

I.-COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LA DESVIACION DE PODER EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

SUMARIO: 1. Trascendencia de la reciente jurisprudencia sobre desviación de poder.—2. La apelación de las sentencias que versen sobre desviación de poder.—3. La coexistencia de la desviación de poder con otros vicios de los actos administrativos.—4. El vicio de desviación de poder en los actos reglados y en los discrecionales.—5. La prueba de la desviación de poder y la convicción moral de los Tribunales para declararla.—6. Desviación de poder e inmoralidad en nuestro ordenamiento administrativo.—7. ¿Pueden los Tribunales de Justicia, al sustituir un acto administrativo por otro, cometer desviación de poder?

1. *Trascendencia de la reciente jurisprudencia sobre desviación de poder.*—El establecimiento expreso y por vía general que la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 hace de la desviación de poder, da una extraordinaria importancia a las primeras decisiones jurisprudenciales basadas sobre la definición de desviación de poder que nos ofrece el artículo 83-3 de la citada Ley (1). Y al poco tiempo de entrar en vigor la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha ocurrido, en esta materia concreta, ese fenómeno, tan corriente en el mundo del Derecho vivido, de que la realidad de los casos vivos plantea una serie de cuestiones teóricas y prácticas de tan variada índole y no previstas por el legislador, que hacen de la jurisprudencia no ya instrumento de decisión concreta, sino instrumento conformador de instituciones y guía para el futuro.

Este es el aspecto que se estudia en el presente trabajo, que pretende contener no tanto la descripción del caso concreto y de la solución dada

(1) La evolución de la desviación de poder en el Derecho positivo español y la significación excepcional que en dicha evolución supone el artículo 83 de la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha sido puesta de relieve por S. Martín-Retortillo en su trabajo *La desviación de poder en el Derecho español*, publicado en el número 22 de esta REVISTA, enero-abril de 1957. Con anterioridad a dicha Ley, MARTÍNEZ USEROS: *Desviación de poder*, en «Anales de la Universidad de Murcia», 1955-56, y dicha voz en *Enciclopedia Jurídica Seix*, vol. VII, Barcelona. SERRA PIÑAR: *El recurso por desviación de poder*, en «Rev. Facultad Derecho», Madrid, 1942.

al mismo, sino la problemática doctrinal planteada en la jurisprudencia que observamos. Problemática de gran alcance para el futuro de una institución, cuya aplicación por los Tribunales tanto puede significar para la consecución de una Administración menos arbitraria y más justa.

Para las autoridades y administradores, para los Tribunales de primera instancia, para los juristas y abogados, la referida jurisprudencia es del mayor alcance porque marca los cauces por los que ha de discurrir un vicio de los actos administrativos que se da en la vida real con extraordinaria frecuencia y que por ello habrá de posibilitar la fundamentación de muchos recursos contencioso-administrativos.

2. *La apelación de las sentencias que versen sobre desviación de poder.*—El artículo 94-2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa referido al recurso de apelación ordinario, establece que: «las sentencias que versaren sobre desviación de poder serán susceptibles siempre de recurso de apelación».

Los problemas prácticos que se han planteado y se han resuelto por la jurisprudencia son varios en relación con esta posibilidad de apelación. Para su debida sistematización podemos reducirlos a los siguientes: a) posibilidad de apelación de sentencias que, sin versar explícitamente sobre desviación de poder, debieron haber versado por haberse planteado tal cuestión en los escritos de debate; b) efecto devolutivo de la apelación cuando ésta se admite por versar la sentencia sobre desviación de poder, no siendo, sin embargo, apelable la sentencia por la materia o por la cuantía.

a) Posibilidad de apelación de sentencias que, sin versar explícitamente sobre desviación de poder, debieron haber versado por estar planteada tal cuestión en los escritos de debate.—El problema en cuestión ha sido abordado por auto de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1959, confirmado expresamente por el de 11 de julio de 1959, en el que se resolvieron los recursos de súplica contra el primero interpuesto.

El asunto en cuestión era sumamente curioso por tratarse de una sentencia que, según los propios autos, no era apelable por razón de la materia, por referirse a una cuestión de personal. Según este planteamiento del propio auto, toda posibilidad de la admisión de la apelación radicaba en que la sentencia versare sobre desviación de poder. En los escritos de debate las partes habían planteado, tanto en la demanda como en la contestación a la demanda, cuestiones sobre desviación de poder (2). La

(2) En primera instancia, el recurrente o demandante había planteado que el nombramiento impugnado de un aspirante en un concurso de méritos se había producido mediante una interpretación de las bases que implicaba desviación de poder. El demandado, a cuyo favor recayó el acto administrativo de nombramiento, planteó que una interpretación de las bases que llevara al nombramiento del demandante incurriría en desviación de poder. La sentencia de primera instancia, sin entrar abiertamente en cues-

entencia de primera instancia no había resuelto explícitamente cuestión alguna de desviación de poder, sino que había declarado nulos los actos por otros vicios ajenos a aquél. La doctrina sentada por los autos de referencia es sumamente interesante, pues en ellos se admite la apelación porque implícitamente la sentencia versa sobre desviación de poder por cuanto, al no resolver expresamente sobre tal extremo, ello equivalía a una desestimación de su existencia. En segundo lugar se admite la desviación de poder, ya que el artículo 80 de la Ley ordena que la sentencia decida *todas las cuestiones planteadas*, y habiéndose planteado en los escritos de debate cuestiones de desviación de poder, no puede caber duda de que la sentencia debió haber versado sobre desviación de poder, por lo que al no versar explícitamente sobre desviación de poder por un defecto de la sentencia, no se podía privar a las partes del recurso de apelación ordinario que, tal como estaba planteado el pleito en primera instancia, cabía a las partes por haberse planteado cuestiones de desviación de poder.

Decimos que la cuestión es sumamente interesante, desde un punto de vista práctico, porque ante el problema creado caben dos actitudes; negar la admisión de la apelación, por no versar la sentencia sobre desviación de poder, o acudir al recurso extraordinario de revisión basándose en el apartado g) del artículo 102, según el cual procede dicho recurso cuando en la sentencia «no se resolviese alguna de las cuestiones planteadas en la demanda, y contestación» (3) (4). La jurisprudencia que co-

iones de desviación de poder, anuló por otros motivos el nombramiento del demandado y lo sustituyó por un nombramiento a favor del demandado. Decimos que sustituyó porque no declaró el derecho del demandante a ser nombrado por la Administración, sino que lo nombró directamente en la sentencia.

(3) El dilema que tal situación plantea para todo abogado que, en tal situación, ha de emprender la impugnación de la sentencia, ofrece varias dificultades. Admitida la apelación por el Tribunal contencioso de primera instancia, pero anunciado el planteamiento ante el Tribunal Supremo de un incidente de indebida admisión de la apelación, que se resolvería, por razón del tiempo, pasado más de un mes de la notificación de la sentencia de primera instancia, la interposición del recurso de revisión en tal momento, por el motivo citado en el texto, tenía varias dificultades. En primer lugar, había que interponerlo por un motivo en el que el plazo de interposición es de un mes, contado a partir de la notificación de la sentencia, según establece el apartado 3 del artículo 102 de la Ley. Ahora bien, en tal momento la sentencia no era firme, requisito fundamental para la procedencia del recurso de revisión, porque el Tribunal de Primera instancia admitió la apelación. Por otra parte, esperar a la decisión del incidente de indebida admisión de la apelación, para entonces, dentro de un mes, si se denegaba la admisión de la apelación, acudir al recurso de revisión hacía correr el riesgo de que el recurso de revisión se plantease pasado el mes contado a partir de la notificación de la sentencia de primera instancia.

Se trata, sin duda, de una situación no prevista por el legislador, que en todo caso debe ser resuelta con la admisión *ad cautelam* del recurso de revisión, aun no estando firme la sentencia apelada y también con la posibilidad de la procedencia de la revisión

mentamos (autos de 8 de junio de 1959 y 11 de julio de 1959) ha admitido en estos casos la apelación, sin que se haya resuelto, como es natu-

dentro del mes siguiente a la notificación del auto del Tribunal Supremo o de la sentencia que declaren la indebida admisión de la apelación.

(4) La situación planteada en la nota anterior quizá pueda darse porque el supuesto de revisión del apartado g del artículo 102 de la Ley, más que un supuesto de recurso de revisión constituye técnicamente un supuesto de casación, que en la jurisdicción contencioso-administrativa tiene que configurarse como motivo de revisión por no existir propiamente un recurso de casación.

Mas al llegar a este punto debemos matizar y señalar las diferencias existentes entre el motivo de revisión del apartado g del artículo 102 de la Ley de lo contencioso (que la *sentencia* no resolviese alguna de las *cuestiones* planteadas en la demanda y contestación) y el motivo de casación tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil (cuando el *fallo* otorgue más de lo pedido o no contenga declaración sobre alguna de las *pretensiones* oportunamente deducidas en el pleito). Examinó este pretendido paralelismo por cuanto es puesto de relieve por la doctrina (Vid. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho Procesal administrativo*. Madrid, 1958. Tomo II, págs. 647-648; tomo III, página 251).

Me interesa resaltar que el motivo de revisión en la jurisdicción contenciosa se da cuando la *sentencia* (no su parte dispositiva o fallo) no resuelve *cuestiones* (no pretensiones) planteadas. Por el contrario, en la casación civil, el motivo se da cuando el *fallo* o parte dispositiva no contenga declaración sobre alguna de las *pretensiones* (no *cuestiones*) deducidas. Estimo que las diferencias apuntadas no son puramente terminológicas, sino que obedecen y son exponente de diferencias esenciales entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa. A este respecto me interesa también resaltar el cambio operado en el motivo de revisión que comento por la nueva Ley en relación con el texto de 8 de febrero de 1952, que en su artículo 87-1.º lo configuraba como precedente cuando la *parte dispositiva* de la sentencia no resolviese alguna cuestión planteada. Por el contrario, la nueva Ley, en su artículo 102, apartado g, ha sustituido la expresión «parte dispositiva de la sentencia» por la de «sentencia».

Todo ello tiene razón de ser, como antes decía, por las diferentes características existentes entre una y otra jurisdicción. En la jurisdicción ordinaria las pretensiones pueden ser todas y todo lo variadas que se quieran, con reconvenções incluidas, y la sentencia, en su parte dispositiva, resolverá sobre todas ellas. Por el contrario, en la jurisdicción contencioso-administrativa las pretensiones de las partes son muy simples (aun cuando las cuestiones planteadas como fundamento de ellas sean muchas), por cuanto se limitan, por lo general, a la anulación o confirmación del acto impugnado y, todo lo más, a la petición de declaración de un derecho del recurrente o a una alegación previa en la contestación a la demanda. Así, por ejemplo, en un recurso contencioso contra un acto administrativo, lo que pide el recurrente y constituye su pretensión, es la anulación del acto, para lo cual argumentará y fundamentará basándose en diversas cuestiones, entre ellas la desviación de poder. Por ello, sin duda, el artículo 80 de la nueva Ley ordena que la sentencia decida todas las *cuestiones* controvertidas en el proceso. Y es que si se estimara que el motivo de revisión citado sólo se da cuando la parte dispositiva de la sentencia no resuelve pretensiones deducidas por las partes, podríamos llegar a la absurda conclusión de que, planteada en un pleito una cuestión de desviación de poder, no resuelta en la sentencia y rechazada la apelación interpuesta por no versar la sentencia sobre desviación de poder, no cabría tampoco recurso de

ral, si en el supuesto de no haberse admitido la apelación hubiera procedido la revisión (5).

Otro aspecto básico de la jurisprudencia a que nos referimos es que procede la apelación siempre que la sentencia de primera instancia verse sobre desviación de poder, sin que sea necesario el que la sentencia apelada haya declarado la existencia de desviación de poder en el acto recurrido. Basta, por tanto, que la sentencia verse o debiera haber versado sobre desviación de poder, para que proceda la admisión de la apelación tanto si declara la existencia de la desviación de poder en el acto recurrido como si declara que el acto recurrido no estaba viciado de desviación de poder cuando tal vicio hubiera sido alegado (6).

b) El efecto devolutivo de la apelación cuando ésta se admite por versar la sentencia sobre desviación de poder, no siendo, sin embargo, apelable la sentencia por la materia o la cuantía.—Cuando nos enfrentamos con una apelación en la que la sentencia recurrida es apelable tanto por la materia o cuantía como por versar sobre desviación de poder, no se plantea ningún problema digno de relieve en este orden que estudiamos, puesto que en la apelación se examinarán todas las cuestiones debatidas y planteadas en primera instancia. El problema puede plantearse cuando se admite una apelación, no siendo apelable la sentencia por razón de la materia o de la cuantía, por versar la sentencia sobre desviación de poder. En tales casos, ¿pueden discutirse en apelación todas las cuestiones planteadas en primera instancia o puede quedar limitada la apelación exclusivamente al vicio de desviación de poder?

Sobre esta cuestión encontramos decisiones jurisprudenciales diferentes. Los autos de la Sala 5.^a de 8 de junio y 11 de julio de 1959 han admitido en estos casos la apelación, si bien limitada a cuanto concierne sobre la desviación de poder. Por su parte, la sentencia de la Sala 4.^a ha sentado la doctrina de que en estos casos, en segunda instancia, deben examinarse la totalidad de las cuestiones planteadas en la primera, aun cuando fuere la sentencia inapelable por razón de la cuantía.

Al respecto debemos examinar los respectivos fundamentos de ambas

revisión por cuanto la desviación de poder constituye una cuestión y no una pretensión, por lo que no puede tener acogida en la parte dispositiva de la sentencia, sino en los considerandos. La jurisprudencia que comentamos y concretamente el Auto de 8 de junio de 1959 ha establecido la procedencia de la apelación cuando la sentencia verse o debiera haber versado sobre desviación de poder.

(5) En el caso concreto se interpuso *ad cautelam* recurso de revisión, que fué admitido en estas condiciones por la Sala 3.^a, con suspensión de su tramitación, hasta que la Sala 5.^a resolviese sobre la procedencia de la admisión de la apelación y consiguiente firmeza de la sentencia apelada. Admitida la apelación limitada a la desviación de poder, ¿podía considerarse, en todas las demás cuestiones, firme la sentencia apelada a efectos de la continuación del recurso de revisión?

(6) Con anterioridad a esta jurisprudencia, S. MARTÍN-RETORTILLO había mantenido dicha tesis en su citado trabajo (págs. 172 y 173).

decisiones. Los autos de 8 de junio y 11 de julio de 1959 basan su resolución en que si se admitiera la posibilidad de que se vieran, en estos casos, en segunda instancia todas las cuestiones planteadas en la primera, bastará con que un recurrente plantease, sólo por capricho, una cuestión de desviación de poder en primera instancia, para convertir en apelable una sentencia que normalmente no lo sería y para que en la segunda instancia se revisasen una serie de cuestiones, ajenas a la desviación de poder, sobre las que, con arreglo a la legislación vigente, no procede apelación (7).

Por su parte, la sentencia de 9 de junio de 1959 de la Sala 4.^a, admite la posibilidad de planteamiento en segunda instancia de todas las cuestiones examinadas y debatidas en la primera, y no sólo las relativas a desviación de poder, basándose en el efecto devolutivo de la apelación (8).

Si examinamos ambas soluciones, debemos pronunciarnos en favor de la segunda, aun admitiendo las poderosas razones en que se basaron los autos de 8 de junio y 11 de julio de 1959. La razón de ello radica en que la limitación de estas apelaciones supone desnaturalizar la esencia de la apelación, que es una segunda primera instancia. La limitación citada convierte la apelación en un recurso de suplicación o en un recurso de casación, siendo así que la posibilidad de impugnación de las sentencias que versan sobre desviación de poder viene configurada en la Ley de 27 de diciembre de 1956, como un recurso de apelación.

Bien es verdad que, como certeramente dicen los autos citados, con tal doctrina se convierten en apelables por voluntad de las partes una serie de asuntos y materias que no son apelables según el texto legal. Bien es cierto también que la finalidad perseguida por el legislador al permitir llevar siempre al Tribunal Supremo las sentencias que versen

(7) Debemos resaltar el parecido de la posibilidad de apelación de las sentencias cuando versen sobre desviación de poder, de nuestra Ley de lo contencioso-administrativo, con la posibilidad de recurrir en suplicación las sentencias de los jueces de primera instancia, en materias de arrendamientos urbanos, basada en la errónea aplicación la sentencia del abuso de derecho.

(8) Literalmente se dice así en su primer considerando: «Además que transferido a la Sala, en virtud del efecto *devolutivo* propio del recurso, la competencia decisoria respecto de *la totalidad de las cuestiones sometidas en primera instancia* al Tribunal Provincial de lo contencioso-administrativo de ..., y resueltas por éste mediante Sentencia de 8 de julio de 1958, contra la cual recurre el Ayuntamiento de la expresada ciudad, por versar aquella sobre desviación de poder, circunstancia que hizo admisible la apelación no obstante tratarse de pleito de menor cuantía...»

Por lo que respecta a los Autos de 8 de junio de 1959 y 11 de julio de 1959, debemos consignar que, habiendo varios apelantes, sólo admitieron la apelación interpuesta por uno de ellos y no la del otro, basándose en que el segundo no había planteado en primera instancia cuestión alguna de desviación de poder. La limitación de la apelación sólo a cuanto concierne sobre la desviación de poder, se dió también en las Sentencias de la Sala 5.^a de 14 de mayo y 8 de junio de 1959.

sobre desviación de poder, no era otra sino la de unificar la jurisprudencia sobre desviación de poder, y que ello se logra admitiendo tales apelaciones limitadas sólo a cuanto concierna sobre desviación de poder. Mas si todo es cierto, no lo es menos el que para conseguir dichos fines pudo el legislador haber configurado tal posibilidad de impugnación como una casación, como una suplicación o como una apelación extraordinaria, siendo así que, por el contrario, la configuró como un recurso de apelación ordinario (9). Por otra parte, como vamos a ver en seguida, un acto viciado de desviación de poder puede contener también otros vicios instrumentales para esa desviación de poder, por lo que la limitación de la apelación puede, en tales casos, dificultar la acción de la justicia.

3. *La coexistencia de la desviación de poder con otros vicios de los actos administrativos.*—Suele ser frecuente en los libros de Derecho administrativo encontrar explicaciones del vicio de desviación de poder en parecidos términos a los siguientes: puede ocurrir que un acto administrativo producido por la autoridad competente, adoptado con las formalidades exigidas y sin que su contenido posea vulneración material de la legalidad, sea, sin embargo, ilegal por cuanto ha sido adoptado persiguiendo fines distintos a los marcados por la Ley (10).

Se trata, sin duda, de una explicación pedagógica, gráfica y en cierto modo caricaturesca, por cuanto con ella se nos presenta un caso límite de desviación de poder. Con tales descripciones se nos presenta un acto puro desde el punto de vista de los demás vicios de los actos administrativos que, no obstante, se encuentra viciado en su fin. Ello puede conducir a pensar que un requisito para que se dé la desviación de poder es precisamente el de que el acto sea regular y válido en todos sus demás elementos.

Nada más lejos de la realidad. Un acto viciado de desviación de poder puede perfectamente haber sido adoptado por una autoridad incompetente, adolecer de defectos formales e incluso quebrantar el contenido

(9) Por otra parte, dicha admisión limitada y reducida a la desviación de poder, no siempre es lograda. Para examinar si existen vicios del elemento teleológico en el uso de potestades administrativas, hay también, en ocasiones, que contrastar la acomodación al Ordenamiento jurídico, de los actos administrativos, en otros elementos ajenos al fin. Tampoco conviene olvidar que por mucha técnica que queramos llevar a la justicia, puede resultar ajeno a la lógica el decirle a un apelante que tiene razón por otros motivos distintos al fin del acto administrativo, pero que no la tiene por desviación de poder, y que tal disquisición le ocasiona perder el pleito. Junto a ello consideramos que la actual configuración legal limitativa de la apelación en la jurisdicción contenciosa deja en única instancia a muchos asuntos de extraordinaria importancia para las partes. Por ello parece imponerse una interpretación favorable a la extensión de la apelación ordinaria.

(10) HAURIU: *Precis de Droit Administratif*. París, 1921, pág. 455. La Sentencia de la Sala 4.ª de 9 de junio de 1959 conforma la desviación de poder como un vicio que se da en actos que en todos sus demás elementos son perfectamente regulares.

material de la legalidad. Que esto es así creo que nadie puede ponerlo en duda. Tal acto, naturalmente, podría ser anulado por muchas razones, entre otras, por desviación de poder. La cuestión comienza a complicarse cuando el acto administrativo contiene una serie de vicios (de competencia, de forma o de contenido) que se producen precisamente como medios o instrumentos de la desviación de poder. Pensemos, por ejemplo, en una autoridad que, persiguiendo fines ilegales, adopta un acuerdo sin previamente conceder el trámite de audiencia a los interesados porque sabe que con dicho trámite o información pública hubiera sido imposible conseguir los fines ilícitos por él perseguidos. Pensemos en una autoridad que, persiguiendo fines ilícitos, también adopta un acuerdo que está fuera de sus atribuciones porque sabe que si los resolviera la autoridad competente, no podrían ser conseguidos los fines bastardos por él perseguidos. Pensemos en una autoridad que, interpretando un término legal de contenido indeterminado y no automático (servicios análogos, razones de ornato, de interés público, diligencia de un buen padre de familia, etc.), viola el contenido material de la ley para conseguir los fines ilegales perseguidos. Creemos que esta coexistencia instrumental de vicios heterogéneos en modo alguno puede excluir la existencia de desviación de poder. La cuestión es de primer orden porque si se estima que en tales casos no existe desviación de poder, sino sólo vicio de forma, de competencia, o de contenido, ni sería viable plantear una cuestión de desviación de poder, ni la sentencia versaría sobre desviación de poder, ni cabría apelación contra tales sentencias, ni en caso de haber prosperado por desviación de poder.

En supuestos como los señalados se da, como es lógico, vicio de desviación de poder, si bien superpuesto y conexas con otros vicios que le sirven de instrumento. En tales casos no puede dudarse de que se han usado potestades administrativas para fines distintos a los marcados por el Ordenamiento jurídico.

El problema ha sido perfecta y certeramente matizado por la sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de diciembre de 1959, cuando literalmente declara en uno de sus considerandos: «que, por el contrario, si el acto administrativo hubiera consistido en el nombramiento de D... para el cargo de...—como planteaba el apelante en su escrito de contestación a la demanda—, se hubiera producido *no sólo la infracción jurídica material de la base sexta del concurso, sino una plena desviación de poder...*» Claramente se observa cómo pueden coexistir vicios heterogéneos de los actos administrativos que sirvan de instrumentos a la desviación de poder. Quizá por ello, en estos casos, nos pronunciemos por la no conveniencia de la limitación de las apelaciones a cuanto concierna con la desviación de poder, por ser inevitable, dada la conexión existente, el examen de vicios ajenos en apariencia a la desviación de poder.

Por su parte, la Sentencia de la Sala 5.^a de 24 de octubre de 1959, en la que se resolvió sobre la existencia ed desviación de poder en el nombramiento realizado al interpretar las bases de un concurso, se llega también a semejantes conclusiones, aunque quizá menos explícitamente. En el referido concurso se establecía que se podría elegir libremente la oferta que, a juicio del presidente, ofrezca mayores garantías de acierto para la gestión recaudatoria y mejores beneficios reporte para la Corporación, sin que por ello los concursantes puedan formular ningún recurso, ya que la Administración municipal obra en estos supuestos en ejercicio de la potestad discrecional de que se halla revestida. Sobre este planteamiento la Sentencia citada establece que para saber si se usó adecuadamente de esta potestad discrecional es necesario examinar las condiciones de distinta índole que reunieran los diversos concursantes. Siguiendo este plan, la sentencia empieza a analizar las condiciones aducidas por los concursantes (antecedente e historial de preparación, servicios anteriormente citados digo prestados en las mismas funciones, ofertas económicas de cada uno, premios de cobranza, garantías ofrecidas), terminando con la afirmación de que uno de los concursantes, distinto al nombrado, reunía mejores condiciones en cuanto a la competencia profesional, de tipo económico, de garantía financiera, y no siendo menores las de tipo moral, por lo que «la Corporación municipal de referencia, al nombrar a D..., incurrió en desviación de poder, por haber hecho uso indebido o *erróneo* de su potestad discrecional, ya que la designación efectuada no se ajustaba al fin del concurso».

A la vista de cuanto antecede, surge la siguientes interrogación: ¿Estamos en presencia de un vicio de desviación de poder? A primera vista habría que decir que los vicios observados por la sentencia en el acto administrativo suponían más un error en los hechos, o mejor un error en la apreciación de los hechos realizada por la Administración. Sabido es que el vicio del error en la apreciación de los hechos que sirven de base a un acto constituye un vicio de los actos administrativos distinto, aunque íntimamente vinculado, a la desviación de poder (11). Sin em-

(11) Conviene citar aquí el fenómeno interesantísimo de que cuando nuestra Ley de 27 de diciembre de 1956 establece abiertamente en nuestro Derecho positivo el recurso por desviación de poder, ya en Francia este tipo de impugnación había sido superado, con creces, con la admisión de la posibilidad de fiscalización jurisdiccional de los hechos que sirven de presupuesto a los actos administrativos y de la doctrina de los principios generales del Derecho. Aun cuando el artículo 83 de nuestra Ley jurisdiccional no menciona expresamente tales posibilidades, sino sólo la desviación de poder, no puede haber la menor duda de que caben en nuestro Derecho, en virtud de la expresión genérica, «cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico» empleada por el artículo 83 de la Ley. (Véase, por lo que respecta a Francia, R. VIDAL: *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, en «Rev. Droit Public», abril-junio 1952, págs. 287 y sigts. *Los principios generales del Derecho en el*

bargo, se observa en nuestro caso cómo la indebida apreciación de los hechos que sirven de presupuesto al acto administrativo se conecta en la sentencia con el elemento teleológico del concurso, que es la selección del mejor, considerándose que con dicha indebida apreciación de los hechos se ha quebrantado también el fin del concurso, incurriéndose por ello en desviación de poder.

Con todo ello se evidencia cómo, en nuestra jurisprudencia, coexiste el vicio de desviación de poder con otros vicios de los actos administrativos que hacen posible a aquel y con el que se encuentran estrechamente vinculados.

4. *El vicio de desviación de poder en los actos reglados y en los discrecionales.*—En las Sentencias de la Sala 5.^a de 24 de octubre y 1 de diciembre de 1959, que contienen la más amplia y ajustada doctrina que hasta ahora ha establecido el Tribunal Supremo, se hacen afirmaciones de singular interés en orden a los actos administrativos que son susceptibles de desviación de poder (12). Al analizar la definición de desviación de poder contenida en el apartado 3 del artículo 83 de la Ley jurisdiccional, que consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, se afirma en la primera de las mencionadas Sentencias que dicho concepto es «aún más» amplio que el expuesto (en considerandos anteriores), pues no sólo comprende los titulados actos discrecionales, sino incluso los reglados. Esta doctrina es recordada expresamente en la de 1 de diciembre de 1959, en la que se lee: «Pudiendo existir (la desviación de poder) tanto en el ejercicio de potestades discrecionales como regladas.»

Semejantes afirmaciones son de especial interés por cuanto la desviación de poder ha sido, casi siempre, examinada como vicio específico de los actos discrecionales. La citada doctrina jurisprudencial nos plantea la interrogante de si, científicamente, es posible la existencia de desviación de poder en los actos de contenido reglado o, si se prefiere, de contenido automático. Con relación al Derecho positivo es manifiesto que el artículo 83-3 de la Ley de lo contencioso, no distingue entre potestades discrecionales y regladas, sino que define la desviación de poder, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los marcados por el Ordenamiento jurídico. ¿Puede decirse, a la vista de tal concepto, que cabe desviación de poder en los actos reglados? Conviene señalar a este respecto la diferencia terminológica que observamos en las Sentencias citadas. En la de 24 de octubre de 1959 se dice que en el concepto del artículo 83-3 de la Ley se comprenden los titulados actos discrecionales y los reglados, mientras que en la de 1 de diciembre de 1959 se

Derecho administrativo francés contemporáneo, de J. RIVERO, en el núm. 6 de esta REVISTA, págs. 289 y sigts., entre otros muchos trabajos.)

(12) Debemos consignar que el magistrado ponente de ambas sentencias ha sido don Manuel CERVÍ CABRERA.

nos dice que la desviación de poder cabe tanto en el ejercicio de *potestades* discrecionales como regladas. Vale la pena señalar el diferente matiz terminológico empleado en ambas sentencias para conexionalarlo con la expresión de la Ley de lo contencioso que define a la desviación de poder como referida al ejercicio de *potestades* administrativas.

La expresión potestad es un concepto acuñado en el Derecho público especialmente por la doctrina italiana (13). Naturalmente que el ejercicio de potestades administrativas cristaliza en la producción de actos de la misma índole, pero, a la inversa, no existe unanimidad doctrinal sobre si todo acto administrativo es fruto del ejercicio de una *potestad* o de una *función*. Porque la idea de *potestad* implica siempre una libertad o discrecionalidad en el origen de su ejercicio. Se puede poner en ejercicio la *potestad* o se puede no poner; se puede hacer uso de la potestad o se puede no hacer uso de ella. Todo ello con independencia de que si se decide ejercerla, el contenido de las actuaciones esté reglado y sea automático. Por el contrario, la idea de *función* supone necesaria y obligatoriamente el ejercicio de la actuación administrativa, sin que quepa la posibilidad de eludir dicho ejercicio, que de tal manera más que una *potestad* pura viene a constituir una *función*, esto es, una obligación para la autoridad. Ello también con independencia de que los actos producidos en el ejercicio de *funciones* públicas puedan tener un contenido discrecional o un contenido automático.

Con arreglo a esta problemática podríamos decir que en el vicio de desviación de poder, tal como se define en el artículo 83-3 de la Ley jurisdiccional, pueden incurrir los actos discrecionales y los de contenido automático que se producen en el ejercicio de *potestades* administrativas, así como también los actos de contenido en algún modo discrecional que se produzcan en el ejercicio de *funciones* administrativas, sin que tal vicio se dé en los actos de contenido automático que se produzcan en el ejercicio de *funciones* administrativas, salvo que los vicios de forma o de competencia o cualquier otro en que puedan incurrir sean instrumento para la consecución de fines contrarios al Ordenamiento jurídico.

Esto requiere una más minuciosa explicación. Que un acto de contenido discrecional puede incidir en desviación de poder, tanto si se produce en el ejercicio de *potestades* como de *funciones* administrativas, es algo que no tiene duda. La cuestión no es tan clara en relación con los actos administrativos de contenido automático. Si la autoridad que lo dicta no es libre para dictarlo o no dictarlo, sino que necesariamente tiene que producirlo (ejercicio de *funciones* de contenido auto-

(13) SANTI ROMANO: *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano, 1947, voz Poteri-Potestà.—GIANNINI, M. S.: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1950, I, página 266.—FERRI: *Sul concetto di facoltà in Diritto Pubblico*, Roma, 1939, en donde se nos habla de la indiscriminación de las potestades y de los derechos subjetivos.

mático), el acto no puede contener desviación de poder por cuanto la autoridad, cualquiera que fueran los fines que persiga, está obligada a producirlo con un contenido automático. Son casos en los que el fin marcado por el Ordenamiento jurídico se cumple cualquiera que fuesen los fines que pueda perseguir quien lo dicta. Por ejemplo, en los establecimientos públicos docentes la apertura de matrícula es obligatoria para la autoridad, y si el administrado solicita su matrícula en regla, el acto administrativo de admisión tiene que producirse, automáticamente, con un contenido afirmativo. En estos casos no puede darse desviación de poder, porque el fin marcado por el Ordenamiento jurídico se cumple automáticamente. Este principio sólo tendría una excepción, cual sería que tal acto fuese adoptado con vicio de competencia, de forma, de apreciación de hechos, o de cualquier otro, siempre que tales vicios fuesen producidos como instrumentos que hicieran posible la consecución de fines distintos a los marcados por el Ordenamiento jurídico.

Los ejemplos podrán aclarar quizá el significado de lo dicho. Si un acto administrativo tiene necesariamente que producirse y producirse además con un contenido automático y se dicta precisamente con un contenido contrario al Ordenamiento jurídico, con la finalidad específica de dañar al posible beneficiario de ese acuerdo, no puede haber duda de que semejante acto estaría viciado en cuanto a su contenido, pero también en cuanto a su finalidad. La cuestión es importante, porque con el planteamiento de ambas cuestiones, siendo el asunto inapelable por la materia o cuantía, daría lugar a que la sentencia de primera instancia fuera apelable. En semejantes casos limitar la apelación sólo a cuanto concierne a la desviación de poder, no parece realizable por cuanto la íntima conexión de ambos vicios aconseja el planteamiento en segunda instancia de ambas cuestiones. Semejantes ejemplos podrían multiplicarse con vicios de forma, competencia o cualquier otro que pudiera ser instrumento para la persecución de fines contrarios a los marcados por el Ordenamiento jurídico.

A la vista de cuanto llevamos dicho debemos resaltar el acierto de las sentencias de 24 de octubre y de 1 de diciembre de 1959, cuando afirman que el vicio de desviación de poder puede darse tanto en los actos reglados como en los discrecionales, tanto en el ejercicio de potestades regladas como discrecionales. Habría sólo que añadir que el vicio de desviación de poder no puede darse en los actos de producción obligatoria de contenido y demás elementos automáticos (competencia, forma, hechos, etc.), cuando en el referido acto se cumplen, con arreglo al Ordenamiento jurídico, todos sus elementos ajenos al fin. (Si un acto tiene que producirse, por una autoridad, con unas formas, en un tiempo, sobre unos hechos automáticos y con un contenido automático y todos esos elementos se cumplen regularmente, no puede hablar-

se de desviación de poder, por cuanto la finalidad marcada por el Ordenamiento jurídico en tales supuestos se cumple inexorablemente.)

5. *La prueba de la desviación de poder y la convicción moral de los Tribunales para declararla.*—Vale la pena poner de relieve cómo hasta ahora la prueba en la jurisdicción contencioso-administrativa no ha tenido la importancia que tiene en otras jurisdicciones. Estadísticamente, el porcentaje de recursos contencioso-administrativos que se reciben a prueba es muy inferior al de los pleitos civiles recibidos a prueba. La misma composición e integración en Audiencias y Tribunal Supremo de los órganos juzgadores de esta jurisdicción podrían explicar, sólo en cierta medida, el matiz aludido. Mas la verdadera explicación radica en que, por una parte, los recursos contenciosos plantean, por lo general, problemas de Derecho, y, por otra, en que los hechos que le sirven de fundamento se recogen en un expediente en el que, por lo general, le ha sido permitido al particular aportar en vía administrativa cuantos documentos estimase oportunos (14).

Pero desde el momento en que el régimen administrativo de un país admite la posibilidad de fiscalización jurisdiccional de los actos de la Administración por vicio de desviación de poder y por vicio en los hechos o en la apreciación de los que sirven de presupuesto a los actos administrativos, la prueba en la jurisdicción contencioso-administrativa adquiere, en estos casos, un valor esencial para el éxito de las pretensiones del recurrente.

El recurrente ha de suministrar siempre los hechos en que base su razonamiento de desviación de poder, cuando la existencia de tal vicio se deduzca de los hechos y no de meras interpretaciones jurídicas contrarias a la finalidad típica de la institución que se interprete. Mas, naturalmente, la prueba plena e indiscutible de los fines contrarios a los marcados por el Ordenamiento jurídico que pretenda obtener la autoridad actuante, es difícil de conseguir. Salvo en los casos de confesión o de testigos en que ello fuese viable, posibilidad rarísima que

(14) Es un tema al que ya he tenido ocasión de referirme en mi trabajo *Consideraciones generales sobre la vía gubernativa*, en *Estudios en honor de García Oviedo*, Universidad de Sevilla, 1954, I, pág. 242, en donde cito la bibliografía sobre el problema de la prueba en el proceso administrativo.

Refiriéndose al problema de la prueba en la desviación de poder debemos citar el trabajo citado de S. M. RETORTILLO en especial, pág. 174, y el de SERRA PIÑAR: *El recurso por desviación de poder*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1942, página 184, número dedicado a GASCÓN Y MARÍN.

MICHOUD, en su trabajo *Etude sur le pouvoir discretionnaire de l'Administration*, en «Revue generale de l'Administration», 1915, I, 210, señala cómo la fiscalización de los fines subjetivos que persiga la autoridad al producir actos viciados de desviación de poder sólo puede hacerse en relación con los datos y circunstancias de hecho que se acrediten en el expediente y demás actuaciones judiciales.

se dé por razones obvias, la prueba de la desviación de poder radicaré, en la mayoría de los casos, en las presunciones. La desviación de poder de esta manera se deducirá, por presunciones, de unos hechos que necesariamente deberán ser probados por cualquier instrumento probatorio de los permitidos en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Desde un punto de vista práctico puede aconsejarse que en los hechos de la demanda se especifiquen aquellos de los que pueda deducirse la existencia de tal vicio. Llamamos la atención sobre este extremo porque como la desviación de poder consiste en la persecución de fines ajenos a los marcados por el Ordenamiento jurídico, en muchas ocasiones los hechos de los que puedan inferirse tales fines, serán también ajenos al expediente administrativo, por lo que requerirán una prueba, debiendo por tanto mencionarse entre los hechos de la demanda. En los fundamentos de Derecho se razonará el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, existente entre el hecho probado y los fines contrarios a los marcados por el Ordenamiento jurídico (15).

Con relación a la prueba de la desviación de poder, extremo básico para la instauración práctica de esta figura jurídica, debemos citar la amplitud probatoria que pone en manos de los Tribunales el artículo 75 de la Ley reguladora de la jurisdicción (16).

Por todo lo dicho, para que el vicio de desviación de poder pueda ser corregido por los Tribunales contenciosos, se hacía necesario un amplio criterio jurisprudencial en orden a la prueba de la existencia del mismo. En definitiva la gloria o el fracaso del intento de la nueva Ley de lo contencioso queda en manos de los Tribunales de la jurisdicción. Por ello sin duda hay que dar el debido realce al criterio que inicialmente sobre tan importante extremo sienta la sentencia de la Sala 5.^a de 1 de diciembre de 1959 al proclamar literalmente en uno de sus Considerandos que «es suficiente la convicción moral que se forme el Tribunal sobre la existencia de desviación de poder, para poder declarar esta...». En parecido sentido la sentencia de 24 de octubre de 1959 se expresa así: «que en el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder se fiscaliza si el acto... ha cumplido el fin del buen servicio, examinando... si el acto recurrido ha satisfecho el interés general y el buen servicio, o si, por el contrario, en su acuerdo han prevalecido fines distintos, que no es preciso consten expresados en el expediente, bastando que del examen de éste puedan deducirse, llegán-

(15) Artículos 1.249 y 1.253 del Código civil.

(16) Una cuestión de interés práctico es la de si, no habiéndose alegado por las partes en los escritos de debate cuestión de desviación de poder, podría la sentencia anular el acto por la existencia de dicho vicio. Creemos que es ello posible siempre que aplique para ello el Tribunal el contenido del artículo 43 de la Ley de lo contencioso, pudiendo en su caso también hacer uso para ello de los medios probatorios de oficio a que hace referencia el artículo 75.

dose a formar la convicción de que se ha cometido la desviación de poder» (17).

No hemos de insistir en la importancia que para el porvenir de la desviación de poder tiene esta doctrina jurisprudencial. De ella bien puede decirse que pone el dedo en la llaga del verdadero problema, que no es otro que el siguiente: la desviación de poder es muy difícil de probar plenamente, pero es muy fácil de advertir su existencia y el adquirir el convencimiento moral de su existencia cuando el asunto se enjuicia por un juez idóneo y conocedor de las realidades administrativas. Si esta doctrina jurisprudencial no cambia, pronto llegarán a la Administración activa los sanos efectos de su ejemplaridad y de su eficacia, y por este camino también podrá conseguirse la plenitud institucional del Ordenamiento jurídico que constituye, en nuestro régimen administrativo positivo, desde la Ley de 27 de diciembre de 1956, la piedra angular del mismo.

Mas, a efectos probatorios, deseo resaltar también un aspecto importante de la sentencia de 24 de octubre de 1959, que creo más relacionado con la prueba del error en los hechos o en la apreciación de los hechos que con la desviación de poder. Me refiero a las siguientes palabras de la citada sentencia: «no basta que en éste (acto administrativo) se señalen expresamente las razones del acuerdo, sino que es preciso no carezcan de viabilidad en el mundo de la realidad, pues, de no ser así..., se faltaría a la objetividad que debe prevalecer en las que tienen un carácter discrecional, dándose un vicio de nulidad por desviación de poder, tanto en los casos de inexistencia de motivo básico del acto como de *error en la apreciación del órgano actuante, si bien este último supuesto ha de estimarse por los Tribunales exclusivamente en los casos en que no se admita duda y su existencia sea evidente e incontrovertible*».

Con estas expresiones se evidencia lo que ya antes dijimos, esto es, que en la sentencia de 24 de octubre de 1959 se dió un vicio de error en la apreciación de los hechos que constituían el presupuesto del acto impugnado, que fué el instrumento que posibilitó la desviación de poder. Por ello sin duda se distingue, en la sentencia, entre la prueba de la desviación de poder, caso en que basta la convicción moral del Tribunal para declararla, y la prueba del error en la apreciación de los hechos por el órgano actuante, caso en el que para declarar tal

(17) No podemos dejar de recordar, ante las expresiones citadas de las sentencias recogidas en el texto, la opinión de DUEZ y DEBEYRE, quienes opinan que la psicología del autor del acto hay que examinarla a través de los elementos contenidos en el expediente y de los hechos que lleguen al juicio. El expediente y los autos, como se dice en las sentencias citadas, son los elementos de los que puede deducirse la desviación de poder (*Traité de Droit Administratif*. París, 1952, pág. 393).

vicio—distinto técnicamente de la desviación de poder—hace falta que no exista duda sobre su existencia, que será evidente e incontrovertible.

Parece lógico deducir de esta doctrina jurisprudencial lo que está de acuerdo con los principios científicos, esto es, que el vicio de error en los hechos (no de hecho o material) o en la apreciación de los hechos, que es un vicio que se da en el elemento del presupuesto fáctico de los actos administrativos y no del fin, requiere prueba plena, evidente e incontrovertible, mientras que en el vicio de desviación de poder, que es un vicio en gran medida subjetivo del elemento teleológico de los actos administrativos, requiere tan sólo, para la declaración de su existencia, el convencimiento moral por parte de los Tribunales (18).

(18) Conviene llamar la atención sobre la importancia de la sentencia de 24 de octubre de 1959 no sólo por lo que concierne a la desviación de poder, sino también por lo que supone de novedad en orden a la admisión (explícita) que contiene del control jurisdiccional de la apreciación de los hechos, realizada por la autoridad administrativa, que como sabemos constituye junto a la doctrina de los principios generales del Derecho, la conquista más progresiva realizada por el Consejo de Estado francés en los últimos tiempos.

La originalidad del caso resuelto en la referida sentencia radica en que, a través del vicio de error en la apreciación de los hechos (quien ofrecía de los aspirantes al concurso, mayores garantías de acierto para la gestión recaudatoria y mejores beneficios para la Corporación, para lo cual cada aspirante formuló su historial y garantías, circunstancias fácticas que fueron indebidamente apreciadas por la Administración), se consumó también una desviación de poder, haciendo mal uso de la potestad discrecional que tenía otorgado la Administración para apreciar tales circunstancias fácticas. No queda del todo claro en la sentencia si se persiguieron fines distintos a los marcados por el Ordenamiento jurídico, o, por el contrario, sólo se quebrantó la finalidad típica del concurso.

Véase sobre el particular el trabajo de LETOURNER: *El Control en los hechos por el Consejo de Estado*, en el número 7 de esta REVISTA, en donde se pone de relieve como en virtud del control de los hechos ha sido superada en Francia la desviación de poder. También JEANNEAU en *Les Principes généraux dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, pág. 39. Por lo que respecta a nuestra literatura, S. MARTÍN RETORTILLO, en su citado trabajo, pág. 172, había escrito estas palabras que han resultado fecundas y proféticas en relación con la sentencia de 24 de octubre de 1959: «Ahora bien, reducir la desviación de poder única y exclusivamente en relación con el fin, aunque en última instancia todo se concrete en él, puede ser peligroso; la desviación en este sentido originario, ha sido superada por la técnica de apreciación y constatación de los hechos por parte de los Tribunales, técnica que es un producto superior de aquella jurisprudencia, y que ha sido incluida por ella—al menos en algún momento—dentro del concepto ciertamente complejo de *detournement* o de *exceso di potere*, superándose así la idea terminológica de estos conceptos, excesivamente restringida al juego estricto de la discordancia del fin. Interesa señalar este punto, para evitar que la desviación de poder no se concrete ahora entre nosotros a un concepto escasamente virtual como ocurriría si se redujese a la única y exclusiva función de constatación de fines. Es preciso incluir en la institución toda la problemática del control de los hechos,

6. *Desviación de poder e inmoralidad en nuestro Ordenamiento administrativo.*—En nuestro régimen jurídico-administrativo positivo no puede plantearse problema alguno en orden a la ya superada polémica sobre si la desviación de poder constituye un vicio de legalidad o de moralidad administrativa. El artículo 83 de la Ley jurisdiccional lo encuadra dentro de los vicios del Ordenamiento jurídico, y su Exposición de motivos expresamente nos habla del problema, pronunciándose abiertamente por la solución de que la desviación de poder es un vicio del Ordenamiento jurídico (19).

Mas si conviene precisar al respecto distintos matices de este vicio, por cuanto existen autoridades administrativas que se sienten ofendidas cuando se impugnan sus actos por desviación de poder. Este vicio de los actos administrativos puede, desde un punto de vista ético, constituir, además de infracción del Ordenamiento jurídico, inmoralidad. Mas no siempre que se cometa el vicio de desviación de poder se comete también inmoralidad. A este respecto conviene precisar que la desviación de poder no radica tanto en la persecución de fines distintos a los marcados por el Ordenamiento jurídico como en el quebrantamiento del fin típico del acto que se produzca. Si se quebranta la finalidad marcada por el Ordenamiento jurídico estamos en presencia de la desviación de poder, aun cuando el actor del acto no hubiera perseguido finalidad alguna distinta a la marcada por dicho Ordenamiento. Es el vicio—carente por completo de malicia en quien lo realiza—que se da cuando se interpreta, de buena fe, un concepto indeterminado, un concepto válvula, quebrantando la finalidad de la institución jurídica que se interpreta. Debemos, sin embargo, mencionar que el artículo 83 de la Ley de lo contencioso-administrativo ha recalcado, con exceso, el requisito de la persecución de fines distintos a los marcados por el Ordenamiento jurídico, cuando en realidad la desviación de poder radica en la infracción del fin típico que hay que lograr, con independencia de que se busquen o no fines distintos a aquél (20).

que éstos, en definitiva, alterados o sustituidos, hacen imposible la plena y específica actuación del fin por el que la Administración debe obrar.»

(19) Vid. S. ROYO-VILLANOVA, en «Revista de Estudios de la Vida local», núm. 91, página 20, donde se publica el discurso que pronunció como ponente en las Cortes con ocasión de la aprobación de la Ley de 27 de diciembre de 1956. También GARRIDO FALLA, en su *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, página 253, y en su *Tratado de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1958, pág. 463. Sobre el tema concreto de la inmoralidad y la desviación de poder puede examinarse el trabajo de WELTER: *Le controle juridictionnel de la moralité administrative*. Nancy, 1929.

(20) En la sentencia de la Sala 5.ª de 1 de diciembre de 1959 se leen las siguientes palabras: «Considerando que como sostiene acertadamente la sentencia apelada, no cabe efectuar estimación alguna sobre la licitud de las Bases del concurso...; pero de esta afirmación no puede concluirse que no quepa interpretarlas, para aplicarlas en la

Prescindiendo de este primer matiz que puede no plantear problema alguno de inmoralidad, conviene insistir en los casos en que la autoridad persigue fines contrarios a los marcados por el Ordenamiento jurídico. Ya en esta materia puede perfectamente matizarse entre los casos en que los fines perseguidos son públicos (sean o no de la competencia de la entidad a que pertenece la autoridad que lo dicta) o personales (venganza, conveniencia económica, afán de lucro, etc.). En este terreno no tenemos que insistir en que la inmoralidad puede estar íntimamente vinculada con la desviación de poder (21) (22).

7. *¿Pueden los Tribunales de justicia, al sustituir un acto administrativo por otro, cometer desviación de poder?*—Uno de los problemas más interesantes que se han planteado en las sentencias a que se refiere este trabajo es precisamente el de si los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1.^a Instancia, en sus sentencias, pueden cometer desviación de poder.

La sentencia de la Sala 5.^a de 1 de diciembre de 1959 niega la posibilidad de que los Tribunales cometan desviación de poder por cuanto en las sentencias podrá existir error o prevaricación, pero—se dice—no una intención de aplicar el Ordenamiento jurídico con fines distintos a los prefijados por éste, y ello cualquiera que fuese el contenido del pronunciado del Tribunal, por cuanto la sentencia no reviste el

forma que resultase más ajustadas a su espíritu, a su texto literal y *al fin* que con el concurso se persiguiera.»

Y en la misma sentencia puede leerse en el penúltimo de los Considerandos «que, al darse lugar con la sentencia apelada, a que puedan prosperar unos fines distintos a los fijados por el Ordenamiento jurídico, aun cuando se haya iniciado digo incidido en ello por error, se hace ineludible proceder a su revocación».

(21) En la sentencia de 14 de mayo de 1959, también de la Sala 5.^a, de la que fué ponente don Ambrosio LÓPEZ GIMÉNEZ, se matizó entre las diversas clases de fines, contrarios al Ordenamiento jurídico, que pueden perseguirse en los actos administrativos: «que la desviación de poder—se dice en ella—supone un ánimo predeterminado de utilizar la facultad de obrar con fuerza de obligar que los órganos de la Administración ostentan, orientándola hacia la consecución de objetivos no previstos concretamente por la motivación legal que inspira la norma que se aplica, aun cuando al hacerlo se observen las formalidades exigidas para su legitimidad, pudiendo afirmarse que dicha desviación es más o menos flagrante, según que el fin hacia el que se enderece sea propio de la actividad administrativa, aunque no previsto en el designio de la norma de que se trate, o, por el contrario, se inspire en móviles personales o cualesquiera otra causa de ilegitimidad».

(22) En la sentencia de la Sala 5.^a de 24 de octubre de 1958 se recogen ocho Considerandos puramente teóricos sobre la desviación de poder a los que habría que añadir los cinco Considerandos de aplicación de dicha doctrina al caso concreto de que se trataba. En dichos Considerandos de pura doctrina está latente en ocasiones no sólo la desviación de poder, sino también, el vicio de «mérito» de los actos administrativos.

carácter de ejercicio de potestad administrativa, sino jurisdiccional (23). Es curioso señalar que tras la proclamación de esta doctrina declara en otro de sus Considerandos que si el acto administrativo hubiera consistido en la realización del mismo nombramiento que contenía la sentencia, se hubiera cometido, entonces, una plena desviación de poder. Aun cuando a primera vista pudiera pensarse en cierta contradicción, no se da—con independencia de lo que pensemos sobre la imposibilidad de que los Tribunales cometan desviación de poder—por cuanto se matiza la diferencia que hubiera existido entre el nombramiento verificado por la sentencia, en el que prosperaron fines contrarios al Ordenamiento jurídico por error, y el mismo nombramiento si hubiese sido realizado por la Administración, en cuyo caso, como razona ampliamente la sentencia, se habrían conseguido fines contrarios al Ordenamiento jurídico, no por error, como en el caso de la sentencia, sino por una evidente intención y finalidad contraria a la legal. Naturalmente que, aun admitiendo la sentencia de 1 de diciembre de 1959 el referido distinguo, se revocó la sentencia apelada por cuanto con la misma se hacían prosperar unos fines distintos a los fijados por el Ordenamiento jurídico, aun cuando dicha sentencia incidió en ello por error y no por malicia (24).

(23) Dice literalmente el primero de sus Considerandos: «Que, no puede aceptarse la tesis sostenida por la parte apelante, de la existencia de desviación de poder en la sentencia recurrida, pues su estimación sólo cabe apreciarla en cuanto a los actos administrativos y al ejercicio de potestades de esta índole, a que se refiere el párrafo 3.º del art. 83 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, definidor de lo que deba entenderse por desviación de poder, el cual la costringe al uso de dichas facultades para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico y como quiera que, exclusivamente incumbe a la Administración el aplicar y llevar a la práctica los preceptos y disposiciones administrativas, sólo al dictar actos de esta naturaleza cabrá la posibilidad de que tenga cabida la desviación de poder, sin que pueda hacerse extensiva a actuaciones de distinta índole y menos aún, cuando son de diferente ámbito jurisdiccional, ya que en las sentencias que se dictan en la vía contencioso-administrativa podrá existir, de no ser acertadas, error o prevaricación, pero no una intención de aplicar el Ordenamiento jurídico con fines distintos a los prefijados por éste, pues es evidente que en las mismas no se ejercen potestades administrativas, sino jurisdiccionales, y aun cuando en uso de ellas deban considerarse e incluso hasta revisarse los actos de la Administración, en los que usó aquellas facultades, la naturaleza del pronunciado que el Tribunal efectúe, cualquiera que sea su contenido, no reviste el carácter de ejercicio de potestad administrativa, sino de facultad jurisdiccional, interpretadora y definidora de la legalidad del acto que la Administración hubiere realizado al ejercer sus facultades y, por lo tanto, ajena a su ejecución y uso de éstas.» Añadiéndose «que, por lo tanto, excluida la idea de desviación de poder, en las sentencias que dicten los Tribunales provinciales de lo contencioso-administrativo...»

(24) Literalmente decía así el penúltimo de sus considerandos: «Que, al darse lugar con la sentencia apelada a que puedan prepararse unos fines distintos a los fijados por el Ordenamiento jurídico, aun cuando se haya incidido en ello por error, se hace inelu-

Planteado en estos términos el problema, la cuestión radica en determinar si los Tribunales de Justicia, en sus sentencias, pueden o no incurrir en desviación de poder. Obsérvese que la sentencia que comentamos sienta una doctrina general según la cual los Tribunales *no pueden* cometer desviación de poder. Vale la pena detenerse en esta afirmación.

En nuestra Ley jurisdiccional no conviene olvidar que la piedra angular de todo recurso contencioso-administrativo está contenida en la sección 8.^a del capítulo I del título IV, que trata de la sentencia en *primera instancia*. A este respecto se dice que el artículo 83 determina que la sentencia (en primera instancia) estimará el recurso cuando el acto o la disposición (en primera instancia no pueden impugnarse más que actos o disposiciones de la Administración) incurriese en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, entendiéndose por ésta el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el Ordenamiento jurídico.

A la vista del tenor literal de este precepto, podría decirse que la desviación de poder sólo puede recaer en los actos administrativos, pero no en las sentencias, ya que sólo aquéllos constituyen el ejercicio de

dible proceder a su revocación, restableciendo el acto administrativo ajustado a aquél y las situaciones individualizadas derivadas del mismo:»

Para facilitar al lector la comprensión de la doctrina, resumimos brevemente los supuestos de hechos del caso. Se trataba del nombramiento de un alto cargo en un Ayuntamiento mediante un concurso, en cuyas bases se percibía, a través de las incidencias de su gestación, que existía en cierto sector del Ayuntamiento el deseo de hacer el retrato de un aspirante, burlando la finalidad de la selección que es propia de los concursos de méritos. Mas en las bases firmes se daba al Tribunal calificador de los méritos de los aspirantes un cierto margen de discrecionalidad, por lo que las bases podían y debían interpretarse en un sentido que no favorecían al aspirante cuyo retrato había intentado hacer un sector del Ayuntamiento. El Tribunal calificador del concurso interpretó recta e imparcialmente dichas bases y elevó la propuesta a favor de un aspirante distinto al que quería favorecer un sector del Ayuntamiento. La Corporación no tuvo más remedio que aceptar la propuesta y realizar el nombramiento. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, fué estimado en primera instancia, anulándose por la sentencia el nombramiento y nombrándose en su lugar al aspirante que quiso favorecer el Ayuntamiento. La Sala 5.^a del Tribunal Supremo matiza perfectamente y distingue entre las bases firmes del concurso, en cuya gestación se pudo observar una intencionalidad contraria a la finalidad marcada por el Ordenamiento jurídico, que, sin embargo, permitían una recta e imparcial interpretación, de acuerdo con los fines legales y el acto de aplicación de las referidas bases, que, de haberlo producido el Ayuntamiento, tal como luego lo hizo la sentencia, hubiera significado una plena desviación de poder porque estaban patentes los fines contrarios al Ordenamiento jurídico perseguidos, mientras que al realizarlo la sentencia, por error o equivocación, pero no por malicia, se quebrantaron los fines marcados por el Ordenamiento jurídico, sin que el Tribunal de justicia hubiera perseguido, como un sector del Ayuntamiento, fines ilícitos.

potestades administrativas, mientras que las sentencias constituyen el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Mas si se emplea esta interpretación literal para resolver el problema, se está olvidando que el artículo 83 se está refiriendo a la primera instancia en la que, como es obvio, el objeto del proceso sólo puede ser un acto administrativo o una disposición y nunca una sentencia.

Si nos fijamos en el capítulo II de este mismo título IV, que disciplina los recursos contra las decisiones judiciales, y especialmente en su sección 2.^a (artículos 94 y siguientes, reguladores de la apelación), observaremos que no se contiene en sus preceptos una norma que defina (como hace el artículo 83 para la primera instancia) cuándo se deben estimar las apelaciones. Naturalmente que esa norma no puede ser otra que la siguiente: una apelación se estimará cuando la *sentencia* apelada contenga alguna infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Porque no debemos olvidar que en segunda instancia el objeto del proceso no es ya el acto administrativo, sobre todo cuando éste ha sido anulado y sustituido por una declaración de derecho, sino la sentencia apelada anulatoria del acto impugnado en primera instancia. No compartimos la opinión de que la sentencia apelada pueda contener *cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, excepto la desviación de poder.*

Este punto de vista por nuestra parte se fundamenta en que los Tribunales, cuando fallan los recursos contenciosos de primera instancia anulando los actos administrativos y sustituyéndolo por otros (25) o por declaraciones de derechos, lo que realizan es una función de sustitución de la actividad de los litigantes en la que han visto autores del relieve de CHIOVENDA la verdadera esencia de la Jurisdicción. Y si los Tribunales judiciales lo que realizan es la aplicación a los casos concretos de preceptos de Derecho administrativos, de la misma manera en que con anterioridad lo ha hecho la Administración, resulta difícil pensar que en esa función de interpretación y de aplicación del Derecho administrativo no puedan caer en los mismos vicios e infracciones del Ordenamiento jurídico en que pueden caer las autoridades administrativas. ¿Es que una sentencia que quebranta el Ordenamiento jurídico en el contenido o en la forma no puede quebrantarlo en el fin, con intención o por equivocación? Creemos que esta interrogación no puede tener más que una contestación afirmativa. Creemos que podrá discutirse si en un caso concreto una sentencia judicial quebranta o no la finalidad marcada por el Ordenamiento jurídico y si dicha infracción se ha producido para perseguir otros fines o por error, pero

(25) En el caso concreto de la Sentencia de 1 de diciembre de 1959, el fallo de la sentencia apelada no se limitó a declarar nulo el nombramiento realizado por la Administración y a declarar el derecho de otro concursante a ser nombrado, sino que llegó a nombrar directamente al recurrente.

afirmar como doctrina general que los Tribunales de justicia *no pueden* incidir en desviación de poder creemos que no es exacto (26).

La argumentación en que se basa la sentencia de 1 de octubre de 1959 para declarar que los Tribunales *no pueden* cometer desviación de poder, cualquiera que fuese el contenido de la sentencia, es varia. En primer lugar, porque los Tribunales de justicia no ejercitan potestades administrativas, sino judiciales. Consideramos que, como hemos explicado anteriormente, el artículo 83 de la Ley de lo contencioso en que se basa tal argumentación, está referido a la primera instancia, y por ello define a la desviación de poder referida al ejercicio de potestades administrativas, por cuanto en el proceso en primera instancia sólo se pueden fiscalizar actos administrativos.

El segundo argumento en que se basa tal doctrina jurisprudencial consiste en la afirmación de que «en las sentencias que se dictan en la vía contencioso-administrativa podrá existir, de no ser acertadas, error o prevaricación, pero no una intención de aplicar el Ordenamiento jurídico con fines distintos a los prefijados por éste». Nuestra discrepancia en este punto se refiere a la *imposibilidad* que se declara de que los Tribunales puedan tener intenciones de aplicar el Ordenamiento jurídico con fines distintos a los fijados por dicho Ordenamiento. No acertamos a comprender esa impecabilidad que se atribuye a los Tribunales. Que lo hagan o que no lo hagan es una cosa; que no puedan hacerlo o que no puedan tener tales intenciones es otra, a la que no podemos desde un punto de vista doctrinal prestar conformidad (27).

Finalmente, se excluye la posibilidad de desviación de poder en las sentencias, porque en éstas, de no ser acertadas, podrá existir error o prevaricación, pero no desviación de poder. Es decir, con la disyuntiva de prevaricación o de error se disuelve la posibilidad de desviación de poder. También esto requiere una meditación especial. Por lo que respecta al error, ya se ha dicho en otra parte de este trabajo que la finalidad marcada por el Ordenamiento jurídico puede quebrantarse por error o equivocación, sin que se persiga concretamente una finali-

(26) En los Tribunales contenciosos provinciales la afirmación lleva a la siguiente paradoja. Forman parte de ellos funcionarios de la Administración que, como es natural, cuando en sus cargos ordinarios administrativos emiten acuerdos, pueden incurrir en desviación de poder. Sin embargo, siguiendo tal doctrina, esos mismos hombres, con los mismos defectos y virtudes, *no pueden* perseguir fines distintos a los fijados por el Ordenamiento jurídico cuando dictan sentencias.

(27) Planteando la cuestión en el terreno sociológico, la rectitud de los Tribunales de justicia impide, por lo general, que ello se dé en la práctica. Mas de ahí a afirmarse que no pueda darse, existe una diferencia que no compartimos doctrinalmente.

Con relación concretamente a la sentencia de primera instancia revocada por la Sala 5.ª de 1 de diciembre de 1959, está fuera de duda de que tal intencionalidad no existió, sino que con ella se quebrantó el fin marcado por el Ordenamiento jurídico por error o equivocación.

lad espúrea. Este supuesto debe calificarse como incurso en desviación de poder, por cuanto este vicio radica más en el quebrantamiento del fin típico que hay que cumplir que no en la persecución intencionada de fines contrarios al Ordenamiento jurídico. De no cumplirse, por error, el fin que debió realizarse, se habrán realizado otros fines, sin la existencia de una intención malévola e incluso sin que su consecución haya pasado por la mente del juzgador.

Por lo que respecta al otro miembro del dilema, esto es, la prevaricación, debemos decir que tal denominación es puramente penal y puede darse además de la desviación de poder. Que ello es así lo demuestra el hecho de que también los funcionarios y autoridades administrativas pueden incurrir en prevaricación (28), sin que por ello pueda excluirse la existencia de desviación de poder. La prevaricación será, en estos casos, la consecuencia criminal de la actuación de quienes aplican el Derecho administrativo (autoridades, funcionarios, jueces) para fines distintos de los marcados por el Ordenamiento jurídico. La consecuencia administrativa debe ser la anulación o la revocación, por vía ordinaria, del acto administrativo o de la sentencia judicial que incidan en tal vicio. Esta misma disyuntiva empleada para intentar disolver la posibilidad de desviación de poder en las sentencias, podría también aplicarse a los actos administrativos diciendo que en éstos, de no ser acertados, existirá prevaricación o error, pero no desviación de poder. Frente a tales disyuntivas, en lo administrativo y en lo judicial, podríamos decir que tanto por error como por prevaricación se puede incidir en la desviación de poder.

Lo que ocurre es que la desviación de poder se ha predicado siempre de los actos administrativos por ser en relación con dichos actos donde ha surgido históricamente el origen de tal vicio, y porque, frecuentemente, se da en los actos administrativos y rarísima vez en las sentencias judiciales. Mas si prescindimos de este condicionamiento histórico, académico y sociológico, podremos observar cómo, doctrinal y prácticamente, no existen dificultades para admitir la posibilidad de su existencia en las sentencias judiciales. Y para intentar convencer de que ello es así, bastaría citar un ejemplo puramente hipotético. Imaginemos que un Tribunal, por móviles de venganza, dicta una sentencia contenciosa quebrantando exclusivamente los fines marcados por el Ordenamiento jurídico. De admitir que en este caso no existe desviación de poder, sino solamente prevaricación, se daría la situación paradójica, inadmisibles e inexplicable, de que los miembros del Tri-

(28) «El juez que, a sabiendas—dice el artículo 354 del Código Penal—, dictare sentencia o resolución definitiva injustas en asunto no criminal, incurrirá en las penas de arresto mayor e inhabilitación especial.» El 358 del mismo Código Penal, por su parte, establece: «El funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación especial.»

bunal serían condenados criminalmente, mientras que la sentencia, por no incidir en desviación de poder, no podría ser revocada en vía ordinaria (29).

Esta posibilidad de existencia de desviación de poder puede darse en las sentencias no sólo cuando anulan el acto impugnado y lo sustituyen por otro o por declaraciones de derecho, sino también cuando se limitan a la anulación del acuerdo recurrido, pudiendo incluso darse cuando confirman el acto administrativo, si bien, en este caso, el origen de la desviación de poder estuviese en la Administración implicando la sentencia tan sólo una confirmación de dicho vicio.

8. *Conclusión.*—El examen de los problemas planteados por las primeras sentencias del Tribunal Supremo recaídas sobre desviación de poder evidencia la necesidad de uniformar la doctrina jurisprudencial el orden al ámbito de la apelación en los casos en que ésta fuese admitida exclusivamente, por versar la sentencia sobre desviación de poder, siendo el asunto inapelable por la materia o la cuantía. En este sentido la naturaleza del recurso de apelación y la posible coexistencia de vicios, aparentemente distintos a la desviación de poder, pero que son instrumentos de ésta, aconsejan el que las referidas apelaciones se admitan sin limitación alguna.

Las sentencias de la Sala 5.^a de 24 de octubre y 1 de diciembre de 1959 deben ser resaltadas por su trascendencia en el futuro de la desviación de poder, y porque suponen una actitud progresiva en relación con un vicio de los actos administrativos que, sólo desde tal punto de vista, puede ser combatido. Por otra parte, evidencian un detenido estudio de las cuestiones debatidas y un afán de llegar a lo hondo de los problemas planteados. Afán, por otra parte, necesario e imprescindible si se quiere llegar a configurar la desviación de poder como figura

(29) Es la misma contradicción inexplicable que, hasta hace poco, se ha dado en la realidad de nuestra vida jurídica, en la que, admitiéndose el delito de prevaricación de los funcionarios públicos, no se admitía prácticamente la desviación de poder con sus efectos anulatorios.

Es cierto que una sentencia como la aludida en el texto podría revocarse a través del recurso extraordinario de revisión basado en el apartado f del artículo 102 de la Ley jurisdiccional. Pero ello implicaría para el ciudadano lesionado tener, en primer lugar, que acudir a un sumario contra los magistrados que votaron la sentencia, tener éxito y obtener una sentencia criminal firme y favorable y luego iniciar un recurso extraordinario de revisión. Seguir este camino para revocar las sentencias dictadas persiguiendo fines contrarios al Ordenamiento jurídico supondría algo tan anormal como si se exigiere para la impugnación de los actos administrativos por desviación de poder, el obtener una previa sentencia criminal declaratoria de la prevaricación de la autoridad que lo dictó. Y es que la aplicación del Ordenamiento administrativo quebrantando el fin supone desviación de poder, lo cometa quien lo cometa, con independencia de que ello criminalmente pueda suponer, además, prevaricación.

operante en la realidad de nuestra vida administrativa. Tarea ésta que, en la actual configuración de nuestra justicia administrativa, está puesta, casi exclusivamente, en las manos del Tribunal Supremo.

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO,

Catedrático de Derecho Administrativo en la
Universidad de Sevilla

