



Breves consideraciones sobre la finalidad..., Vol. 27, (2015), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA FINALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA DESVIACIÓN DE PODER

FRANCISCO SABALUA¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

1. Introducción

En el presente trabajo realizaré una somera explicación de los conceptos del elemento finalidad del acto administrativo y de su ausencia: el vicio de desviación de poder. Asimismo, describiré brevemente la evolución de estos conceptos en la doctrina y jurisprudencia francesa y española, antecedentes o fuentes inspiradoras en nuestro tema respecto del derecho local, concluyendo este recorrido sintéticamente con algún desarrollo que ha tenido el tema en nuestra jurisprudencia y doctrina.

Finalmente, señalaré el aspecto más dificultoso de nuestro tema, el vinculado a la prueba de la existencia de éste vicio en un acto administrativo en el marco de un proceso administrativo, y al respecto se analizarán posibles medios o vías que permitan arribar a una solución a dicho problema.

El tema de la finalidad del acto administrativo y su control por el poder judicial se revela actualmente como una de las cuestiones del derecho público que

¹ El autor es Abogado. Docente JTP en la asignatura Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

reviste gran importancia para la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos. Dicha fiscalización judicial con relación al cumplimiento o no del fin de interés público en el obrar de la administración pública lejos de paralizarla contribuye a su juridización. La actuación permanente de la administración para satisfacer el interés general constituye un principio fundamental, que en el Estado de Derecho se impone como ineludible resultado de la sumisión de la Administración al orden jurídico.

2. La finalidad del acto administrativo como elemento esencial

La finalidad es "...un elemento esencial del acto administrativo. Así como la determinación del elemento causa se realiza con la pregunta: ¿Por qué? El elemento fin del acto administrativo se determina con la pregunta: ¿para qué?" (Hutchinson, 1993: 161).

Toda la actividad de la Administración pública ha de tender a satisfacer las exigencias de interés público. En cada caso particular, la índole de éste interés público varía, pues "...es correlativo al "objeto" o "contenido" del acto administrativo que se trate..." (Marienhoff, 1988: 344). Pero la finalidad del acto siempre ha de estar de acuerdo con el interés público.

Mediante el objeto o contenido del acto se expresa lo que desea obtenerse de éste; en cambio, la finalidad constituye la razón que justifica la emisión del acto, actúa teleológicamente.

La finalidad en cuanto elemento esencial del acto administrativo, háyase ínsita en la propia índole de la actividad de la administración pública, cuya acción siempre ha de tener en cuenta el interés público. No es necesario que una norma requiera expresamente esa correlación entre la finalidad del acto y el interés público, "...pues la actuación permanente de la administración para satisfacer dicho interés constituye un principio fundamental, que en el Estado de Derecho se impone como ineludible resultado de la sumisión de la Administración al orden jurídico" (Marienhoff, 1988: 344)

La LNPA 19.549 establece en su art. 7 inc. F) que "*Habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad*".

Todo acto administrativo responde genéricamente a una finalidad pública, razón de ser de la norma constitucional que le dio origen, y específicamente al aspecto de esa finalidad que se tuvo en cuenta al distribuirse la competencia. El objeto o contenido del acto, consecuencia de esa competencia, debe perseguir aquella finalidad general y la específica que le corresponde.

La LNPA establece los recaudos: 1) el acto debe cumplir con la finalidad que inspiró el acto reglamentario por el que otorgó competencia al órgano emisor, 2) no puede perseguir otra finalidad que la correspondiente a la causa y al objeto del acto, y 3) el contenido u objeto del acto debe ser adecuadamente proporcional a esa finalidad (Hutchinson, 1993: 161).

La finalidad debe ser la prevista por la norma para actos del respectivo objeto o contenido. Debe ser una finalidad verdadera no encubierta, ni falsa ni distinta a la correspondiente al objeto o contenido del acto. En caso contrario habría una desviación de poder que viciaría el acto.

En relación al tercer recaudo, al que alude el art. 7 ap. f) LNPA en su última parte, refiere a la razonabilidad del acto que hay que distinguir de la finalidad del acto, tal como lo explícito en *ut infra* (Tawill, 1989: 831)

En la actuación discrecional de la Administración se da en mayor grado la oportunidad de dictar actos con fines encubiertos, ya se los emita con el propósito de beneficiar a la Administración Pública, a un tercero o al propio agente emisor.

Si la actividad de la Administración está reglada, la legalidad del acto implicará que la Administración ha observado el fin indicado por la norma. Si la actividad es discrecional, también el fin será reglado. Ya se trate de actividad discrecional, ya reglada de la Administración, el fin siempre está reglado de acuerdo a nuestro derecho positivo y la discrecionalidad solo se puede ejercer con respecto al contenido del acto. La Administración en ejercicio de sus facultades discrecionales no puede violar el fin del interés público que le ha señalado la norma (Diez, 1991: 200).

3. El vicio en la finalidad: La desviación de poder

La finalidad debe ser la prevista por la norma para actos del respectivo objeto o contenido. Debe ser una finalidad verdadera, no encubierta, ni falsa, ni distinta a la correspondiente al objeto o contenido del acto. En caso contrario habría una desviación de poder que viciaría el acto (Marienhoff, 1988: 535).

Con relación a lo previsto en la última parte del art. 7 ap. f): debe diferenciarse a la desviación de poder de la irrazonabilidad del acto, considerado por la ley de procedimientos administrativos como vicio que hace a la finalidad del acto. En efecto, debe advertirse, que en tanto en el supuesto de la irrazonabilidad o desproporcionalidad, el funcionario actúa siguiendo a la finalidad prevista por la norma, aun cuando a través de un obrar viciado, por excederse en los medios empleados para alcanzar tal finalidad; en el supuesto de la desviación de poder, en cambio, el agente persigue una finalidad distinta a la tenida en mira por el legislador. Bajo esa óptica, la desproporcionalidad o arbitrariedad -en un sentido técnico- aparece vinculada más con el objeto del acto que con su finalidad (Tawill, 1989: 831)

La desviación de poder implica, una malversación de sus potestades por parte de la Administración. Esta se puede manifestar de tres formas distintas. En primer lugar, mediante la denominada "desviación de poder máxima", supuesto que implica la utilización de las potestades administrativas para alcanzar fines contrarios al interés público o distintos de él. Segundo, por intermedio de la llamada desviación de poder mínima, la que se produce cuando si bien se ejercitan las potestades administrativas para alcanzar una finalidad de interés público, no es la específicamente asignada por el ordenamiento jurídico para el acto impugnado. Por último, a través de la denominada desviación de poder formal o impropia, que acontece en aquellos supuestos en que si bien se utiliza un procedimiento externamente legal, éste es distinto del que la ley prevé para el acto dictado (Tawill, 1989: 831)

La violación del fin a que debe responder el acto implica, lisa y llanamente, falta del elemento esencial finalidad. No se trata de un mero vicio de ese elemento, sino verdaderamente de su falta, y esto determina su nulidad (Marienhoff, 1988: 542).

Establece el art. 14 de la LNPA (L. 19549) en su inc. b) que el acto será nulo, de nulidad absoluta e insanable, (entre otros supuestos) “...por violación...de la finalidad que inspiró su dictado.”

La gravedad que reviste la desviación de poder torna al acto viciado de ésta, necesariamente, en insanable. En este aspecto, resulta destacable el criterio seguido mayoritariamente en la jurisprudencia y doctrina argentina -y a través de ésta por nuestra ley de procedimientos administrativos- al considerar a la desviación de poder como un defecto que torna al acto administrativo en irregular y como tal viciado de nulidad absoluta (Tawill, 1989: 831). La traición al fin que el acto debe perseguir no puede ser saneada, so pena de controvertir

principios fundamentales que integran el orden público administrativo (ética, legalidad y justicia) (Cassagne, 2000:206)

4. Origen y evolución histórica del concepto de desviación de poder

El término *détournement de pouvoir* (desviación de poder) fue utilizado por primera vez por León Aucoc, para referirse a las facultades de policía de un agente administrativo, quien utilizó tales potestades por motivos distintos a los que el ordenamiento jurídico positivo había previsto.

Posteriormente, Laferrière fue el que le dio al término la sistematización y el grado de desarrollo con el que actualmente lo conocemos. Así, definió al *détournement de pouvoir* como el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el que fue instituido y hacerlo servir a fines para los cuales no estaba destinado (Barraza, 2012: 1053).

a. El esquema francés

La jurisprudencia del Consejo de Estado fue evolucionando en los conceptos desde el exceso de poder a la desviación de poder.

En cuanto al exceso de poder, los *arrêts* "Enjalbert" del 25 de julio de 1820 y "Ladrin" del 4 de mayo de 1826 se refieren este concepto. En el primero, un Alcalde autorizó la construcción de un muro de terraza al borde de una calle que formaba parte de una carretera departamental. Es dable destacar que el Alcalde era incompetente para otorgar tal autorización y, simultáneamente, las leyes y reglamentos prohibían realizar esa construcción, lo cual perjudicaba el interés general. En el segundo, un prefecto que fijaba la alineación de un edificio en una calle municipal a instancia de los vecinos vaciando la competencia municipal. En estos casos el Consejo de Estado no analizó el fondo de la cuestión ni el derecho de los afectados, pero restableció el orden alterado de la competencia, mediante el reenvío de la cuestión a la Administración (Barraza, 2012: 1053).

Posteriormente, el *arrêt* "Vernes", del 19 de mayo 1858, si bien no se utilizaba la expresión "desviación de poder" se definía su concepto. En este caso, el Alcalde de Trouville, en uso de sus potestades, obligó a los bañistas a vestirse y desvestirse exclusivamente en determinadas zonas, fundado en razones de moralidad pública. Ulteriormente, se comprobó que las razones de moralidad o seguridad pública no existían, sino que el funcionario emitió tal decisión en razón de intereses económicos.

Finalmente, con el arrêt "Lebats" del 25 de febrero de 1864, se incorpora el término desviación de poder.

b. El modelo español

En España, la desviación de poder fue regulada por la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956. Por su parte, el Tribunal Supremo Español siguió un camino confuso. Por un lado, entiende que para declarar tal desviación "es suficiente la convicción moral que se forme el tribunal" o pruebas indirectas cuya valoración permita deducir la existencia, bajo la apariencia de legalidad de una finalidad ilícita. Posteriormente, el referido Tribunal señala que no bastan las meras presunciones ni suspicaz o especiosas interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que los determina. Por otra parte, se ha señalado que "*para que pueda estimarse la desviación de poder, es necesario que se acredite o que cuando menos se señalen datos y hechos o elementos de comprobación externa, capaces de crear mediante un juicio comparativo entre el fin específico y el interés público al que se dirige el precepto o preceptos concretos a que se aplican y el fin que sea perseguido con los actos impugnados la concreción de que el órgano administrativo a que se atribuye tal vicio se aparte del cauce jurídico que estaba obligado a seguir, ateniendo al espíritu y finalidad de la norma aplicada.*" (Barraza, 2012: 1053)

Como se puede observar, por un lado, simplemente se exige la convicción moral o la prueba indirecta, pero, por otro, se requieren datos externos o no bastan las meras presunciones.

Ante esta situación, la doctrina consideró que el órgano judicial interpretó restrictivamente esta previsión legal, y que los argumentos que esgrimía la justicia eran los siguientes:

1) Los actos de gobierno no podían ser controlados, dado que ésta es una función privativa de la acción política. Por lo contrario, si la justicia fiscalizaba estos actos se estaría violentando el principio de separación de funciones del poder.

2) El juez no podía controlar la motivación política de los actos de gobierno, pues estaría sustituyendo la voluntad del poder político, signado éste por una mayor representatividad que el órgano judicial.

3) Los jueces no gobiernan ni pueden indicarle a la Administración el modo de gestionar lo público.

4) La función de los jueces es determinar si los actos administrativos han sido dictados conforme a derecho.

Es dable destacar que la desviación de poder tuvo recepción constitucional. El artículo 106 de la Constitución Española de 1978 dispone que: "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...". Con esta regla constitucional, surge que un juez está facultado para controlar la finalidad de los actos administrativos y garantizar que el accionar de la Administración seguirá un único destino: el interés general.

No obstante, la interpretación era restrictiva.

Posteriormente, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa N° 29 del 13 de julio de 1998, en su art. 70 inc. 2 entiende por desviación de poder "*el ejercicio de potestades administrativa para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico*". Asimismo, pueden ser objeto de recurso todos los actos de gobierno, cualquiera sea su naturaleza.

Cabe señalar que la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común N° 30/1992, del 26 de noviembre, en el art. 63.1. dice que son "*anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*". Resulta llamativo que en el ordenamiento español, la desviación de poder sólo conlleve la anulabilidad del acto, cuando en realidad se trata de un vicio grave en el que el funcionario desvirtúa los fines de la ley, lo cual requiere la nulidad del acto.

c. Argentina

En nuestro país, el tratamiento de la desviación de poder ha seguido un camino impreciso, pues la Corte Suprema de Justicia lo considera como un vicio en la competencia o en los fines. En este último caso, fundado en los arts. 14, 17, 19, 20 y 28 de la Constitución Nacional, el Máximo Tribunal consideró que la jurisdicción es competente para revisar la oportunidad y conveniencia de las medidas legislativas y administrativas cuando éstas no tienen relación con sus fines aparentes y han desconocido con ellas innecesaria e injustificadamente derechos primordiales, reconociendo el apartamiento de la finalidad perseguida por la norma en el caso concreto (Barraza, 2012: 1053).

En nuestro país, y dado el carácter revisor de las sentencias ha prevalecido la idea de un control mínimo. Las razones de este tipo de control se pueden resumir en lo siguiente:

1) La actividad revisora de los jueces se limita a la comprobación de que el acto ha sido emitido siguiendo el cauce formal del procedimiento de formación de la voluntad administrativa.

2) El principio de separación de funciones del poder impide que los jueces fiscalicen los móviles del acto administrativo, pues si lo hacen, se

estaría violentando aquel principio.

3) La función de los jueces no es sustituir la misión de la Administración activa.

Discutido en nuestro país si la desviación de poder constituye un vicio en el elemento finalidad (but) -posición por la que se pronuncia la mayor parte de nuestra doctrina siguiendo al Consejo de Estado francés- o en la voluntad, su recepción definitiva, se encontró estrechamente vinculada con la aceptación por parte de los nuevos códigos provinciales no sólo de la existencia de la acción de plena jurisdicción, sino además -a partir de la Vª Conferencia de Abogados -y apartándose así del Código Varela, del contencioso de anulación. En efecto, si bien se llegó en dicha conferencia a la conclusión que el control de la desviación de poder por parte de los tribunales judiciales implicaba más un control de oportunidad que de legalidad -y por ende colisionaba con el principio de separación de poderes- el debate originado en aquellas memorables jornadas derivó en su recepción expresa -por primera vez en el ámbito legislativo argentino- en los arts. 18, inc. c) y 73 del Cód. sancionado por la Provincia de La Rioja el 18 de diciembre de 1946. En el ámbito federal, su reconocimiento se debió -con anterioridad a la sanción de la ley 19.549- a la jurisprudencia administrativa y judicial, a pesar de la propuesta formulada por el diputado Carlos Moret (h.) en su proyecto del año 1934 -a través del establecimiento de un recurso de anulación- así como por el proyecto Baulina de 1947 y su par del 30 de setiembre de 1948, vetado finalmente por el Poder Ejecutivo (Tawill, 1989: 831).

5. El exceso de poder y la desviación de poder

Pueden distinguirse los casos en que la Administración utiliza sus poderes para perseguir un fin distinto del legal. Y otros en los cuales la atribución es ejercida -aunque con el fin que dio lugar a su otorgamiento- en forma exagerada, sin proporcionalidad (Jeannerete de Pérez Cortés, 2002: 1408).

Ambos supuestos están comprendidos en el texto del mencionado art. 7º de la ley nacional de procedimientos administrativos, y brindan pautas adecuadas para el control de juridicidad del obrar de los órganos del Estado.

La adecuación y proporción del acto al fin aparece exigida en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referentes a la acción de *habeas corpus*, tales como los dictados el 20 de julio de 1978 en la causa "Timmerman, Jacobo", y el 3 de diciembre de 1985 *in re* "Granada, Jorge H." (Jeannerete, de Perez Cortés, 2002: 1408) .

En ellos, el tribunal hizo referencia al control o examen de la razonabilidad de las medidas de arresto -dispuestas en ejercicio de las facultades emergentes del art. 23 de la Constitución Nacional-, que abarca verificar si el acto de la autoridad guarda adecuada proporción con los fines perseguidos mediante la declaración del estado de sitio y el consiguiente otorgamiento de las facultades respectivas.

Es, asimismo, ilustrativo el criterio puesto de manifiesto por el Tribunal Superior en "Demchenko Iván c. Prefectura Naval Argentina", el 24 de noviembre de 1998.

Sostuvieron en esa causa los jueces que la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley, no escapaba al control de razonabilidad que correspondía al Poder Judicial respecto de los actos de la Administración Pública; y que, en las circunstancias del caso, el control jurisdiccional de la disposición había versado sobre aspectos reglados, que hacían a la proporcionalidad entre la medida y la finalidad de prevención y punición de la ley, y no sobre razones de oportunidad o mérito (Jeannerete, de Perez Cortés, 2002: 1408).

En consecuencia, la noción de abuso o exceso se exhibe, como un complemento de la de desviación de poder, para el efectivo control judicial de la actividad administrativa: No todos los medios justifican el fin a alcanzar.

6. El control judicial de la finalidad: la desviación de poder

Se ha afirmado que la desviación de poder tiene un carácter subsidiario que se justifica por la naturaleza de las investigaciones que el juez debe realizar para determinar la traición al fin legal. No compartimos esa postura. Opinamos, en cambio, que no es imprescindible que el acto administrativo sea inobjetable en todos sus elementos para que proceda la investigación judicial acerca de la finalidad que el mismo persigue. Tal postura la fundamos en lo siguiente: a) porque no se comprende cual es la razón por la cual se admite la investigación judicial acerca del fin del acto en un caso y no se la admite en otro; b) porque el carácter subsidiario responde a una interpretación en base a lo acontecido en Francia, que si bien resulta explicable por razones históricas, no puede ser aplicada sin más a nuestro derecho; c) en mérito a las razones de moralidad y justicia que presiden toda la construcción de la teoría; d) porque aun aceptando la conveniencia de que el juez no analice los verdaderos motivos que llevaron

al agente a emitir el acto, no puede desconocerse que en nuestro sistema el acto puede ser extinguido en sede administrativa por dicha causal, en cuyo caso desaparecen tales objeciones; y e) de acuerdo a la clasificación de la nulidad según el grado de gravedad de la invalidez (absoluta o relativa) bien puede suceder que el acto adolezca de un vicio diferente, según el elemento que se considere afectado (Cassagne, 2000:206).

7. Pruebas del vicio en la finalidad

En el proceso contencioso administrativo, el principio que rige en cuanto a la prueba es que *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, o quien alega un hecho debe probarlo. Sin embargo, este principio debe ceder, en el caso de la finalidad, pues su aplicación implicaría imponer al individuo una prueba diabólica.

Atento a que el vicio en la finalidad es clandestino, pues contiene un móvil subjetivo —la venganza, un deseo personal o el afán de lucro—, faltará siempre una prueba directa. En consecuencia, los indicios o la prueba indirecta son suficientes para formar en el juez la convicción sobre la existencia del defecto. En este sentido, el Tribunal Supremo Español ha dicho: es suficiente la convicción moral que se forme el tribunal. Un condicionamiento mayor implicaría imponer a quien alega el vicio la carga de una prueba diabólica. Por lo demás, es necesario recordar que el decisor tiende a ocultar o disimular sus verdaderos objetivos, por tales razones los indicios o la prueba indirecta son fundamentales (Barraza, 2012: 1053).

Daré algunos ejemplos de aquellos indicios que nos permiten probar el vicio en la finalidad del acto:

a) Demora en resolver una petición del administrado. Así, por ejemplo, un particular solicita un permiso de uso de bienes de dominio público y el funcionario no quiere concedérselo. Se puede detectar la desviación de poder en la morosidad para resolver o imponer exigencias burocráticas en los distintos pasos procedimentales que debe cumplir el administrado.

b) Celeridad en resolver una sanción. Así, por ejemplo, el mismo día se dictan varios actos para sancionar al agente, por ejemplo: se ordena instruir el sumario, se toma declaración y se emite el dictamen jurídico. Claramente aquí se ve una actitud persecutoria.

c) Ausencia de perjuicio para el órgano estatal.

d) Trato inequitativo: se le aplica al agente una sanción; en tanto que a otros no se les aplica ninguna por el mismo hecho.

e) Se otorgan licencias por más tiempo a algunos y no al agente.

f) Hipervigilancia, control del horario, salidas transitorias, a los efectos de sancionar al agente.

e) Limitación de derechos, mediante órdenes verbales, confusas o abstractas. Es usual en el ámbito de la Administración Pública que a los agentes se les niegue la totalidad de los días de licencias que les corresponde. Esta práctica se ha hecho usual; y así a los agentes que les corresponde determinados días por licencia anual, por aplicación del Decreto 3413/79, les es concedida la licencia por menos días, por razones de servicio. Tal negación no se hace mediante un acto administrativo escrito, sino mediante órdenes verbales, confusas, ambiguas. Los ejecutores de la orden alegan frente al agente al que se le deniega la licencia: "la orden viene de arriba".

f) En un concurso de antecedentes, la desviación de poder se puede detectar en el modo en que se computan los antecedentes de uno y otro concursante. Así, por ejemplo, si un concursante tiene un premio ganado y otro tan sólo una nota de reconocimiento, el vicio estará dado por concederle el mismo puntaje a los dos, por estos hechos disímiles. En este caso, se quiere beneficiar a quien menos antecedentes tiene.

Otra forma de demostrar la desviación de poder, en los concursos, es en el caso de las publicaciones. Supongamos que un concursante tiene doscientos artículos escritos y otro tan sólo ha escrito cinco artículos. En este caso, la desviación de poder del jurado tiene lugar, pues se omite detallar la cantidad, para luego asignar arbitrariamente el puntaje.

En estos casos, el Jurado está obrando con arbitrariedad y desviación de poder, pues no se busca cubrir el cargo con el más idóneo, sino ayudar a quien goza de prebendas corporativas o político-partidarias.

g) La prueba de testigos será fundamental, pero en el ámbito de la Administración donde los agentes están sometidos a un régimen especial de sujeción, es difícil que alguien quiera atestiguar en contra de su superior jerárquico. El temor es moneda corriente en la función pública, por lo que esta prueba, si bien es de sumo valor, es difícil encontrar a alguien dispuesto a atestiguar.

En fin, para demostrar este vicio, es necesario mostrar los indicios de la desviación de la finalidad. En este sentido, un fallo judicial consideró probada la existencia del vicio solamente con la declaración testimonial de un escribano vinculado profesionalmente con la denunciante y la aplicación analógica de la presunción que emana del supuesto incumplimiento de la carga impuesta por el art. 356, inc. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En mi opinión, también debería aplicarse la teoría de la carga dinámica de la prueba y, ante la alegación de la violación en la finalidad, debería ser la

Administración, que se encuentra en mejores condiciones técnicas, operativas y financieras, la que debería probar o desvirtuar lo alegado por el administrado.

Algunos datos nos pueden dar la pauta de esa posición de superioridad de la Administración, a saber:

1) Cuenta con el personal administrativo y profesional para llevar adelante cualquier cuestión.

2) Cuenta con el equipamiento tecnológico y espacio físico para resguardar documentación: piénsese por ejemplo en el resguardo de expedientes, la compilación de normas jurídicas, la conservación de pliegos para licitaciones públicas, los legajos de su personal.

3) Cuenta con el poderío financiero para llevar adelante múltiples actividades.

Todo ello demuestra que la carga dinámica de la prueba debería aplicarse en el supuesto de la desviación de poder.

8. Conclusiones

La actuación permanente de la administración para satisfacer el interés general constituye un principio fundamental, que en el Estado de Derecho se impone como ineludible resultado de la sumisión de la Administración al orden jurídico.

Consideramos también que la desviación de poder, en razón de la gravedad del vicio, torna al acto administrativo en irregular y como tal viciado de nulidad absoluta.

Consideramos que el juez está facultado para controlar la finalidad de los actos administrativos y garantizar que el accionar de la Administración seguirá un único destino: el interés general. Y no alcanza para ello la idea de un control mínimo, sino que éste debe ser amplio, aplicado a la desviación de poder en cualquiera de sus tres formas: “desviación de poder máxima”, “desviación de poder mínima” y “desviación de poder formal o impropia”.

Pensamos que dicho control de la finalidad no puede ser subsidiario, esto significa, no es imprescindible que el acto administrativo sea inobjetable en todos sus elementos para que proceda la investigación judicial acerca de la finalidad que el mismo persigue. Y ello, en mérito a las razones de moralidad y justicia que presiden toda la construcción de la teoría.

Si bien la prueba de la desviación de poder es difícil, no es imposible, y puede acreditarse el vicio mediante prueba indirecta. Debería aplicarse la teoría de la carga dinámica de la prueba y, ante la alegación de la violación en la finalidad, debería ser la Administración, que se encuentra en mejores condiciones técnicas, operativas y financieras, la que debería probar o desvirtuar lo alegado por el administrado.

Todo ello debe tenerse en cuenta si se quiere que la Administración actúe con sujeción al bien común, y no que su actuar responda intereses distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico.

Referencias Bibliográficas

BARRAZA, Javier Indalecio (2012): *Finalidad del acto administrativo y la desviación de poder*, La Ley 2012 B-1053.

CASSAGNE, Juan Carlos (2000): *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires: AbeledoPerrot.

DIEZ, Manuel María (1991): *Manual de Derecho Administrativo*, T.1, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.

DROMI, Roberto (2004): *Derecho Administrativo*, Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina.

GORDILLO, Agustín (2000): *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

HUTCHINSON, Tomás (1993): *Ley nacional de procedimientos administrativos*, Ley 19549” T. I, Buenos Aires: Editorial Astrea.

JEANNERET DE PERÉZ CORTES, María (2002): *La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder*, La Ley 2002-D, 1408.

MARIENHOFF, Miguel S. (1988): *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires: AbeledoPerrot.

TAWILL, Guido S (1993): *Administración y Justicia*, T.II., Buenos Aires: Ediciones De Palma; (1989): *La desviación de poder: ¿Noción en crisis?*, La Ley, 1989-E, 831.