

**CAPITULO DECIMOSEGUNDO**  
**VICIOS DE LOS ELEMENTOS INTERNOS**  
**DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

1. Generalidades	322
2. Vicios referentes al objeto del acto administrativo	322
- Vicios por imposibilidad en el objeto de acto	322
- Vicios por ilicitud en el objeto del acto	324
- Vicios por indeterminación en el objeto del acto	325
- Vicios por inexistencia del objeto del acto	326
3. Vicios referentes a los motivos del acto administrativo	326
4. Modalidades de vicios en los motivos del acto administrativo	328
5. Falsa motivación de los actos administrativos	331
- Falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos en derecho positivo colombiano	333
- Evolución de la falsa motivación en la jurisprudencia del Consejo de Estado	334
6. Vicios referentes a la finalidad del acto administrativo	339
7. El desvío de poder	341
- Concepto y naturaleza de la desviación de poder	343
- Modalidades y motivos de la desviación de poder	344
- Aspectos probatorios del desvío del poder	345
- Evolución del desvío de poder en la jurisprudencia del Consejo de Estado	349

## CAPITULO DECIMOSEGUNDO

### VICIOS DE LOS ELEMENTOS INTERNOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO<sup>270</sup>

**SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Vicios referentes al objeto del acto administrativo.** Vicios por imposibilidad en el objeto del acto. Vicios por ilicitud en el objeto del acto. Vicios por indeterminación en el objeto del acto. Vicios por inexistencia del objeto del acto. **3. Vicios referentes a los motivos del acto administrativo. 4. Modalidades de vicios en los motivos del acto administrativo. 5. Falsa motivación de los actos administrativos.** Falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos en el derecho positivo colombiano. Evolución de la falsa motivación en la jurisprudencia del Consejo de Estado. **6. Vicios referentes a la finalidad del acto administrativo. 7. El desvío de poder.** Concepto y naturaleza de la desviación de poder. Modalidades y motivos de la desviación de poder. Aspectos probatorios del desvío de poder. Evolución del desvío de poder en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

---

270. Vid, además de la bibliografía general indicada para el Capítulo Décimo, la cual consideramos básica: Boquera Oliver, José Ma. *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, S.A. 1984; Caldera Delgado, Hugo. "El control de la desviación del fin en el acto administrativo" en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, núm. 165, enero-diciembre de 1977; Cretella Junior, José. "Síntomas denunciadores de desvío de Poder", en *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. LXXI, 1976, p. 80 (la trad. del portugués es nuestra); Díez, Manuel María. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Plus-Ultra, 1976, tomo II; Pellicer Valero, Jesús-Agustín. "El desvío de poder en el derecho comparado europeo", Madrid, Reus, S.A., 1966.

## 1. GENERALIDADES

Abordaremos en el presente capítulo el estudio de los vicios del acto administrativo desde la óptica de sus elementos internos. En este sentido tenemos los denominados vicios del objeto, de los motivos y de la finalidad del acto administrativo; conceptos estos que encuentran sus bases doctrinales en las elaboraciones generales del derecho. Ahora bien, en sus aplicaciones a la teoría del acto administrativo, los vicios implicaron el desarrollo de conceptos propios.

## 2. VICIOS REFERENTES AL OBJETO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El objeto o contenido constituye uno de los elementos esenciales del acto administrativo, de ahí que cualquier anomalía o irregularidad que lo pueda afectar vicia de inmediato la manifestación de voluntad de los órganos administrativos, entendiendo precisamente por objeto, todo aquello sobre lo que incide la voluntad administrativa; en otras palabras, el mundo jurídico por modificarse o alterarse en cumplimiento de lo preceptuado en el respectivo pronunciamiento administrativo. La doctrina administrativa, en general, ha estado de acuerdo en admitir como circunstancias creadoras de irregularidades en el objeto, en consecuencia viciantes del acto administrativo, las siguientes<sup>271</sup>: Imposibilidad, tanto física como jurídica; ilicitud, jurídica, tanto civil o penal; indeterminación e inexistencia.

### Vicios por imposibilidad en el objeto del acto

El objeto del acto administrativo debe ser posible. La administración pública no puede vincular unilateralmente a los sujetos pasivos de sus manifestaciones de voluntad al mundo de lo imposible. La posibilidad en el objeto del acto -indica Gaudemet- es una regla de sentido

---

271. Las irregularidades estructuradas en el objeto del acto producen la nulidad del mismo en razón de recaer sobre un elemento esencial en su conformación. En este sentido puede consultarse: Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, 1976, p. 522; Canassi, José. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, vol. II, Ediciones Depalma, 1974, p. 158.

común<sup>272</sup>, que debe medirse -según palabras de De Gásperi- cuando excede de la fuerza humana común<sup>273</sup>. La imposibilidad en el objeto del acto es física o jurídica.

Se considera un acto físicamente imposible cuando su objeto no se puede materializar en razón de su naturaleza -*in rerum natura*-, es decir, de hecho no es factible cumplirlo; como señala Garrido Falla, el objeto va contra la lógica<sup>274</sup>. Casos específicos los encontramos en aquellas providencias administrativas que imponen o exigen a sus destinatarios imperativos contrarios a cualquier canon de normalidad, vgr., la construcción de una obra pública con roca lunar. No obstante esta remota posibilidad, pueden darse algunas situaciones mucho menos teóricas en las que necesariamente deberá determinarse la posibilidad o imposibilidad del objeto, de acuerdo con una fórmula que podríamos expresar de la siguiente manera: el objeto será imposible en la medida que resulte inversamente proporcional a las condiciones físicas, psíquicas y económicas del sujeto pasivo del acto administrativo.

En consecuencia, en la gran mayoría de los casos será indispensable, para determinar si estamos frente a este tipo de vicios, realizar un estudio técnico de las características del destinatario del acto y su posibilidad con la obligación emanada del acto administrativo. Este análisis implica en todo momento la necesidad de observar la legalidad misma del acto.

Consideramos como objeto jurídicamente imposible aquel que no se puede cumplir porque el mismo ordenamiento lo ha tipificado como prohibido. Consiste, pues, en la estipulación a nivel de actos de contenidos que infrinjan aquellas normas superiores de conducta que han establecido expresamente situaciones no factibles de realizar ni por la administración, ni por los particulares; un ejemplo de imposible

---

272. Gaudemet, Eugene. *Op. cit.*, p. 110.

273. De Gásperi, Luis. *Tratado de obligaciones*, Buenos Aires, vol. I, Depalma, 1945, p. 44.

274. Garrido Falla, Fernando *Op. cit.*, p. 523.

jurídico sería aquel del acto administrativo que estableciere la pena de muerte. Como señala Díez, en estos eventos, a diferencia de los anteriores, la imposibilidad no es de hecho sino de derecho <sup>275</sup>.

### Vicios por ilicitud en el objeto del acto

No puede confundirse el vicio por imposibilidad jurídica, del vicio por ilicitud en el objeto del acto. Mientras en el primero media la violación de un condicionamiento de carácter negativo -una prohibición-, en el segundo, la situación es contraria, existe potestad, autorización expresa de la ley, que amerita un acto positivo de la administración; pero ésta la desconoce incursionando en terrenos que implican no sólo violación del derecho administrativo sino también penal.

Como señala Gabino Fraga<sup>276</sup>, seguido por Fernández de Velasco<sup>277</sup>, e incluso por el mismo Díez<sup>278</sup>: "...la ilicitud del objeto deberá clasificarse de acuerdo con estas tres categorías: que no contrarie ni perturbe el servicio público; que no infrinja las normas jurídicas; que no sea incongruente con la función administrativa...". Como se observa, la ilicitud es, en estricto sentido, jurídica -pues ilícito sólo puede resultar lo que contrarie el ordenamiento positivo-, de ahí que las reglas que determinan su sentido positivo y que son las violentadas para engendrar el vicio por ilicitud, sean de naturaleza imperativa.

En este contexto, podemos concluir que la ilicitud jurídica puede producir sus efectos en dos amplios campos o sectores del derecho: en el civil y administrativo, y en el penal. En el primero de ellos, en la medida en que lesione o ponga en peligro los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, sus intereses personalísimos, reales

---

275. Díez, Manuel María. *Op. cit.*, *supra* nota 270, p. 247.

276. Fraga, Gabino. *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 270

277. Fernández de Velasco, Ricardo. *El acto administrativo*, 1929, p. 193, citado por Canasi, José. *Op. cit.*, p. 154.

278. Díez, Manuel María. *Op. cit.*, p. 247.

o patrimoniales; tratándose de los segundos, cuando con su acto objetivamente viciado ha incursionado por los senderos del derecho penal, violentando los intereses jurídicamente custodiados por dicho ordenamiento.

El vicio por ilicitud en el objeto del acto no es más que un problema de ajuste o adecuación de la conducta de las autoridades administrativas, que son, en última instancia, quienes interpretan y determinan la voluntad de la administración, a los cauces y preceptos de todo el ordenamiento. Constituye, en nuestro concepto, una verdadera consecuencia del rompimiento con los mandatos superiores; "contrario al bloque de la legalidad" -como diría la doctrina mayoritaria y predominante-, con el principio de la legalidad de los actos y actuaciones administrativas.

### **Vicios por indeterminación en el objeto del acto**

El objeto del acto, como producto de una deducción lógica, debe ser determinado o determinable. La determinación se refiere a un principio de claridad y eficacia en la ejecutoriedad del acto administrativo; por esto, el acto debe, en cuanto a su objeto, procurar un alto grado de limitación, puntualización, precisión, evitando de esta manera su invalidez por confuso u obscuro.

Si el texto de la providencia administrativa *ab initio* no llena estos requerimientos, debe por lo menos facilitar al intérprete su determinación; de lo contrario estará inevitablemente incurso en un vicio de esta naturaleza. Señala, precisamente Díez, que el acto tendría objeto indeterminado o indeterminable, "...en aquellos casos en que no se pueda precisar la disposición adoptada por la autoridad administrativa. Es necesario saber en todos los casos de qué especies de éstos se trata, a qué personas o cosas afecta, en qué tiempo y lugar habrán de producirse los efectos queridos..."<sup>279</sup>.

---

279. *Ibidem*. Sostiene Gaudemet, a propósito de su determinabilidad por el intérprete, que basta que el acto "... contenga elementos suficientes para una determinación ulterior..." para que no se vicie la respectiva actuación (*Op. cit.*, p. 108).

En este sentido, podemos concluir que la determinación debe darse en cuanto a estos elementos: Acto administrativo en general; Especialidad del acto mismo; Personas que involucre; Condiciones temporales; Condiciones de lugar; Condiciones teleológicas del acto administrativo, y a los anteriores podemos agregar los siguientes: cantidad; calidad; géneros; especies; cantidades de dinero, etcétera. En fin, lo que se pretende es que la manifestación de voluntad sea en su contexto y en sus efectos lo más clara posible, evitándose ejecuciones arbitrarias e indubitables vías de hecho que hagan con sus violaciones a los derechos ciudadanos aún más nugatorio el fin público llamado a cumplirse por la administración.

La indeterminación no implica inexistencia de objeto; el objeto existe, pero confuso.

### **Vicios por inexistencia del objeto del acto**

Se habla de objeto o contenido inexistente cuando el actuar de la autoridad administrativa recae o se refiere a una cosa, mueble, inmueble, persona, etcétera, que ni física ni jurídicamente existe, es decir, que no tiene entidad, vida, ser, ni mucho menos presencia, o realidad de alguna especie; en otras palabras, no es nada; el derecho no puede actuar sobre la nada, la administración no puede ejecutar sus normas sobre la nada, ni hacer consistir sus manifestaciones en fenómenos no reales.

Ejemplo de este tipo de inexistencia lo encontramos en la liquidación de impuestos prediales sobre un inmueble que no existe, que no figura como evidente en el Registro Municipal; la sanción disciplinaria impuesta a quien nunca ha sido funcionario administrativo, etcétera.

### **3. VICIOS REFERENTES A LOS MOTIVOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

Enunciábamos por causa o motivo, aquel elemento del acto administrativo que se estructura en razón del conocimiento, consideración y valoración que la administración pública realiza de

hechos y de fundamentos de derecho, que la inducen a una manifestación de voluntad, a la expedición de un acto administrativo. Estas apreciaciones, como principio de garantía y legalidad, necesariamente deben ser expresadas en la respectiva providencia administrativa o identificada bajo requerimiento posterior a iniciativa de parte interesada, por la administración, tratándose de actos de naturaleza no escrita.

Todo acto administrativo obedece necesariamente a unas circunstancias fácticas y legales anteriores a su expedición, que obligan, salvo excepción legal, a que sean expresadas por la administración para que los afectados con el acto conozcan los fundamentos que llevarán al Estado a tomar una decisión. Sabemos, señala Escola, "... que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que por el contrario, debe hacerlo respondiendo a las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso correspondan..."<sup>280</sup>, situación que implica que la mejor y más adecuada de las maneras para conocer esas circunstancias motivantes, no es otra que la de su manifestación: de no ser así, el Consejo del Estado ha dicho que el acto administrativo "...deja ver que la administración obró por razones ocultas por fuera del interés de la comunidad; o por simple capricho..."<sup>281</sup>. La motivación del acto administrativo deberá comprender todas aquellas situaciones que dan origen a la actuación, que se presentan durante ella y sobre las cuales necesariamente habrá de pronunciarse. Nuestra legislación es especialmente exigente en lo que se refiere a la fundamentación de las providencias administrativas; señala de manera genérica -como lo vimos al referirnos al procedimiento de formación de acto- en su artículo 35 que: "...habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares".

280. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, supra nota 31, p. 89.

281. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de agosto 30 de 1977, C.P. Carlos Restrepo S., Anales del Consejo de Estado, tomo XCIII, segundo semestre, 1977. Agregó en dicha oportunidad la Corporación que: "... la doctrina y la jurisprudencia, además de la exigencia legal, estiman que la motivación se impone en ciertos casos por el principio de la legalidad de la administración, puesto que de esta manera podrá el juez, al ejercer su control, comprobar si el acto se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma..."

Como mínimo, la ley colombiana requiere de la motivación en forma sumaria, es decir, breve o somera; no obstante el término, debe entenderse como global, o sea compendiando, como lo indicábamos, la totalidad de los asuntos sobre los que haya de pronunciarse. La sumariedad requerida, en nuestra opinión, tampoco puede ser tomada como sinónimo de expresiones genéricas, que al fin nada dicen sobre el sustento fáctico y jurídico del caso administrativo; estas formas semánticas o fórmulas de comodín -como las denomina algún sector de la doctrina-, son aquellas que, por ejemplo, fundamentan la decisión indicando su motivo así: "Por razones del servicio", "motivos de organización interna", "por incapacidad laboral o profesional", "no se juzga oportuno", etcétera. En estos casos, nos encontramos, como lo veremos más adelante, ante actos insuficientemente motivados.

Son igualmente motivables, de conformidad con el artículo 59 del Decreto 01 de 1984, las decisiones que resuelven los recursos en vía administrativa; las decisiones llamadas discrecionales, sobre las cuales el Código exige su proporcionalidad con los hechos que le sirven de causa y adecuadas a los fines de las normas que la autorizan. Por estas mismas razones creemos que deberán, por lo menos -en forma sumaria-, darse a conocer esas normas y esos hechos, lo que implica una motivación de dichas resoluciones administrativas.

#### **4. MODALIDADES DE VICIOS EN LOS MOTIVOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

El estudio de los vicios del acto administrativo referidos al motivo o causa de éste, representa, desde el punto de vista teórico, algunas complicaciones de estricto carácter ubicacional, en razón de ser éste uno de los elementos que más se nutre de los desarrollos doctrinales frente a todos los otros. En búsqueda de una solución operacional no nos queda otra salida que acudir a las reglas de la dogmática jurídica y encuadrar los diversos fenómenos en aquellos apartados a los que naturalísticamente corresponden, desprendiendo de allí los requerimientos que procedan respecto de los motivos del acto administrativo.

En este contexto encontramos que en gran parte los vicios del motivo del acto administrativo se han estudiado doctrinalmente partiendo de los conceptos de la teoría del error, que si bien surten sus efectos en este elemento del acto jurídico, en la realidad corresponden a fenómenos estrictamente afectantes de la voluntad administrativa, por lo que su estudio lo hemos hecho allí. De esta manera, irregularidades tales como la "errada motivación", de la que tratamos al referirnos al error de hecho; "errónea interpretación del orden positivo", "aplicación indebida de normas", a que hicimos referencia tratándose el error de derecho; lo mismo que los errores del hecho en sus diferentes connotaciones, evidentemente, como lo decíamos, son objeto de estudio, como desarrollos de la voluntad del sujeto actor del acto administrativo.

Igual situación se presenta con algunos otros vicios de los que procederemos a su conocimiento en concreto, éstos son: falta de motivación; insuficientemente motivado; inexistencia de motivos; motivo ilícito o ilegal; incoordinadamente motivado; lo mismo que falsamente motivado -a este último dedicaremos estudio especial por constituir el principal de los vicios y depender en algunos casos de las irregularidades que hemos dictado.

-Falta de motivación. Como lo hemos advertido, la falta de motivación no constituye propiamente un vicio de realización interna del acto administrativo, al no afectar directamente los motivos, los cuales puede que existan y sean verdaderos y legales; afecta en nuestra opinión las formalidades del acto administrativo, por lo que, como lo explicamos en su respectiva oportunidad, deberá ser alegada como una verdadera causa de vicio formal. Betancur Jaramillo en cuanto al ámbito nacional, sostiene precisamente que: "Cuando la ley exige que el acto debe ser motivado la expresión de los motivos se convierte en un elemento formal, cuya omisión constituye un defecto de forma que lo hace anulable por expedición en forma irregular...".

-Insuficientemente motivado. Indicábamos en el anterior numeral que la motivación del acto debe comprender todos los elementos y circunstancias que le dieron origen y sobre los cuales habrá de

resolver la administración. Cualquier omisión en la parte, motiva de la providencia administrativa a alguno de estos elementos, hace de ésta un acto insuficientemente motivado, por lo tanto susceptible de ser sometido a control gubernativo o jurisdiccional. La insuficiencia se diferencia claramente de la falta de motivación, en cuanto en aquella modalidad hay por lo menos un principio de explicación motiva, mientras en ésta se carece por absoluto. Se discute, al igual que la anterior, su carácter eminentemente formal, criterio que compartimos ampliamente.

-Inexistencia de motivos. Con la falsa motivación son considerados como los ejemplos típicos de anormalidades del motivo o causa del acto administrativo. Consiste en la falta absoluta de elementos fácticos o legales para que la administración hubiere fundamentado una providencia de su competencia. A diferencia de la falta de motivación, en la inexistencia de motivos, la motivación formalmente existe pero sin materialidad sustancial sobre la cual estructurar sus afirmaciones<sup>282</sup>.

-Motivo ilícito o ilegal. En nuestra opinión, este vicio está en íntima relación con los vicios que afectan la legalidad formal. Consiste, como lo señala el español Boquera Oliver, en el incumplimiento por parte de las autoridades administrativas de valorar los fundamentos de hecho en un determinado sentido. "...Las leyes pueden imponer a las autoridades administrativas criterios para la valoración de los hechos... Cuando la valoración que aquéllas hacen de los hechos no se acomoda a los criterios legales, la causa será ilegal, aunque suele decirse que es ilícita..."<sup>283</sup>.

-Vicio por motivo incoordinado. Suele presentarse esta anormalidad cuando los motivos invocados no corresponden con las siguientes circunstancias: con los hechos y el derecho; con la parte resolutive; en ambos casos nos encontramos ante un evidente vicio de los motivos del acto generante de una indubitable nulidad.

282. Fraga, Gabino. *Op. cit.*, supra nota 58, p. 299; Canasi, José. *Op. cit.*, vol. II. p. 385; Díez, Manuel María. *Derecho administrativo...*, *Op. cit.*, supra nota 270, p. 317.

283. Boquera, Oliver, José Ma. *Op. cit.*, supra nota 270, p. 183.

## 5. FALSA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La falsa motivación o falsedad en la causa del acto administrativo, constituye una causal genérica de violación que puede depender, según las circunstancias, de algunas de las modalidades de vicios antes vistas; se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública. Esta disconformidad obedece, como lo indica Boquera Oliver, a que mientras la causa "...Conecta el acto con la realidad... el vicio de falsedad desconecta el acto procedido de esa realidad anterior y que debió ser su verdadero fundamento"<sup>284</sup>.

La doctrina es acorde en señalar como vicios de la motivación fundamentadores de este tipo genérico de causal de violación del acto administrativo, la inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho, la incoordinación de los motivos y la defectuosa calificación de los motivos por parte de la administración. Señala, precisamente, el Consejo de Estado, que se estructura este vicio: "...Cuando la administración, para sustentar la expresión de su voluntad, en forma errónea o intencional le da visos de realidad a una explicación que no cabe dentro de la categoría de lo verídico, o bien abusa de las atribuciones que los ordenamientos legales o reglamentarios le han asignado o bien toma un camino equivocado en el ejercicio de las mismas..."<sup>285</sup>.

---

284. Boquera Oliver, José Ma. *Op. cit.*, p. 173. Agrega este tratadista que: "... si el autor de la declaración de voluntad presenta como hechos agraciados, hechos que sabe no existieron o que fueron realmente diferentes a como lo presenta, falta la causa del acto. La causa falsa dará nacimiento a un acto administrativo falso...". Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de mayo 9 de 1979, C.P. Samuel Buitrago Hurtado, Anales de 1979, tomo XCVI; dijo la Corporación: "...y si de la confrontación de este criterio con la realidad se establece una disconformidad, es forzoso entonces concluir que el acto confrontado se encuentra viciado de nulidad y porque cuando en virtud de los motivos aducidos para expedir el acto, al hacerse la correspondiente confrontación, se encuentra que carece de las características de realidad..."

285. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de mayo 9 de 1979, C.P. Samuel Buitrago Hurtado, Anales de 1979, tomo XCVI, p. 450.

Debemos recordar que la falsa motivación es precisamente un fenómeno estructurado a nivel de elemento causal del acto administrativo, por lo que debe ser entendido en su exacto contexto, es decir, determinando aquellos necesarios antecedentes reales que han debido ser tenidos en cuenta por la administración, y su relación con la voluntaria valoración que ésta haya podido otorgarle, sin importarnos para nada las finalidades que el funcionario individualmente haya infundido al respectivo acto. Interesa, para efectos del estudio de la falsa motivación, el real antecedente del acto y su receptividad en la voluntad administrativa, mas no el aspecto finalístico o teleológico o de efectos que se espere producir con el acto administrativo; esta última situación, en estricto sentido subjetivo, es particularmente objeto de estudio de la llamada desviación de poder.

Radica precisamente en esta delicada diferenciación, la distinción entre la llamada falsa motivación y el desvío de poder; aunque si bien es cierto, debemos admitir que en muchos casos una falsa motivación es el camino obligado o más utilizado por funcionarios dolosos y deshonestos para llegar a obtener fines distintos a los indicados en el ordenamiento positivo. La falsa motivación se estructura, en nuestra opinión, en estas eventualidades lo que pudiéramos identificar como la relación jurídica de irregularidades medio-fin -vicio medio y vicio fin-; se acude a una violación en los motivos del acto, para obtener fines diversos o totalmente independientes de los previstos por las normas superiores.

En estos casos, el acto se encuentra doblemente viciado, debiéndose sustentar individualmente cada una de estas circunstancias en procura de obtener la nulidad del acto. Es evidente que si se argumenta la relación medio-fin, debe demostrarse igualmente el vínculo causal que pueda ligar los dos tipos de vicio; de lo contrario, resulta imposible determinar las relaciones que puedan existir entre ambos.

El juicio valorativo respecto de la incongruencia o inexistencia de motivos, en nuestra opinión, es en estricto sentido objetivo; pretende ante todo fijar una relación o desconexión entre unos antecedentes y una decisión<sup>286</sup>.

<sup>286</sup>. Participamos de la concepción objetivista de la causa que nos permite deslindar certeramente el motivo de la manifestación de voluntad, y de la finalidad del acto. No obstante, nos alejamos de defensores de esta tesis, como Marienhoff, *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 294, quienes no consideran la voluntad como un elemento del acto sino un presupuesto del mismo.

## **Falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos en derecho positivo colombiano**

No siempre la legislación nacional se había referido a la falsa motivación como una causal de nulidad de los actos administrativos. Durante la vigencia de la Ley 167 de 1941, anterior Código Contencioso Administrativo, se deducía su probable existencia del confuso texto del artículo 66, que indicaba que la acción de nulidad procedía no sólo por los motivos indicados en las disposiciones especiales, "...sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere...".

En consideración a esta falta de técnica, la jurisprudencia y la doctrina colombianas consideraban a la falsa motivación como una modalidad de la desviación de poder, negándole cualquier posibilidad de autonomía. El legislador de 1984, al expedir el Decreto 01 de aquel año, consideró oportuno sanear esta oscura situación planteada en la ley sobre la causal comentada, y otorgó plena autonomía a la falsedad de motivos, como vicio anulatorio del acto administrativo. Estipula, efectivamente, el artículo 84, inciso 2, del nuevo ordenamiento contencioso administrativo, que la acción de nulidad:

... procederá no sólo cuando dichos actos infrinjan las normas a las que debían estar sujetos sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profiera...

Como se observa, en la actualidad la claridad sobre la consideración de este tipo de vicios es plena, no sólo en el aspecto que hace referencia a su autonomía, sino también a sus linderos respecto del desvío de poder, que si bien la ley no los señala, la doctrina comparada se ha encargado de nutrirla con elementos y conceptos que ya hemos acogido en numerales anteriores.

## **Evolución de la falsa motivación en la jurisprudencia del Consejo de Estado**

La tendencia jurisprudencial del Consejo de Estado colombiano, a partir de la vigencia de la Ley 167 de 1941, no ha sido constante en el mantenimiento de una misma línea interpretativa. Evidentemente, en una primera época, la corporación fue especialmente estricta en la anulación de aquellas providencias administrativas en las que la administración se fundamentaba en hechos apartados de la realidad verdadera. No obstante, en providencias posteriores se opacó su vigor inicial y, en la que podríamos considerar una segunda fase se redujo su aplicación de manera considerable. El primer período de interpretación jurisprudencial se caracterizó por su concepción objetiva de la causal, situación ésta que varió sustancialmente en la que hemos denominado segunda fase. El consejero Andrés Augusto Fernández, en sentencia de 1959, resume los que pudiéramos considerar primero instantes de la evolución de esta institución. Indicó al respecto lo siguiente: La jurisprudencia inicial del Consejo de Estado fue por entero severa en la materia, pero a partir de la sentencia de 8 de octubre de 1951, de la que fue ponente el Consejero Eduardo Piñeros y Piñeros se hizo más benévola para la administración, aunque es de hacer notar que tal amplitud no fue unánime por parte de quienes, de entonces para acá, han constituido la sala de lo contencioso administrativo, ya que se ha tratado de fallos votados por mayoría respecto de los cuales se suscribieron importantes salvamentos de voto...<sup>287</sup>.

Es así como, a partir de esta sentencia, de 1951, los partidarios de la aplicación objetiva de la falsa motivación fueron en aumento; algunos importantes salvamentos de voto que constituirían verdaderos antecedentes de la que sería una tercera etapa de esta evolución jurisprudencial, se dieron de manera creciente. Fernández M., en el fallo que hemos transcrito, señala precisamente como uno de los más importantes el fechado el 15 de diciembre de 1955, y en el cual el consejero Rafael Rueda Briceño expuso lo siguiente:

---

287. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 30 de julio de 1959, C.P. Andrés Augusto Fernández, Anales del Consejo de Estado, tomo LXI bis, de 1960, pp. 125 y ss.

... Pero es igualmente cierto que cuando la administración expresa motivos para prescindir de los servicios de una persona, éstos deben estar inspirados en hechos verdaderos. Entre varias razones que existen para ello, hay una elemental: Si la jurisprudencia contencioso-administrativa como parece olvidado, es el control o freno de la administración, para evitar los excesos en que ella pueda incurrir, considera amparados por la presunción de legalidad todos sus actos, tiene el deber ineludible de pedirle también que sea verdadera en los motivos que indique para tomar una determinación, pues de lo contrario no haría cosa distinta de colaborar en el relajamiento de esa administración. Si comienza por robustecer con su autoridad las mentiras de aquélla, abre brechas cuyos resultados nocivos es difícil prever. Un agente público que funda sus actos en la mentira no puede tener en manera alguna la confianza de los administrados. Y al tolerarse, por esta jurisdicción, semejantes proceder, se aparta de los fines que le son propios y fomenta el desequilibrio democrático<sup>288</sup>.

En 1961, el Consejo de Estado, por fin y para bien de la legalidad, adopta como jurisprudencia la concepción objetiva de la falsa motivación, en el sentido de considerar como causal de nulidad de los actos administrativos aquellas situaciones en las que las discrepancias entre la realidad fáctica y la sustentada en el acto fueran evidentes. Sostuvo la Corporación en aquella oportunidad que:

... es claro, y se repite, que el motivo declarado es motivo determinante del acto... La verdad, se ha dicho repetidamente, es una de las piedras angulares sobre la que debe descansar el mundo de relación en todas sus diferentes actividades. Y si dentro de la acción individual es una necesidad primordial para que con base en la buena fe, se desarrollen normal y correctamente las relaciones entre el género humano y la sociedad dentro la que convive, con mucha mayor razón debe ser la verdad el fundamento de toda la actividad y funcionamiento del Estado, de la administración pública que los pone en marcha, y de los funcionarios o agentes públicos que la representan... <sup>289</sup>.

288. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 30 de julio de 1959, C.P. Andrés Augusto Fernández, Anales del Consejo de Estado, tomo LXI bis, de 1960, p. 125 y ss.

289. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 30 de julio de 1959, C.P. Andrés Augusto Fernández, Anales del Consejo de Estado, tomo LXI bis, de 1960, pp. 125 y ss.

Sin embargo, durante este mismo período el Consejo retomó eventualmente la concepción subjetiva de la falsa motivación, situación que nos muestra la falta de claridad que dominó al Consejo de Estado durante muchos años. En providencia de septiembre de 1961, el Consejo de Estado reconoció -en este punto fundamentado en la confusión creada por la redacción del artículo 66- que: "... La denominada 'falsa motivación' no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir la desviación del poder..."<sup>290</sup>. Advertencia ésta que se constituiría en una constante hasta la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984, no obstante las precisiones que se efectuaron en la que consideramos cuarta parte de esta evolución.

A pesar de los adelantos logrados por la jurisprudencia en los años de 1961 y 1962, en el año 1969 volvió la Corporación a introducir fundamentales variantes a sus pronunciamientos sobre la materia. Evidentemente, en providencia de sala plena de lo contencioso administrativo -fue precisamente de sala plena esta sentencia en razón al cambio de jurisprudencia que contenía-, el veinticinco de agosto de 1969, se sostuvo por el Consejo de Estado la clara diferencia existente entre la falsa motivación y la desviación de poder, aunque en nuestro concepto no delimitó verdaderamente ambas causales, subsistiendo la falta de autonomía de la falsedad causal, la cual continuó basándose en la desviación de poder. Es más, en esta providencia la Corporación llega a sostener un hecho evidente: "... observa la sala que no existe norma legal alguna que establezca concretamente, como causal de nulidad del acto administrativo, su falsa o errónea motivación..."<sup>291</sup>, lo que permitía aún más ligar en esta esencia los dos fenómenos.

Por otra parte, el Consejo de Estado adopta un criterio subjetivo en la interpretación de la falsa motivación, que lo lleva a la indubitable

---

290. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia del 14 de septiembre de 1961, C.P. Ricardo Bonilla Gutiérrez, Anales del Consejo de Estado, tomo LXIII, núms. 5 392 a 396, pp. 308 y ss., 1961.

291. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de agosto 25 de 1969, C.P. Andrés Holguín, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXVII, núms. 423-424, segundo semestre, pp. 150 y ss.

conclusión, que ya habíamos advertido: la de terminar asimilando fenómenos de falsedad en los motivos a los de desviación de poder. Si analizamos los hechos que indujeron a este pronunciamiento del Consejo de Estado, entenderemos con mayor claridad las observaciones indicadas.

El día 17 de noviembre de 1964, el gerente de la Empresa Colombiana de Aeródromos -ECA-, mediante la Resolución No. 1997, declaró insubsistente el nombramiento que se le había hecho para el cargo de radio-operador de segunda categoría, de la sección de comunicaciones de dicha empresa, en la estación de radio del aeropuerto de Palanquero, al señor N.N.; se le argumentó, por parte de la administración en la parte motiva del mentado acto, que procedían a dicha destitución en razón a que la mencionada estación radial habría de ser cerrada.

El sujeto pasivo de esta resolución, mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción -hay restablecimiento del derecho- demandó la nulidad del pronunciamiento administrativo y solicitó su reintegro al cargo que venía desempeñando, fundando la querrella en la causal de falsa motivación, en razón a que era un hecho cierto que se estaba aportando de manera legal al proceso, que la estación de radio del aeropuerto de Palanquero desde su establecimiento en el año de 1956, hasta la fecha de presentación de la demanda, no había sido cerrada; es más, no esperaba su cierre por parte de la administración. El tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante providencia de diciembre 14 de 1967, desató la litis planteada resolviendo las pretensiones a favor del demandante.

Consideró el tribunal de instancia que:

...tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción, como era el señor N.N. la E.C.A., habría podido destituirlo haciendo uso de la correspondiente facultad legal pero que, habiendo aducido un motivo inexacto, para hacer la destitución, incurrió en grave falta, constitutiva de fenómeno de la "falsa motivación", que acarrea la nulidad del acto respectivo...

Como se observa, la situación fáctica argüida por la ECA, en los motivos del acto, reñían con la verdad real demostrada jurisdiccionalmente. Esta situación objetivamente considerada debió conducir sin duda a una falsa motivación, por lo que creemos que tanto la demanda como la sentencia de primera instancia estaban certeramente acompañadas de la lógica requerida para el caso.

No obstante la claridad del asunto, la opinión del Consejo de Estado, como lo decíamos, fue otra. Acudió al criterio intencional o subjetivo de la administración pública para analizar una situación, en nuestro concepto, eminentemente objetiva. Dijo la Corporación en aquella oportunidad:

... cabe hacer, de este modo, una importante distinción, una cosa es la falsa motivación del acto y otra, muy distinta, la desviación del poder público. Esta desviación por parte del funcionario, conduce a veces, pero no siempre a una falsa motivación del acto gubernativo. El elemento que debe llevar a la anulación del acto no es tanto la falsa motivación como la desviación de poder. Por ello, lo esencial, en un caso como el de autos, no es si hubo o no falsa motivación sino, más bien, si hubo una evidente desviación del poder público, que condujo al funcionario a motivar falsamente su providencia. Por ello, es indispensable, en cada caso concreto, analizar los motivos determinantes del acto, para llegar a concluir si hubo o no desviación de poder y si, por lo mismo el acto debe ser anulado...

...Cree la sala que es necesario determinar, en cada caso concreto, cuál fue el origen de la falsa o errónea motivación; precisar si ella es un simple pretexto de la administración para tratar de dar la apariencia de validez a un acto que, de otra manera sería claramente ilegal; e indagar cuáles han sido los motivos reales de la decisión adoptada mediante el acto que se acusa...<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup>. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de agosto 25 de 1969, C.P. Andrés Holguín, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXVII, núms. 423-424, segundo semestre, pp. 150 y ss.

Esta tendencia, con variaciones en algunos casos, ha sido la línea seguida por la Corporación, por lo menos hasta 1984, en que con fundamento en el Decreto 01 de ese año, que hemos transcrito, otorga autonomía a la causal y la aparta de la forzosa vinculación que de ella se hacía con el desvío de poder, en vigencia del artículo 66 de la Ley 167 de 1941.

No obstante este criterio predominante en algunas oportunidades, la corporación en casos especiales, ha adoptado el criterio objetivo; en este sentido, tenemos las sentencias de diciembre 3 de 1975 y mayo 9 de 1979<sup>293</sup>.

En vigencia del decreto 01 de 1984, la evolución de la causal ha sido diferente. El Consejo de Estado ha indicado que desde el punto de vista sustancial del alcance de la causal para que, "...una motivación pueda ser calificada "falsa", para que esa clase de ilegalidad se dé en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada..."<sup>294</sup>.

## 6. VICIOS REFERENTES A LA FINALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Según lo exponíamos al referirnos a los elementos esenciales del acto administrativo, toda actividad de la administración pública debe pretender necesariamente la satisfacción de los intereses públicos,

---

293. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de diciembre de 1975, C.P. Alvaro Pérez Vives, Anales del Consejo de Estado, 1975, segundo semestre, tomo LXXXIX, núms. 447-448, p. 307; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de 9 de mayo de 1979, C.P. Samuel Buitrago Hurtado, Anales del Consejo de Estado, tomo XCVI, p. 450.

294. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Sentencia de junio 21 de 1989, C.P.: Alvaro Lecompte Luna.

fines públicos o necesidades públicas, o comunales, para las cuales no sólo está instituida, en general, la administración, sino también aquellas concretas para las que ha sido creado el órgano o autoridad y que indubitadamente se encuentran plasmadas en algún grado en sus competencias<sup>294A</sup>. Precisamente, y en esto está de acuerdo en su mayoría la doctrina, la determinación de la finalidad administrativa se concluye de manera general y específica del estudio de la normatividad legal que regula el actuar estatal y concreto del órgano que profiere el acto administrativo.

La finalidad entendida dentro de una concepción amplia, no es más que una proyección teleológica del contenido de la acción administrativa; es el objetivo que se debe alcanzar cotidianamente por el Estado.

La finalidad, señala Marienhoff, "...debe ser prevista por la norma para efectos 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 del poder', que viciaría el acto..."<sup>295</sup>. En consecuencia, las autoridades deberán actuar prescindiendo de toda idea extraña a la de un buen servicio público. Esta idea de bienestar general, no obstante, no es clara, indica Sayaguez, "...varía de un servicio a otro. La determinación debe hacerse en cada caso de conformidad con las reglas establecidas

---

294A. Caldera Delgado, Hugo., *Op. cit.*, *supra* nota 270, p. 149. Señala el profesor chileno que: "... no nos merece duda alguna que la administración deba actuar, jurídicamente, con miras a un fin público de interés general o de bien común, pero esta finalidad pública que es genérica para la administración en su conjunto es, sin embargo, específica para cada uno de los servicios que la integran. En efecto, cada servicio no sólo debe actuar dentro de competencia o atribuciones, sino que debe, conjuntamente con dichas exigencias, actuar con miras al logro del fin específico para el cual fue creado, es decir, dentro del contexto de su cometido propio, de la necesidad pública para cuya satisfacción fue creado o que, luego de su creación, le fue asignado..." Discrepa no obstante este autor de la tesis por nosotros expuesta respecto del fin específico de cada una de las autoridades, en cuanto que considera que en las competencias no se encuentran los fines; esta posición, señala: "...adolece de un serio error de apreciación o de perspectiva; ... La competencia o conjunto de atribuciones conferida a un órgano administrativo, no es sino un medio a través del cual dicho órgano podrá obtener el logro de sus fines..."

295. Marienhoff, Miguel S. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 344.

por el legislador..."<sup>296</sup>. En derecho colombiano, como lo indicamos al referirnos al elemento finalístico del acto administrativo, la Constitución Política es prolija en acercamiento a las finalidades del Estado. Los arts. 2, 123 inc. 2, y 209 Constitucionales, son ejemplos típicos del carácter teleológico del Estado. De aquí que el problema lo hubiéremos tratado igualmente al referirnos a la legalidad finalística que debe dominar toda manifestación de voluntad estatal. Dentro de este contexto, consideramos que como vicio propio de este elemento, la doctrina ha elaborado la llamada desviación de poder, la cual se encuentra consagrada en el ordenamiento positivo como una de las causales de nulidad del acto administrativo (artículo 84, inciso 2, del Decreto 01 de 1984).

## 7. EL DESVIO DE PODER

Consideramos conveniente, antes de proceder al estudio de esta causal de anulación, hacer una importante aclaración respecto de su aplicación tratándose de los llamados actos reglados y discrecionales. El desvío de poder procede en el caso de cualquier clase de actos; no hacemos la diferenciación de actos reglados y discrecionales, en razón a que consideramos que dentro de la estructura de un Estado de derecho, toda actuación debe sustentarse sobre una base legal.

Sayaguez Laso, reaccionando precisamente contra algún sector de la doctrina que sustentaba esta concepción, de la improcedencia de desvío de poder frente a los actos discrecionales, señala que: "...La teoría de la desviación de poder se extiende a toda clase de actos, cualquiera sea la discrecionalidad de la administración, porque ésta siempre se halla sujeta a límites..."<sup>297</sup>.

Los defensores de este tipo de limitante al desvío de poder, obedecen en su formación a las clásicas y superadas concepciones de la discrecionalidad y de lo reglado que, como estudiábamos, no tienen

---

296. Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 448.

297. Sayaguez Laso, Enrique. *Op. cit.*, p. 452.

razón suficiente dentro de las actuales estructuras ideológicas del Estado. Fiorini, Alvarez-Gendin, Cretella Junior, entre otros, señalan que este vicio "... se encuentra excluido de los actos provenientes de facultades regladas y se presenta en aquellos que provienen de la discrecionalidad de la administración pública..."<sup>298</sup>. Los defensores de este tipo de limitante al desvío del poder también se fundamentan, de manera errada, en la confusión del carácter subjetivo de ambas figuras. Pretenden entender que el control que ejercen los organismos competentes sobre el acto administrativo en los eventos en que se argumente un desvío de poder, se realiza de manera independiente sobre ese elemento volitivo, dejando a un lado la importancia de la determinación de los fines, de la noción teleológica contemplada en el ordenamiento. Los fines a cumplirse por la administración se encuentran indubitablemente estipulados en la ley.

Confirman nuestras apreciaciones los profesores García de Enterría y Fernández, señalando precisamente, que: "...la primera reducción del gran dogma de la discrecionalidad se opera... observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación del control sobre los mismos...". Este control se realiza mediante una nueva técnica desarrollada por el Consejo de Estado francés, según la cual: "...toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente... por la norma que atribuye la potestad de actuar..."<sup>299</sup>.

Por su parte, el profesor Marienhoff, refutando a Martínez Useros, es como siempre claro al establecer los motivos justificantes de la no limitación de la causal de anulación por desvío de poder. El desvío de poder -señala-, de ninguna manera limita las potestades de la administración pública; lo que dicho medio establece es un impedimento justificado a la arbitrariedad, manteniendo las actuaciones de la administración por los senderos de la juridicidad<sup>300</sup>.

298. Fiorini, Bartolomé A. *Op.cit.*, p. 516.

299. García Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 393.

300. Marienhoff, Miguel S, *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 539.

## Concepto y naturaleza de la desviación de poder

Se estructura el vicio por desviación de poder en aquellos eventos en los que la administración, utilizando sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho correspondiere de manera general, o a dicha autoridad en particular. En consecuencia y repitiendo, la idea general de la doctrina, constituye desvío de poder: "el ejercicio de las potestades administrativas con fines diferentes a los fijados por el ordenamiento jurídico". Se caracteriza, por lo general, esta modalidad de irregularidad, en el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia extrema de legalidad; la administración procura que su manifestación sea en apariencia legal; no es objetable, ni por incompetencia, ni por problemas de forma o procedimiento, mucho menos por vicios en el objeto. Eventualmente podría ir acompañada de una falsa motivación, dentro del contexto que ya hemos explicado.

Como lo indica Duque Pérez, "hay desviación de poder cuando el órgano administrativo, obrando dentro del campo de sus atribuciones y respetando las formas establecidas en la ley, toma una decisión administrativa, con un fin contrario e incompatible al fin previsto en las normas genérico específico"<sup>301</sup>.

Por lo que respecta a su naturaleza, ésta, a diferencia de los motivos y otros elementos del acto administrativo, es estrictamente subjetiva. Su *iter desviatorio* se produce en el interior, no propiamente de la administración, sino de aquellas personas naturales que llevan su representación. Razón ésta que hace que su estudio y juzgamiento deban penetrar las barreras de lo objetivo o formal y situarse en la esfera volitiva de la autoridad, como dice Vedel, en la subjetividad del autor del acto. Esto es así, si tenemos en cuenta que lo que ha predominado al producirse un acto viciado de esta manera es la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración. Por lo que resulta lógico ubicar e identificar dicho oculto querer para poder, de manera satisfactoria,

---

301. Duque Pérez, Jairo E. *Op. cit.*, p. 145.

compararlo con la verdadera finalidad de servicio público, que es la que debe orientar toda actuación administrativa y dictaminar, sin lugar a errores, la magnitud de la desviación del poder público, que sea cual fuere, causará indubitablemente la nulidad del acto que la contenga.

Sostiene Marienhoff que la violación de la finalidad del acto administrativo "...Se particulariza fundamentalmente por trasuntar un contenido o elemento subjetivo psicológico, caracterizado por la voluntad -generalmente encubierta o disimulada- de lograr determinado 'fin'; ..." <sup>302</sup>.

### **Modalidades y motivos de la desviación de poder**

Las modalidades y motivos de la desviación de poder pueden ser de las más variadas connotaciones; no obstante, para efectos de teoría general, podemos afirmar que las primeras dependen de las segundas de la siguiente manera: por regla general, la desviación se produce cuando se persigue un fin distinto a aquel fijado en la norma de derecho, razón por la cual, *ab initio*, podemos indicar que esta violación puede ser de dos clases: Por desconocimiento de la finalidad general del ordenamiento; es decir, cuando la autoridad administrativa, al actuar, busca un fin diverso al del servicio público, y por desconocimiento de la finalidad específica atribuida a la autoridad administrativa particularmente. En este segundo evento, el funcionario público, al proferir el acto administrativo, se ha inspirado en fines diversos a aquellos concretos, específicos y determinados, cuya consecución le ha sido conferida por la ley. Estas dos modalidades pueden producirse por muy diversas causas, que en nuestra opinión no pueden sectorizarse en uno u otro grupo y constituyen una variedad genérica, aplicable tanto a violaciones de la finalidad general o particular. Podemos, en consecuencia, considerar como motivos generantes de la desviación de poder los siguientes:

-El interés personal: dentro de esta modalidad debemos ubicar todas aquellas actitudes desviatorias de la finalidad del acto inspiradas en

---

<sup>302</sup>. Marienhoff, Miguel S. *Op. cit.*, p. 537.

consideraciones políticas, ideológicas, religiosas, de amistad o enemistad, en actitudes ilegales o de desconocimiento tanto de la ley, o de fraude a ésta, de favorecimiento a terceros o a grupos determinados, etcétera; todas éstas emanadas del sujeto actor del acto administrativo.

-El interés administrativo diverso al señalado en el ordenamiento. En estos eventos el funcionario desvía su actuación, no ya en fines de naturaleza personal, sino en interés de la misma administración, pero desconociendo tanto los marcos teleológicos generales o los particulares, que hacen de sus manifestaciones de voluntad actos administrativos viciados en razón a un claro desvío de poder.

### **Aspectos probatorios del desvío del poder**

Es acorde la doctrina en señalar el estricto carácter subsidiario o residual de la desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos; es decir, que antes de entrar a considerar un posible vicio de esta categoría, corresponde al impugnador estudiar la posibilidad de estructuración de una cualquiera de las modalidades de irregularidad estudiada con anterioridad; supone, consecuentemente, el desvío de poder, desde el punto de vista externo del acto, el que recaiga sobre uno con perfección total.

Se señala precisamente como un fundamento lógico de este carácter secundario del desvío de poder, la dificultad que genera demostrar esas ocultas razones y finalidades que persigue la administración al desconocer la función teleológica del poder público y de la administración. Resulta, por ende, adecuado un completo análisis de la manifestación voluntaria de la administración antes de proceder a argumentar una desviación de poder.

La prueba de la desviación de poder es uno de los problemas de más difícil resolución, tanto para el que alega esta modalidad de vicio como para los jueces a quienes corresponda realizar la labor controladora de este tipo de anormalidades. Escribe precisamente Cretella Junior que: "... la prueba es difícil en la mayoría de los casos;

imposible en otros, porque el administrador que actuó de mala fe, procura disimular su actuación, envolviéndola con un manto inatacable de legalidad..."<sup>303</sup>.

Evidentemente, la dificultosa tarea que implica probar una desviación de poder ha hecho que la jurisprudencia admita, pretendiendo no dejar un acto así viciado por fuera de su control, como prueba de la anormalidad aquella que le forme suficiente convicción, así no se trate de pruebas directas. En consecuencia, en la actualidad es perfectamente normal fundamentar el acervo probatorio de una desviación de poder con pruebas indirectas, de indicios, hechos verdaderos de los que se pueden inferir por el Juez conclusiones lógicas, lo mismo que la convicción de que el agente administrativo actuó desviadamente. Esta argumentación resulta ser de orden práctico y de manera general, si entendemos que la prueba por excepción, como es el indicio, se ha convertido en razón a las necesidades en la norma genérica.

No obstante estas apreciaciones en el derecho contencioso administrativo colombiano, se acepta cualquier tipo de medio probatorio con el fin de demostrar las afirmaciones que se hagan en la demanda o su contestación. Indica el artículo 168 del Código Contencioso administrativo que serán admisibles en los procesos ante esta jurisdicción, los medios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil tales como: declaración de parte, el juramento, el testimonio de tercero, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez, siempre y cuando resulten compatibles con las normas del Código Contencioso.

De esta forma, el juez contencioso administrativo está en la obligación de valorar cualquiera de los anteriores medios que se le aporten; no obstante, reiteramos lo dificultoso que resulta en la práctica demostrar una desviación de poder por uno de estos caminos directos. El Consejo de Estado, analizando precisamente la problemática probatoria frente a este tipo de causal de nulidad, ha indicado lo

---

303. Cretella Junior, José. *Op. cit.*, *supra* nota 270, p. 80.

siguiente: "...cuando se alega desviación de poder debe llevarse al Juez la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la Administración para proferir el acto enjuiciado, no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca, es diverso del que naturalmente hubiera podido producir, si la decisión se hubiere proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan..... quien pretenda esa declaratoria está obligado a aportar tales pruebas para que el Juez del conocimiento no tenga la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido, el agente de la administración que lo produjo, no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que, por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa, para que obtuviera como resultado, una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la ley...."<sup>304</sup>. El derecho francés, inicialmente, fue especialmente severo en la aceptación de medios probatorios, exigió que la prueba resultara del texto del acto o del examen de las piezas integrantes del expediente en el que se proferió el acto. Pellicer Valero, comentando esta exigibilidad probatoria del Consejo de Estado francés, señala que:

...de hecho, la jurisprudencia es bastante exigente para estimar este medio. Mientras la noción de prueba es, generalmente, manejada con mucha flexibilidad -discreción, se podría decir-, por el juez administrativo que sigue un proceso inquisitivo, cuando se trata de desviación de poder exige, por el contrario, que la prueba sea aportada por el recurrente o resulte de manera cierta de los autos...<sup>305</sup>.

Dentro de esta idea de prueba indirecta, la doctrina ha planteado una serie de hechos que, demostrados en el proceso, pueden dar pie a que se infiera un desvío de poder y se produzca consecuentemente su

---

304. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sesión II. Sentencia de agosto 31 de 1988, C.P.: Clara Forero de Castro.

305. Pellicer Valero, Jesús-Agustín. *Op. cit.*, supra nota 233, p. 12. Agrega este tratadista que esto es así en razón "... a la necesidad de averiguación subjetiva de la intención: no se deben sospechar *a priori* las intenciones, y mientras no se pruebe lo contrario, la administración debe gozar de la presunción de haber actuado en interés del servicio que tiene a su cargo...".

declaratoria. A estas situaciones las denomina el profesor Cretella Junior: "síntomas denunciadores del desvío de poder", y consisten en aquellos indicios que pueden indicarnos la distorsión del fin que la administración ha producido en un acto administrativo. Son los siguientes<sup>306</sup>:

-La contradicción del acto con actos o medidas posteriores. Ejemplo típico lo señala Vedel <sup>307</sup>, en el caso de la autoridad que ha rehusado conceder una licencia para un laboratorio farmacéutico de nueva creación, y en los meses siguientes concede dos licencias nuevas a otros peticionarios sin haberse modificado las necesidades de la población;

-Contradicción del acto con actos o medidas anteriores. Señala Cretella<sup>308</sup>, como ejemplo de esta situación, el hecho de que se declare insubsistente a un funcionario por mal rendimiento o incapacidad, cuando días antes le eran confiados encargos delicados, de confianza y sobre el resultado de los cuales recibió manifestaciones de satisfacción por parte de sus superiores.

-Motivación excesiva. Puede ésta ser tomada como un indicio de que la administración pretende defenderse *a priori*, justificando fuera de lo normal su actuación;

-Injusticia manifiesta. Consiste en el gravamen impuesto al interés privado, sin la suficiente razón de interés público; en otras palabras, es la falta de equidad del acto administrativo para con el administrado;

-Disparidad de tratamiento. Ante situaciones fácticas iguales, adopta la administración medidas contradictorias;

---

306. Cretella Junior, José. "Síntomas...", *Op. cit.*, *supra* nota 270, pp. 81 y ss.

307. Vedel, Georges. *Op. cit.*, *supra* nota 20, p. 512.

308. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, sentencia de septiembre 13 de 1968, C.P. Hernando Gómez Mejía, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXV, núms. 419-420, segundo semestre de 1968, pp. 290 y ss.

-Las presiones sobre el funcionario administrativo que después de una manifestación pública adopta una decisión en el sentido de la presión ejercida, etcétera.

### **Evolución del desvío de poder en la jurisprudencia del Consejo de Estado**

Nuestra jurisprudencia, incluso con anterioridad a la vigencia del artículo 66 de la Ley 167 de 1941, ha venido aplicando la desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos. En rasgos generales, el Consejo de Estado ha aceptado el carácter subjetivo de la figura, lo mismo que su dificultad probatoria. Analizaremos a continuación, en forma cronológica, algunos importantes pronunciamientos de la Corporación sobre esta modalidad de vicio.

En sentencia de septiembre de 1968, de la que fue ponente el consejero Hernando Gómez Mejía, hizo la Corporación un somero estudio del desvío de poder en nuestro país, que podemos sintetizar de la siguiente manera:

- Respecto de su evolución dijo la Corporación:

... Por el aspecto histórico, tanto en Francia como en Colombia, la doctrina de la desviación de poder surge primero en la jurisprudencia y es posteriormente consagrada por la ley. Ya desde principios de este siglo el Consejo de Estado francés utilizaba la expresión "desviación de poder" y aplicaba la doctrina para declarar nulidades; en cambio, en 1919, en la Ley de 31 de marzo sobre pensiones de guerra, se consagró por primera vez legislativamente el principio de que los actos administrativos deben ceñirse a un fin de beneficio al Servicio Público...

... la misma evolución puede apreciarse en Colombia en fallos anteriores a la Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado anuló actos administrativos por esta causal...

-Respecto de su naturaleza subjetiva, expuso el Consejo de Estado que:

"...esta causal de nulidad de los actos administrativos... constituye hoy uno de los más importantes controles de los gobernantes, ya que extiende su radio de acción al aspecto subjetivo de las actuaciones de los funcionarios y corporaciones públicas. En efecto, en las demás causales de anulación, para apreciar la validez del acto jurídico, basta un estudio objetivo del aspecto material de la actuación... En cambio, para determinar si al proferirse un acto administrativo se ha actuado con desviación de poder del respectivo funcionario, es necesario entrar en el aspecto subjetivo, psicológico, al estudio de los fines perseguidos por el respectivo agente para determinar si ellos se ajustan o no al espíritu de la ley...".

En providencia de septiembre de 1973, la Corporación resaltó el aspecto finalista del acto como el campo donde se configuraría este tipo de vicios, dijo en aquella oportunidad el Consejo que: "...cuando el acto se impugna por esta razón, la acusación no se plantea por violación directa e inmediata de una norma de derecho positivo propiamente, sino por violación del postulado básico del Estado de derecho que pudiera enunciarse así: el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad..."<sup>309</sup>.

En sentencia de Sala plena de lo contencioso administrativo de septiembre de 1975, la Corporación precisó los conceptos y elementos propios de la desviación de poder. Dijo el Consejo, entre otras cosas, invocando a Hauriou: "...el desvío de poder está constituido por los hechos de una autoridad administrativa que observando las formalidades requeridas y realizando un acto de su competencia *Ratione Personae*, y no violando la ley, usa de su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se le confirió..."<sup>310</sup>.

En vigencia del Decreto 01 de 1984, la jurisprudencia del Consejo de

---

309. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, sentencia de septiembre 11 de 1973, C.P. Rafael Tafur Herrán, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXXV, núms. 439-440, segundo semestre, 1973, p. 230.

310. Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, sentencia de septiembre 30 de 1975, C.P. Gustavo Salazar Tapiero, Anales del Consejo de Estado, tomo LXXXIX, núms. 447-448, segundo semestre, 1975, p. 500.

Estado, ha mantenido la determinación subjetiva de la desviación de poder y reafirma las características que hemos enunciados en los anteriores fallos. En providencia de 1988 indicó la Corporación que el desvío de poder se presenta "...cuando el agente administrativo realiza un acto, que cabe dentro de sus atribuciones; observa todas las formalidades prescritas por la ley; el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores; pero al proferirlo se han tenido en miras motivos distintos de aquellos para los cuales se confirió el poder... así, pues, tanto la doctrina francesa, que erigió la desviación de poder como una de las cuatro grandes causales de anulación de un acto administrativo por exceso de poder, como la colombiana, que la ha acogido con algunas variantes, igual que la jurisprudencia del Consejo de Estado, recalcan que dicha situación se presenta en el caso anteriormente expuesto. Las atribuciones o poderes otorgados a los funcionarios o corporaciones deben siempre ejercerse en razón del interés general del buen servicio público; el poder ejercido con fines distintos, es un poder torcido o desviado de sus propios fines. (Sentencia del 13 de septiembre de 1968, sección 4a.; Consejero Ponente Dr. Hernando Gómez Mejía; también puede citarse la sentencia del 11 de septiembre de 1993, Sección I C.P.: Dr. Rafael Tafur Herrán; sentencia del 8 de marzo de 1994, Sección I C.P.: Carlos Galindo Pinilla..."<sup>311</sup>).

---

311. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Sentencia del 3 de agosto de 1988, C.P.: Alvaro Lecompte Luna.