deslastrarse de la aplicación severa de ciertos principios tradicionales, tales como la figura de la plena prueba, la de la carga de la prueba, la prueba directa, etc., para dar paso a principios de avanzada, como el relativo al *favor probationes*, y aplicar de manera relevante la prueba de indicios.

Como ha destacado el autor español Raúl Bocanegra, la desviación de poder plantea un grave problema de prueba, de modo que su funcionalidad depende de que se pueda probar la efectiva desviación del fin en el ejercicio de la correspondiente potestad por parte del órgano que actúa. No es sencillo, desde luego, probar tal cosa, pero debe subrayarse que la jurisprudencia ha venido a facilitar la labor, al admitir **la prueba por indicios**, entendiendo, razonablemente, que una prueba directa de que se está usando una potestad administrativa para un fin público o privado distinto del previsto por el ordenamiento es, realmente, muy difícil de obtener, porque vendría a suponer, prácticamente, una declaración inculpatoria del funcionario o autoridad en cuestión (Bocanegra, 2004, 186 s).

Y en esa labor investigadora del juez, juega también un papel fundamental el expediente administrativo, en el cual pueden encontrarse los rastros dejados por el funcionario que ha desviado el fin del acto administrativo.

CONCLUSIONES

Para el desarrollo del presente trabajo sobre la dificultad probatoria del vicio de desviación de poder, resultó fundamental investigar los distintos criterios que existen en torno al referido vicio del acto administrativo. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han delineado, de manera maestra, el mencionado vicio de desviación de poder, destacando la importancia del elemento teleológico del acto administrativo, el cual ha de tener siempre por norte la realización del fin de interés público previsto en la norma, a fin de evitar la arbitrariedad de la Administración.

Ciertamente, hemos observado que, en la práctica, la desviación de poder es un vicio que en muy pocas oportunidades ha sido apreciado por nuestros tribunales, en atención a las veces en las que ha sido alegado por los recurrentes que solicitan la nulidad de actos administrativos. Aun cuando existen casos paradigmáticos en la jurisprudencia nacional, a los que se ha hecho referencia en el trabajo, sin embargo no fueron muchos los que se encontraron en los cuales prosperaba el alegato del vicio de desviación de poder. Esta escasa incidencia del vicio de desviación de poder como causal

de nulidad de los actos administrativo se debe, sin duda, a su **dificultad probatoria**.

La figura de la desviación de poder como vicio del acto administrativo ha sido de recibo por la doctrina francesa, italiana, española, así como por la de Colombia; e igualmente hemos observado como en España ha tenido una expresa consagración tanto en su Constitución como en las leyes fundamentales del Derecho Administrativo. Situación similar a la española ha ocurrido en Venezuela.

En nuestro país, este vicio fue consagrado expresamente en la Constitución de 1961, la cual en su artículo 206 preveía que la jurisdicción contencioso administrativa podía anular los actos administrativos contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; norma que se encuentra igualmente contemplada en la vigente Constitución, en su artículo 259.

Se ha destacado en el trabajo una sentencia emblemática de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003), en la cual se sostuvo que ***la dificultad y en muchos casos la imposibilidad de su demostración han hecho, pues, de la prueba, el problema fundamental de la desviación de poder, hasta el punto de que para muchos autores las posibilidades de la desviación de poder dependen, precisamente, del tratamiento que los jueces den a su prueba.*** Como destaca el referido fallo, probar la desviación de poder es, generalmente, una tarea difícil, pues se trata de descubrir la intención real, normalmente disimulada, de la Administración; o,

dicho de otro modo, de escudriñar en algo tan nebuloso como es la motivación interna del acto, como destaca la sentencia *in commento*.

La jurisprudencia nacional ha reconocido a su vez el desarrollo actual de la jurisprudencia española, la cual ha estado orientada a favorecer las posibilidades que tiene el juez contencioso administrativo para declarar la existencia del vicio de desviación de poder; **se afirma que la prueba de la desviación de poder no debe ser plena**, pues, dada la naturaleza intrínseca del vicio, sería imposible llegar a probar su existencia de manera absoluta.

En esta materia, por lo tanto, **la plena prueba se sustituye por la prueba suficiente, para lograr una razonable convicción de la existencia del vicio**. Y ha destacado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003) que la mencionada prueba además, no se derivará de un acto de constatación, sino de convicción; y bastará con aportar datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido por los actos impugnados, la razonable convicción del juez de que se ha producido la desviación de poder.

De otro lado, es importante destacar que, en el contencioso administrativo, resulta fundamental determinar cómo se puede probar el vicio de la desviación de poder. Se ha aclarado que, **en la doctrina dominante y en la jurisprudencia, prevalece la concepción subjetiva del vicio de**

desviación de poder, el cual gira en torno a un hecho psíquico o mental, *id est*, la intención del funcionario que se ha apartado o desviado del fin previsto en la disposición que le dio el poder de dictar el acto administrativo; por lo tanto, el problema surge porque al tratarse de un hecho interno, no son patentes los rastros que deja esa actuación del funcionario público.

Como se ha resaltado en el trabajo, las dificultades de impresión son las que más contribuyen a tipificar las materias *difficilioris probationem*. Además, al lado de las dificultades de impresión y traslación, se añade una tercera dificultad: la *traducción*, porque es indudable que cada instrumento debe ser descifrado y su lenguaje puede ser sumamente enigmático o equívoco (Muñoz Sabaté, 159 s). En atención a esas dificultades de impresión, así como de traslación y traducción, es por lo que el hecho psíquico que constituye el elemento esencial del vicio de desviación de poder constituye sin duda un hecho difícil de probar.

En todo caso, se está ante la tarea de demostrar la intención del funcionario que dictó el acto, que se apartó del fin previsto en la norma que le confirió la competencia, y para ello se ha acudido a una norma del Derecho Procesal, orientadora para los jueces a la hora de interpretar los contratos o actos, la contenida en el artículo 12, aparte único, del Código de Procedimiento Civil (1990). Esta disposición se encuentra inserta en el artículo que prevé los deberes del juez en el proceso, y dentro de los cuales

establece que los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio.

De allí que se concluye que ***es un deber del juez administrativo indagar en el propósito y en la intención del funcionario que dictó un acto administrativo***, para interpretar el mismo, cuando ha sido denunciado el vicio de desviación de poder, para de esta manera escudriñar la verdad, y determinar si realmente el acto se desvió del fin para el cual fue dictada la norma que otorgó competencia al funcionario que lo emitió.

La jurisprudencia patria ha puesto de relieve la importancia de los indicios, a la hora de probar la existencia del vicio de desviación de poder, y en tal sentido cabe citar la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003), relativa al caso *Gobernación del Estado Lara*.

También se ha destacado por la doctrina y la jurisprudencia el valor de la prueba documental, a la hora de demostrar la existencia del vicio de desviación de poder. Es indudable que tiene un valor trascendental, ya que el acto administrativo impugnado ha de fundamentarse en un expediente administrativo, prueba fundamental de la legalidad de la actuación administrativa.

La prueba testimonial tiene, igualmente, un papel importante a la hora de demostrar la existencia del vicio de desviación de poder, sobre todo cuando es necesario probar determinadas circunstancias, externas al procedimiento administrativo que dio origen al acto administrativo, pero que

influyeron en su emisión separada del fin para el cual se dictó la norma que le sirvió de fundamento.

Por otra parte, además de resaltar los distintos modos de demostrar la existencia del vicio de desviación de poder, se ha acudido a las nuevas tendencias del Derecho Procesal, en vista de que el vicio de desviación de poder, por ubicarse en una materia *difficilioris probationes*, implica el cuestionamiento de ciertas figuras en materia probatoria, que actualmente han sido objeto de críticas por algunos procesalistas: la figura de la *plena prueba* y la relativa a la *carga de la prueba*.

Como se indicó en el trabajo, la doctrina y la jurisprudencia consideran que basta una prueba suficiente, sin que sea necesario la existencia de plena prueba. La plena prueba se sustituye por la “prueba suficiente” para lograr una razonable convicción de la existencia del vicio. La mencionada prueba además, no se derivará de un acto de constatación, sino de convicción; y bastará con aportar datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido por los actos impugnados, la razonable convicción del juez de que se ha producido la desviación de poder.

La prueba de la desviación de poder –como lo ha destacado magistralmente Lemasurier, resulta de una convicción y no de una constatación, puesto que no se trata de probar un elemento concreto, sino un elemento intelectual, psicológico, una intención o incluso un sentimiento. Los

móviles y las intenciones del autor del acto no resultan de la simple constatación de los hechos, sino de la íntima convicción del juez, que adquiere, así, un valor absolutamente excepcional. Por eso, la prueba de la desviación de poder implica, en cierto modo, “un psicoanálisis de la Administración”.

Esta materia de la dificultad probatoria ha permitido la entrada de un novedoso principio procesal: el ***favor probationes***, el cual ha sido de recibo por nuestra jurisprudencia como una manifestación del principio ***pro actione***, y que constituye una herramienta muy útil para el juez en su búsqueda de la verdad para decidir el caso sometido a su consideración.

Además, se ha destacado en el trabajo **la vinculación del principio *pro actione* con el derecho a la tutela judicial efectiva**, en vista de que la jurisprudencia tanto española como nacional, al apreciar el vicio de la desviación de poder, han tomado como fundamento, entre otros aspectos, el atinente a la tutela judicial efectiva. Así, **la jurisprudencia patria ha sustentado la apreciación del vicio de desviación de poder en el derecho a la tutela judicial efectiva**, tal como puede observarse en la emblemática sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003), caso *Gobernación del Estado Lara*.

Téngase en cuenta que el vicio de desviación de poder representa un tema probatorio en el cual se ha de desplegar *el ingenio del litigante* –al que se refiere el maestro Agustín Gordillo -, acudiendo a la técnica probatoria de

avanzada, para tratar de demostrar todos aquellos hechos que puedan lograr la convicción del juez, en cuanto a la desviación del fin o a la verdadera intención del funcionario público, que se ha desviado del fin previsto en la norma que le otorgó el poder de emitir el acto (Gordillo, 2002, p. IX-27). Se pone así de manifiesto la importancia del tema de la prueba en todo juicio, tanto en la etapa investigativa previa a la elaboración de la demanda, como en la fase de aportación de la prueba al proceso, para así lograr demostrar todos aquellos hechos que evidencien una probabilidad razonable de la desviación del fin o de la verdadera intención del funcionario, y de esta suerte lograr la nulidad del acto administrativo viciado de desviación de poder.

Como lo ha afirmado de manera tajante el autor Chapus, al concluir sus reflexiones sobre la prueba de la desviación de poder, si el juez no la reconoce es porque en la mayoría de las demandas se invoca gratuitamente, sin contener si quiera un inicio de prueba (vid. Chinchilla, 1999, 208).

La dificultad probatoria del vicio de desviación de poder ha de ser vista, además de cómo un reto para el demandante -en cuanto al despliegue de toda una técnica probatoria para demostrar el referido hecho psíquico o mental-, como la posibilidad de acudir a figuras y principios procesales de avanzada que permitan la convicción del juez. La dificultad probatoria de este vicio no implica, en modo alguno, imposibilidad de prueba.

Es precisamente en el ámbito de las materias difíciles de probar donde se erige la figura del juez, con su prudente arbitrio, para solucionar esta

problemática, en atención a la técnica probatoria y las soluciones por ella presentada y los principios de avanzada que permiten lograr la convicción judicial.

De la mano de la jurisprudencia y la doctrina, hemos transitado el interesante tema de la dificultad probatoria del vicio de desviación de poder. Se perfila, como punto central, el uso que se puede hacer del poder. Por una parte, del funcionario que lo utiliza para dictar un acto con un fin distinto al previsto en la norma; y por otra parte el del juez administrativo que puede controlar el referido acto, al declarar la existencia del vicio de desviación de poder, con sustento en las pruebas que cursan en el juicio. Y allí destaca la labor de los abogados litigantes, como colaboradores en la actualización de la justicia, mediante la búsqueda de la verdad, aportando los datos y las pruebas, que permitan al juez verificar la existencia del vicio denunciado. Recordemos que el Señor ama la Justicia y el Derecho, y la tierra está llena de su gracia, como dice el salmo 33. Verdad y Justicia, como valores fundamentales del Derecho Procesal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Araujo, J. (2007). **Derecho Administrativo. Parte General**. Caracas: Paredes Libros Jurídicos.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (2006). **Ilícitos atípicos** (2ª ed.) Madrid: Editorial Trotta.
- Bocanegra, R. (2004). **Lecciones sobre el acto administrativo** (2ª ed.). Madrid: Thomson Civitas.
- Código de Procedimiento Civil (1990). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 4.209 (Extraordinario), septiembre 18 de 1990.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 5.453 (Extraordinario). Marzo 24 del 2000.
- Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (1982). Decisión del 14 de junio de 1982, Magistrada Ponente: Hildegard Rondón de Sansó.
- (1986). Decisión del 26 de mayo de 1983, Magistrado Ponente: Román J. Duque Corredor .
- (1986). Decisión del 13 de agosto de 1986, Magistrada Ponente: Hildegard Rondón de Sansó.
- (2000). Decisión de 21 de junio de 2000, *caso Elizabeth C. Chávez vs Gobernador del Estado Zulia*.
- (2003). Decisión No. 2003-3263 del 08 de octubre, *caso Elsy Cristina Santelíz Mendoza, contra el acto administrativo emanado de la Gobernación del Estado Lara*, Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño. Disponible:

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.html> [Consulta 2009, febrero, 15].

Corte Suprema de Justicia (1980). Decisión de la Sala Político Administrativa, del 17 de junio de 1980, Magistrada Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas.

----- (1982). Decisión de la Sala Político Administrativa, del 15 de noviembre de 1982, Magistrada Ponente: Josefina Calcaño de Temeltas.

----- (1980). Decisión de la Sala Político Administrativa, del 14 de febrero de 1991, Magistrada Ponente: Hildegard Rondón de Sansó.

De Grazia, C, (2000): *El vicio de la desviación de poder en el Derecho Venezolano*, **V Jornadas de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”**. Caracas: FUNEDA.

Devis Echandía, H. (1993). *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Bogotá: Edición Biblioteca Jurídica Dike.*

García de Enterría, E. y Fernández, T. (1998). ***Curso de Derecho Administrativo***. (6ª ed., tomo I). Madrid: Editorial Civitas.

Gordillo, A. (2002). ***Tratado de Derecho Administrativo***. Tomo 3. Caracas: Fundación de Derecho Administrativo.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2003). ***Metodología de la investigación*** (3ª. ed.). México: McGraw-Hill.

Lemasurier, J. (1959). *La preuve dans le détournement de pouvoir, Revue du droit public et de la science politique*, t. 75, pp. 36-66. París.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 2.818 (Extraordinario), julio 1º de 1981.

Long, M., Weil, P., Braibant, G., Devolvé, P. y Genevois B. (2000). ***Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa***. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Meier, E. (2001). ***Teoría de las Nulidades en el Derecho Administrativo*** (2ª ed.). Caracas: Editorial Jurídica ALVA, S.R.L.

- Montero, J., Gómez, J., Montón, A., Barona, S. (2002). **Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil** (11^a ed.). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Sabaté, Luis (1997). **Técnica Probatoria (Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso)**. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Nieto, Alejandro (2000). **El arbitrio judicial**. Madrid: Ariel Derecho.
- Ortiz-Ortiz, R. (2004). **La Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos**. Caracas: Editorial Frónesis.
- Parada, Ramón (1997). **Derecho Administrativo**. Tomo I, Parte General. Madrid, Marcial Pons.
- Penagos, G. (1992). **El Acto Administrativo**. (5^a ed.). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Real Academia Española (2001). **Diccionario de la Lengua Española**. (22^a ed.) Madrid: Espasa-Calpe.
- Rengel, A. (1999). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano**. Tomo IV. Caracas: Editorial Organización Gráficas Capriles C.A.
- Sánchez Isac, J. (1973). **La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español**. Madrid: IEAL.
- Silva, V. (1963). **La Prueba Procesal**. Tomo I). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Tribunal Supremo de Justicia (2002). Decisión de la Sala Político Administrativa, No. 00325 del 26 de febrero, caso *CORPOVEN S.A. contra ABENGOA VENEZUELA, S.A.* Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.html> [Consulta 2008, marzo, 12].
- (2003). Decisión de la Sala Político Administrativa, No. 00031 del 14 de enero, caso *Gilberto Adrián Paz Ramírez Vs Concejo Municipal del Municipio San Judas Tadeo del Estado Táchira*, Magistrada Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.html> [Consulta 2007, diciembre 8].

----- (2004). Decisión de la Sala Político Administrativa, No. 00051 del 3 de febrero, caso *Makro Comercializadora, S.A. contra Director General del Ministerio de Industria y Comercio*, Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.html> [Consulta 2007, diciembre 8].

----- (2008). Decisión de la Sala Político Administrativa, No. 00081 del 22 de enero, caso *Leonel Mudarra Gamboa vs Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial*, Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.html> [Consulta 2008, marzo, 26].

----- (2009). Decisión de la Sala Político Administrativa, No. 00134 del 29 de enero, caso *Teresa Mercedes Vargas López contra la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia*, Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.html> [Consulta 2009, febrero, 15].

Universidad Católica Andrés Bello (1997). ***Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho para optar al título de especialista***. Caracas.