

LA DESVIACION DE PODER EN EL DERECHO ESPAÑOL

Por SEBASTIÁN M.-RETORTILLO BAQUER

SUMARIO: I. *En la coyuntura de dos reglamentaciones: la desviación de poder.*—II. *Síntesis y contenido de la desviación de poder.*—1. Planteamiento general: consideraciones sobre el acto administrativo.—2. El mérito y la desviación del poder.—III. *Derecho Español.*—1. La Ley Maura-Silvela de 1904.—2. El art. 290 del Estatuto Municipal.—3. Doctrina jurisprudencial: a) Incompetencia o extralimitación; b) Arbitrario o mal uso del poder; c) Estructuración específica de la desviación de poder.—4. La desviación de poder y la Constitución de 1931.—5. Perspectivas en el régimen local antes de la Ley de 27 de diciembre de 1956.—6. Sanción positiva de la doctrina de la desviación de poder. a) Arbitrios con fines confiscales.—b) El Reglamento de Servicios.—7. La nueva Ley Jurisdiccional de lo Contencioso.

I. EN LA COYUNTURA DE DOS REGLAMENTACIONES: LA DESVIACION DEL PODER

Sigue siendo cierta la ya vieja afirmación (1) de que reformar por un simple afán novatorio, en función de una ulterior mejora, constituye un error evidente, cuando un sistema —que es válido en líneas generales— permite, perfeccionándolo, que sean actuados de igual forma los criterios e ideas que con la sustitución total se querían establecer. Sin embargo, este principio tiene un límite en sus propios términos, límite que ciertamente traspasaba el caso de la legislación española de la jurisdicción contenciosa, que necesitaba sin duda alguna una total y nueva configuración, más profunda, incluso, a nuestro juicio, que la operada últimamente, que nos parece haber pecado precisamente de lo contrario al no haber renovado sustancialmente y con hondura todas las causas que generaron y fueron origen de la situación que se trataba de corregir. Si la jurisdicción contenciosa debe cumplir en forma eficiente su misión primordial de control, más necesaria cada vez ante la desproporción y desigualdad existente entre un enteco muro de contención y purificación, y una creciente fuerza por contener, era más que conveniente, imprescindible y necesario acometer la reforma de la

(1) DOMINGO DE SOTO, *Tratado de la Justicia y el Derecho*, 7.^a, 1.^o.

Ley jurisdiccional española: no hay duda que la vieja Ley de 1894, a pesar de los posteriores remiendos, era ya, desde hace mucho tiempo, completamente insuficiente.

Sin embargo, debemos decir, acaso por ese connatural apego a lo que se nos va, un poco si se quiere cargado de añoranza, que nos parecen algo descentradas las críticas formuladas al viejo sistema, que dirigidas a todo un orden jurisdiccional, se concretaban exclusivamente, eludiendo los otros elementos que lo integran, al articulado de la Ley, que si ciertamente estaba sobrecargada de incongruencias y defectos, ofrecía por otra parte una serie de oportunidades abiertas, que han permanecido inexploradas y sin actuarse.

Porque la valoración y juicio de toda Ley debe partir, en definitiva, de las posibilidades que ofrece para los Tribunales llamados a su aplicación, dado que tal aplicación, es bien sabido, no es un proceso silogístico y neutro, como creyó el legalismo positivista, sino necesario y connaturalmente integrativo: sólo en virtud de esta función del juez, las leyes ofrecen la posibilidad de una larga y efectiva vigencia, adaptándose a la evolución unitaria del ordenamiento en el sentido de la concepción institucional del Derecho (2). Existe así una obra, una elaboración del Derecho —no sólo aplicación— realizada por los jueces, cuya función es reducir la tensión diferenciadora existente entre la realidad normativa reguladora y la realidad social regulada (3): los ejemplos de la jurisprudencia administrativa de otros países son evidentes, e incluso en el nuestro —aunque con mucho menor significado que en otras ramas del Derecho (4)—, pues ya se ha

(2) Seguimos en este aspecto, y reiteradamente habremos de referirnos a ella, la posición de Santi ROMANO, estructurada especialmente en *L'Ordinamento giuridico*. Firenze, 1951. Vid. también del mismo autor la voz «interpretazione evolutiva», en los incomparables *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 119 y ss.; sobre este mismo problema de la interpretación progresiva, especialmente en relación a las formas de actuar, a través de aquélla, los principios de las normas fundamentales, en la actualización concreta de las distintas figuras jurídicas, vid., si bien restringido al campo procesal, MICHELI, *Considerazioni sull'interpretazione evolutiva delle norme processuali*, en «Archivio Giuridico F. Serafini», 1942, especialmente 35 y ss.

(3) Sobre «la tensión inmanente con su substrato social» —como la calificara HUBER—, existente entre este último y el Derecho, si bien más referido a sus relaciones con la Política, vid. recientemente Antonio DE LUNA, quien señala como una de las formas de integrar tal diferenciación, es la labor jurisprudencial, en sus observaciones al *rapport* de WENGLER, *Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux*, «Annuaire de l'Institut de Droit International», 1952, I, 337 y ss.

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-*

notado en reiteradas ocasiones cómo no se ajustaron nuestros Tribunales (5) a los estrechos límites que normativamente se les asignó, realizando una discreta función ampliatiua no ciertamente desdeñable.

Sin embargo, a pesar de todo, parece claro que al desprestigio de la vieja ley ha cooperado eficazmente la propia labor de quienes hubieron de aplicarla, que elaboraron, en líneas generales, una jurisprudencia pobre de contenido doctrinal, insuficiente siempre para lo que las circunstancias exigían, carente de cualquier ulterior pretensión de integrar unitariamente el ordenamiento jurídico y que, apegada a un rabioso formalismo, aumentaba progresivamente los supuestos y casos que debían quedar sin juzgar en cuanto al fondo. Que a la muerte de la ley de 1894, desprestigiada, han contribuído directamente quienes debían actuarla, es evidente, y prueba de ello es que cuando en ocasiones se realizó un aprovechamiento de la misma en el sentido de sus mejores posibilidades, fué sin duda alguna por obra personal y de excepción, y no como tendencia conjunta y unitaria, de dirección consciente, conforme a la alta misión creadora que a la jurisdicción contenciosa indiscutiblemente corresponde.

Este mal tenía un origen notorio y, como tal, repetidamente señalado: la integración de los Tribunales tanto en el orden provincial como en el Tribunal Supremo. Y como consecuencia de ello, algo quizá impreciso pero evidente, algo que acaso no pudiera concretarse en un motivo determinado, sino en una posición, en una *mens...*: formación y mentalidad distinta en los magistrados procedentes de la jurisdicción ordinaria; honddura y vivencia de la condición de funcionarios, de *parte*, en los vocales y magistrados de procedencia administrativa, que además de no perder jamás esta condición, hacían del ejercicio de la jurisdicción algo accesorio y siempre ajeno a aquella otra función que les era propia. Surgió así la reforma,

administrativa, en esta REVISTA, 6, 285. Como característico, entre los juicios críticos sobre nuestra jurisdicción administrativa, ha de quedar el del propio Presidente del Tribunal Supremo. CIUDAD AURIOLES, en el discurso de Tribunales de 1920; si bien desde entonces haya mejorado visiblemente la misma, no dejan, sin embargo, de tener plena actualidad buena parte de los juicios que entonces se formularan.

(5) Ejemplo magnífico es, entre otras, la Sentencia de 20 de junio de 1951, Sala 4.^a, recogida en el trabajo citado en la nota anterior, en la que se señala «la competencia de la jurisdicción para conocer de los vicios e imperfecciones en que incurra la Administración al tramitar los expedientes gubernativos determinantes de las resoluciones recaídas, incluso en los casos en que carezcan éstas de alguno de los tres indispensables requisitos del art. 1.º de la Ley de lo Contencioso-administrativo, o se halle incluido en el art. 4.º» Esta labor de desarrollo ha sido ya certeramente valorada y recogida por los diversos comentaristas de la jurisprudencia contenciosa en las distintas revistas jurídicas.

latiendo en su seno, como una de las ideas primordiales, la necesidad de modificar los Tribunales; porque esto, ciertamente, era algo obvio, aunque más o menos explícito. Y es en este punto sobre el que precisamente va a centrarse la polémica, sobre el que en general se manifiesta la opinión pública, en la reducción de su fuerza, donde los intereses de Cuerpo se contraponen y chocan, al margen de cualquier planteamiento de altura. Pobre espectáculo ciertamente el ofrecido por esta reacción ante un proyecto de ley de la jurisdicción contenciosa, en el que no interesaron ni la exclusión reducida del conocimiento a los actos *del* Gobierno, ni el motivo de revisión del art. 102 b) —llamo la atención sobre estos dos puntos (6)—, ni la eliminación ennumerativa de los vicios del acto administrativo, ni ninguno de los mil problemas que la nueva regulación suscitaba. Casi nada de esto se planteó en los debates, más o menos internos pero reales, que la idea reformadora primero, el proyecto más tarde, y finalmente el texto legal suscitaron, ni aún tratándose de una regulación como ésta, que es sin duda alguna la fundamental de todo ordenamiento jurídico de un estado de Derecho, y en la que viene a cristalizarse el binomio prerrogativa administrativa-garantías de los administrados.

Pues bien, no deja de ser paradójico que una reforma, en la que la sustitución e insuficiencia de los Tribunales era uno de los puntos evidentes que la inspiraban, haya terminado por consagrar un sistema no ya más judicialista que el anterior, sino judicialista totalmente, y en el que por otra parte no parece hayan de ser suficientes y debidamente eficaces las garantías de especialización que se imponen. Quizás sea éste, repetimos, el defecto fundamental de la nueva ley, que en el proyecto al menos quedaba en parte atenuado: la determinación de los órganos que deberán conocer de las acciones contenciosas. Porque si tales jueces en la regulación anterior —máxime en los Tribunales provinciales— no actuaron ni mínimamente las posibilidades que se les ofrecía, ¿por qué habremos de pensar en

(6) En razón del primer punto creemos que, interpretando el texto del art. 2, b), actos políticos *del* Gobierno, en relación con lo que se señala en la Exposición de motivos, II, 4), donde certeramente se considera la función política como distinta de la administrativa y se la confía «únicamente a los supremos órganos estatales», habrá que quedar extraordinariamente ampliada la jurisdicción contenciosa, pues sólo podrán considerarse actos políticos, excluidos, por lo tanto, los *del* Gobierno y no, por ejemplo, los de sus delegados locales. En relación con el otro problema recogido en el texto, creemos es ya bastante significativo la expresión literal de la propia Ley, especialmente en su segunda parte, al admitir el recurso de revisión si «las Salas hubiesen dictado sentencias contrarias entre sí, incluso tratándose de otros litigantes».

una posición distinta ante las ciertamente amplias perspectivas de elaboración jurisprudencial que la Ley de 1956 les ofrece? Si vivieron apegados a la letra antes del 56, ¿por qué no habrán de seguirlo después cuando en buena parte y durante un buen período de años serán las mismas personas quienes integren los Tribunales? ¿Tendrán ese espíritu de iniciativa y de *aventura*, necesario para confrontar la intimidación del acto recurrido y sus motivos y sus fines con su adecuación o no al entero ordenamiento jurídico, teniendo además presente que no son sólo las normas las que integran a éste? ¿Serán suficientes esos concursos y oposiciones para dar al juez esa *mens* administrativa necesaria de la que ya algún autor (7) hablara? Porque si ciertamente el nuevo texto legal es ya de una insospechable amplitud, incluso literal, que permitirá una evidente ampliación de la función jurisdiccional, su práctica virtualidad, dada su configuración, exigirá, más que antes incluso, la aportación positiva de la jurisprudencia. Los hechos y la realidad únicamente serán los que respondan a los interrogantes anteriores. Si la parte orgánica es para nosotros la más criticable de la nueva ley, lo es precisamente por no haber renovado *ex radice* el sistema, atribuyéndoselo por evidentes razones de *especialización*, como en otros países y en ocasiones entre nosotros mismos, a órganos distintos de los actuales, dejando a un lado ya las razones, superadas por otra parte, de respeto al principio divisionístico y de carácter procesal que pudieron inspirar nuestra organización actual.

Ciertamente que no puede ser otro el juicio inicial en relación con la labor de la jurisprudencia al estudiar la desviación de poder en el sistema español, figura que otros sistemas administrativos elaboraron y que hoy pueden ofrecer —junto a las realizaciones en materia de responsabilidad— como el mejor fruto de una obra jurisprudencial que enaltece y es motivo de orgullo para los órganos que la realizaron. Porque aquí se manifiestan claramente aquellas posibilidades no actuadas a que antes me refería en relación con la vieja ley: en España, incluyendo en el conjunto el régimen municipal, con la ley en la mano era perfectamente actuable la desviación de poder: y a esta tesis, que es casi común en la doctrina, sobre la que insistiremos más adelante, hay que añadir todavía cómo los textos que la jurisprudencia francesa e italiana habían de tomar como punto de partida para la estructuración de la desviación de poder no eran ciertamente más

(7) LESSONA, *Luci ed ombre nelle Sale della giustizia amministrativa*, 1955, 12; una referencia al mismo, en nuestra recensión a este trabajo, en esta REVISTA, 19, 356.

generosos, sino muy al contrario —cuando los había—, más estrechos y restringidos que los que el sistema español ofrecía.

Hay además otro fenómeno a señalar: en una línea lógica, la desviación de poder sólo podía aparecer elaborada por la jurisprudencia, y por tal camino debía estructurarse; frente a este principio, que es regla general, la nueva Ley española ha tenido que recogerla expresamente ante la falta de una configuración previa del mismo realizada por los Tribunales. La razón de que su nacimiento lógico fuera el jurisprudencial, es evidente: la desviación de poder es, ya aisladamente, ya integrando la figura más amplia del exceso de poder, el fruto más logrado del sometimiento de la Administración al Derecho; el control llega hasta la propia intimidad del acto, y como, pese a quien pese, en el Estado moderno autoritario —constitucional o totalitario—, quien lógicamente prima es el Gobierno y la Administración Pública, nunca ellos o un Parlamento con cuya confianza en principio cuentan, darán paso en principio a una norma que supone la más aguda fiscalización de su actividad. Fué por ello necesario que fuera el juez, quien decidiendo sobre la legalidad de la conducta administrativa en concreto, forjase a lo largo del tiempo ese sutil instrumento de control; sin embargo, sobre este punto hemos de volver en otro trabajo (8). Bástenos señalar cómo el caso español de consignación legislativa expresa de la desviación de poder, aparece como excepcional a lo que puede considerarse regla y principio de una elaboración jurisprudencial, y que si ésta no se hizo fué por dos motivos fundamentales. Primero, por la falta de un criterio unitario, de una línea directriz que hubiese llevado a los Tribunales la consciencia de su función de control y de restablecimiento del orden jurídico; segundo —razones de análoga naturaleza—, por la fuerte vinculación a una concepción normativa del Derecho, prescindiendo de aquel otro aspecto sociológico-institucional del ordenamiento jurídico, que impone de suyo que, en cuanto existe una unidad evolutiva, no puede evolucionar una parte del mismo —el poder administrativo—, sin la respectiva correlación en la garantía frente a aquél, vale decir, en la jurisdicción contenciosa. Sin embarbo, sin que tratemos por ello de justificar, sino muy al contrario, la falta de elaboración por nuestra jurisprudencia, sí se puede explicar fácil y razonablemente desde su perspectiva exegética, a cuyo desarrollo aquélla estuvo limitada: la prohibición general sobre los actos discre-

(8) Nos remitimos a nuestra tesis doctoral presentada en la Universidad de Bologna, inédita todavía, sobre *L'eccesso di potere come vizio dell'atto amministrativo*.

cionales, la explícita exclusión de la desviación de poder en la elaboración de la ley municipal de 1935, por ejemplo, son argumentos decisivos para fundamentar una no elaboración de la misma si partimos, como en líneas generales lo ha hecho nuestro Tribunal Supremo, de un entendimiento de la función judicial reducido a lo meramente aplicativo: la obra realizada se explica así y es congruente con la perspectiva adoptada, siendo precisamente en ésta donde hay que localizar el defecto fundamental.

La Ley de lo contencioso, pues, ha venido a establecer la posibilidad de la desviación de poder en el sistema español. A la vigente regulación, sancionada principalmente en los artículos 83 y 94 de la Ley, dedicaremos la última parte de este trabajo; señalemos solamente ahora, en la perspectiva general en que estamos, la honda significación social y política que la nueva Ley, dentro de la configuración global del ordenamiento jurídico, puede tener, pues por encima incluso de su valoración analítica, ha de implicar —frente a la inicial y anterior precaridad de nuestra regulación contenciosa que vimos sustanciarse en precaridad mantenida—, no sólo una ampliación del sistema de control o un nuevo motivo de impugnación de los actos administrativo, sino incluso una verdadera inversión del punto de vista, una verdadera conversión o *metanoia*, en su más estricto significado: *metanoia* o cambio de mente por parte de la Administración, en primer lugar, que verá sometida su actividad, casi en la totalidad de su gestión, no sólo al freno que la eventualidad de un juicio posterior impone, sino además a las exigencias del gran principio declarado tan solemnemente, de que el «contenido del verdadero interés público, y fundamento básico de toda organización pública» no puede ser sino la Justicia; principio que se traduce en una valoración primariamente colectiva —superando la perspectiva tradicional individualista de las «garantías»—, de la actividad administrativa, ordenada alrededor del bien común, que es el nervio de toda justicia, como la misma Exposición de motivos afirma tan explícitamente: «las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta Administración... de ahí que... cuando la jurisdicción contenciosa administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimienta la autoridad pública». Cambio de perspectiva también, y en segundo lugar, para los Tribunales, que conscientes de la doble misión de

reducción y colaboración con la función administrativa, tendrán que analizar la sustancial infracción del ordenamiento jurídico, con las exigencias globales que éste impone, con la «justicia del caso concreto», omitiendo la sanción de situaciones esencialmente injustas a que una valoración exclusivamente formal y normativa pudiera conducir. Y, por último, renovación también en el administrado que, contra la situación anterior, deberá abandonar su condición de extraño a la cosa pública, integrándose en la propia estructura de un Estado del que él es una de sus partes, y no un algo distinto e indiferente, al que por tanto no puede ser opuesto un Poder con pretensiones de infalible o de *suprema lex*, casi siempre avalado, sino por la Justicia, sí al menos por la razón de los hechos.

Esta es la significación, no ciertamente reducible a sistema, que puede quizá tener la desviación del poder en el derecho español llevada hasta sus últimas consecuencias: de verdadero cauce e instrumento, a través de una obra consciente y sostenida, para una verdadera reforma de posiciones e intereses. La experiencia administrativa de otros países corrobora ciertamente, que donde es máximo el control, puede precisamente el Estado y la Administración actuar más eficazmente su finalidad, no sólo protectora y representativa, sino, también y acaso sobre todo, conformadora de la propia sociedad de la que emerge.

II. SINTESIS Y CONTENIDO DE LA DESVIACION DE PODER

Este trabajo, limitado por de pronto al derecho español, se reduce en su mayor parte, a una exposición histórico-positiva del mismo, omitiéndose en él el estudio de la sustantividad y contenido que la desviación de poder ofrece. A este planteamiento nos ha llevado una razón fundamental: la desviación de poder, acuñada en el derecho francés y recibida en otros ordenamientos administrativos, tiene, como toda institución jurídica, una impronta positiva ineludible, que la hace difícilmente trasladable en su totalidad, y con todas sus particularidades, de un sistema jurídico a otro, a no ser tan sólo en la idea genérica a que responde, de esablecerse para los casos en que, en perjuicio del interés público específico que justifica cada uno de los actos administrativos, la Administración obra para otros fines distintos de aquél concreto que la naturaleza y condiciones del acto imponen (8 bis).

(8 bis). Como concepto de la desviación de poder, quede el ya clásico de HAURIOU.

El elemento teleológico de la actividad administrativa no era, desde luego, ajeno a toda consideración por parte de nuestro derecho; sin embargo creemos, que tanto las decisiones jurisprudenciales, como las normas que lo recogen, no permiten todavía formular una doctrina unitaria y sustancial del mismo en nuestro sistema positivo. Tal planteamiento, ligado al derecho positivo, lo haremos en su momento, en relación con el sistema italiano, que si bien indiscutiblemente menos evolucionado en algunos puntos, y más tardío siempre, que el francés, puede ofrecer una armonía de criterio y de juicio de la que este derecho en parte carece, sobre todo analizado desde nuestro punto de vista, en razón del casuismo que caracteriza a este último.

La configuración en líneas generales de la desviación de poder es sencilla: la Administración está obligada a realizar su actividad no sólo respondiendo a un *fin público administrativo* —lo que no sucede cuando obra por un fin privado o por un fin que aún siendo público no sea administrativo, como es el caso de la incompetencia absoluta—, sino que, dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente el fin específico por el que le son concedidas las facultades determinadas que ejercita en el supuesto concreto. Ello significa, por una parte, la más lógica acomodación del acto al ordenamiento jurídico general, y por otra, la posibilidad de una exacta valoración de la conducta administrativa en cuanto debe inspirarse en los principios *lógicos* que han de presidirla. Porque, ¿es que puede hablarse de acomodación al Ordenamiento jurídico de un acto, por lo demás extrínsecamente legítimo, pero realizado por la Administración con fines distintos del interés público típico que mediante aquélla conducta determinada debía satisfacer? Este y no otro fué el camino seguido por el Consejo de Estado francés, de confrontación lógica y ponderativa de la actividad administrativa que se le sometía. Porque del mismo modo que antes de proceder al análisis del contenido del acto y determinarse jurisdiccionalmente sobre él, es preciso analizar, aún en la carencia de textos positivos que lo establezcan —y el argumento ha sido infinitas veces reiterado por nuestro Tribunal Supremo—, si aquél responde a los ineludibles límites que su

Précis de Droit Administratif, Paris, 1921, 455, según el cual es el «hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fué concedido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio.»

competencia y forma suponen en cuanto verdadera exigencia lógica general, de igual manera, en relación con el contenido del acto, la inicial admisión de la desviación de poder surge fundamentada por la confrontación que, también por vía lógica debe imponerse, al analizar si el ejercicio de aquellas facultades que la Administración ha actualizado, se ha realizado no sólo por el órgano competente y con la forma exigida, sino también de acuerdo con la finalidad típica preestablecida.

Un ejemplo quizá, basado en nuestro derecho positivo, puede avalar esta afirmación de que fácilmente la desviación de poder puede encontrar su punto de partida en una línea lógico-jurídica: los artículos 4 y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales sancionan positivamente, como veremos, la desviación de poder al obligar a la Administración local a obrar en forma congruente y adecuada, con la finalidad exigida en todos sus actos relativos a la «intervención administrativa en la actividad privada». Estas normas que regulan en principio sólo la función de policía de los entes locales —y que por otra parte carecen hoy de fundamental interés en razón de la general sanción del artículo 83 de la Ley de la jurisdicción contenciosa—, hubieran podido servir de base y de incitación para la admisión general —argumentando *sensu contrario*—, de la desviación de poder, por de pronto en todo el régimen local en relación no sólo con la actividad de policía, sino también con toda su gestión. Porque, ¿es que en materia de servicios y de fomento, siguiendo la tripartición clásica, puede el contenido de los actos que la Administración dicte ser incongruente con los motivos y fines que los justifiquen? ¿Es que en estos últimos supuestos la competencia atribuida a las Corporaciones locales no debe realizarse precisamente también *para los fines que la determinen*? La respuesta positiva se impone; podría, sin embargo, objetarse justamente, que para los actos administrativos no policiales tal exigencia no dimanaría de los artículos 4 y 6 del Reglamento de Servicios, que se refieren exclusivamente a la «intervención administrativa en la actividad privada»: mas esto es precisamente lo que tratábamos de recoger, que la valoración que la desviación de poder supone, es antes que nada intrínseca y casi conatural a cualquier análisis que de la actividad administrativa se haga, no existiendo ciertamente razones para que nuestra jurisprudencia no la hubiese ya por sí realizado. En el caso señalado, el Reglamento de Servicios nos permite evidenciar *sensu contrario* la generalidad de esta exigencia, que él particularmente impone a una clase genérica de actos, a no

ser que diéramos respuesta negativa a los interrogantes anteriores —esto es, que aceptáramos que la Administración no está obligada a actuar de acuerdo con los fines legales, con todas las consecuencias que de esto dimanarían.

Ahora bien, nos interesa señalar cómo esa finalidad típica del acto, en cuyo análisis se concreta la desviación de poder, no puede considerarse no ya como algo ajeno al mismo acto, sino ni siquiera como algo que si bien con la relación de un límite, incluso necesario (9), sea exterior y distinto a él; por el contrario, esa finalidad, que no es más que la determinación del interés público en el caso particular, es intrínseca al propio acto, es uno de los elementos del mismo, de lo que se infiere que el acto estará viciado cuando tal finalidad específica se haya omitido o falseado.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL; CONSIDERACIONES SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO.

Sin detenernos más, repetimos, en la propia sustantividad de la desviación de poder y en su desarrollo, intentaremos aquí tan solo recoger algunos aspectos que creemos deben ser puntualizados para perfilar la institución. Se trata de precisar cómo el fin en los actos administrativos se manifiesta en la nota de la tipicidad de éstos, siendo justamente la desviación de poder un apartamiento de esta tipicidad, y cómo es necesario en el marco jurídico que este control supone, actuarlo, incluso a través de las circunstancias cronológicas que en ocasiones señalan al acto.

Primero: la emanación de todo acto administrativo entraña en sustancia un análisis por parte del agente para acomodar su voluntad en el contenido del mismo acto, a la finalidad propia que la voluntad del Ordenamiento jurídico ha consignado. De aquí, que cuando se trate de controlar jurisdiccionalmente el acto, el juez deberá constatar deductivamente la correspondencia entre la finalidad real del acto que analiza y la finalidad típica prevista para el mismo por el Ordenamiento. Todo ello nos conduce a la consideración del fin como fenómeno sustantivo del Derecho: el fin, como los motivos, no es ni puede ser un matiz solamente relevante en el Derecho administrativo e indiferente para el Derecho privado. Ciertamente que

(9) Entre otros, mantiene tal configuración ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*. Milano, 1953, 260 y ss., y más detenidamente, el mismo autor en *Intorno di concetti di causa giuridica, illegittimità ed eccesso di potere*, Milano, 1934, 9 y ss.

el valor de uno y otros es distinto en intensidad y amplitud, y opera de forma diferente en uno u otro campo del Derecho, sin que, sin embargo, se pueda afirmar su irrelevancia en el Derecho privado. Sin entrar en la configuración finalista del Derecho, que nos llevaría al análisis de problemas más propios de la teoría general, bástenos señalar a modo de ejemplo, y fundados en el Derecho positivo, la certeza de una valoración teleológica en la actividad jurídica privada; así la evidencian, entre otras, la teoría y doctrina de las sociedades (9 bis), e incluso más ampliamente de las personas jurídicas como adscripción de bienes y personas a un fin determinado, la valoración que de fines y motivos se ofrece en la donación, toda la configuración de los negocios jurídicos fiduciarios —cesión de créditos con fines de garantía, cesión de créditos con finalidad de mandato, todas las formas fiduciarias que adoptan las instituciones de cambio, etcétera— y de la simulación, así como en la regulación y gestión de las fundaciones privadas, en cuya gestión debe ineludiblemente existir la vinculación institucional al fin de la misma. El elemento teleológico aparece en estos casos con sustantividad análoga, si bien distinta, y con relevancia bastante para que no podamos configurar a base de su sola existencia ontológica, una distinción genérica entre actos administrativos y actos privados; todo ello sin que sea preciso admitir la estructuración sociológica del Derecho, en cuyo caso todavía habría de evidenciarse más, en todo él, el aspecto finalista.

Segundo: la peculiaridad del acto administrativo creemos, radica esencialmente en su tipicidad —nominatividad (10) o especialidad (11), como otros la llaman—, que implica que el Ordenamiento jurídico entendido en su propio significado, recoge las formas típicas a través de las que se desarrolla la propia actividad administrativa, y el acto produce su efecto jurídico fundamental, únicamente en cuanto es determinativamente previsto por la Ley: sólo a los fines asumidos específicamente por el Ordenamiento

(9 bis) Vid. como ejemplo, LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español*, I, Barcelona, 1950, 389, quien señala cómo el fin concreto señalado a cada sociedad, reduce ciertamente su esfera de acción a un determinado género de negociaciones, y aunque no pueda convertirse en la medida de su propia personalidad, podrá ser elemento sobre el que articular la propia responsabilidad de los gestores.

(10) GIANNINI, M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 267.

(11) Puede verse una amplia referencia en AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 27.

puede responder la actividad administrativa, y es de esta forma, por medio de la tipicidad, cómo el fin configura la conducta de la Administración, en la que no hay posibilidad ciertamente de actos administrativos innominados (12).

Tercero: no creemos que deban aplicarse en el derecho español conceptos ya tradicionales en sistemas extranjeros, de forma que a priori quedase excluido de fiscalización jurisdiccional todo aquello que, con expresión general, se denomina la conveniencia u oportunidad del acto, en el sentido elaborado por tales regulaciones positivas (13): al no establecerse en nuestro sistema una específica jurisdicción de mérito, la rigurosa aplicación del

(12) A este respecto, VEDEL, *Essai sur la notion de la cause en droit administratif français*, th. Toulouse, 1934, 344.

(13) Es evidentemente curiosa la extraordinaria analogía existente en la solución de problemas, distintos pero análogos, que ofrece la forma con que en el sistema administrativo italiano —acuñador en su mayor parte de la figura del mérito en el acto administrativo y tipificador de la misma— se ha establecido al tratar de limitar este concepto del mérito, con la tesis tradicional, entre nosotros, aunque ya superada felizmente, que se establecía al plantear la especificación de lo que era la discrecionalidad. Un análisis detenido de esta cuestión, revela en definitiva cómo la discrecionalidad era articulada por buen número de los autores italianos en razón del mérito. En ambos sistemas, en el italiano al referirse al mérito y en el español a la discrecionalidad, ha sido frecuente una configuración negativa de ambos conceptos, señalando que —mérito en uno y discrecionalidad en otro— no eran sino lo que de incontrolable jurisdiccionalmente tenía el acto administrativo. Planteamiento éste, que si bien cierto en algunos aspectos, era del todo insuficiente, pues aparte de su extraordinario condicionamiento a una situación concreta cual es la de la no fiscalización jurisdiccional, implicaba la determinación de la naturaleza y esencia de una figura por lo que no eran sino sus efectos y consecuencias. Y si a esta confrontación añadimos que para parte de la doctrina de aquel país, el mérito es en líneas generales lo que constituye precisamente la esencia de la discrecionalidad, el anterior paralelo es todavía más evidente, vid. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 29, si bien con ciertas restricciones, y especialmente PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 5, donde señala cómo «la discrecionalidad se concreta en la no controlabilidad por parte de los órganos que ejercitan el control de mera legitimidad», y más expresamente en sus *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, tercera edición, I, Messina s. f., 156. Con ello lo que queremos señalar es que sería equivocado, dejando aparte la determinación de ambos conceptos, excluir a priori en el derecho español en el control de la discrecionalidad, sancionado por fin con carácter general en la Ley de lo contencioso, muchos aspectos que si bien es cierto están legalmente excluidos del exceso de poder en aquel sistema positivo, pueden, sin embargo, ser directamente controlados al existir un específico recurso de mérito expresamente establecido. Aunque fundamentalmente nos referimos al derecho italiano, podemos encontrar análogas soluciones en la doctrina alemana, al precisar que el acto administrativo debe ser no sólo legítimo, sino también oportuno (zweckmässig); lo que precisamente se ha tratado de poner de manifiesto era justamente hasta qué punto la *Zweckmässigkeit* consti-

principio exclusionista de la misma, cuyo alcance por otra parte es mucho más restringido de lo que pueda pensarse, podría resultar una limitación excesiva del ámbito propio de la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, este aspecto necesita un ulterior, aunque breve, desarrollo.

2. EL MÉRITO Y LA DESVIACIÓN DEL PODER.

El mérito —para adoptar la terminología italiana— entendido como la adecuación necesaria de medios materiales y temporales para lograr los fines públicos que con el acto administrativo de que se trate se tiende a alcanzar, es un elemento esencial de los actos administrativos, y esto hasta tal punto, que es nota peculiar —la segunda, después de la tipicidad— que los configura y distingue de los meramente privados (14); así por ejemplo, si no interesa ciertamente la determinación jurídica de si fué o no oportuno para un particular el arrendamiento de una casa, sí ofrece este valor de la oportunidad una significación especial en cuanto a la esencia y contenido de los actos administrativos discrecionales, en los que aquélla opera sin duda alguna como un verdadero límite (15) de los mismos. Es la propia

tuye un límite al control del acto administrativo discrecional. De aquí que el estudio sobre la actividad discrecional ha llevado a resultados extraordinarios, llegándose a demostrar a través de la configuración de una interesante casuística cómo el campo de la incontrolabilidad es mucho más restringido de cuanto aparentemente pueda aparecer. hasta admitir incluso como interpretación unívoca, aunque compleja, cómo un control jurisdiccional puede incluso realizarse cuando se exija por el Juez la aplicación, no ya de criterios administrativos, sino incluso de común experiencia. Vid., entre otros, TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Leipzig und Wien, 1925, donde recogía principios, en parte ya defendidos en *Das «detournement de pouvoir» und die deutsche Rechtsbeschwerde*, en «*Jahrbuch des öffent. Rechts*», V, 1911, 67 y ss.; TUREGG, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1954, 207, y la referencia que a toda la doctrina clásica alemana hace AMORTH, *op. cit.*, nota 7. De todas formas, aun marginando cualquier planteamiento en relación con el derecho comparado, hay que señalar cómo la *Ermessenmissbraucht* es de una amplitud notablemente más reducida que el *detournement*. En relación con este problema, en Francia, donde ya HAURIUO reiteradamente había señalado como tal control supera al de la simple legalidad, nos remitimos fundamentalmente a las obras de REGLADE, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, «*Revue du Droit Public*», 1925, 415 y ss., y WELTER, *Contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Nancy, 1929, 29 y ss.: vid. también infra nota 64.

(14) AMORTH, *op. cit.*, 3.

(15) Es muy interesante el planteamiento que hace WELTER, *op. cit.*, 419 y ss., lo mismo que gran parte de la doctrina francesa, al tratar de determinar si el Juez administrativo puede conocer de la oportunidad, no ya como un valor substantivo, sino con el

lógica del Ordenamiento jurídico la que exige, singularmente en el caso de la Administración, una unidad y adecuación de medios y situaciones como supeditación de lo abstracto a lo concreto y particular. Con ello no negamos la relevancia autonómica que la conveniencia y oportunidad del acto pueden ofrecer (16), sino que nos limitamos a establecer que, de la misma forma que el principio de la tipicidad establece el fin concreto y específico del acto, el mérito —que ya presupone una capacidad y una dirección teleológica para actuar— interviene sólo en la determinación de las condiciones modales; el mérito no opera, pues, como medida de la relación entre la actividad y el fin —esfera reservada a la tipicidad—, sino que una vez establecido este último, trata sólo de imponer los medios para su más congruente realización y su máxima adecuación temporal.

Dos aspectos, según esto, resultan del juego funcional de este elemento del acto administrativo, que es el mérito: uno en relación con el contenido del acto, y otro con sus circunstancias cronológicas temporales. AMORTH (17) —que reduce el mérito, sólo al primero de estos aspectos— señala que, todo acto administrativo, como toda acción humana, puede considerarse en dos momentos distintos: el primero es el de la elección, que se determina en una facultad de iniciativa, de autoconcreción, dirigida a establecer qué es lo que se quiere hacer, cuál es el fin a alcanzar y cuál también, entre las soluciones posibles, se estima la conveniente: aquí se encierra para él, sin duda alguna, en esta fase, la determinación del momento, del aspecto cronológico inicial en el que tal acción debe llevarse a efecto; el segundo momento lógico conviene al modo y al cómo debe ser realizada tal acción: de entre estas posibilidades hay que establecer la determinación de cual sea la más apta y preferible. Si esta distinción meramente psicológica la trasladamos al campo del Derecho administrativo, tendremos que el mérito será operante solo en el ámbito del segundo momento, pues para AMORTH el condicionamiento temporal de iniciación del acto administrativo es algo distinto del mérito propiamente tal; éste, configurado en esta forma, reducido

exclusivo fin de poder verificar la posible ilegitimidad del acto por desviación de poder; de esta forma, la falta de oportunidad no sería sino una sencilla manifestación de una real y evidente situación de ilegitimidad. Sobre este punto, que creemos tiene una singular importancia, habremos de volver más adelante, en el texto.

(16) CLAVERO ARÉVALO, *La doctrina de los principios generales del derecho y las legunas del ordenamiento administrativo*, en este REVISTA 7, 102.

(17) AMORTH, *op. cit.*, 29 y 32 y ss.

a esa mera relación instrumental —del cómo—, debe quedar al margen ciertamente de la desviación de poder en cuanto que ésta comporta en esencia un juicio sobre la legalidad, mientras que el mérito está ordenado únicamente por reglas de buena administración o simplemente técnicas (18), que son las que determinan en cada evento el mejor contenido instrumental del acto (19).

No habría, pues, ninguna dificultad sobre la exclusión del mérito de la fiscalización jurisdiccional en cuanto que se trata de una ordenación de la actividad administrativa, con arreglo a normas que si obligatorias para la Administración (reglas de mera administración, reglas técnicas), no son estrictamente jurídica.

Ahora bien, si estimamos el mérito en relación también con las circunstancias temporales y tópicas del acto (20), dándole un mayor significado y extensión que lo que resulta de la tesis de AMORTH, incluyendo en él muy especialmente el momento de elección de la iniciativa por el agente (21), no cabe duda que entonces su relevancia en la esfera de la desviación de poder cambia esencialmente. Señalemos, antes que nada, cómo este planteamiento es válido en sus términos generales, sea cual sea la posición que se adopte, en relación con la extensión del mérito: tanto pues, si se parte de una configuración extensa de aquél —incluyendo en el concepto las circunstancias temporales—, como si, según quieren AMORTH y LUCIFREDI, se circunscribe sólo al contenido instrumental del acto, configurando al margen de

(18) FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, 148, quien ya señala ante la falta de individuación del mismo, cómo existe sólo un interés de hecho en relación con la «buona amministrazione», desprovisto de protección jurídica que *directamente* lo sancione. La configuración de FALZONE, es, sin embargo, en cuanto a la instrumentalidad de las mismas, distinta de la recogida por AMORTH, ya expuesta.

(19) LUCIFREDI, *Spunti costruttivi per una teoria del contenuto degli atti amministrativi* en «Scritti giuridici in onore di Romano», Padova, 1940, II, 77 y ss.: tal construcción es la que sanciona y expresamente recoge en la relación preliminar, el proyecto de *Legge generale sull'azione amministrativa*. 11), que establece junto a los vicios de legitimidad los de mérito, que son los que se individualizan en aquellos vicios relacionados con la inobservancia de criterios de oportunidad o conveniencia: son considerados fundamentalmente aquellos vicios que inciden sobre el contenido del acto, por su contraste con normas no jurídicas, pero igualmente obligatorias para la Administración Pública. sobre la significación general de esta ley, ENTRENA CUESTA, *La reforma de la Administración Pública en Italia*, en esta REVISTA, 20, 213 y ss.

(20) CLAVERO ARÉVALO, *op. cit.*, 102.

(21) RECLADE, *op. cit.*, 4, 15, y RESTA *L'onere di buona amministrazione* en los «Scritti giuridici in onore di Romano», Padova, 1940, I, 109.

aquél el análisis de la iniciativa o elección: lo que ocurre es que para los primeros, el problema de las circunstancias crónicas del acto administrativo, en la perspectiva en que estamos, se plantea como relación entre la desviación de poder y el mérito, y para la otra posición tal relación será entre la propia desviación de poder, y ese otro aspecto que ellos consideran independiente y al margen del mérito, del momento de iniciativa del agente. El análisis de estas cuestiones ciertamente nos llevaría muy lejos: bástenos sintetizar tan solo, algunos aspectos importantes. *Primero*: la elección —oportunidad temporal del momento de iniciación de la acción— es en principio y en teoría libre por parte de la Administración, quedando al margen del control jurisdiccional. La Administración podrá, tratándose de actividad discrecional, dictar o no un acto según las conveniencias o necesidades. Sin embargo, no puede admitirse esta afirmación sin salvedades tales, que pueden llegar incluso a desvirtuarla. *Segundo*: la principal salvedad está en el hecho de que el acto administrativo con vicio de mérito originario puede calificarse de acto inválido, y no meramente, inoportuno, controlable, por ende, por la jurisdicción de legalidad en cuanto tal (22). *Tercero*: hay que señalar, fuera de ese caso, que una inoportunidad temporal en la emisión de un acto, puede denunciar precisamente una vulneración del ordenamiento jurídico: en este caso no hay dificultad en calificar la inoportunidad, además de ilegitimidad. Esto debe entenderse no ya en los casos obvios, de un plazo de discrecionalidad en la elección temporal vinculante, sino en el supuesto específico que consideramos de discrecionalidad en la elección temporal. Ya se ha señalado cómo el aumento de discrecionalidad en cuanto derivación lógica y necesaria del crecimiento de funciones y actividades, ha conducido a una pérdida del concepto normativo, no sólo de la sociedad, sino también incluso de la función administrativa; como consecuencia de la necesidad de ajustar esta última a situaciones

(22) Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 280, recogió ya la posibilidad de la anulabilidad por mérito; esta «profonda intuizione» de ROMANO, como la calificara CODACCI-PRANELLI, ha sido más tarde específicamente desarrollada: vid. este último autor, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, especialmente 137 y ss.; PAPPALARDO, *In tema di invalidità dell'atto amministrativo per vizi di merito*, en «Scritti in onore di Romano», Padova, 1940, II, 141, y SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1955, 267. Entre la doctrina alemana, IPSSEN, *Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, Hamburg, 1932, 19. Recogiendo también la invalidez por mérito, aunque en consideración distinta de la propia invalidez jurídica, ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte*, Berlín, 1927, 45.

concretas e individuales, se ha avocado como sumo criterio a «la justicia del caso concreto» (23), de modo que una determinación administrativa formal y normativamente ajustada a Derecho, puede abstractamente —esto fuera posible en pura lógica— generar las más injustas situaciones si se dicta en un momento inoportuno. Es así como muchas veces un acto inoportuno denuncia, analizándolo sustancialmente, una verdadera situación de no acomodamiento al Derecho, considerando éste como Ordenamiento general y no como expresado en una norma aislada. *Cuarto*: finalmente creemos, que todo este problema de la oportunidad puede reducirse a una sola cuestión: la exigencia de unas determinadas circunstancias fácticas para dictar un acto y la confrontación que de las mismas se haga al ser éstas verificadas por los tribunales que al juzgar de su suficiencia y validez, necesaria para que el acto pueda estimarse legítimo, podrán venir mediante el control de tales hechos a conocer de aspectos un tanto al margen del puro control de legalidad.

Este puede ser el camino abierto por el que la llamada jurisdicción de mérito en alguno de sus aspectos pueda y deba controlarse en nuestro derecho: al margen de la jurisdicción contenciosa deberá quedar únicamente el problema de la adecuación o no del acto a las reglas técnicas o de buena administración; cualquier otra exclusión, sin embargo, no debe admitirse.

III. DERECHO ESPAÑOL

Volviendo a nuestro derecho positivo —al que se concreta fundamentalmente este trabajo—, hemos de señalar como principio inicial que la exigencia de acomodación teleológica de los actos administrativos al interés y a los fines públicos —esencia de la desviación de poder—, no sólo pudo haberse desarrollado, como dijimos, con carácter general, sino que, además, en aspectos particulares, tal exigencia no era ajena en modo alguno ni a nuestra doctrina (24), ni a la legislación, ni a la jurisprudencia. En

(23) VILLAR PALASÍ, *Administración y Planificación*, Madrid, 1952, 79. Insistimos en que es precisamente esta «justicia del caso concreto» la que obliga y exige el propio análisis de la oportunidad —no debiendo, pues, quedar ésta inicialmente al margen del control jurisdiccional—, para poder determinar a través de ella en ocasiones una verdadera situación de ilegitimidad, como ya señala WELTER, vid. nota 15.

(24) La bibliografía española sobre este punto, es más bien escasa: prescindiendo de las obras de ALCALÁ-ZAMORA, *El recurso contra los abusos de poder de la Administración*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1902, 472 y ss.; FERNÁNDEZ DE

relación con estas dos últimas habremos de insistir más adelante. Debe notarse, sin embargo, que existe en nuestro derecho en relación con este punto una cierta e indudable imprecisión. La razón es obvia: referido siempre el concepto a algo que como figura unitaria nos faltaba y que otros sistemas elaboraron en un largo proceso evolutivo, la idea de desviación de poder se hacía equivaler, al menos terminológicamente, no sólo a su acepción más específica de desacuerdo con los fines exigidos, sino también a aspectos o facetas más genéricos y amplios, distintos entre sí muchas veces. Así, por ejemplo, en ocasiones se habla de desviación de poder en el sentido concreto de incompetencia; otras veces, por el contrario, sin referir

VELASCO, *Apuntes sobre el abuso del derecho*, en la misma Revista, 1925, 74 y ss., y las dos de ARIAS DE VELASCO, *Jurisdicción objetiva y El recurso por exceso de poder*, ambos en la «Revista de Derecho Público», 1934, 1 y 65, que más o menos indirectamente tratan esta materia, ella ha sido recientemente objeto de estudios especiales: SERRA PIÑAR, *El recurso por desviación de poder*, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1942, número homenaje al prof. GASCÓN Y MARÍN, 181 y ss.; LEIRA COBEÑA, *El recurso por abuso de poder en nuestro Derecho Administrativo*, «Revista de Estudios de la Vida Local», 1950, 497 y ss., y MARTÍNEZ USEROS, *Desviación de poder*, «Anales de la Universidad de Murcia», 1955-56, 1 D y ss. *Enciclopedia jurídica Seix*, Barcelona, volumen VII). Creemos de importancia el señalar, cómo por los iniciadores de la Ciencia administrativa española, había ya de reconocerse en determinados puntos, la exigencia a la Administración de obrar de acuerdo con sus fines, marcando la amplia valoración subjetiva que la desviación de poder supone en relación con el agente, aunque referido terminológicamente este problema al abuso de poder; así OLIVÁN, *De la Administración Pública con relación a España*, prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1954, 302, en relación con el cual, señalando la distinción de aquella figura con las otras formas de obrar viciadas de la Administración, vid. nuestro trabajo *Alejandro Oliván: notas a su vida y a su pensamiento administrativo*, separata de «Argensola», del C. S. de I. C., 1956; también LORENZO DE ARRAZOLA, *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, Madrid, 1848, I, 197, señala como aquel termino de abuso de poder, si bien significa un exceso en las atribuciones establecidas por la Ley, tiene también otro significado, más propio al derecho administrativo, de mal uso del poder o de uso contrario a la propia naturaleza del mismo; desarrollos estos que, si bien en forma embrionaria si se quiere, significan una indiscutible valoración teleológica de la actividad administrativa, más de apreciar todavía por cierto, por aislados, pues la doctrina posterior, COLMEIRO y ALFARO —cít. por LEIRA COBEÑA, *op. cit.*, 507—, yendo atrás en la evolución normal del término lo harán en parte sinónimo de la incompetencia. En relación con la terminología usada por OLIVÁN, queremos señalar cómo, aunque ya plenamente admitida y consagrada entre nosotros, doctrinal, legislativa y jurisprudencialmente, la de desviación de poder, quizá, hubiese sido más viva y real, en relación con el fenómeno que aquella supone, la de uso arbitrario del poder, recogida por otra parte, incluso en jurisprudencia extranjera, y en la sentencia de 2 de octubre de 1921, vid. infra III, 3, b): La Administración actúa en sustancia con desviación de poder, en la multitud de gamas que ella comprende, precisamente cuando obra arbitrariamente.

aquel término se configura y se prescribe una exacta adecuación a los fines públicos concretos. Ello explica el uso alternativo e indistinto de expresiones tan plenamente diferenciadas hoy, como son las de exceso de poder, abuso de poder, abuso de derecho, extralimitación de funciones, abuso de autoridad y desviación de poder. Por esto, al analizar inmediatamente nuestro derecho positivo, hemos de remitirnos con frecuencia al análisis de unas y otras expresiones, pues interesará indagar no sólo bajo la específica y ya acuñada desviación de poder, para localizar el rastro que en la ley ha venido dejando la institución material que este nombre hoy refiere (25).

1) LA LEY MAURA-SILVELA DE 1904.

Sobre la base de la Ley Maura-Silvela de 1904, que traslada desde el Consejo de Estado al Tribunal Supremo, el conocimiento de la jurisdicción contenciosa, se ha apuntado que hubiera podido llegarse a establecer en España un sistema de bipartición, análogo en cierto sentido al italiano, por el que el control de la gestión administrativa se repartiese entre la jurisdicción contenciosa, integrada desde entonces en el Tribunal Supremo por una parte, y el Consejo de Estado por otra, que seguiría conociendo

(25) Es necesario advertir, que en Francia el *detournement* se presenta como una de las figuras del *excès de pouvoir*, junto con la incompetencia, el vicio de forma y la violación de ley. Aquél, el *detournement*, tiene unos contornos casi análogos al italiano *excesso di potere*, olvidándose con frecuencia que no existe ninguna correspondencia sustantiva entre los derechos francés e italiano relacionada con la terminológica; el francés *excès de pouvoir* es el género amplio, y la fórmula italiana *excesso di potere* no es sino la especie que se integra a su vez en la de *illegittimità*, que viene a corresponder por su parte al *excès de pouvoir*, y en la que ciertamente pueden también encontrarse las cuatro formas tradicionales francesas. Sin embargo, entre *detournement* y *excesso di potere* hay a pesar de su analogía desde un determinado punto de vista, una diferencia que aparece inmediata en cuanto a su sistematización, y es que mientras aquél se ha configurado en forma global, en el *excesso di potere*, se han sistematizado, y así lo recoge incluso normativamente el nuevo proyecto de ley general sobre la acción administrativa, si bien de forma que no deja de ser convencional, una serie de figuras —incongruencia, tergiversación de los hechos, etc.—, pues en última instancia no han sido sino estructuraciones originariamente realizadas por la doctrina, ante una elaboración jurisprudencial que les venía ya dada. No puede olvidarse tampoco como incidentalmente en ambos derechos, la configuración primera, tanto del *excès de pouvoir* como del *excesso di potere*, giró en torno a la incompetencia. Todo ello justifica, una vez más, nuestra afirmación de que en España no hubiera sido difícil, partiendo de posiciones análogas a las que han marcado el proceso evolutivo en esos otros países y sobre todo de la idea general de incompetencia, alcanzar el desarrollo evolutivo que tales países han logrado.

«sobre las competencias, conflictos de jurisdicción y atribuciones o abusos de poder», posibilidad que se habría frustrado al quedar el recurso de abuso de poder sin reglamentación (26).

Mas no creemos, por dos razones fundamentales, que de la Ley de 5 de abril de 1904 hubiera podido deducirse tal posibilidad, de forma que quedase, al menos en teoría y sin actuar, bajo el Consejo de Estado, el conocimiento en sede jurisdiccional de parte de la materia administrativa, y precisamente aquélla referente a los recursos por abusos de poder. En primer lugar, el traspaso de la jurisdicción al Tribunal Supremo, que ya estaba recogido en la Base segunda del artículo 17 de la Ley de Presupuestos (27) de 31 de mayo de 1900, venía sancionado por el artículo 1 de los adicionales de la Ley de 1904 con caracteres absolutos y taxativos, tal como se realizó: «La jurisdicción contencioso-administrativa en las dos instancias que atribuye al Tribunal de lo Contencioso la ley de 13 de septiembre de 1888, reformada en 22 de junio de 1894, se ejercerá por una Sala que se creará en el Tribunal Supremo y es llamada de lo Contencioso-administrativo...»; y el mismo sentido, de traspaso pleno de funciones del Consejo de Estado al Tribunal Supremo, sin que nada quedase en aquél, lo recogen los Reales Decretos de 8 de mayo de 1904 —por el que se aprueba el Reglamento provisional del más alto órgano consultivo—, y el de igual fecha que crea la Sala tercera del Tribunal Supremo.

Por otra parte, no puede hablarse tampoco de una falta de regulación del recurso por abuso de poder, pues no se trataba de establecer un recurso o figura nueva, sino que únicamente se califica a aquél disyuntivamente con «los conflictos de jurisdicción y atribuciones» (28), ya regulados por el

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, nota 8, y GONZÁLEZ PÉREZ, *El texto refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo*, en esta REVISTA, 7, 200, recogiendo la referencia anterior. Tales posiciones, sin duda alguna, están influenciadas por la afirmación de CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas*, Madrid, 1944, 114, donde recoge que tras la ley de 1904 quedó sin regulación el recurso por abuso del poder; vid. infra, nota 28.

(27) Señalaba que «la jurisdicción que por las leyes actualmente vigentes corresponde al Tribunal Supremo, se ejercerá exclusivamente: la civil por una Sala que se llamará de lo civil; la criminal por otra que se denominará de lo criminal. Ejercerá además la jurisdicción contencioso-administrativa, en única y segunda instancia, según la Ley de 13 de septiembre de 1888, por otra Sala que se llamará de lo Contencioso-administrativo. Vid. referencia en CORDERO TORRES, *op. cit.*, 403, nota 4.

(28) El abuso de poder aparece aquí sin duda alguna bajo la perspectiva evidente de la incompetencia, como había sido ya frecuente en derecho comparado, y como entre nosotros se recogió en gran número de Decretos de competencia, en los que se emplea

Real Decreto de 8 de septiembre de 1887, sobre los que además tal atribución de conocimineto le venía dada únicamente al Consejo de Estado, en sede *consultiva* y no jurisdiccional, como materia de preceptivo dictamen (29).

Al margen de la configuración particular de la ley de 1904, pero siguiendo un orden evolutivo, debemos recoger la posible repercusión que acerca de la figura que estudiamos, pudieron haber tenido, en caso de haber devenido leyes, los proyectos de GOICOECHEA y GASCÓN Y MARÍN de 1913 y 1917, respectivamente.

2. EL ARTÍCULO 290 DEL ESTATUTO MUNICIPAL.

Ninguna valoración específica que pueda denotar una apreciación del elemento teleológico de la actividad administrativa, aparece cuando los términos abuso y exceso de poder se emplean y recogen en la época de la Dictadura, especialmente en relación con el régimen de autonomía municipal. El Estatuto Municipal, en un laudable intento de garantizar la integridad de aquélla, sancionaba en el artículo 290 un recurso por *abuso de poder* contra las *disposiciones* del Gobierno o de autoridades subordinadas y delegadas, que lesionen el régimen de autonomía municipal, aunque aquéllas fuesen dictadas en el ejercicio de sus facultades *discrecionales* y no lesionasen derecho (30). La significación que aquí ofrece tal recurso, instado precisamente por la Corporación que estime lesionada su esfera jurídica de

tal significación; por ejemplo, los de 27 de febrero de 1926 y 2 de abril de 1928, en los que, como es frecuente, se le refiere expresamente a «la marcada extralimitación de facultades».

(29) En el título II, *De las atribuciones del Consejo de Estado*, tras exponer en el artículo 26 cuándo éste deberá ser oído necesariamente en Pleno, el artículo siguiente señala que «la Comisión Permanente será *oída* necesariamente... 4.º Sobre las competencias, conflictos de jurisdicción y atribuciones o abusos de poder en los que según las disposiciones vigentes o las que en lo sucesivo se dicten corresponda *informar* al Consejo de Estado».

(30) El R. D. ley de 21 de octubre de 1924, adaptando el Estatuto Municipal a las provincias vascongadas, recogía en el artículo 1, j) que «a los efectos prevenidos en el artículo 290 del Estatuto Municipal, serán recurribles todas las resoluciones de las Diputaciones vascongadas que sean atentatorias al régimen de autonomía consagrado en dicho Estatuto», y el R. D. Ley de 4 de noviembre de 1925, en relación con el Estatuto especial de Navarra, recogía en la base 11, cómo «el recurso por abuso de poder que regula el artículo 290 del Estatuto Municipal será aplicable, cuando proceda, a los acuerdos de la Diputación de Navarra».

atribuciones, aparece bajo la perspectiva de la competencia objetiva, al tratar de evitar y proteger lo que «merme, encrve, impida o anule dicha autonomía, lo cual supone, como todo abuso de tal clase, una invasión de atribuciones...» (31). En esta misma línea de referir el abuso de poder a un supuesto de invasión de atribuciones —atribuciones que precisamente competen a la Corporación que se encuentra legitimada—, se mantiene la jurisprudencia (32) que entonces se dictara en relación con el artículo 290.

El Estatuto Municipal, sin embargo, habría de recoger la más ajustada doctrina de la desviación de poder en forma positiva, al regular en el artículo 331 los arbitrios con fines no fiscales que desarrollarán más tarde los artículos 31 y 32 del Reglamento de Hacienda Municipal de 22 de agosto de 1924, estableciéndolos por primera vez, si bien existían ya sobre ellos algunos precedentes de carácter parcial, y habían sido ya recogidos en el proyecto de la ley de exacciones de 16 de julio de 1918. Mas sobre este punto habremos de insistir más adelante; hasta ahora señalar como fué el Estatuto Municipal quien explícitamente recogió por primera vez, refiriéndose a los arbitrios con fines no fiscales, la consagración positiva de la doctrina de la desviación de poder (33).

3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

a) *Incompetencia o extralimitación de funciones.*

Si analizamos, siquiera sea brevemente, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, veremos como la referencia al exceso, abuso o desviación de poder se mantiene en líneas generales reducida a aquellos aspectos que en Francia e Italia tuvo originariamente, como verdadera incompe-

(31) Sentencia de 30 de abril de 1929; vid. en relación con estos problemas en torno al Estatuto, JORDANA DE POZAS, *Derecho Municipal*, Madrid, 1925.

(32) Sentencias de 25 de noviembre de 1925, 25 de marzo de 1926, 30 de septiembre de 1927, 12 de noviembre de 1927, 16 y 20 de abril de 1929, 17 de marzo de 1934, 30 de junio de 1934, planteándose en casi todas ellas la determinación previa y objetiva de las funciones y competencias municipales, para una vez recogida ésta, poder señalar cuando ha habido tal invasión o abuso. También en relación con este significado, los artículos 164 y 180 del Estatuto provincial, y el 220, párrafo 1 de la Ley Municipal de 1935, configuran típicos y expresos supuestos de extralimitación.

(33) Un planteamiento teleológico de la actuación administrativa, lo recoge también el artículo 256 del Estatuto provincial, al establecer expresamente el fin típico por el que se podrán establecer determinados recursos especiales.

tencia o extralimitación. Este es el planteamiento general, y cabe afirmar que nuestra jurisprudencia no cala en la valoración exacta que la desviación de poder supone, aunque fuerza es reconocer que ésta fué recogida en casos, que si bien verdaderamente aislados, pueden al menos testimoniar, aun dentro de su excepcionalidad, una determinada apreciación teleológica de la actividad administrativa realizadas por nuestros Tribunales.

Porque si «la competencia administrativa es el llamamiento que hace la ley a determinada autoridad o Corporación para entender preferentemente a toda otra, en un asunto que a la Administración incumbe» (34), el exceso o abuso de poder tal como lo configura y refiere la jurisprudencia, reviste, en relación con aquel plano de la competencia, dos aspectos, relacionados, pero distintos y diferenciados entre sí. Primero, en ocasiones no se trata sino de una verdadera y propia incompetencia: un órgano conoce de algo que corresponde a otro distinto. Es el caso típico de usurpación de funciones, de incompetencia, ya absoluta, ya relativa (35). Segundo, junto a este aspecto de relación, la competencia enmarca objetivamente una serie de funciones propias y los límites de las mismas: un exceso en ellas, un ir más allá (36) es lo que precisamente estructura el exceso de poder cuando se configura como extralimitación, sin que sea precisa la usurpación de funciones que pudiera corresponder a otro órgano. Se ha establecido (37),

(34) Sentencia de 22 de noviembre de 1954.

(35) Sentencias de 30 de abril de 1920, 4 de julio de 1921, 10 de enero de 1922, 27 de enero de 1922, 3 de julio de 1922, 9 de octubre de 1922, 9 de junio de 1925, 8 de marzo de marzo de 1928, 17 de junio de 1932, 13 de enero de 1933, 26 de marzo de 1934, 29 de marzo de 1934, 11 de mayo de 1950, 11 de diciembre de 1950, 16 de octubre de 1953.

(36) No se precisa, pues, la usurpación de funciones; basta solamente el exceso o abuso en las atribuciones que le son propias para conocer del cual, es siempre competente la jurisdicción, sentencia de 14 de mayo de 1930; v. también R. D. de c. de 13 de diciembre de 1923, auto de 6 de julio de 1925 y Sentencias de 9 de octubre de 1935, 13 de julio de 1940, 7 de julio de 1941 y 21 de enero de 1942. Ya la sentencia de 22 de diciembre de 1900, señalaba a la jurisdicción contenciosa como la única competente para decidir, «siempre conforme a las leyes, si la Administración activa ha obrado o no dentro del círculo de sus atribuciones, porque si así no fuera no habría medio legal de subsanar los errores, demasias y abusos de poder en que aquélla pudiera incurrir». Recientemente, con expresión a estas alturas, no ciertamente correcta, ha reiterado tal configuración la sentencia de 2 de enero de 1957, en la que se hace sinónimo la desviación de poder con la extralimitación: «Que aún entendiendo ampliamente... la causa de desviación de poder que se atribuye al acto administrativo impugnado, no existe en él extralimitación».

(37) CARNELUTTI, *Eccesso di potere*. «Rivista di diritto processuale civile», 1924, 1, 33 y ss.; en análogo sentido también, en parte, FERRERÒ, *Lo sviamento di potere della*

de esta forma una primera diferenciación originaria entre exceso de poder entendido en este segundo sentido, e incompetencia: ésta es ejercicio de un poder que no se tiene y corresponde a otro órgano; aquél, el exceso o abuso de poder, supone, en esta caracterización que lo distingue ya de la incompetencia, la manifestación de un poder que existe, que no compete a otro órgano, pero que se ejercita más allá de la medida en que ha sido legalmente conferido: el término exceso jamás puede usarse para indicar algo que originariamente no exista. Distinguiendo de esta forma incompetencia y exceso de poder, tendríamos que mientras aquélla se manifiesta como un *prius*, éste sería un *posterius* en cuanto a la carencia de facultades para actuar en un determinado sentido y en un momento específico. Esta distinción, sin embargo, aunque cierta, no deja de ser excesivamente conceptualista, y aunque pueda tener un fundamento dogmático, tan viciado está en última instancia el acto que una autoridad administrativa emana compitiéndole a otra, como el que pueda emanar en el caso de que conozca de funciones que sustancialmente y en el límite en que las ejercita no le son propias.

b) *Arbitrio o mal uso del poder.*

Un paso más en esta evolución, tras el planteamiento objetivo en relación con las facultades atribuidas, lo señala la sentencia de 2 de octubre de 1931, que viene a sancionar una idea del exceso de poder en forma análoga a otros sistemas positivos, al menos en una fase de su evolución, como un mal uso o un uso arbitrario del poder. Ya la jurisprudencia penal en materia de funcionarios (38), al tipificar el hecho delictivo, había insistido en la conducta dolosa, de valoración subjetiva, que implicaba un mal uso o un uso impropio del cargo. Pues bien, esta misma tesis, en lo que de valoración subjetiva de la voluntad administrativa entraña, es recogida en la sentencia citada y supone un paso hacia adelante (39) en cuanto significa

Pubblica Amministrazione, «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia», 1929, 297.

(38) Entre otras, la sentencia de 15 de enero de 1926.

(39) Fué esta misma evolución la que se siguió en Italia, donde de la incompetencia, el exceso de poder pasa a significar como estadio previo a su actual significado, un mal uso del poder; vid. LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali*, Torino, 1925, 50. En relación con este punto, nos reiteramos a las valoraciones de OLIVÁN y ARRAZOLA, ya expuesta en la nota 24.

ya una apreciación subjetiva en el campo administrativo, en razón a la forma personal de ejercer las funciones; el Tribunal Supremo deduce correctamente que frente a «las arbitrariedades», desafueros o abusos de poder de la Administración no debe existir limitación en los Tribunales para conocer, «siendo así que en todo estado de derecho han de ser necesariamente corregidos y subsanados por imperativos de justicia.»

c) *Estructuración específica de la desviación de poder.*

Dentro de la función revisora que el T. S. se ha atribuido, ha penetrado en ocasiones a confrontar si la conducta administrativa está o no de acuerdo con sus fines. La exigencia de atender finalidades concretas, es recogida por el Tribunal Supremo, en sentencias ciertamente aisladas, pero que hubieran sido más que suficientes para haber fundamentado la desviación de poder si hubiera existido un criterio unitario en la jurisprudencia. Se trata en algunos casos (40) de un análisis institucional sobre el que además se enmarca, de acuerdo con los fines propios de la figura de que se trate, la doctrina de la responsabilidad: la vinculación a los mismos en la gestión concreta, es lo que exime de responsabilidad al agente y señala la recta actuación del mismo. En otros casos se recoge cómo es necesario el análisis de la finalidad típica que se propone (41), llegando incluso a determinar en una ocasión, que «para que una autoridad o agente público pueda obrar válidamente en el ejercicio de una facultad no basta con que ésta le haya sido atribuida genéricamente por una ley, sino que además es necesario se acomode en su empleo a los límites que tenga señalado y a los fines para que haya sido concebida» (42), tesis que viene a establecer, como ya hemos señalado, la

(40) Esta vinculación institucional al fin, viene planteada en algunos supuestos por la jurisprudencia contenciosa en relación con las fundaciones de beneficencia; así las sentencias de 28 de noviembre de 1917 y de 11 de octubre de 1918. Es muy interesante recoger cómo la primera de ellas llega a planteamientos en cierto sentido análogos a los que AMORTH sostendrá en relación con la imputabilidad a los entes de la actividad desarrollada por las personas que constituyen sus órganos, vjd. *op. cit.*, 28 y ss.

(41) La Orden de 18 de febrero de 1948, resolviendo un recurso de agravios, *B. O.* de 29 de julio de 1948, señala cómo «la cuestión así planteada ha de resolverse mediante el examen de la finalidad que persigue la recompensa pedida y de la clase de actividades que congruentemente con su fin ha sido su propósito premiar».

(42) Tal es la doctrina recogida por el Decreto de competencia de 17 de diciembre de 1940, y que como ya señalara en aquella fecha BALLBÉ, en sus comentarios a la jurisprudencia contenciosa. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1942, 436, de encontrar el eco debido en los Tribunales — a posteriori podemos lamentar de que

base jurídica precisa para que la Administración sea fiscalizada por los Tribunales, si al dictar aquélla una resolución se ha apartado del fin público, planteamiento éste que en ocasiones, nuestro Tribunal Supremo ha recogido (43) y realizado.

Repetimos que se trata de apreciaciones aisladas, pero que aún careciendo de una elaboración conjunta y global, demuestran cómo aquéllas no eran imposibles, y que hubieran podido incluso ser suficientes para que tal elaboración se hubiese logrado. Evidencian también, aún dentro de su misma limitación, una indiscutible inquietud en nuestro Tribunal Supremo, el cual, por otra parte, no se concretó sólo a la fiscalización típica de los fines, sino que en ocasiones llegó hasta elaborar y admitir aquellos otros matices que las jurisprudencias francesa e italiana recogieron en esta figura de la desviación de poder: así ha señalado el Tribunal Supremo como un vicio del acto, la falta de justa valoración de los hechos y la tergiversación de los mismos (44); la ilogicidad con las pruebas, aun con las no vinculantes (45); la obligación de la Administración de decidir congruentemente no sólo en

no lo tuvo—, podía calificarse como un hito en la evolución y progreso de nuestro contencioso.

(43) Una indiscutible valoración teleológica entraña el R. D. de competencia de 7 de noviembre de 1924, y las ciertamente magníficas sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales de 4 y 30 de julio de 1935: aunque al margen estas últimas de una configuración administrativa estricta, no podemos dejar de señalar cómo la segunda de ellas, en análogo sentido que la anterior, conociendo en un recurso de amparo contra una incautación de semillas ordenada por el Gobernador civil señala que «dejos de responder la incautación referida a un motivo económico de interés general, contraría de modo manifiesto el que inspira el proyecto de Ley presentado a las Cortes por el Gobierno para conseguir la regulación conveniente a la Economía nacional». También las sentencias de 4 de julio de 1944, 11 de enero de 1945, y 3 de enero de 1947. En la segunda de ellas se analiza la finalidad específica de una convocatoria, verdadera ley del concurso, para determinar a través de tal análisis teleológico la ilegitimidad de una determinada actuación administrativa; así como las de 4 de marzo de 1936, 21 de junio de 1944 y 15 de diciembre de 1950, sobre arbitrios con fines no fiscales sobre los que habremos de insistir más adelante. Un estudio de la desviación de poder sobre esta perspectiva jurisprudencial, al que nos remitimos, ha sido realizado minuciosamente por BALLBÉ —*strenuus patronus deviationis imperi*— en su trabajo, todavía inédito, sobre *La desviación de poder y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*.

(44) Sentencias de 16 de diciembre de 1920, 12 de diciembre de 1928 y 7 de abril de 1953. Al recoger estas sentencias y las de las notas siguientes intentamos tan solo apuntar algunos ejemplos, sin pretensión de estudiar completamente estas figuras en nuestra jurisprudencia.

(45) Sentencia de 4 de febrero de 1928: Llamó la atención de que en este caso se trataba de algo tan discrecional como era el cambio de la capitalidad de un término municipal.

razón con todo lo que se le hubiese alegado y pedido (46), sino también considerando aisladamente el acto administrativo en el que deben ser congruentes todos los elementos que integran (47), lo mismo que las razones que se recojan en el mismo con lo que en él se disponga (48); la obligación que la Administración tiene de probar *debida y suficientemente* los motivos en que se funde el acto concreto (49), para llegar incluso hasta la admisión, ciertamente audaz, del aspecto institucional del Ordenamiento jurídico (50), para inferir de él los límites teológicos que afectan al actuar de la Administración.

(46) Sentencias de 20 de abril de 1906, 20 de abril de 1914, 11 de diciembre de 1915, 9 de junio de 1917, 7 de enero de 1918, 31 de abril de 1920, 31 de marzo de 1921 y 20 de abril de 1943.

(47) La necesidad de la congruencia como medio de conocimiento de la efectiva voluntad administrativa, es recogida en las sentencias de 27 de noviembre de 1945: «...y ante antinomia tal, entre unos y otros términos empleados para expresar el acuerdo municipal, llega a no saberse con certeza cuál fué en realidad la voluntaria decisión de aquel Ayuntamiento... que una resolución administrativa adolece de evidente motivo para estimarse nula si, como ocurre con la impugnada en el presente pleito, sus términos ofrecen ambigüedad tal, que pueda razonablemente dudarse cuál fuera el verdadero alcance que ella tenía...» Exigiendo también dicha congruencia, la sentencia de 23 de diciembre de 1946.

(48) Explícitamente se señala —sentencia de 8 de mayo de 1930— «que es notoria y evidente la incongruencia que existe en una Real orden que confirma el acuerdo de expulsión de un empleado tomado por una Cámara de la Propiedad urbana, fundándose en causas distintas de las mencionadas en dicho acuerdo...», circunstancia que produce la nulidad de la soberana resolución que se discute».

(49) Sentencia de 17 de junio de 1947.

(50) Sentencia de 8 de abril de 1952 de la que fuera ponente D. Pío BALLESTEROS: «Que sobre una misma economía, la nacional, aparte de ciertas conexiones con las extranjeras, descansa todo el sistema de la vida, también económica, del Estado, y que por esta razón incumbe a la suprema autoridad nacional regular las aportaciones de las economías públicas y privadas a la misma sometidas, así como el ámbito de acción en que pueden moverse las autoridades locales para regular las que le sean dado ordenar de manera coactiva por vía de exacciones de toda índole, de suerte que la ordenación total en sus diversos aspectos, tanto internacionales como interiores, y lo mismo en punto a trato de las diferentes clases sociales como a las variadas formas de riqueza, tengan lugar en tal manera que no queden contrariadas las normas directrices trazadas por el Estado o inspiradas por él. Este criterio, aún no consignado en textos legales de manera expresa y clara, no por ello deja de manifestarse en reglamentaciones parciales e incluso en decisiones jurisprudenciales dictadas con vista de controversia determinada; y así, por lo que afecta a las exacciones municipales... distintas de las previstas en el Estatuto, habría de cumplirse, entre otros requisitos, el de que no motivaran incompatibilidades con el régimen tributario del Estado y la Provincia, ni atentasen contra el interés público de la Economía Nacional...»

4. LA DESVIACIÓN DE PODER Y LA CONSTITUCIÓN DE 1931.

La Constitución de 9 de diciembre de 1931, recogía en su artículo 101 un precepto de importancia verdaderamente excepcional, que no pasó desapercibido a la doctrina (51), a pesar de las críticas de que indudablemente era susceptible. En él se señalaba textualmente que «*la Ley establecerá recurso contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma, constitutivos de exceso o desviación de poder*» (52). La importancia que ofrece este precepto la podemos deducir no sólo por sancionar en forma expresa y por primera vez, incluso terminológicamente, la desviación de poder, y romper así aquel verdadero círculo cerrado que la intangibilidad de los actos discrecionales significaban, sino también al señalar la posibilidad de recurrir *disposiciones*, en las que la generalidad, al menos en cierto sentido, se contraponía a la particularidad del simple acto (53).

En relación con lo establecido en el artículo 121 de la Constitución, se promulgaba el 14 de julio de 1933, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, que regulando en el título III el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, señalaba en el artículo 31, párrafo 2.º, la forma de plantearse previamente tal inconstitucionalidad, en los «*pleitos contencioso-administrativos*», para en el párrafo siguiente recoger la misma

(51) GARCÍA OVIEDO, *El recurso contencioso administrativo en la nueva Constitución española*, «*Revista de Derecho Público*», 1932, 361 y ss.; PÉREZ SERRANO, *La Constitución española*, Madrid, 1932, 299; ROYO VILLANOVA, S., *El art. 101 de la Constitución de 1931*, «*Boletín de la Asociación para el Progreso de las Ciencias*», 1932; BÁDENES GASSER, *El recurso de ilegalidad o exceso y desviación de poder*, «*Revista de Derecho Público*», 1935, 223 y ss.

(52) Precedentes inmediatos del mismo, eran el art. 79 del Anteproyecto de la Comisión jurídica asesora —«*la ley establecerá un recurso contra la ilegalidad de las disposiciones de la Administración*»—, de donde pasa al artículo 101 del Proyecto parlamentario de Constitución, artículo que el texto de esta última había de desarrollar.

(53) Al referirnos al acto administrativo, lo contraponemos en el texto en razón del recurso señalado —reducido en su determinación concreta y particular—, con las disposiciones caracterizadas como normas generales, siguiendo a LESSONA, *Introduzione al Diritto Amministrativo e suoi principi*, FIRENZE, 1932, 74, y ROYO VILLANOVA, *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, 16 y ss., si bien no vemos inconveniente en que en cuanto a su concepción unitaria, el acto administrativo comprenda tanto el general como el concreto, como ya acertadamente recogiera GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, 112.

regla en relación con «los pleitos de ilegalidad y exceso o desviación de poder a que se refiere el artículo 101 de la Constitución». Esta era la única referencia que con categoría legal se hizo del recurso de desviación de poder, y propiamente como queda claro, no para regularlo en ningún sentido, sino para establecer la forma de resolver previamente en un recurso por desviación de poder la cuestión referente a una posible inconstitucionalidad legal. Ninguna otra norma de rango legal —insistimos— se refirió para nada al recurso de desviación de poder, ni mucho menos lo hizo objeto regulación, siendo el Reglamento Orgánico del mismo Tribunal de Garantías de 6 de abril de 1935 el que con una confusión, ciertamente paradójica, englobase unitariamente el conocimiento de los nuevos recursos que el artículo 101 de la Constitución establecía, atribuyendo su conocimiento a dicho Tribunal: por una parte, le atribuía la jurisdicción en cierto sentido constitucional, acerca de la ilegalidad de la Administración en su potestad reglamentaria, necesaria, dada la connatural función de ésta en la concreción e integración de lo que por la ley (54) se disponga; por otra parte, el nuevo recurso por desviación de poder —referente a los *actos* en su más restringido sentido— que venía a ser regulado en el artículo 85 del citado Reglamento orgánico (55).

Sin embargo, por el Decreto de 7 de junio de 1935 se derogan estos ar-

(54) En este sentido, bajo el indiscutible prisma constitucional que el control de los actos de carácter general ofrece —rebasando los límites originarios del propio contencioso—, que reducían éste a la garantía de situaciones concretas, puede sin duda alguna señalarse cómo la ley jurisdiccional de 1936 viene «llenando un vacío» a establecer en cierto sentido un verdadero recurso de inconstitucionalidad en relación con «las disposiciones de categoría inferior a la Ley» (art. 1); y conviene añadir que sin duda alguna este control implica la determinación de la proporcionalidad o no de esas normas con el entero Ordenamiento jurídico, ya que el objeto de tal recurso, al margen de cualquier situación jurídica particular, es «salvaguardar el principio de jerarquía de las fuentes, básico de la organización del Estado». Además, en relación con el establecimiento de un órgano que jurisdiccionalmente conozca de la pureza y adecuación jerárquica de las distintas fuentes —tal es en cierto sentido el alcance de los recursos de inconstitucionalidad—, la afirmación de la exposición de motivos, IV, 3 es tajante: «se exige la creación de un instrumento idóneo para anular las disposiciones que infringieren otras de superior jerarquía, dado que su mantenimiento implica la aplicación de aquéllas por los órganos inferiores de la Administración, y que alcancen mayor efectividad que preceptos revestidos de formas más solemnes».

(55) Se exigía la previa alegación del exceso en la vía gubernativa, pidiendo en ella su subsanación (art. 85) y examinado el recurso por el Tribunal, a efectos de su admisión, podía ésta ser denegada cuando el hecho alegado no constituyese *manifiestamente* ilegalidad, abuso, o desviación de poder (art. 8).

títulos del Reglamento que regulan el recurso por desviación de poder «hasta tanto se determine legalmente el organismo o Tribunal a cuya jurisdicción hayan de atribuirse». Este Decreto derogatorio, que impidió la efectividad de la desviación de poder, tuvo su origen en una moción del Consejo de Estado a la Presidencia del Gobierno, en virtud de las facultades que le confería el artículo 28 de su Ley Orgánica, y que reveló la situación sumamente paradójica de la evidente inconstitucionalidad del Reglamento que estructuraba precisamente al Tribunal de Garantías constitucionales (56).

Quedaba, pues, sin concreción, el único precedente normativo de la situación actual en relación con el establecimiento y admisión general de la desviación de poder. Era una ley, según recogía la propia Constitución, la que había de reglamentarlo y no el Reglamento del Tribunal Constitucional. Ciertamente que aquella norma fundamental, al remitir a una ley la estructuración del recurso, podía calificarse de programática, pero frente a tal declaración, con el apoyo de un texto constitucional, ¿no hubiera podido elaborarlo el Tribunal Supremo abandonando sus «timideces jurisprudenciales» y encontrando en aquél una cierta e indiscutible base normativa, de forma expresa, de la que incluso carecieron en ocasiones los Consejos de Estado en aquellos países en que sin ninguna previa sanción se configuró la desviación de poder? Aunque no hay duda que hasta la promulgación de la ley quedaba el recurso un poco en suspenso, y que quizá el clima político y las prácticas administrativas lo impidieran, era evidente esa posibilidad de tomar como punto de partida el texto constitucional

(56) El Consejo de Estado, en sesión de 10 de mayo de 1935, acordó «elevar moción a la Presidencia del Consejo de Ministros sobre la inclusión en el reciente Reglamento del Tribunal de Garantías Constitucionales de preceptos relativos al recurso a que se refiere el artículo 101 de la Constitución; encomendando a la Sección de Hacienda la dirección de la misma», moción que, postulando la derogación de aquellos artículos, elevó el 17 de mayo y que se fundaba en los puntos siguientes (según me ha sido dado consultar en el Archivo de la Presidencia del Gobierno); 1.º, no se elevó consulta del Reglamento del Tribunal de Garantías Constitucionales al Consejo de Estado, que necesaria y preceptivamente debía haber sido oído; 2.º, la atribución al Tribunal del conocimiento del recurso de desviación de poder venía realizada por el Reglamento, atribución que era contraria no sólo a las leyes, sino a la propia Constitución que había establecido, que sólo mediante ley podían y debían regularse los recursos del artículo 101; 3.º, tal atribución significaba además una nueva y verdadera inconstitucionalidad, pues tales funciones no figuraban entre las que al Tribunal le asignaba el artículo 121 de la Constitución; 4.º, la función propia de un Tribunal de Garantías constitucionales es totalmente distinta del conocimiento de recursos específicamente administrativos.

para recoger la desviación de poder (57), no obstante lo cual esta posibilidad fué taxativamente rechazada siempre que se alegó en un recurso contencioso, dejando de entrar en el fondo del asunto, aunque en el caso concreto pudiese ciertamente existir tal vicio en el acto administrativo (53).

Queda únicamente por recoger, cómo en la azarosa vida que el Consejo de Estado tuvo en esa época republicana, se formularon no pocos y razonados intentos para recuperar el conocimiento de la jurisdicción contenciosa, proyectos en los que en forma más o menos estrecha se recogía el recurso por «abuso o desviación de poder», tratándose de completar la enunciación del artículo 101 de la Constitución (59).

5. PERSPECTIVAS EN EL RÉGIMEN LOCAL ANTES DE LA LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956.

Queda un último punto a señalar dentro de esta evolución histórica, y es en relación con lo establecido en nuestro régimen municipal, de si la desviación de poder tenía cabida y podía configurarse dentro de la violación

(57) Tal es la opinión que aceptamos, recogida por un comentarista tan cualificado de la Constitución como PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, 299. GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, 302, y ALVAREZ GENDÍN, *Nociones sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, «Revista de Derecho Público», 1936, 65 y ss., afirman, por el contrario, la ineludible necesidad de esperar la aprobación de una ley complementaria.

(58) Negando la aplicabilidad de la Constitución y remitiéndose a la falta de la ulterior regulación legislativa, en la que únicamente podía haberse fundado, las sentencias de 1 de abril y 22 de mayo de 1933 y 2 de julio de 1935.

(59) Sobre este punto, vid. la extensa referencia que recoge CORDERO TORRES, *op. cit.*, 121 y ss., especialmente en relación con el proyecto de ley ABAD-CONDE, en el que, por otra parte, el exceso de poder se hace sinónimo de la incompetencia, y el abuso de poder de la desviación.

También el Congreso de Abogados de 1932 formuló entre los proyectos de conclusiones de la sesión 8.^a, presidida por don Antonio GOICOECHEA, la de solicitar a «los Poderes Públicos la inmediata votación y promulgación de la Ley a que hace referencia el artículo 101», y tras establecer los casos en que debía proceder el recurso de nulidad, se recogía la existencia de la desviación de poder, si bien en forma incompleta y ciertamente harto limitada: existía aquélla, se decía, «cuando la resolución administrativa hubiese sido dictada obedeciendo a móviles personales extraños al interés público».

Asimismo en la discusión Parlamentaria de la Ley Municipal, SERRANO SÚÑER propuso la acogida como último motivo del recurso de anulación la desviación de poder, propuesta que no fué acogida en la Base XXVII, ni por lo tanto en el artículo 223 de la Ley. ROYO VILLANOVA, *Problemas... cit.*, 160, recoge también, y crítica, la inclusión de la desviación de poder dentro de los motivos del recurso de anulación tal como lo estructurara el Anteproyecto de Código de Gobierno y Administración Local de 1941.

de disposiciones administrativas en el recurso de anulación que recogía el artículo 386 del texto refundido de la Ley de Régimen Local. Que tal expresión no se refiera directamente a la desviación de poder parece obvio, pues no puede interpretarse en tal sentido y de forma rebuscada la intención del legislador, que de esa manera tratase de «introducir subrepticamente un instituto que tan concreta virtualidad ha adquirido en el ordenamiento jurídico administrativo de otros países e introducirlo así, además, mediante bases esencialmente sometidas a polémica» (60). Esta posición es, sin embargo, perfectamente compatible con la de que al margen de la voluntad concreta y específica del legislador, en un momento determinado, la jurisprudencia hubiese podido introducir en el régimen local la desviación de poder (61), dentro del género «violación de disposiciones administrativas», que es, por cierto, el plano auténtico que a la desviación corresponde, que ya sabemos que es un vicio de legalidad, y en modo alguno, como se ha pretendido, de moralidad (62); la desviación de poder es esencial-

(60) MARTÍNEZ USEROS, *op. cit.*, 59, nota 97.

(61) ROYO VILLANOVA, *Problemas...*, *cit.* 141, cómo la violación material de normas, se contraponen en cierto sentido a la desviación de poder que entrañaría sólo una violación moral: siguiendo esta línea de argumentación, al establecerse en la ley de Régimen Local el recurso por «cualquier otra violación de leyes o disposiciones administrativas», sin ulterior distinción, es evidente que allí pudiera haber tenido cabida la desviación de poder. Sobre este punto, vid. también, MARTÍN-RETORTILLO, C., *Modificaciones en lo Contencioso administrativo municipal*, «Revista de Estudios de la Vida Local», 1944, 391 y ss.; ORTIZ DÍAZ, *El recurso contencioso administrativo y la nueva ley de Régimen Local*, Madrid, 1953, 82; vid., además, las dos notas siguientes sobre esta calificación de la desviación de poder como una infracción moral.

(62) La tesis de la moralidad administrativa fué configurada un tanto ingeniosamente por HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et Droit Public*, 1927, 419, quien además la reiteró en diversos comentarios jurisprudenciales, siendo WELTER, *op. cit.*, 29, quien la desarrollara ampliamente, en forma muy inferior a como HAURIOU la había propugnado. Entre nosotros parece seguirle SERRA PIÑAR, *op. cit.*, 182, al resaltar la valoración ética que la desviación de poder supone y recoger cómo la investigación de los motivos del agente trasciende del campo de la legalidad al de la moralidad. Recientemente, y en trabajo que sólo me ha sido permitido conocer en la corrección pruebas, ALVAREZ CENDÍN, *Problemas jurisdiccionales que suscita y resuelve la nueva Ley de lo contencioso-administrativo*, «Revista de Estudios de la Vida Local», 92, 177, defiende también esta posición, al establecer que por la desviación de poder «no se juzga sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, sino sobre la oportunidad de los actos discrecionales, sobre la moralidad administrativa».

No creemos, sin embargo, que pueda admitirse la tesis de la moralidad, que fundamentalmente insiste en la determinación de las condiciones subjetivas del agente, y para la cual el Consejo de Estado aparece como «la conscience de l'administration». En primer lugar, supone relacionar con la conducta de la Administración una dualidad de cri-

mente, en efecto, lo mismo que cualquier otro vicio del acto administrativo, una violación normativa, como ya se ha admitido por la propia doctrina extranjera (63), al tratar de superar la concreta enumeración específica de los motivos de impugnación del acto administrativo, problema que ciertamente ha solucionado la reciente Ley de la jurisdicción contenciosa, con la feliz cláusula general del artículo 83, 2, que evita consignar una enumeración de tales vicios, siempre necesariamente artificiosa.

terios —éticos y jurídicos—, no ciertamente clara y menos aún admisible desde esta perspectiva; en segundo lugar es insostenible la configuración que de la legalidad se hace, sobre un plano estrictamente positivo, y de la que todo lo que no sea mera confrontación material de la ley, se hace salir fuera de su análisis: además, quedará siempre por demostrar que la exigencia de condiciones y circunstancias, y su exacta verificación no sean condiciones exigidas por la ley; en tercer lugar, reducir la desviación de poder a vicio de moralidad, acentuando el aspecto subjetivo del agente administrativo, significa reducir aquella figura a unos límites no conformes con la realidad jurisprudencial —DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, 1953, 389; GARRIDO FALLA, *Régimen...* cit., 253; finalmente, no puede establecerse como principio esencial de la desviación de poder, el que siempre y directamente haya que analizar los motivos subjetivos y personales del agente para llegar a la intimidad del acto, tal y como lo establece la doctrina de la moralidad: tal análisis, cuando se realiza, no es sino con el carácter instrumental de poder determinar en razón del mismo la tipicidad del acto; a este respecto, ya había señalado MICHOU, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, «Revue générale de l'Administration», 1915, I, 210, que «ce serait une erreur de croire que le Conseil d'Etat examine l'intention subjective, le processus de la volonté de l'agent. Il ne sonde pas ses reins et son coeur, mais simplement son acte; c'est à l'acte lui-même et aux documents administratifs qui l'accompagnent, qu'il demande la preuve du détournement de pouvoir. C'est le dossier qui doit apporter cette conviction. Le Conseil d'Etat la trouvera dans les motifs mêmes de l'acte attaqué, dans la correspondance versée au dossier, dans les circonstances extérieures du fait qui lui est soumis». Y DUEZ y DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, París, 1952, 393, añadirán completando el pensamiento de MICHOU: «Si donc la psychologie de l'auteur de l'acte est examinée, ce n'est qu'à travers les éléments objectifs fournis par les pièces du dossier et les faits externes qui arrivent au juge. Ce dernier ne mande pas à sa barre les administrateurs pour leur demander des comptes; il ne peut même pas ordonner une enquête à seule fin de scruter les mobiles qui les ont fait agir».

La tesis de configurar la desviación de poder como vicio de legalidad, y no de moralidad, es la que ha recogido la Ley jurisdiccional española; vid. amplia referencia en el discurso de S. ROYO VILLANOVA en las Cortes, como ponente de la misma, publicado en la «Revista de Estudios de la Vida Local», 91, 20.

(63) En relación con el sistema francés, ha sido ya recogido por GONZÁLEZ PÉREZ, *Consideraciones sobre el contencioso francés*, en esta REVISTA, 15,64, quien a su vez señala cómo quizá para una configuración unitaria, existe acaso demasiada tradición histórica en la clásica enumeración de los distintos vicios del acto administrativo. En relación con la doctrina italiana, entre otros, GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1953, 99.

6. SANCIÓN POSITIVA DE LA DOCTRINA DE LA DESVIACIÓN DE PODER.

Señalábamos antes, cómo entendida la desviación de poder en razón de la valoración teleológica de la actividad administrativa, presuponiendo siempre un respeto a la competencia, a la forma y a «la propia ley» extrínsecamente considerada, la figura no puede dejar de existir aunque no cuente con una admisión legislativa explícita, en razón de la naturaleza de la propia función jurídico-pública; la desviación de poder está entrañada, en efecto, en la íntima razón de ser de la Administración y del propio Estado, en cuanto que su obrar no puede jurídicamente no estar condicionado por la finalidad específica del mismo, lo que impone que tal finalidad deba estar siempre presente (64): son las propias normas las que recogen, de forma más o menos expresa, e imponen a su vez el fin por el que la Administración debe obrar; pero esto, se ha podido afirmar (65), muy certeramente, que el concepto de la desviación de poder existe en la propia realidad jurídica sin precisar una expresa sanción legislativa.

Este planteamiento que, repetimos, es connatural con la propia función pública, no sólo pudo y debió haberse tenido en cuenta, sino que además fué expresamente recogido en ocasiones por nuestro propio derecho positivo al imponer en casos concretos la obligación a la Administración de obrar de acuerdo con unos fines determinados. Tenemos así, que si tomando como punto de partida el campo propiamente jurisdiccional (66),

(64) En relación en la interpretación teleológica que la actividad administrativa entraña, vid. la Introducción de ORLANDO a sus (LESSONA), *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952, XLIV.

(65) La afirmación, que es de BALLBÉ, aparece recogida en sus comentarios jurisprudenciales, *op. cit.*, 436. También llegan a análogas conclusiones CLAVERO ARÉVALO, *op. cit.*, 103, y GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 256, y al plantearse este último el problema de cómo es la Ley la que impone a la Administración un fin en el uso de sus poderes. señala cómo partiendo de esta consideración, sin necesidad de reformas en nuestra legislación, hubiera podido ciertamente intentarse una elaboración de este motivo de impugnación de los actos administrativos.

(66) La doctrina y los principios de la desviación de poder, han sido sancionados en los países que la recogieron, siempre desde el campo de la justicia administrativa; ello era lógico, no sólo porque en él nació y se desarrolló toda la doctrina y configuración del acto administrativo y de sus vicios, como consecuencia de la actualización concreta del Estado de Derecho, sino también porque pensada y concebida aquélla como un nuevo recurso —*moyen d'ouverture*—, tenía allí su específica reglamentación. Ello, sin embargo, no obsta a que pueda llegarse a la misma conclusión, no señalando el vicio, sino determinando la obligación cuya falta constituye precisamente aquél, es decir, imponiendo a la Administración la obligación positiva de actuar *in specie* en razón de sus fines concre-

vimos ya cómo la desviación de poder pudo desarrollarse en relación con nuestro régimen local al suponer aquélla, sin duda alguna, una indiscutible violación de normas administrativas, un análisis singular de la legalidad, partiendo de la obligación, en ocasiones explícita, de que la Administración debe actuar de acuerdo con sus fines, mediante una elemental interpretación de *minore ad maius*, nos hubiese conducido también a un reconocimiento general de aquella forma de ilegalidad de los actos administrativos.

No se trata, pues, sino de referir los explícitos pronunciamientos que exigen una adecuación de la actividad administrativa a unos fines públicos concretos: afirmaciones, que con carácter general, pero expreso, se encuentran en no pocos preámbulos y Exposiciones de motivos, muy especialmente en aquellos que pudieran corresponder a las normas que regulan la que pudiéramos llamar actividad económico-social de la Administración: baste, como ejemplo, citar, entre ellos, el Decreto de 14 de marzo de 1947 sobre industrias de interés nacional en el que se señala cómo la actuación de la ley de 24 de noviembre de 1939, así como su interpretación para la aplicación de los beneficios que se conceden deben estar ajustadas «al espíritu y finalidades que aquélla perseguía».

Hay, sin embargo, que destacar en esta particularidad de exigir legislativamente una adecuada acomodación de la actividad administrativa a sus fines, una serie de casos (67) en nuestro derecho positivo, en los que de

tos. Era éste el camino que no había hecho casi más que iniciarse en algunos puntos dentro del sistema español antes de la acogida de la desviación de poder en la Ley: significaba, pues, la sanción por activa, de lo que ahora se configura por pasiva.

(67) Pueden citarse otros. Así, en relación con el artículo 256 del Estatuto Provincial por el que se autorizaba a imponer un recargo fiscal con el exclusivo fin de atender al servicio de intereses y amortización de empréstitos legalmente acordados, la sentencia de 3 de enero de 1946 acordó la nulidad del acto por «estar acordada la imposición del referido tributo especial para una finalidad distinta de la que según la ley puede justificarse...»

Que el arbitrio sobre solares sin edificar tenga una faceta no fiscal, es evidente, y en relación, pues, con este aspecto el Tribunal Supremo ha determinado en parte la conducta administrativa en relación con el fin específico de aquél, en las sentencias de 30 de noviembre de 1939 y 1 de marzo de 1956, entre otras.

En el mismo sentido de lo que venimos llamando configuración positiva de la desviación de poder, ofrece varias referencias finalistas la llamada Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956: ciertamente que no podía ser de otra forma, al margen del tecnicismo un tanto confuso de la misma, en una ley de funciones tan amplias y de conformación social como es aquélla y que parte de una extensa base sociológica, como puede deducirse de su Exposición de motivos (§ 5): así, por ejemplo, la determinación cuantitativa de las multas, la obligación de que el juicio emitido por la Comisión Provincial, valore

forma tajante se exige aquélla: son especialmente el Reglamento de Servicio de las Corporaciones locales y la regulación de los arbitrios con fines no fiscales.

a) *Arbitrios con fines no fiscales* (68).

Que el impuesto puede tener y tenga en ocasiones una finalidad primordial distinta de la meramente fiscal —facilitación de medios económicos— es manifiesto; esta última finalidad no desaparece ciertamente, pero queda en un lugar secundario, en tanto que aquél se configura para perseguir directamente una finalidad material, concreta y distinta (69), como puede ser la de «evitar fraudes, mixtificaciones o adulteraciones en la venta de artículos de primera necesidad, coadyuvar al cumplimiento de las ordenanzas de Policía urbana y rural o de disposiciones en materia sanitaria, para contribuir a la corrección de las costumbres o para prevenir perjuicios a los intereses del Estado, de la Provincia o del Municipio y del vecindario en general».

Tal es la configuración que en nuestro régimen local, de cuya ley fundamental es el texto anterior, tienen los arbitrios con fines no fiscales cuya consagración genérica procede ya del Estatuto Municipal. Estos impuestos entrañan pues, una finalidad correctora de situaciones y de costumbres, aunque quedará siempre por ver si ciertamente esta función no es un mero pretexto en muchas Ordenanzas (69 bis). Prescindiendo de la más o

no sólo la adecuación de la obra a un plan, sino también más genéricamente a las conveniencias del interés general, etc.

(68) Ya GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 252, nota 95, ha apuntado las relaciones de la desviación de poder con los arbitrios con fines no fiscales, y cómo la directa referencia que en estos casos hace la ley al fin, ha decidido a nuestra jurisprudencia a hacer alguna declaración en que recoge en cierto sentido la desviación de poder: sobre este punto, los artículos 473 y ss. del texto refundido de la ley de Régimen local. También recoge estas relaciones entre la desviación de poder y los arbitrios con fines no fiscales, LÓPEZ ROBÓ, *Evolución y estado actual del recurso contencioso administrativo en España*, «Revista del Instituto de Derecho comparado», 4, 71.

(69) La tesis específicamente admitida; vid. entre otros, GIANNINI, A. D., *Instituzioni di Diritto tributario*. Milano, 1953, 52.

(69 bis) Decimos que en no pocas ocasiones no es sino un mero pretexto, ya que en general el efecto que produce el arbitrio no es sino la consolidación de las situaciones a corregir. Sobre este punto, la Sentencia de 21 de junio de 1944, establece la doctrina, aplicable a no pocos casos, de la efectiva incongruencia de tales arbitrios, que muchas veces no son sino cómoda salvaguardia por parte de los Ayuntamientos para exonerarse de verdaderas y positivas obligaciones: «Ante la realidad lamentable del

menos discutible apreciación que de su conveniencia o eficacia pueda hacerse, el establecimiento de estos arbitrios exige, en primer lugar, partir de un análisis de la competencia municipal; sólo puede establecerse la imposición sobre aquellas materias en las que legalmente el Municipio está facultado para intervenir, materias que han de hacer relación necesariamente con las conductas, actuaciones o hechos que quizá un poco ilusoriamente se intentan evitar o corregir por el medio indirecto que supone su gravamen impositivo (70). En segundo lugar, en la regulación de los arbitrios con fines no fiscales, ya desde su inicial configuración, se preceptúa y exige una adecuación, una armonía, entre el arbitrio mismo y aquella finalidad típica y pública —pues desde el momento en que se ha asumido dentro de la competencia objetiva que faculta tal actuación, adquiere estos caracteres—, que con él se establece, y esto hasta el punto de que una incongruencia manifiesta entre el arbitrio y la finalidad que se persigue, vicia la validez de la Ordenanza respectiva (71).

Ha sido precisamente en este punto, donde la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha elaborado, a nuestro parecer, la doctrina más ajustada valorando la finalidad concreta que la Administración debía perseguir en función de un acto determinado. Esta doctrina ha revelado, además,

crecido número de viviendas que carecen en distinto grado de las condiciones estimables precisas para cumplir indispensables exigencias de higiene y salubridad, el Poder público acudió a procurarle el posible remedio mediante disposiciones legales que invistieron a los Ayuntamientos de facultades para investigar el conocimiento de viviendas insalubres, calificarlas y formar su censo y proveer todo lo necesario hasta conseguir el fin de sanearla..., cuya aplicación es el medio adecuado para alcanzar el propósito a que van dirigidas, ya que procura posibilidades suficientemente coactivas para conseguir su fin, no siendo admisible que se den de lado ni que su empleo se descuide, sustituyéndolas por el establecimiento de un arbitrio, como el discutido, que en la generalidad de los casos será soportado como menos gravoso y más cómodo que la sumisión a ejecutar obras de mejora, con la indefectible consecuencia de que en tanto que el arbitrio se pague el mal se tolera, perdura y no se remedia, lo que manifiesta la incongruencia entre el medio utilizado —el arbitrio— y el fin que inspiró su implantación, y sin que sea dable tampoco aceptar que al hacerse objeto de tributo venga a establecerse un modo de composición sobre situaciones respecto de las que el Poder público no puede admitir ni admite otra fórmula que la de su extinción, porque así lo imponen su naturaleza y el supremo interés general.» Las afirmaciones de esta Sentencia, son definitivas. De la bibliografía sobre los arbitrios con fines no fiscales, vid. especialmente, RODRÍGUEZ MORO, *Los arbitrios con fines no fiscales en el Decreto de 25 de enero de 1946*, «Revista de Estudios de la Vida Local», 1946, 405 y ss.

(70) Sentencia de 19 de noviembre de 1949.

(71) Artículo 475.2 del texto refundido de la Ley de Régimen Local.

la dificultad y artificiosidad del manejo de estas figuras impositivas, obligadas a moverse entre límites muy sutiles. En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha pretendido que para que una Corporación pueda establecer un arbitrio de esta naturaleza con su finalidad específica, preservativa o correctora, ha tenido que señalar antes reglamentariamente la conducta que ha de seguirse, es decir, que tratándose, por ejemplo, de un arbitrio sobre determinada forma de la instalación en las conducciones eléctricas, se exige que se hubiesen dictado con antelación, las normas a las que positivamente debían someterse tales instalaciones, ya que sin tal pauta no existiría punto de referencia (72). Ahora bien, esto equivale claramente a desfigurar el arbitrio, pues los casos en que éste se imponga como se pretende, para evitar la infracción de una Ordenanza, ¿no implican ya una violación de esta última?, ¿no basta en ellos, pues, sancionar el incumplimiento de la Ordenanza, lo que evita la necesidad de establecer un nuevo tributo? Si en estos casos podrían obtenerse los mismos resultados imponiendo normativamente una conducta positiva, y protegiendo su cumplimiento a través de la eficacia de la norma —sin que esta eficacia requiera ordinariamente un apoyo fiscal, a lo sumo sanciones pecuniarias—, en otros muchos casos, nos encontramos con que no es ciertamente el establecimiento de este impuesto la forma más lógica y normal para exigir un determinado comportamiento, y que muy al contrario, el pago de los mismos no hace sino reafirmar en ocasiones aquella situación que se intenta corregir. Y queda todavía en relación con estos arbitrios la exigencia, fácilmente olvidada, de su carácter excepcional, que impide su establecimiento en todos aquellos supuestos en que la Administración municipal pueda obtener mediante otro medio los mismos resultados.

No es, sin embargo, objeto de este trabajo puntualizar estas cuestiones generales en relación con esta clase de exacciones municipales; bástenos ahora señalar, cómo al exigirse tradicionalmente en su ordenación una exacta congruencia entre el arbitrio mismo y el fin específico que se intenta corregir, ha sido al tratar de ellos donde el Tribunal Supremo (73) ha configurado, quizá con mayor uniformidad, unos evidentes supuestos de desviación de poder, siendo preciso, además, llamar la atención sobre como

(72) Sentencia de 4 de marzo de 1936.

(73) Especialmente la sentencia citada en la nota anterior, y también, entre otras, las de 21 de junio de 1944 y 15 de diciembre de 1950.

está elaboración de Tribunal Supremo se ha realizado en materia tan discrecional como puede ser, por ejemplo, el establecimiento de un arbitrio.

b) *El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.*

A nadie se le oculta la importancia que tiene todo Reglamento de Servicios, y que de hecho ha tenido (74) el vigente de las Corporaciones locales, no sólo por su elaboración doctrinal y técnica —quizá un tanto excesiva— sino también por la peculiaridad de su rango en relación con las materias de que trata. Acaso a la luz de una crítica rígida y ajustada pudiera parecer un tanto anómalo que el Ordenamiento remita a un sencillo reglamento, normas que o tienen encuadre entre las que son primarias en todo Estado —las constitucionales—, o por lo menos están indiscutiblemente sancionadas por un principio general del derecho; porque la igualdad ante las leyes, la jerarquía normativa y el obligar a que toda actualización de una ley sea de acuerdo con su fin, deben ser al menos hoy, fundamento y substrato de cualquier gestión pública que quiera encuadrarse entre las de un Estado de Derecho.

No nos interesa ahora, sin embargo, juzgar si en pura lógica el Reglamento de Servicios desborda un poco, especialmente en sus dieciséis primeros artículos, su propia función; de todas formas no deja de ser un tanto oportuno —*ex abundantia non nocet*— el que la propia Administración haya querido recordarse principios tan generales y básicos, especialmente al establecer en los artículos referidos, las normas básicas de la conducta a seguir por las Corporaciones locales en su «intervención administrativa en la actividad privada.» Pues bien, entré estos preceptos, los artículos 4 y 6 del Reglamento nos interesan aquí especialmente, por señalar el primero cómo la competencia atribuida a las Corporaciones locales se ejercerá precisamente mediante los fines que la determinen y con la concurrencia de los motivos que la fundamenten, y al establecer el segundo de aquellos artículos que «el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen».

Los supuestos que refieren ambos artículos son claramente distintos. En el artículo 6 se analiza el acto administrativo desde un punto de vista individualizado, al exigir al contenido del mismo una congruencia con motivos

(74) CLAVERO ARÉVALO, *El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1965*, en esta REVISTA, 19, 287 y ss.

y fines. Esto equivale a sancionar la desviación de poder, que supone precisamente una discordancia entre aquellos elementos en que la obligación de congruencia queda establecida: el fin, los motivos y el contenido del acto que deben todos ellos tener una adecuada proporcionalidad e interrelación lógica. Ahora bien, la necesidad de ello, ¿abarca necesariamente a los tres para que pueda hablarse de legitimidad del acto? ¿Existirá desviación de poder siendo congruentes entre sí la finalidad del acto concreto —causa típica del mismo— (75) y el contenido de aquél, pero no con los motivos? ¿Puede ésto efectivamente darse? ¿Cuándo y cómo se valoran esos motivos? ¿Serán éstos los manifestados por la Administración si se impusiese la motivación obligatoria o si simplemente ella los exteriorizase aunque no hubiese tal obligación? ¿Y cuándo no existiese esta obligación de motivar? ¿Y si hubiese discordancia entre los motivos manifestados en la motivación y los motivos reales que efectivamente han actuado sobre la voluntad del agente administrativo? El estudio de estas cuestiones nos llevaría ciertamente muy lejos, y dejando para otra ocasión el planteamiento de las mismas, creemos sea bastante indicar cómo los motivos no tienen otra significación propia —y este es precisamente su valor— que la de ser síntomas indiciarios para descubrir la posible ilegitimidad del acto. En principio, objetivamente lo que interesa, es la congruencia necesaria entre el contenido del acto y el interés público que integra a aquél como causa típica del mismo. Lo que ocurre es que los motivos evidencian de hecho, al margen de su peculiar valoración jurídica instrumental, una ilicitud o insuficiencia en aquel interés público que se integra como causa del acto; una Corporación municipal acuerda, por ejemplo, la expropiación de determinados terrenos; los verdaderos motivos de la misma —y los antecedentes jurisprudenciales en Francia e Italia en este sentido son inagotables— son el beneficio personal y particular de determinados miembros de aquélla; los motivos en este caso, inoperantes en cuanto a la estructura del

(75) Configuramos aquí la causa, en razón del interés público a satisfacer por el acto concreto, subsumiendo en ella el aspecto teleológico, como hace una buena parte de la doctrina italiana; entre nosotros, tal posición puede deducirse de MARTÍNEZ USEROS, *op. cit.*, 38, y de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1956, 56 y ss. Sin embargo, la afirmación que recogemos en el texto, sirve exactamente igual para quienes tal elemento teleológico del acto administrativo lo configuran en razón del fin, que consideran, por otra parte, como elemento independiente del acto: queda igualmente válida en este caso tal posición, aunque no ya referida a la causa, sino al fin del acto. En este último sentido, vid. en nuestra doctrina, GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 249.

acto, lo que hacen es denunciar y manifestar una evidente situación de ilegitimidad, facilitando la determinación de la falta del interés público concreto en aquel acuerdo expropiatorio.

Si el artículo 6 del Reglamento de Servicios recoge en forma clara un supuesto de desviación de poder en relación con un acto administrativo aisladamente considerado, el artículo 4 lo configura no sólo en función de una hipótesis concreta, sino con toda la actividad interventora de la Administración local al exigir, con carácter general, la acomodación específica de la misma con los fines que la determinan, y cuya falta genera un evidente caso de desviación de poder. Hoy día, sin embargo, esta norma no creemos tenga mayor trascendencia en cuanto que el supuesto que en ella se sanciona ha sido subsumido dentro de la generalización del artículo 83 de la Ley de jurisdicción contenciosa.

7. LA NUEVA LEY JURISDICCIONAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Es ineludible, cualquiera que sea la perspectiva que se adopte, que el desarrollo de toda posición intelectual acaba por perderse un poco en el vacío; un análisis desde posiciones parcial y unilateralmente adoptadas, tiene el riesgo de oscurecer cualquier juicio general que se intente. Por esto mismo, intentando huir de este defecto, no tenemos la pretensión de hacer girar toda la reforma jurisdiccional española en torno a la desviación de poder, aun siendo ésta una faceta ciertamente de las más importantes. Para nosotros de todos los aspectos que la ley de 27 de diciembre de 1956 recoge, el más fundamental y avanzado sin duda alguna, desde un punto de vista sustantivo, es la configuración, desconocida incluso en los sistemas más progresistas de derecho comparado, del Ordenamiento jurídico que por primera vez se formula unitariamente en relación con la actividad administrativa en el derecho positivo español; si ciertamente en nuestro derecho anterior, y en la propia jurisprudencia, se encontraba gramaticalmente recogido el término, carecía generalmente (76), sin embargo, del valor que ahora se le concede. Que el ordenamiento jurídico es concebido institucionalmente —en el sentido de Santi ROMANO, a cuya obra remitimos la significación de esta idea— parece obvio, al declararse en la

(76) Con este carácter de excepcionalidad, nos remitimos a la sentencia de 8 de abril de 1952, ya citada.

Exposición de motivos, que el ordenamiento trasciende de un positivismo superado, y al señalar y recoger entre sus elementos, no sólo la normatividad de los principios junto a la de las disposiciones que integran el «bloque de la legalidad» (77), sino también la específica normatividad *derivante de la propia naturaleza de las instituciones*. La invalidez del acto que se impugne dependerá de que sea o no conforme a Derecho, y esto último deberá discernirse como una infracción del Ordenamiento jurídico concebido en la amplitud señalada. Como una de estas infracciones, se especifica ahora la desviación de poder, de la que el texto legal ofrece en el párrafo siguiente el concepto más tradicional y restringido del mismo, concreción que no venía incluida en el proyecto que el Gobierno presentó a las Cortes.

Sin embargo, puesta la ley a definir la desviación de poder y a establecer su concepto, quizá parece necesario que hubiese sido conveniente una mayor articulación de la misma: señalar como hace la ley que la desviación de poder constituye un vicio del fin ha sido algo que la doctrina francesa e italiana han determinado a posteriori tras muchos años de elaboración jurisprudencial y con una referencia ineludible a lo que ya era una tradición jurídica en la obra de los Tribunales: se trataba de identificar en forma unitaria, supuestos y casos concretos elaborados por los Tribunales en un no breve período de actuación. Ahora bien, reducir la desviación de poder única y exclusivamente en relación con el fin, *aunque en última instancia todo se concrete a él*, puede ser peligroso; la desviación, en este sentido originario, ha sido superada por la técnica de la apreciación y constatación de los hechos (78) por parte de los Tribunales, técnica que es un producto posterior de aquella jurisprudencia, y que ha sido incluida por

(77) Creemos que la nueva ley trasciende en cierto sentido la configuración, un tanto formal, de GARRIDO FALLA, *La Administración y la Ley*, en esta REVISTA, 6, 125 y ss. y en *Régimen... cit.*, 2, que estructura este «bloque de la legalidad» —si bien ciertamente no de otra forma podía hacerse entonces, en relación con nuestro derecho positivo—, solamente en función de una normatividad dispositiva, al establecer aquélla la existencia de una normatividad intrínseca a las propias instituciones.

(78) En relación de lo que afirmamos sobre el control de los hechos, y cómo a través de ellos y de la violación de los principios generales del derecho, ha sido en cierto sentido desbordada la clásica configuración de la desviación de poder, para llegar en no pocos casos a verdadero control de oportunidad, vid. RIVERÒ, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo*, en esta REVISTA, 6, 289 y ss.; LETOURNER, *El control de los hechos por el Consejo de Estado francés*, íd. 7, 219 y ss.; LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, 1953, 394 y la bibliografía aquí citada, etc. Sobre todo, en estos términos expresos, JANNEAU, *Les principes généraux dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, 39.

ellas —al menos en algún momento—, dentro del concepto ciertamente complejo de *detournement* o de *excesso 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, pues éstos en definitiva, alterados o sustituidos, hacen imposible la plena y específica actuación del fin por el que la Administración debe obrar (79).

La posibilidad de que la desviación de poder alcance en nuestro derecho madurez y desarrollo unitario, sigue estando en manos de los Tribunales, concretamente del Tribunal Supremo (80), en razón de lo que señala el artículo 94, 2, al establecer dentro de los recursos ordinarios contra las sentencias, cómo aquéllas «que *versaren* sobre desviación de poder serán susceptibles siempre de recurso de apelación». Posibilidad que debe deducirse claramente de la ley, no sólo para aquellas sentencias en que los Tribunales regionales hubiesen acogido la desviación de poder y se tratase en este caso de una admisión de la misma, sino también en todos aquellos recursos en que aquella hubiese sido alegada, independientemente de la aceptación o no que de ella hubiese hecho el Tribunal de instancia. Esta interpretación nos parece la más correcta. El que las sentencias *versen* sobre desviación de poder no exige necesariamente que ésta haya de ser admitida. De la otra forma, reduciendo la posibilidad del recurso, a los solos casos de admisión por los Tribunales regionales de la desviación de poder, quedaría en manos de éstos buena parte de esa labor unitaria que se intenta recoger, y con ello alterado no poco el criterio de uniformidad que

(79) Debe estimarse la interpretación amplia en razón a las posibilidades de control por parte de los Tribunales, pues siempre una falsa interpretación administrativa de los hechos, genera indiscutiblemente una infracción del Ordenamiento jurídico, infracciones cuyo elenco no recoge la ley jurisdiccional, y siempre aquélla podrá ser restablecida en la sentencia, según señala el art. 83, 2: «La sentencia estimará el recurso... cuanto el acto... incurriere en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.»

(80) Sobre la dificultad de confiar sólo a los Tribunales provinciales, ahora a los regionales, la elaboración de la desviación de poder, máxime tratándose de una implantación *ex novo*, se habían ya manifestado ARIAS DE VELASCO, *El recurso... cit.*, 74 y ROYO-VILLANO, *Problemas... cit.*, 161. También, recientemente, ALAREZ GENDÍN, *Problemas...*, cit. 180.

parece inspirar a la ley. No se nos oculta, sin embargo, que defendiendo la interpretación que sustentamos, el límite legal puesto en relación con la posibilidad de recurrir las sentencias de los Tribunales regionales, habrá de quedar un tanto desvirtuado, pues bastará la alegación por el recurrente de la desviación de poder y que ella sea recogida en la sentencia para permitir recurso contra la misma. No obstante este inconveniente, creemos más acertada, repetimos, esta interpretación del artículo 94, 2) de la ley de lo contencioso.

Esta posibilidad, altamente laudable desde luego, no sólo trata de evitar la formación de una jurisprudencia menor de carácter dispar, sino que también busca establecer una línea uniforme de tal figura, con un contenido sustantivo, lo que exige que sea el Tribunal Supremo el que en definitiva realice su modelación. Es preciso, sin embargo, retener, frente al riesgo de un nuevo y posible apego a la literalidad del texto jurídico, lo que indicábamos más atrás, sobre cómo la desviación de poder debe englobar no pocos supuestos que ciertamente no se enumeran en los términos concretos del artículo 83, 2; ya observamos a este respecto que puesta la ley a especificar que es la desviación de poder hubiese quizá sido conveniente una mayor precisión legislativa (81). En todos estos casos, no comprendidos estrictamente en la fórmula legal, aunque ciertamente existirá siempre una separación de los fines típicos, ésta, tan solo podrá deducirse por signos tan externos cual son la ilogicidad, la contradicción intrínseca del acto, la valoración del precedente, la violación de normas internas, etc.

Así concebida la desviación de poder, forzoso es afirmar que su posibilidad radica en definitiva en un problema de prueba, pues será necesario que al Tribunal se le concedan medios para poder deducir aquélla. Esto es lo que ha hecho la nueva ley española, pues la desviación de poder sería ciertamente inoperante si no se pusiese en relación el artículo 83 con

(81) En este sentido es significativo el ejemplo italiano, donde a pesar de tener el *excesso di potere* una tradición de mes de sesenta años, el nuevo proyecto de ley general sobre la acción administrativa, distinguiendo plenamente la desviación de poder propia de las otras figuras que en torno a ella se han elaborado, señala en el art. 44, ante la dificultad práctica que cualquier elaboración doctrinal por fundada que sea, ofrece *chay eccesso di potere* cuando la autoridad administrativa usa de un poder discrecional que le compete, para fines distintos de aquellos por los que le es atribuido, o cuando está viciado el procedimiento de formación de la voluntad de la Administración por tergiversación de los hechos, o por ilogicidad manifiesta, o por contradicción no justificada del acto con otro precedente, o con el contenido de circulares o de otras normas internas, o por contradicción intrínseca del acto o por otros elementos».

el 75, por el que al Tribunal se le permite disponer de oficio, no sólo el recibimiento a prueba, sino también la práctica de cuantas estime pertinentes. Tradicionalmente la prueba (82), que hace siempre relación a los hechos, tenía una relativa y escasa importancia en el procedimiento contencioso; la razón de ello es clara, pues al Tribunal se le presentaban los hechos generalmente recogidos en el acto que se impugnaba, en el expediente administrativo. Por el contrario, la desviación de poder va a suponer una re-primación de la prueba en el procedimiento contencioso, pues el Tribunal, para poder señalar si el acto que se recurre está o no de acuerdo con el ordenamiento jurídico, deberá antes que nada calibrar y valorar debidamente las circunstancias de hecho, infiriendo sólo a través del conocimiento directo que de estos hechos tenga, si ha existido o no desviación de poder.

La ley, pues, al recoger la figura que estudiamos, ha completado su construcción en los dos aspectos antes señalados: posibilidad de una elaboración jurisprudencial unitaria, al establecer que toda sentencia que *versare* sobre desviación de poder, puede recurrirse ante el Tribunal Supremo, y en segundo lugar, la concesión de amplias facultades a los Tribunales para permitirles llegar al conocimiento directo de los hechos. Con ello, pues, no ha venido sino a quedar trasladado el problema, y desplazado en su propia esencia y complejidad, pues si ha sido una norma positiva la que ha recogido la desviación de poder, al faltar una realización que debió llegar de los Tribunales, queda siempre en definitiva sobre éstos la carga, y también el posible mérito, de su estructuración y de su alcance.

Para terminar, no queremos sino referirnos a una última cuestión. Quede tan solo apuntada: la trascendencia que esta figura puede tener en relación con muchos planteamientos tradicionales del derecho administrativo —contratos, materia tributaria, etc.—, y de entre ellos, el que ya la propia ley recoge en materia de responsabilidad. Si la concepción institu-

(82) Sobre la valoración de la prueba en este campo, vid. además de las obras generales sobre procedimiento contencioso y justicia administrativa, la bibliografía que específicamente relacionada con la prueba en el procedimiento administrativo recogen GONZÁLEZ PÉREZ, *La prueba en el proceso administrativo*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1954, 253 y ss., y CLAVERO ARÉVALO, *Consideraciones generales sobre la vía gubernativa*, en «Estudios dedicados a GARCÍA OVIEDO», Sevilla, 1954, 24 y ss.; desde otro punto de vista, en relación con la prueba de la desviación de poder, vid., entre otros, SERRA PIÑAR, *op. cit.*, 184 y WALINE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 6.ª ed., 1952, 144.

cional del Derecho ha sido ya empleada para medir la imputación (83) a los entes jurídicos de la actividad, que aunque propia, es actuada por las personas físicas que son sus órganos, no creemos, sin embargo, que en orden a la discriminación entre responsabilidad administrativa y responsabilidad del funcionario pueda este criterio servir de modelo; esto implicaría desconocer en cierto sentido todos los recientes alcances en razón de la teoría de la responsabilidad, que tiende cada vez más a plantear la acción directa del administrado frente a la Administración, independientemente, claro es, de que ésta pueda subrogarse en las acciones que a aquél le correspondiesen en relación con los agentes públicos (84). Sin embargo, donde creemos que virtualmente la desviación de poder puede tener también una relevancia especial, es en relación con la responsabilidad disciplinaria, que puede y debe ser sancionada en aquellos casos en que el funcionario use, si bien en nombre de la Administración, de las potestades que le son concedidas (85) para un fin privado, caso típico de desviación de poder, porque ¿no implica ello una conducta claramente dolorosa?

(83) AMORTH, *op. cit.*, 28 y vid. sentencia de 28 de noviembre de 1917 ya recogida en la nota 40.

(84) Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios... cit.*, 218 y ss.

(85) Quede tan sólo apuntado el problema: tratándose de un acto administrativo anulado por el Tribunal por desviación de poder, tipificada ésta en su primera forma de uso de un poder público para un fin privado, aparte de la situación determinada del administrado que lesionase, y que se restablecería precisamente por tal anulación, ¿cuál sería la posición concreta de ese funcionario en relación con la Administración? Sin ahondar en el problema, que quedaría situado en el campo de la responsabilidad disciplinaria bajo la perspectiva de la relación orgánica, y manteniendo inicialmente una diferenciación sustancial —insistimos en ello—, tal conducta por parte del funcionario podría ser semejante a la malversación, tanto sustancial, como formal —diere a caudales y efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a la que estuvieran destinados—, que regula el vigente Código penal en los arts. 396 y 397. Bajo este punto de vista, la anulación por desviación de poder, en razón de una efectividad de garantías y funciones debe dar lugar en determinados casos a indiscutibles medidas de sanción y responsabilidad personal de aquéllas, agentes o funcionarios que emitieron el acto en cuestión.

JURISPRUDENCIA

