

LA DESVIACION DE PODER EN MATERIA DE PERSONAL

351.9:35.08(094.9)

Por MANUEL ALVAREZ RICO
y VICENTE M.^a GONZALES-HABA GUIADO

Sumario: 1. EL FIN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.—2. LA DESVIACIÓN DE PODER: 2.1 Concepto. 2.2 Derecho español. 2.3 Modalidades. 2.4 Apreciación. 2.5 Crisis y nuevas vías de control.—3. APLICACIÓN EN MATERIA DE PERSONAL.—4. ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 4.1 Su importancia. 4.2 Tratamiento jurisprudencial de la desviación de poder. 4.2.1 Concepto. 4.2.2 Naturaleza. 4.2.3 Aspectos procesales. 4.2.4 Prueba. 4.2.5 Desviación de procedimiento. 4.2.6 Control a través de hechos determinantes.—5. CONCLUSIONES.

1. El fin en la actividad administrativa

LA Administración, en cuanto instrumento actuante del Estado, precisa para la realización de sus fines de un conjunto de facultades y potestades que, debidamente aplicadas, contribuyan a la verificación y cristalización del bien público en el seno de la sociedad en la que la Administración se desenvuelve.

Como ha señalado Rivero, «el motor normal de la acción de los particulares es la consecución de una ventaja personal», mientras que «el motor de la acción administrativa, por el contrario, es esencialmente *desinteresada*: es la consecución del interés general, o mejor todavía, de la utilidad pública, o, en

una perspectiva más filosófica, del bien común» (1). Ahora bien, como puntualiza el autor citado, aunque la delimitación de lo que realmente sea el interés general varíe según las distintas épocas, las distintas formas sociales, los distintos datos psicológicos, las distintas técnicas imperantes; aunque, en fin, el contenido varíe, el objetivo sigue siendo siempre el mismo: «*La acción administrativa tiende a la satisfacción del interés general*» (2).

La Administración, pues, en su continua proyección sobre la vida social y en su incesante quehacer sobre los individuos y los grupos, tiene ante sí un patrón de comportamiento, un módulo de conducta, que no puede ignorar y que no es, como acabamos de ver, más que la meta del bien común. Por eso, se ha hablado de «que la Administración ha de someterse, en todo caso, a una especie de regla de conducta: la necesidad de perseguir el interés público en cada una de sus actuaciones» (3). Con ello, en realidad, lo que se está haciendo, al proclamar tan rotundamente la vinculación de la Administración al interés público, son dos cosas muy importantes: la primera, que el fin a obtener por la Administración a través de sus actos es reglado; la segunda, que el fin en cuanto tal pasa a incrustarse como un elemento más del acto administrativo. Son abundantes los testimonios que apuntan en la doble dirección trazada. Así, Entrena habla de que «el fin a perseguir estará en todo momento reglado», indicando que ello provoca «el salto de la arbitrariedad estatal a la actividad discrecional», lo que a su vez determina que «las potestades administrativas pertenezcan a la categoría de funciones» por cuanto que se otorgan en beneficio no de quien las ostenta,

(1) RIVERO, JEAN: *Droit Administratif*, Dalloz, 1971, 5.ª edición, p. 10.

(2) RIVERO, JEAN, *cit.*, p. 11.

En todo caso, es unánime la afirmación del condicionamiento básico de la Administración respecto al bien común. Así, PESIER, al hablar del Derecho administrativo y su autonomía, cita, junto a las causas históricas de ésta, las causas prácticas entre las que sitúa la «primacía del interés público opuesto a los intereses privados» (*Droit Administratif*, Dalloz, París, 1972, 4.ª edición, p. 4).

Por su parte, MARTÍN MATEO, al hablar de los caracteres de la Administración, también indica que «"gestiona intereses públicos", si bien decidir cuáles sean estos intereses públicos es materia, sin embargo, contingente y variable, que dependerá en buena medida del espíritu que anime una Constitución o una sociedad determinada» (*Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1970, p. 25).

(3) ENTRENA CUESTA, RAFAEL: *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, 3.ª edición, pp. 486-487.

sino de la colectividad (4). Otros autores españoles, igualmente, se pronuncian en idéntico sentido para resaltar la trascendencia del fin en la actividad administrativa (5).

La doctrina extranjera insiste en los mismos puntos. Rivero recuerda que «no existe ningún acto administrativo enteramente discrecional», dado que «todo acto, en efecto, está sometido, por lo menos, a dos condiciones impuestas por el Derecho; una, relativa a la autoridad competente para adoptarlo; otra, relativa al fin que debe perseguir y que es necesariamente el interés público; en relación con estos dos puntos por lo menos, la Administración está siempre condicionada» (6). Y, a juicio de Alessi, si bien existe desacuerdo sobre la tipificación de la relación que se da entre acto administrativo e interés público, «todos perciben la especial y esencial importancia que ofrece la relación entre el acto administrativo y el interés público, relación que hay que tener muy en cuenta si se quiere construir una teoría de los actos administrativos» (7).

Si algún valor, por tanto, ha de ser objeto de especial consideración en el estudio de la Administración es el del interés público. El tema ha llegado a tener entre nosotros reflejo constitucional, como lo demuestra el artículo 40 de la Ley Orgánica del Estado que establece que «la Administración, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general». Quiere decirse, pues, que la Administración representa el principal dispositivo con que el Estado cuenta para

(4) ENTREÑA CUESTA, RAFAEL: *Op. cit.*, p. 487.

(5) GARRIDO FALLA manifiesta que el elemento fin del acto administrativo es la respuesta a la pregunta «para qué», añadiendo que «así como la realización de actos de Derecho privado por los particulares no responde a exigencias objetivas de la Ley, sino a motivos extrajurídicos que animan a cada sujeto, en cambio el acto administrativo se dirige a una finalidad objetivamente determinada: el interés público o el interés del servicio público» (*Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, volumen I, 4.ª edición, p. 495).

GARCÍA DE ENTERRÍA, por su parte, afirma que «el fin del acto administrativo es siempre un elemento reglado, si bien, en unas ocasiones «es reglado porque la ley prescribe en concreto cuál es ese fin» y, en otras, «no se da esa predeterminación», entrando entonces en juego «la presunción de la prosecución del bien público» (*Apuntes de Derecho Administrativo* 1.º, Facultad de Derecho, Madrid, 1972-73, tomo II, pp. 120-121).

(6) RIVERO, JEAN: *Op. cit.*, p. 81.

(7) ALESSI, RENATO: *Instituciones de Derecho Administrativo*. Editorial Bosch, Barcelona, 1970, tomo I, pp. 277-278.

la obtención de sus finalidades y propósitos y, por ello, no tendría razón de ser un aparato administrativo que sirviera no a intereses comunitarios sino a intereses privatistas o minoritarios (8).

2. La desviación de poder

A la vista de lo expuesto, queda claro que la Administración recibe unas atribuciones que no puede utilizar de forma arbitraria o incontrolada. Las deberá emplear, por el contrario, en orden a la consecución del bien público y para beneficio y satisfacción de la colectividad política y social. Caso de no proceder de esta forma, caso de actuar contra la mencionada finalidad, caso de ignorar los objetivos que la norma le fije, la Administración se «desvía» y aparta de su verdadera misión e inicia un rumbo que no es el que le ha marcado el legislador. Es entonces, a partir de este momento, cuando cobra su auténtica significación el llamado «elemento teleológico» del acto administrativo, a través de la llamada desviación de poder; figura que, a juicio de Martín-Retortillo, «es, ya aisladamente, ya integrando la figura más amplia del exceso de poder, el fruto más logrado del sometimiento de la Administración al Derecho» (9).

2.1 CONCEPTO

El *détournement de pouvoir* nació con el fin de ejercer un control sobre los actos discrecionales. «Fue precisamente con el fin de limitar la esfera de discrecionalidad de la Administración —subraya Alessi— que encontró aplicación, por obra de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la figura del exceso de poder, llevándose a cabo, en primer lugar, mediante la teoría de la llamada *desviación de poder*, concepto que deriva directamente del *détournement de pouvoir* de la jurisprudencia administrativa

(8) Con referencia, en concreto, a la Función pública como conjunto de personas que sirven a la Administración, se ha resaltado de modo especial la exigencia de servir al bien común. «Ni casta dominante privilegiada, ni instrumento dócil en la mano de los poderosos, la Función pública hoy se afirma al servicio de toda la nación y se esfuerza por ser, en su composición, un reflejo de ella». (FRANÇOIS GAZIER: *La Fonction Publique dans le monde*, Editions Cujas, París, 1972, pp. 227-228).

(9) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN: «La desviación de poder en el Derecho Español», en *Revista de Administración Pública*, enero-abril 1957, p. 134.

francesa, con la que ésta halló el modo de extender a los actos realizados por la Administración en virtud de sus poderes discrecionales un control de legalidad al que parecía difícil someterles» (10). Frente a la corriente, casi axiomática, de que lo discrecional debía escapar del control de los jueces, va a aparecer una vía que intentará lenta, pero a la vez irreversiblemente, abrir los adecuados caminos para que dicha actividad de signo discrecional no quede apartada de la vigilancia y control de los Tribunales. Como ha recordado García de Enterría, si en toda acción discrecional de la Administración «hay siempre determinados elementos reglados», si entre estos elementos reglados figura el fin público a lograr «señalado expresa o tácitamente por el Ordenamiento jurídico», si las potestades administrativas no pueden ser dirigidas hacia fines divergentes de los previstos en la normativa de cada país, hay, a partir de estas premisas, bases más que suficientes para montar y conformar «la famosa figura de la desviación de poder que es, en su formulación y configuración inicial, un hallazgo de la jurisprudencia francesa» (11).

Tal ha sido la justificación y el punto de arranque para el nacimiento de la desviación de poder. «El punto de partida —dice Alessi— fue el concepto de *esprit de loi*, frente al texto de la misma», ya que, penetrando en dicho «espíritu», por encima de la letra de la ley, podemos valorar mejor el actuar de los órganos administrativos a la hora de tomar decisiones o de adoptar acuerdos en el respectivo ámbito de sus competencias. En realidad, tras el mero texto legal, tras la fría redacción de los propios preceptos, late siempre un espíritu que es el que hay que descubrir para enjuiciar en un sentido o en otro, de manera positiva o negativa, las realizaciones de la Administración y la actitud de sus órganos y funcionarios.

Forsthoff (12), tras un análisis del alcance de la discrecionalidad de la Administración, recoge la conocida definición de Hauriou, según la cual la desviación de poder es «el acto de una autoridad administrativa, la cual, aun cumpliendo un acto de

(10) ALESSI, RENATO: *Op. cit.*, p. 330.

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Op. cit.*, p. 37.

(12) FORSTHOFF, ERNEST: *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 139.

su competencia, aun observando todas las formas prescritas, aun no cometiendo ninguna violación formal de la ley, utiliza su poder por otros motivos que aquellos en virtud de los cuales le ha sido conferido este poder, es decir, otros que la salvaguardia del interés general y el bien del servicio». Mas recientemente Rivero, tras señalar que la Administración debe siempre ejercitar sus facultades en favor del interés público (así, por ejemplo, los poderes de policía tienen por misión el mantenimiento del orden, el procedimiento de alineación en urbanismo busca fijar los límites de una vía pública, etc.), define la desviación de poder como «el vicio que empaña un acto por virtud del cual la Administración, desconociendo estas reglas, ha perseguido un fin diferente del que le había asignado el Derecho, apartando así de su fin legal el poder que le había sido confiado (13).

A partir de este concepto, no resulta difícil proporcionar multitud de ejemplos en los que se produce la desviación de poder. Alessi enumera los ejemplos clásicos que, en Francia, dieron origen a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular, como son la clausura de una fábrica de cerillas ordenada por el Gobierno sobre la base de una potestad discrecional otorgada en razón a motivaciones de vigilancia sanitaria, pero de hecho utilizada para formar un monopolio del Estado; la prohibición impuesta a los automóviles públicos de detenerse en lugares concretos, salvo a los de una determinada empresa, apoyada en la facultad concedida a la Administración para ejercitar la policía urbana, pero, en realidad, practicada con el fin de favorecer la creación de un monopolio industrial gubernamental. El mismo Alessi cita, a continuación, ejemplos diversos extraídos de la jurisprudencia italiana, como son el decreto de expropiación por utilidad pública cuando, más bien, se trataba de una obra proyectada en favor de un interés particular; la concesión del cese en el servicio activo por terminación del período de pruebas de los médicos titulares con el exclusivo fin de impedir su estabilidad; la jubilación de un funcionario por motivos disciplinarios; la supresión de empleos públicos para disfrazar de esta forma medidas disciplinarias; etc. (14).

(13) RIVERO, JEAN: *Op. cit.*, pp. 236-237.

(14) ALESSI, RENATO: *Op. cit.*, pp. 330-332.

Pesier cita como supuestos la creación de una escuela para dar a una determinada persona el cargo de director; la negativa de la autoridad a otorgar permiso para celebrar un baile a fin de evitar la competencia; etc. (15). Rivero recoge los casos de las medidas de policía de cultos religiosos dictadas por motivos anticlericales; la aplicación de las medidas de policía por un alcalde, no para mantener el orden, sino para incrementar los recursos municipales; y la actuación de la Administración no por el cauce del procedimiento correspondiente, sino de otro más cómodo y práctico creado con una finalidad distinta, como sucedería en un procedimiento de embargo aplicado por un prefecto y al que no puede acudir más que para preparar la represión de un delito de prensa, siendo así que el fin perseguido —prevenir la difusión de los periódicos embargados— exigía el empleo de otro tipo de procedimiento de índole administrativa, no judicial (16).

Dentro de la doctrina patria, Garrido Falla ha recordado varios ejemplos procedentes de la jurisprudencia francesa, como la imposición de una sanción más grave por animosidad de la autoridad administrativa hacia la persona objeto de sanción o para satisfacer venganzas personales; la prohibición del toque de campanas en las iglesias por motivos de sectarismo político o religiosos; la prohibición de una procesión del culto católico apelando a exigencias del tráfico, pero decidida por móviles igualmente políticos o religiosos; la prohibición de una función cinematográfica a la hora de la celebración de un concierto de la banda municipal a fin de conseguir mayor asistencia del público a éste; etc. (17). García de Enterría hace una alusión detallada al caso de los llamados arbitrios no fiscales que, en ocasiones, pueden ser empleados con fines fiscales o recaudatorios, en contra de lo establecido en la legislación local, tal como sucedió especialmente antes de la reforma de las Haciendas Locales en España en diciembre de 1962 y que hizo que los particulares recurrieran contra la imposición de tales arbitrios torcidamente aplicados y exaccionados (18).

(15) PESIER, G.: *Op. cit.*, p. 141.

(16) RIVERO, JEAN: *Op. cit.*, pp. 237-238.

(17) GARRIDO FALLA, FERNANDO: *Op. cit.*, p. 497.

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Op. cit.*, pp. 38-39.

2.2 DERECHO ESPAÑOL

En nuestra legislación, fue la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 la que, expresamente, plasmó, en su artículo 83, número 2, la figura que venimos estudiando al establecer que «la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder». Y no sólo se limita a recoger este principio sino que, en el número 3 del mismo artículo, define la desviación de poder identificándola con «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento jurídico», definición que ha sido enjuiciada en sentido negativo por Martín-Retortillo (19). Por

(19) Para un estudio interesante de la desviación de poder en nuestro Derecho, véase el trabajo de SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, citado en la nota 9.

En cuanto a la definición que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa da de la desviación de poder, MARTÍN-RETORTILLO en el trabajo citado escribe lo siguiente: «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 por parte de los Tribunales, técnica que es un producto posterior de aquella jurisprudencia, y que ha sido incluida por ella —al menos en algún momento—, dentro del concepto ciertamente complejo de *détournement* 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 excesivamente virtual, como ocurriría si se redujese a la única y exclusiva función de constatación de fines» (pp. 171-172). El tiempo ha venido a dar la razón a la advertencia del autor citado, como veremos más adelante al hablar de las nuevas figuras para el control de la discrecionalidad de la Administración.

En relación con este tema, CLAVERO ARÉVALO ha planteado el problema de si los Tribunales de Justicia, que no son órganos administrativos, pueden incurrir en desviación de poder. Si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es claro que no, ya que, en el mismo, se habla del «ejercicio de potestades administrativas», mientras que el juez, al dictar sentencia, ejerce funciones jurisdiccionales. Sin embargo, el profesor citado no comparte este criterio, ya que entiende que, si prescindimos de condicionamientos históricos y de otra índole, «podremos observar cómo, doctrinal y prácticamente, no existen dificultades para admitir la posibilidad de su existencia (de la desviación de poder) en las sentencias judiciales». Y más adelante añade: «Esta posibilidad de existencia de desviación de poder puede darse en las sentencias no sólo cuando anulan el acto impugnado y lo sustituyen por otro o por declaraciones de derecho, sino también cuando se limitan a la anulación del acuerdo recurrido, pudiendo incluso darse cuando confirman el acto administrativo, si bien, en este caso, el origen de la desviación de poder estuviese en la Administración implicando la sentencia tan sólo una confirmación de dicho vicio» («La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre 1959, pp. 127-128).

A nuestro juicio, es claro que un juez o Tribunal puede realmente incurrir en desviación de poder si dicta una sentencia apoyándose, por ejemplo, en moti-

su parte, el número 2 del artículo 94 de la Ley citada señala que «las sentencias que versaren sobre desviación de poder serán susceptibles siempre de recurso de apelación».

Posteriormente, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, siguiendo la pauta trazada por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su artículo 115, número 1, dice que «los recursos de alzada y de reposición previo al contencioso podrán fundarse en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder»; mientras que el número 1 del artículo 48 preceptúa que «son anulables», utilizando los medios de fiscalización que se regulan en el título V de esta Ley, los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder». Y ello resulta así, porque el artículo 40, número 2, indica que el contenido de los actos administrativos «será adecuado» a los fines de éstos; precepto que tiene su paralelo en el ámbito local, al hablar de la intervención administrativa en la actividad privada en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuyo artículo 4 afirma que «la competencia atribuida a las Corporaciones Locales para intervenir la actividad de sus administrados se ejercerá mediante la concurrencia de los motivos que la fundamenten y precisamente para los fines que la determinen», mientras que, según el artículo 6 del mismo Reglamento, «el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen» (20).

Como expone Trujillo Peña, el concepto legal de la desviación de poder «está en función del fin» del acto administrativo, afectando «fundamentalmente a dicho elemento» siquiera tam-

vaciones de venganza contra una persona. Sin embargo, también es claro que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa relaciona la desviación de poder tan sólo con «potestades administrativas», por lo que, desde este punto de vista legal vigente, un juez o Tribunal «no puede» incurrir en desviación de poder.

(20) A juicio de MARTÍN-RETORTILLO, «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 Contencioso-Administrativa—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» (Op. cit., p. 138).

bién pueda afectar a cualquiera de los demás requisitos o elementos de aquél. Y el mismo autor añade que «esa viciosidad de que está impregnado el acto con desviación de poder, supone la invalidez del mismo, pero bien entendido que está encuadrada en el grado o faceta de *anulabilidad*, pues así lo expresa de una manera terminante el artículo 48-1 de la LPA, bajo el epígrafe «invalidez» (sección 3.^a, capítulo 2.^o, título III de la LPA), y es viable impugnarla a través de los medios de fiscalización que la propia LPA determina» (21).

Precisamente los textos legales esgrimidos han servido para que la doctrina, a la hora de fijar la naturaleza jurídica del vicio de la desviación de poder en el acto administrativo, manifieste que «no cabe hablar ya de si se trata de una inmoralidad de la Administración en su forma de actuar —aunque siempre esté ínsita— o de otras elucubraciones científicas sobre la actuación contraria a Derecho, ante el perfecto encaje del vicio como "anulabilidad" en la LPA» (22). En la misma dirección se pronuncia Garrido Falla para que el que, frente a los que defienden «la tesis de la moralidad administrativa» en virtud de la cual los criterios usuales de legalidad no resultarían apropiados para fiscalizar el poder de la Administración en su versión discrecional por lo que se hace necesario acudir a pautas morales, lo correcto es, a la vista de nuestros textos legales, inclinarse ante la «tesis de la legalidad», por cuanto que «la idea de moralidad no es suficiente para explicar las consecuencias jurídicas que este vicio

(21) TRUJILLO PEÑA, José: «La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo», en *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 1961, pp. 154-155.

Es preciso señalar que no todos los autores relacionan el vicio de la desviación de poder con el fin del acto administrativo, sino que algunos lo hacen con la causa del mismo. Así, GONZÁLEZ PÉREZ dice que «la causa de los actos administrativos aparece como el interés público a satisfacer en el caso concreto; representa el fin objetivo hacia el que ha de actuar la Administración en cada una de sus actuaciones» (*El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1964, p. 329).

A nuestro juicio, es más clara la postura de aquel sector de la doctrina que separa, como elementos del acto administrativo, el fin y la causa del mismo. Así, MARTÍN MATEO, con claridad, escribe que «la causa de los actos administrativos es para algunos autores el "porqué" del acto administrativo. Así, en la multa, la causa de la sanción es haber infringido la ordenanza del tráfico, aparcando en un lugar prohibido»; añadiendo seguidamente que «de la causa puede distinguirse teóricamente también el fin del acto administrativo» que será «el para qué» del mismo. Por tanto, «en el caso de la multa se impone la sanción para retribuir negativamente una conducta ilegítima, para evitar que se obstaculice el tráfico, que se haga mal uso de las vías públicas» (*Op. cit.*, pp. 280-281).

(22) TRUJILLO PEÑA, José: *Op. cit.*, p. 155.

produce» y, en realidad, a la vista de nuestra legislación, «la desviación de poder es pura y simplemente un caso de violación de ley» (23).

2.3 MODALIDADES

Como se puede fácilmente deducir de los ejemplos más arriba citados en los que se detecta la desviación de poder, las hipótesis de ésta son muy numerosas y variadas. Si nosotros quisiéramos, en un intento clasificatorio, agrupar los supuestos que se originen en la realidad, podríamos establecer los apartados siguientes:

a) *Desviación de poder determinada porque el órgano administrativo persigue un fin particular, distinto del general.* Como dice Rivero, éste es el supuesto más normal y evidente, surgiendo siempre que el órgano autor de una resolución administrativa busca la satisfacción de intereses que chocan o se enfrentan con el bien público previsto en la norma. La afirmación, al respecto, de Waline es bien significativa: «Por consiguiente, toda autoridad administrativa que usa de sus poderes, no para el interés general que tiene por misión gestionar, sino para su interés propio, comete una desviación de poder» (24).

b) *Desviación de poder determinada porque el órgano administrativo persigue un fin general que no es, sin embargo, el fin preciso que la ley asigna al acto.* Si, en el apartado anterior,

(23) GARRIDO FALLA, FERNANDO: *Op. cit.*, p. 499. La tesis de que la desviación de poder cae más dentro del ámbito de la legalidad que de la moralidad no ha sido siempre la dominante. Autores como HAURIOU han estimado que el control del fin, superando la legalidad, recae más sobre la moralidad del comportamiento o acción administrativa, aunque ello, como muy bien subraya RIVERO, «es hacer de la legalidad una vía demasiado estrecha» (*Op. cit.*, p. 237).

Creemos más correcta la tesis de la legalidad y participamos de la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, según la cual «no es exacta la afirmación, bastante extendida en la doctrina y la jurisprudencia, de que el control de la desviación de poder es un control moral» (*Op. cit.*, p. 40). CLAVERO ARÉVALO sigue la misma línea al manifestar que «en nuestro régimen jurídico-administrativo positivo no puede plantearse problema alguno en orden a la ya superada polémica sobre si la desviación de poder constituye un vicio de legalidad o de moralidad administrativa», por cuanto que «el artículo 83 de la Ley Jurisdiccional lo encuadra dentro de los vicios del Ordenamiento jurídico»; y añadiendo más exactamente que la desviación de poder «puede, desde un punto de vista ético, constituir, además de infracción del Ordenamiento jurídico, inmoralidad. Mas no siempre que se cometa el vicio de desviación de poder se comete también inmoralidad» (*Op. cit.*, p. 121).

(24) WALINE, MARCEL: *Précis de Droit Administratif*, Editions Montchrestien, París, 1969, p. 349.

se trataba del empleo de las facultades y potestades administrativas para un fin particular o personalizado, alejado o enfrentado al fin general, ahora se trata de la búsqueda de un fin ciertamente público, pero que, sin embargo, no es específicamente el que la norma atribuye al acto en cuestión. Así lo entiende García de Enterría que sostiene que «para que haya desviación de poder no es necesario que se persiga un fin privado, basta con que se trate de conseguir un fin distinto al previsto por el Ordenamiento aunque se trate de un fin público»; citando como ejemplo característico los arbitrios no fiscales en el ámbito local y cuya aplicación fue considerada como desviación de poder por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia anterior a la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (25).

c) *Desviación de poder determinada porque la Administración, que dispone de un procedimiento adecuado para el logro de un fin, pretende lograr éste por medio de otro procedimiento establecido con otra finalidad, pero que ella estima más práctico y conveniente en este caso.* Es lo que la doctrina francesa viene llamando *détournement de procédure*, mediante el cual la Administración reemplaza un procedimiento por otro para alcanzar una meta propuesta, como dice Waline, «bien para eludir las reglas de competencia o una formalidad molesta, bien para conseguir una economía de tiempo o de dinero para la colectividad pública» (26).

2.4 APRECIACIÓN

Si la definición de lo que sea la desviación de poder y el acotamiento del campo en que ésta se ha de mover resulta más o menos fácil desde un prisma meramente teórico, el problema

(25) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Op. cit.*, p. 39. En cuanto a la problemática de los arbitrios no fiscales, escribe MARTÍN-RETORTILLO 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, 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» (*Op. cit.*, p. 165).

(26) WALINE, MARCEL: *Op. cit.*, p. 350.

se complica cuando se trata de utilizar la desviación de poder como medio de defensa, como base de un recurso en las actuaciones de índole judicial. Es entonces cuando surgen las complicaciones y las incertidumbres que han sido suficientemente resaltadas por la doctrina. Entrena, dentro de esta línea, ha afirmado, con razón, que «el principal obstáculo que existe para la apreciación de la desviación de poder radica en la prueba de su perpetración, en cuya exigencia el Tribunal Supremo se ha mostrado particularmente riguroso» (27). Y Garrido Falla sostiene que «en cualquier caso hay que reconocer que la apreciación de este vicio es sumamente difícil, pues, como es natural, la autoridad que ha actuado por móviles ajenos al servicio se habrá preocupado de enmarcarlos convenientemente o, al menos, de no dar publicidad a sus intenciones. Por otra parte, la jurisdicción con facultades para realizar una investigación de este tipo debe proceder con un tacto exquisito, dado lo delicado de su misión» (28). Más en concreto, Rivero estima que las dificultades para poner en práctica la desviación de poder pueden reducirse a dos. La primera se relaciona con la *determinación del fin*, si la ley no lo precisa y detalla; en ocasiones, efectivamente, el juez puede llegar a titubear, a vacilar, a la hora de deducir el fin que ha tenido en cuenta el legislador cuando confeccionó la ley o la norma. La segunda entra de lleno en la órbita de la *prueba* propiamente dicha, por cuanto que «la intención es un elemento psicológico difícil de descifrar, salvo cuando el autor la explique abiertamente, lo que será tanto más raro como menos confesable» (29). Entre nosotros, por ejemplo, una sentencia del Tribunal Supremo, citada por González Pérez (30), dice que «la acción impugnada por desviación de poder no ha de fundarse en meras presunciones, ni en suspicaces y especiosas interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determina, sino en hechos concretos».

Quizás haya sido Waline uno de los autores que más atención ha prestado a este aspecto de la valoración y determinación de la desviación de poder. A su juicio el juez que ha de decidir

(27) ENTRENA CUESTA, RAFAEL: *Op. cit.*, p. 489.

(28) GARRIDO FALLA, FERNANDO: *Op. cit.*

(29) RIVERO, JEAN: *Op. cit.*, p. 238.

(30) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *Op. cit.*, p. 333.

sobre la existencia o no de la desviación de poder alegada por las partes, debe investigar estas cuestiones relacionadas entre sí: a) en qué sentido el legislador confirió un cierto poder a las autoridades administrativas; b) en qué sentido, de hecho, la autoridad citada, en el caso planteado, ha empleado los poderes concedidos, y c) el juez compara los dos extremos citados a fin de apreciar si el segundo se aproxima y está conforme con el primero. Como aclara el administrativista francés, si bien esta triple operación resulta fácil y sencilla, la investigación sobre las intenciones del legislador y sobre todo la de la verdadera intención del autor del acto administrativo, «pueden ser muy delicadas y difíciles» (31).

De las tres cuestiones mencionadas en el párrafo anterior, la más interesante y también la más costosa de dilucidar es, ciertamente, la segunda, es decir, intentar conocer la verdadera intención de una resolución cuya legalidad está puesta en tela de juicio. «En efecto —dice Waline— cuando una autoridad administrativa comete una desviación de poder, lo hace frecuentemente de mala fe; ella sabe muy bien que traiciona la intención del legislador; además no comete la ingenuidad de indicar las razones inconfesables que han inspirado su acto; ella disimula sus verdaderos móviles, que el juez debe entonces investigar a la vista de todas las circunstancias con arreglo a las cuales el acto ha sido tomado; y esta prueba es muy difícil de hacer» (32).

Queda claro, pues, que la apreciación de la desviación de poder no es tarea fácil para el órgano, administrativo o judicial, llamado a conocerla. Estamos dentro de un terreno en el que lo que predominan son las intenciones, las motivaciones más íntimas por parte de quien ha adoptado la resolución en cuestión. De ahí la dificultad de la demostración de la desviación de poder como vicio del acto administrativo, pues aquélla, para ser aceptada, necesita contar con el respaldo de unas pruebas y unos razonamientos claros y decisivos que induzcan al órgano juzgador a recoger la impugnación basada en la desviación de poder.

(31) WALINE, MARCEL: *Op. cit.*, p. 347.

(32) WALINE, MARCEL: *Op. cit.*, pp. 347-348.

2.5 CRISIS Y NUEVAS VÍAS DE CONTROL

De lo acabado de exponer, y de lo que más adelante se expondrá con referencia expresa a la materia de personal, se deduce que no siempre la figura de la desviación de poder cumple su función en cuanto tal y orientada a controlar la actividad discrecional de la Administración. Por eso, Waline ha llegado a hablar del «ocaso relativo de la desviación de poder», atribuyéndolo a dos razones principales. Primero, en épocas pasadas, era un principio absoluto que la utilización de los poderes de policía en interés netamente financiero de la Administración o de sus concesionarios, suponía desviación de poder y la consiguiente anulación del acto; sin embargo, desde hace medio siglo, las finanzas locales han atravesado, al igual que las del Estado, por coyunturas críticas y, como los municipios no pueden quedar indiferentes ante la situación financiera de sus concesionarios de servicios públicos, acabaron en multitud de ocasiones asumiendo una parte del déficit de aquéllos. Fue entonces cuando apareció la idea de que el Municipio debería ayudar a sus concesionarios a luchar contra la concurrencia, apelando, incluso, si era necesario, a su poder de policía. Ante este planteamiento, el Consejo de Estado francés se contentó inicialmente con decir que el alcalde no incurría en desviación de poder en estos casos; llegándose después a sostener la doctrina de que proteger a los concesionarios de servicios locales, utilizando el poder de policía, no era sólo un derecho del alcalde, sino además una obligación. Por tanto, lo que significó antaño una desviación de poder se ha transformado primero en algo lícito, después en algo obligatorio.

La segunda causa de la crisis de la desviación se encuentra en que este medio de anulación de los actos administrativos esté siendo reemplazado por otro que permite llegar a idénticos resultados en la mayoría de los casos: el control de los motivos. Así sucede que el Consejo de Estado hoy tiende a anular, por defecto o inexactitud de los motivos, una decisión que antes podría ser anulada por desviación de poder (33).

(33) WALINE, MARCEL: *Op. cit.*, pp. 350-351. El autor distingue entre motivo y móvil. Los motivos, dice, son hechos que tienen una existencia objetiva y que sirven para justificar una decisión administrativa. El móvil, por el contrario, no es más que el sentimiento, el deseo que ha inspirado al autor del acto administrativo. Un ejemplo, cita WALINE para explicar la diferencia: si un funcionario es separado del servicio, el motivo es la falta cometida por aquél; en cuanto al móvil, si se le ha

Entre nosotros ha sido García de Enterría el que más ha estudiado este problema de la apertura de nuevos y más eficaces cauces para el control de la discrecionalidad administrativa. Una de las posibilidades que él cita es la del *control de los llamados hechos determinantes*. «Si el gran descubrimiento de los primeros tiempos —escribe Enterría— fue la desviación de poder, últimamente lo ha sido el control de los hechos determinantes por la sencilla razón de que esta técnica de control puede aplicarse en muchísimos casos» (34).

Otra técnica apuntada por García de Enterría es la de la *calificación jurídica de los hechos*, desarrollada, al igual que la anterior, en Francia por el Consejo de Estado, consistente en la comprobación que se lleva a cabo para decidir si la Administración ha calificado correctamente o no, desde el punto de vista jurídico, unos hechos acaecidos. No obstante, para el autor acabado de citar, «parece preferible utilizar la solución alemana que resuelve los problemas que se trata de resolver con la técnica de calificación jurídica de los hechos por medio de la figura

separado para favorecer la buena marcha del servicio, el móvil es válido, pero si se le ha separado por animosidad del jefe hacia el subordinado, entonces el móvil no es válido.

A. juicio del escritor francés, lo que se está produciendo en la actualidad es una evolución desde el móvil, aspecto subjetivo, al motivo, aspecto objetivo, que se aproxima a lo que nosotros llamamos hechos determinantes. Avala dicha evolución con otro ejemplo: en una resolución de 18 de noviembre de 1900, el Consejo de Estado francés anuló por desviación de poder la revocación por el alcalde de un policía que había dirigido un procedimiento verbal contra un industrial, amigo del alcalde, que había dejado abierto su café después de la hora fijada para el cierre por un bando municipal. Si antes el Consejo de Estado anularía la decisión municipal por desviación de poder, ahora, en un caso semejante, se limitaría a constatar y examinar los hechos, es decir, que el policía no había cometido ninguna falta que justificara la imposición de una sanción y la anularía por falta de un motivo legal, por falta de hechos concretos y de realidades fácticas que la proveyen y la determinen.

(34) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Op. cit.*, p. 40. ALEJANDRO NIETO, al respecto, manifiesta que «la comprobación de la existencia material de los hechos no es una medida suficiente» y que «es imaginable un control más, referido a la corrección de la calificación jurídica de los mismos que haga la Administración». Más adelante añade que debe rechazarse que ambas técnicas, la de los hechos determinantes y la de la calificación jurídica, sean modos de control de la discrecionalidad. «Esto no es correcto en sentido riguroso, y sólo es admisible en un sentido histórico. Es decir, que sólo puede considerarse como reducción de la discrecionalidad si se piensa en la enorme amplitud que hasta hace pocos años se le atribuía. Pero la realidad es que las dos primeras técnicas enumeradas no son un control de la discrecionalidad, sino que sirven solamente (entre otras muchas) para precisar el alcance o ámbito de la discrecionalidad o, si se quiere, para saber lo que es y lo que no es discrecional; pero, una vez llegados a la auténtica discrecionalidad, ésta es respetada» («Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», en *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 1964, pp. 151-153).

de los conceptos jurídicos indeterminados» (35). Estos *conceptos jurídicos indeterminados* son los que ofrecen a la Administración una posibilidad de actuación un tanto indefinida y poco concisa, por lo que le toca a ella arbitrar la solución que estime más acertada. El justo precio es un ejemplo típico de concepto jurídico indeterminado, ya que, ante la necesidad de fijarlo la Administración en un expediente de expropiación forzosa, no es que a aquélla se le deje plena libertad de movimientos para señalar el precio que quiera, sino que, por el contrario, debe fijar sólo uno, aquel que sea considerado como el más justo, si bien para llegar a dicha fijación no siempre encontrará criterios y orientaciones suficientes. «Cuando se dice—escribe Enterría—que la Administración pagará el justo precio por una expropiación no quiere decirse que la Administración pagará el precio que ella libremente fije, sino que será aquel que resulte de aplicar los criterios establecidos por la legislación de expropiación forzosa» (36). Por tanto, mientras que, en la discrecionalidad propiamente dicha, la Administración tiene ante sí un cúmulo de opciones que puede libremente seguir, cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados la Administración sólo tiene ante sí la posibilidad de una única solución que debe admitir por encima de todo, si bien la determinación de la misma no resulte tarea cómoda y, por ello, hay que dejar a la Administración lo que se ha llamado «margen de apreciación» para que se pueda mover con cierta flexibilidad y no quede excesivamente restringida a la hora de tomar decisiones (37).

(35) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, p. 43.

(36) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Op. cit.*, p. 43.

(37) Como ejemplo de la utilización de un concepto jurídico indeterminado, GARCÍA DE ENTERRÍA cita la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1959 relativa a la resolución por el Ayuntamiento de Sabadell de un concurso para cubrir el servicio de recaudación de contribuciones. Adjudicado el concurso, uno de los concursantes rechazado recurrió por entender que su oferta era más beneficiosa para el Ayuntamiento. La Audiencia de Barcelona confirmó la resolución municipal alegando que en los concursos la Administración se mueve discrecionalmente y, en consecuencia, puede elegir libremente a quien quiera. Recurrida la sentencia ante el Tribunal Supremo, éste aceptó el recurso por cuanto, a su juicio, en efecto la oferta del recurrente era la más favorable para el Municipio y la que más se ajustaba al interés público.

En consecuencia, no se trata de que la Administración pueda actuar con absoluta libertad, sino de que, teniendo ante sí el imperativo ineludible del interés colectivo, debe obrar de acuerdo con el mismo, y siendo, como es éste, un concepto jurídico indeterminado, a ella le toca concretar y aclarar lo que, en un principio, parece indeterminado (*Op. cit.*, pp. 46-47).

Finalmente, otra técnica que cobra cada vez mayor auge es la de la aplicación de los *principios generales del Derecho* como nuevo camino para el control de la discrecionalidad de la Administración. Dichos principios, «aunque la Administración tenga discrecionalidad para actuar en un supuesto», no pueden ser ignorados y vulnerados por los órganos administrativos. A juicio de Enterría, «nos proporcionan un nuevo criterio que deberá ser tenido en cuenta a la hora de enjuiciar las actuaciones discrecionales. No puede, por tanto, invocarse la discrecionalidad administrativa para atentar contra el principio de igualdad o contra el de la buena fe, o contra el de la proporcionalidad, o de la naturaleza de las cosas, etc.» (38).

Resumiendo, podemos decir que en el horizonte doctrinal se van abriendo nuevas opciones para actualizar el control de la Administración. La crisis que avidentemente padece la desviación de poder, el surgimiento de otras aportaciones por el doble camino de la doctrina y de la jurisprudencia que tienden a reemplazarla, la cada vez más imperiosa necesidad de someter a cauces legales a una Administración cada vez más omnipresente y más todopoderosa, son las directrices que, en los actuales momentos, se van perfilando y van configurando de modo más global y perfeccionado el axioma máximo de la sumisión de la Administración, aun obrando con amplio margen de libertad y se vayan estructurando otros dispositivos que, junto a los actuales o por encima de ellos, realicen el difícil ideal de que la Administración, aun obrando con amplio margen de libertad y obedeciendo a imperativos de oportunidad y de eficacia, siempre se mueva en el campo de lo legítimo, sin invadir lo que el Ordenamiento jurídico condena como arbitrario, ilegítimo o anti-jurídico.

3. Aplicación en materia de personal

La desviación de poder, como es de todos conocido, no es ajena a la materia de personal, donde es posible que, en la aplicación de las normas que forman el Estatuto de los servidores públicos, se cometan infracciones, cuando no claras injusticias que pueden, en ocasiones, incidir en la desviación de poder.

(38) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Op. cit.*, p. 48.

En los países cuya función pública responde a la idea de la carrera administrativa, el funcionario se encuentra garantizado por una serie de normas que regulan su situación frente a la Administración. Precisamente porque el funcionario está vinculado de un modo más estrecho al Estado, goza, como contrapeso, de mayores derechos, de mayores garantías, de mayores ventajas que no pueden ser ignoradas mediante decisiones ilegales o de índole arbitraria (39).

Muchas veces la Administración, cuando se encuentra con la limitación de las normas que se refieren, por ejemplo, a cuestiones como retribuciones, traslados, nombramientos, etc., corre el riesgo de utilizar sus facultades para sortear el mandato de las normas respectivas y conseguir, de forma ilegal, lo que no ha podido conseguir por una actuación con arreglo a Derecho. Es entonces, lógicamente, cuando puede entrar en juego la desviación de poder y cuando el funcionario ha de utilizar sus resortes de defensa para recurrir contra una decisión brotada de la Administración que, aunque disfrazada de apariencia legal, en realidad supone la realización de un acto contrario a la Ley y divergente del fin público amparado por ésta (40).

Basta examinar los supuestos de desviación de poder citados por los autores, para cerciorarse de lo que acabamos de decir. García de Enterría se refiere, al hablar del traslado forzoso previsto en la Ley de Funcionarios, a que «el traslado ha de estar basado en estrictas necesidades del servicio, constituyendo desviación de poder todo traslado que no se funde en esta motivación» (41). Parecida es la observación de García Trevijano

(39) FRANÇOIS GAZIER se refiere, de modo expreso, a este planteamiento peculiar de las relaciones entre el funcionario y la Administración. «Los funcionarios, nosotros lo hemos visto—escribe—están sometidos a obligaciones que están sancionadas por un régimen muy completo de responsabilidades. Como contrapartida, a los funcionarios les han sido reconocidos derechos y esos derechos deben estar garantizados a la vez contra la arbitrariedad de la Administración misma y contra los riesgos que pudieran provenir de protestas o intervenciones injustas y abusivas de los administrados» (*Op. cit.*, p. 185).

(40) FRANÇOIS GAZIER, consciente de los peligros que se pueden derivar de una Administración incontrolada en materia de personal, con referencia específica al tema comprometido, y siempre polémico, de los sistemas de movilidad y traslado de los funcionarios, recuerda que «un traslado de oficio puede tomar muy bien la forma de una sanción disciplinaria disfrazada», por lo que manifiesta su criterio de que es preciso «evitar lo arbitrario en los destinos y en los traslados» (*Op. cit.*, página 136).

(41) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Apuntes de Derecho Administrativo*, 1.º, Facultad de Derecho, Madrid, 1970-71, pp. 178-179.

sobre idéntica cuestión: «La conveniencia del servicio es un concepto estándar e indeterminado que no puede ser comprobado de una manera rígida, sino valorado de una forma elástica; pero una medida de traslado forzoso por la Administración Pública puede encerrar una desviación de poder cuando lo que se persiga no sea la conveniencia del servicio, objetivamente considerado» (42). También Entrena Cuesta, cuando analiza, dentro del llamado derecho al cargo, el problema concreto de la inamovilidad, escribe que «en consecuencia, para evitar que bajo la apariencia de un traslado por exigencias del servicio se oculte una sanción sin la previa instrucción del expediente disciplinario, deberá exigirse la motivación adecuada» (43), ya que, sólo de esta manera, se podrá evitar que, tras un traslado forzoso reclamado por imperativos del servicio, se pretenda recubrir una verdadera sanción disciplinaria cual es «el traslado con cambio de residencia», prevista en el artículo 91 de la Ley de Funcionarios.

Dentro de la doctrina extranjera, Gazier habla de que, en ocasiones, lo que él llama el cese del funcionario «por insuficiencia profesional», más que un cese debido a esta motivación de su presunta insuficiencia para el trabajo, podría convertirse en una sanción disciplinaria disfrazada que se lleva a cabo a través del procedimiento del cese «por insuficiencia profesional» (44). Serge Salon, tras indicar que «una autoridad administrativa comete desviación de poder cuando ejerce un poder del cual está normalmente investida para un fin que no es aquel para el cual dicho poder le ha sido atribuido», recoge el ejemplo del cese de

(42) GARCÍA TREVILJANO, JOSÉ ANTONIO: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, tomo III, vol. II, pp. 178-179. Este mismo autor, al estudiar los concursos de traslado para los Cuerpos Generales, señala «por supuesto, que una convocatoria puede ser impugnada al darse desviación de poder o cualquier otra infracción, según los casos, por incluir condicionamientos excesivos o anormales» (*Op. cit.*, pp. 735-736). Es evidente que, en este supuesto de la convocatoria de un concurso de traslado entre funcionarios de un determinado Cuerpo, se puede incluir en clara desviación de poder si quien lleva a cabo la convocatoria y la publica incluye en la misma determinados «condicionamientos especiales», es decir, lo que legalmente se llaman «condiciones o requisitos excluyentes» o «méritos preferentes», no con la finalidad de beneficiar a la Administración o sus unidades, sino con el objetivo de favorecer a determinado o determinados candidatos que reúnan en exclusiva los méritos exigidos o no incurran, igualmente en exclusiva, en las condiciones o requisitos de carácter excluyente. Aquí, en esta hipótesis, la Administración ha empleado las facultades que le han sido atribuidas, contrariamente a los intereses públicos, incurriendo, por tanto, en desviación de poder.

(43) ENTRENA CUESTA, RAFAEL: *Op. cit.*, p. 414.

(44) GAZIER, FRANÇOIS: *Op. cit.*, p. 148.

un funcionario «invocando la supresión de su empleo», cuando el verdadero motivo es de tipo disciplinario; o retirándole las competencias que tiene otorgadas, suprimiéndole a continuación del empleo «bajo pretexto de realizar economías o de reorganizar el servicio, cuando la medida, en realidad, está basada en atención a consideraciones inherentes a la persona del agente en cuestión y a su manera de servir»; o bien en la actuación de la Administración orientada a modificar un texto reglamentario para, de esta forma, anular la fuerza y la autoridad de la cosa juzgada (45). Y, por su parte, Magnet recuerda que la decisión jerárquica de imponer sanciones «no puede ser discrecional, exige el respeto de ciertas condiciones y determinadas formas, que está garantizado por el control jurisdiccional», de tal manera que serán anuladas aquellas sanciones impuestas «pero que un examen más atento demuestra que fueron inspiradas en realidad por una animosidad personal ajena al interés del servicio (desvío de poder)» (46).

La incidencia de la desviación de poder sobre el campo de la administración de personal es, a la vista de lo anteriormente expuesto, claramente cierta. Y es interesante puntualizar que dicha desviación no se da sólo en el terreno de las sanciones disciplinarias, sino que cabe su existencia en otras muchas zonas de la política de personal. Adjudicación de destinos, traslados, nombramientos, selección de candidatos, ascensos, cese en el servicio activo, son otras parcelas de la relación funcional sobre

(45) SALON, SERGE: *Délinquance et répression disciplinaires dans la fonction publique*, Bibliothèque de Droit Public, París, 1969, tomo LXXXVII, p. 266. Respecto a la intención de anular el valor de la cosa juzgada, Salon cita el ejemplo del Administrador de la Comedia Francesa, revocado de sus funciones para las que había sido nombrado por un período de seis años con arreglo a lo dispuesto en el Estatuto del Administrador de dicha institución. El Consejo de Estado anuló la revocación ordenada por el Gobierno y, después de haber sido ejecutada la decisión del Consejo reponiéndole en el cargo, el Gobierno modificó por Decreto el artículo correspondiente del Estatuto relativo al nombramiento y duración del Administrador, en virtud de cuya modificación éste sería nombrado por una duración ilimitada y podría ser revocado por resolución no motivada. Apoyándose en esta modificación legal, ya el Gobierno pudo revocar el nombramiento del entonces Administrador de la Comedia Francesa, si bien el Consejo de Estado ha sentado la doctrina de que el Gobierno, por un lado, había ignorado el valor de la cosa juzgada de sus decisiones y, por otro, de que el Decreto gubernamental modificando el precitado Estatuto había incurrido en desviación de poder (*Op. cit.*, pp. 266-267).

(46) MAGNET, JACQUES: «El funcionario y la Administración», en *Tratado de Ciencia Administrativa*, de GEORGES LANGROD, Escuela Nacional de Administración pública, Madrid, 1973, pp. 534-535.

la que cabe una actuación injusta por parte de la Administración que, llevada por motivaciones de animosidad personal, por deseos de favoritismo, por propósitos de discriminación, podría incurrir en desviación de poder en contra y perjuicio de sus servidores. Y, en todo caso, conviene resaltar que, en esta materia de personal, la desviación de poder que quizá tenga mayor aplicación sea la llamada «desviación de procedimiento», dado que la Administración tenderá a obtener determinadas finalidades de orden sancionador, retributivo, burocrático en general, apelando a medios que, en apariencia legales, si se examinan después en profundidad aparecen como empleados para objetivos o metas que no son precisamente los fijados por las normas.

4. Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

4.1. IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA

La trascendencia del control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa casi no hace falta destacarla. No hay que olvidar que dicho control, como ya se ha dejado apuntado más arriba, es una creación del Consejo de Estado francés y de otros Tribunales que siguieron posteriormente sus huellas; es decir, se trata de una verdadera creación jurisprudencial. Por eso y por tratarse de una materia en la que la actividad de la Administración no es reglada, por los comentaristas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 se dijo con justeza, en su momento, que de la Jurisprudencia dependería el que este instituto de la desviación de poder como cauce de control y fiscalización tuviera unas profundas repercusiones en el camino, nunca acabado, de la sumisión de la Administración al Derecho. En definitiva, como ha advertido Clavero Arévalo, «la gloria o el fracaso del intento de la nueva Ley de lo contencioso queda en manos de los Tribunales de la jurisdicción» (47).

Preciso es reconocer que nuestra Jurisprudencia no ha hecho excesivo honor a este reto hasta fechas muy recientes en las que parece iniciarse una revisión de la postura mantenida du-

(47) CLAVERO ARÉVALO, MANUEL FRANCISCO: *Op. cit.*, p. 118.

rante años, caracterizada por un aferramiento literal a la definición legal de la desviación de poder. Cierto, hay que reconocerlo, que la tarea jurisprudencial en este campo es sumamente ardua: por una parte, están el viejo lema de que la Justicia no debe administrar y la dificultad de las pruebas, verdadero talón de Aquiles para la impugnación de los actos discrecionales; por otra, está el haber pretendido utilizar, como única posibilidad de enjuiciar la discrecionalidad, la desviación de poder que, por referirse tan sólo a uno de los elementos del acto administrativo —el fin— no es el único instrumento adecuado para controlar el comportamiento discrecional de la Administración.

Hay que aludir, igualmente, a un obstáculo surgido en el campo de la aplicación de la desviación de poder. Se trata del abuso cometido por los profesionales del Derecho de la desviación de poder para asegurarse, en todo caso, la posibilidad de apelación de las sentencias de las Audiencias Territoriales, al amparo del artículo 94, número 2, de la Ley de 1956 que permite el recurso de apelación siempre que las mencionadas sentencias versaren sobre la desviación de poder.

Todo este conjunto de circunstancias ha provocado que los fallos favorables a la admisión de la desviación de poder hayan sido muy escasos, como más adelante se consignará y que, en consecuencia, la virtualidad práctica y real de la desviación de poder, como freno de la actuación de la Administración en general y en materia de personal en particular, haya sido mínima.

4.2 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA DESVIACIÓN DE PODER

Seguidamente intentaremos penetrar en la Jurisprudencia de la última década, relativa a personal, para tratar de descubrir, sin ánimos exhaustivos, las principales trayectorias y orientaciones seguidas por nuestro Tribunal Supremo en la materia que nos ocupa. El recortar el análisis a las sentencias de los últimos años obedece a que el control de la discrecionalidad, durante los primeros tiempos de vigencia de la Ley de 1956, ha sido ya objeto de estudios excelentes sobre la Jurisprudencia de ese período en lo que atañe a la desviación de poder y que han

sido citados, debido a su indiscutible valor científico, a lo largo del presente trabajo (48).

Nuestro propósito es, pues, recoger la Jurisprudencia más reciente que, precisamente, es aquella en la que se empieza a detectar y a vislumbrar un despegue prometedor respecto a posiciones más conservadoras e inmovilistas, tradicionalmente sostenidas por las Salas del Tribunal Supremo.

4.2.1 *Concepto*

Como afirmación general puede sostenerse que no existe una verdadera elaboración jurisprudencial del concepto de desviación de poder, contentándose, casi siempre, la Jurisprudencia con encabezar sus razonamientos a base de la cita literal del artículo 83, número 3, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; llegando, por tanto, a convertirse aquélla en una especie de estribillo de las sentencias pronunciadas en relación con este tema, si bien últimamente, parece apreciarse una tendencia más progresiva en lo relativo a la conceptualización de la desviación de poder.

La postura de atenerse estrictamente al texto legal se inició ya con la sentencia de 9 de octubre de 1959, consolidándose con la de 25 de diciembre de 1960 y siendo notable el número de sentencias que repiten incluso los mismos términos de la Ley. A modo de ejemplo veamos el contenido de la sentencia de 31 de enero de 1966, que, entre otras cosas, dice lo siguiente: «... la desviación de poder definida en el artículo 83, 3 de la Ley Jurisdiccional como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico y cuyo concepto ha sido precisado por la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo...», señalando que dicha figura de infracción «supone la existencia de un acto ajustado a la legalidad extrínseca, pero con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teológico de la actividad administrativa, orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos de moralidad» y añadiendo que, «para que pueda alegarse con éxito, es necesario

(48) Véase también el artículo de GARRIDO FALLA titulado «El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad», en *Revista de Administración Pública*, enero-abril 1954, pp. 143-152.

acreditar con seguridad el apartamiento del órgano causante de la desviación del cauce jurídico, ético o moral, que está obligado a seguir sin atender a otras intenciones que las inspiradoras de la norma legal aplicable...».

Dentro de esta orientación, se puede citar la sentencia de 17 de noviembre de 1971, uno de cuyos Considerandos subraya «que siendo la desviación de poder, tal como lo expresa el artículo 83, 3, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico», lo esencial para llegar a la apreciación de tal vicio en el acto que se impugna, consiste en demostrar una serie de hechos que lleven a estimar que la decisión administrativa se ha producido con una finalidad contraria, o al menos distinta, que la pretendida en la regulación de la materia de que se trata» (49).

Como puede advertirse, de las sentencias traídas a colación, nuestra Jurisprudencia sigue apegada a la definición legal sin decidirse a romper con los estrechos moldes de ésta y sin aventurarse a elaborar una explicación en profundidad de la desviación de poder, más fértil en su aplicación y de más pragmáticas consecuencias; postura, por lo demás, hasta cierto punto lógica si nos percatamos de que estamos pisando un terreno doctrinalmente movedizo que reclama avanzar sobre él con cautela y seguridad. No obstante, aunque en este punto concreto de la definición se haya progresado con evidente lentitud, el Tribunal Supremo sí ha precisado otros aspectos de la desviación de poder, como se verá a continuación (50).

(49) En todo caso, el Tribunal Supremo ha tenido el natural cuidado de no identificar todo ejercicio de una potestad discrecional con la desviación de poder. La sentencia de 15 de febrero de 1966 relativa al nombramiento de los secretarios de las Delegaciones Provinciales de Información y Turismo habla de que no cabe «suponer la existencia de una transgresión jurídica, cuando se ejercita una facultad discrecional, si no se justifica la realidad de un propósito contrario a los fines del Ordenamiento Jurídico, constitutivo de la desviación de poder».

(50) Algunas sentencias del Tribunal Supremo, al abordar la temática de fijar lo que verdaderamente sea la desviación de poder, establecen puntos de vista interesantes que ayudan mejor a delimitar el concepto de aquélla.

La sentencia de 2 de marzo de 1968, para frenar el propósito de los que pretenden ensanchar al máximo la desviación de poder, señala que «también es erróneo afirmar que cualquier infracción constituye siempre desviación de poder, aunque toda desviación sea constitutiva de infracción». Esta misma sentencia, más adelante, considera como «condición integrante y característica de la desviación la existencia de una volición torpe dirigida a la consecución de fines generalmente personales

4.2.2 Naturaleza jurídica

En este punto, la Jurisprudencia no ha mantenido una postura única, sino que, más bien, ha reflejado alternativamente las dos tesis, más arriba apuntadas, sobre la naturaleza de la desviación de poder: tesis de la moralidad y tesis de la legalidad; aunque, últimamente, parece observarse una inclinación hacia la tesis legalista, por nosotros compartida con un núcleo importante de la doctrina. En ocasiones, la tarea de intentar captar el punto de vista de la Jurisprudencia no resulta fácil a partir de las expresiones vertidas en las sentencias, por lo que es arduo el empeño de descifrar cuál sea la tendencia del Tribunal Supremo en esta cuestión acerca de la naturaleza jurídica de la desviación de poder.

Entre las sentencias que defienden la tesis de la moralidad administrativa, destaca la de 4 de mayo de 1968 que establece que la desviación de poder «requiere que se dé una comodación sólo aparente con la legalidad extrínseca o formal, pero en contradicción con el cauce ético y moral que está obligada a seguir la Administración en sus actuaciones»; deduciéndose que la Administración, por tanto, cuando incurre en desviación de poder, choca contra los principios de la moralidad que son vulnerados e ignorados.

En esta misma dirección, de identificar la desviación de poder con una infracción de signo moral, se encuentra la sentencia de 24 de febrero de 1971 en la que se manifiesta, al tratar sobre el nombramiento de un funcionario de una Diputación, que la desviación de poder «no consiste en la violación o incumplimiento de una concreta norma jurídica, sino que afecta a un orden superior al de la mera legalidad y presupone el respeto extrínseco de la misma mediante una apariencia de conformidad a aquella», «pudiendo afirmarse que la desviación de poder viene a descubrir la antinomia que cabe exista entre la legalidad y el Derecho».

y siempre contrarios y distintos a los fijados y queridos por el Ordenamiento Jurídico».

La sentencia de 17 de noviembre de 1971 recoge el principio, lógicamente indiscutible, de que la intención de un Tribunal encargado de resolver un concurso para cubrir plazas en una Diputación Provincial «no sería suficiente» para decidir la desviación de poder, ya que lo necesario para alegar tal vicio es que «la finalidad contraria a derecho se hubiera producido».

Por el contrario, entre las sentencias que participan de la tesis de la legalidad, mayoritariamente seguida por la Jurisprudencia, ya con carácter definitivo, figuran la de 28 de noviembre de 1961, confirmada en la de 7 de octubre de 1971 que aborda la anulación de la designación de un funcionario llevada a cabo por concurso. Con arreglo a esta sentencia, el Tribunal Supremo ha establecido la doctrina de que la teoría de la desviación de poder se basa en que la Ley, de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir, y «si el acto en que se concreta su actuación no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley al desvincularse de su espíritu, por lo que faltará el obligado ligamen entre la idea de poder y la de fin de servicio y, en consecuencia, el acto de la Administración, aun cuando tenga apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva».

Esta misma tesis, en favor de la legalidad como vulneración por parte del órgano administrativo que incurre en desviación de poder, se recoge en la sentencia, fundamental por muchos motivos, de 4 de abril de 1972 a la que más adelante nos referiremos.

En definitiva, creemos que puede sostenerse la conclusión de que las tesis de la legalidad para explicar la desviación de poder parece afianzarse en la Jurisprudencia española y que, a nuestro juicio ya expresado más arriba, es la que cuenta con una mayor fundamentación teórica y práctica. Por ello, el Tribunal Supremo, al hablar de la desviación de poder, señala que lo «constitutivo de la desviación de poder» consiste en «un propósito contrario a los fines del Ordenamiento Jurídico» (sentencia de 15 de febrero de 1966); alude a que representa «una de las formas de infracción del Ordenamiento Jurídico» (sentencia de 14 de marzo de 1966); la identifica, en fin, «como ilegalidad del acto administrativo» (sentencia de 4 de abril de 1972).

4.2.3 Aspectos procesales

El artículo 94, número 3, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 dice que son susceptibles siempre de apelación las sentencias que versaren sobre desviación

de poder. Amparándose en esta disposición, numerosos recurrentes alegaban la desviación de poder a efectos de conseguir un recurso de apelación contra sentencias que, de otra forma, no serían susceptibles de apelación. El Tribunal Supremo siguió, en un principio, en esta materia una línea zigzagueante. Así las sentencias de 8 de junio de 1959 y de 11 de julio del mismo año admiten la apelación basándose en que el recurrente había alegado la desviación de poder en la primera instancia, a pesar de que el Tribunal correspondiente no se había pronunciado sobre la desviación de poder, pero con una importantísima limitación: la segunda instancia sólo puede pronunciarse sobre el aspecto concreto de la desviación de poder, no sobre los demás problemas del recurso, discutidos en la primera. Sin embargo, la sentencia de 9 de junio de 1959 supuso un cambio de dirección, al admitir el planteamiento en segunda instancia de todas las cuestiones debatidas en la primera.

El Tribunal Supremo, al menos en lo que a personal se refiere, ha escogido la senda asumida por las dos primeras sentencias citadas. Así la sentencia de 11 de mayo de 1968 dice: «Como es fácil ver, lo que se pretende, en definitiva, es someter a la consideración jurisdiccional no un auténtico tema de desviación de poder», y en la de 30 de junio de 1970 se establece: «... y claro que si el acto recurrido no se ha ajustado a la legalidad extrínseca como se afirmó en la demanda, no puede alegarse la desviación de poder por ausencia de un presupuesto básico, evidenciándose con la alegación de la desviación de poder en forma subsidiaria, que lo perseguido es desnaturalizar el proceso especial convirtiéndolo en otro de doble instancia, a fin de que en la segunda, combatiendo los fundamentos del fallo apelado, se examine y resuelva íntegramente la cuestión litigiosa».

La sentencia de 24 de enero de 1970 concreta que la desviación de poder ha sido alegada por la parte recurrente, pero la «segunda instancia tiene que limitarse al problema de desviación de poder para el cual ha sido admitida la apelación». En el mismo sentido se expresan las de 14 de marzo de 1970, 29 de septiembre de 1967, 24 de febrero de 1971 y 17 de noviembre de 1971 que es, por demás, muy explícita: «... pues como se ha

dicho reiteradas veces en sentencias de las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal, sólo a este problema ha de limitarse el conocimiento de la apelación, pues únicamente para su conocimiento se admite este recurso, denegado para las demás cuestiones planteadas y resueltas en primera instancia».

No cabe duda de que existen poderosas razones en favor de ambas tesis expuestas. El fundamento aducido en las sentencias que acabamos de citar es el evitar la construcción artificial de una segunda instancia por el solo hecho de alegar la desviación de poder, pero nosotros no compartimos esta postura cómoda del Tribunal Supremo que ha convertido la apelación basada en la desviación de poder en una verdadera casación o recurso de súplica con las limitaciones que supone, pues esta tesis es contraria al espíritu antiformalista de que hace gala la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y a la letra misma de la Ley donde se habla de «apelación», que habrá de entenderse en su sentido técnico que no puede confundirse con el recurso de casación o súplica, como en la práctica se hace con la interpretación formalista que de la Ley de lo Contencioso efectúa el Tribunal Supremo.

4.2.4 *Prueba*

Como regla general puede afirmarse que la prueba tiene mucha menos importancia en la jurisdicción contencioso-administrativa que en otras jurisdicciones. Ello se debe a que los recursos contencioso-administrativos plantean normalmente cuestiones de derecho y, por otra parte, los hechos que le sirven de fundamento vienen reflejados en el expediente en el que también constan todos los documentos aportados por el particular. Pero esta afirmación genérica tiene una notable excepción cuando se trata de un proceso basado en desviación de poder. Aquí la prueba, es el verdadero núcleo del problema, el verdadero fondo de la cuestión. Desde luego, la prueba plena e indiscutible de haberse perseguido con el acto administrativo fines distintos de los establecidos por el Ordenamiento Jurídico, es difícil de obtener. En la mayoría de los casos se tendrá que acudir a presunciones, derivadas de unos hechos que habrán de probarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en

Derecho. En el estudio de la Jurisprudencia, se advierte con claridad que es éste precisamente el gran escollo, ya que el 60 por 100 aproximadamente de las sentencias que hemos analizado son desestimatorias por falta de pruebas.

Los razonamientos del párrafo anterior inclinan, por tanto, a hacer especial hincapié en el estudio de este aspecto procesal de la desviación de poder, haciendo del mismo un apartado independiente dentro de la sistemática seguida en el presente trabajo. La siguiente afirmación de la sentencia de 29 de septiembre de 1967 recapitula con exactitud la rotunda interconexión que se da entre la desviación de poder y la prueba de la misma: «El concepto de desviación de poder —según el Tribunal Supremo— está sometido a un sistema riguroso de razonamiento y prueba por estar regido por el viejo principio jurídico de que los Tribunales deben dictar sus fallos, *justa allegata et probata*».

Dentro de este campo de la prueba, uno de los principios nucleares que reitera de forma insistente el Tribunal Supremo es el de, como se acaba de indicar, la desviación de poder ha de probarse, sin que sea suficiente alegarla sin el respaldo objetivo de unos hechos y unos acontecimientos. Y ha de probarse, porque, a juicio del Tribunal Supremo, existe «la presunción *iuris tantum* de que la Administración ejerce sus potestades con arreglo a Derecho», según la sentencia de 21 de noviembre de 1968, que añade que no basta con oponer a dicha presunción «meras conjeturas o sospechas, pues preciso será al menos que se suministren al Tribunal o con precisión se le señalen datos fácticos ciertos y capaces de crear la convicción moral de que el órgano, si bien se ajustó a la legalidad extrínseca, en su interna motivación se apartó de la orientación teleológica de la norma». En el mismo sentido de la sentencia aludida, se pronuncian las de 21 de noviembre de 1968 y de 30 de junio de 1970.

Otro de los principios repetidos en la Jurisprudencia sobre la desviación de poder es que, como indica la sentencia de 29 de enero de 1968, «una jurisprudencia reiterada en torno a la carga de la prueba viene proclamando que quien alega la norma favorable—en este caso el artículo 83 de la Ley Jurisdiccional—debe probar que concurren en el evento examinado los supuestos

que la misma contempla». Esta línea de doctrina, como se recuerda en la sentencia de 27 de mayo de 1968, arranca ya de la de 26 de diciembre de 1960, confirmada en las de 21 de enero de 1966 y 18 de abril de 1967. En efecto, según la sentencia citada de diciembre del 60, «para que pueda alegarse, con éxito en esta vía, la desviación de poder, es menester acreditar con regularidad el apartamiento del órgano causante de la desviación..., prueba indispensable a cargo del que la invoca porque, salvo justificación en contrario, se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a los postulados jurídicos orgánicos del poder público en el desarrollo de sus actividades, debiendo ser rechazadas las meras conjeturas». De idéntico tenor literal a esta última sentencia son las de 5 de julio de 1968, 14 de marzo de 1970 y 24 de febrero de 1971.

Dentro de esta vertiente referida a la necesidad de probar realmente la existencia de la desviación de poder resulta significativa la sentencia de 9 de abril de 1969, sobre expediente disciplinario abierto a un funcionario, y en la que tras manifestar que la Sala de la Audiencia Territorial correspondiente no acogió en su momento la desviación de poder alegada por el actor, se exponen las razones de ello con las siguientes palabras: «...porque cuando se demuestra la realidad de unos hechos determinantes de una conducta acreedora a una sanción disciplinaria, la Administración utiliza adecuada y rectamente su potestad lo que no queda en entredicho, por la circunstancia de que el funcionario sancionado se le hayan seguido otros expedientes, incluso anulados por la Jurisdicción, que por sí solos no suponen una actitud persecutoria indebidamente adoptada por la Administración»; siendo indispensable, en todo caso, en esta materia no basarse en meras hipótesis o suposiciones, sino apoyarse en hechos concretos «y acreditar con seguridad el apartamiento del órgano del fin ético moral que está obligado a seguir».

Valorando la postura del Tribunal Supremo, reflejada en las sentencias expuestas anteriormente, se deduce que existe un excesivo formalismo, excesivos axiomas que cubren una cierta pasividad de los Tribunales en esta materia, que se presta como ninguna a una mayor agresividad, empleando las amplias facultades que concede la Ley Jurisdiccional. Como excepción, el

Tribunal Supremo ha diseccionado algunos expedientes, buscando la perla escondida de la Justicia material, tal como sucede en la sentencia de 7 de octubre de 1971 que inserta a continuación que si no es modelo de redacción y altura técnica, sí lo es de esfuerzo por encontrar la verdad —no muy escondida en este caso— detrás de la apariencia externa de legalidad (51).

(51) Sentencia de 7 de octubre de 1971: «Considerando que, en primer término, es preciso delimitar el ámbito del presente recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Diputación Provincial de Burgos, contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, precisando que, por imperativo del artículo 94, ap. b) del número 1.º, y párrafo 2.º, ha de quedar circunscrito a la cuestión relativa a la desviación de poder, único supuesto en el que, en materia de personal, y no tratándose de separación de funcionarios públicos inamovibles, es procedente el recurso de apelación contra las sentencias de las Salas Territoriales de la Jurisdicción, siendo de destacar que dicha cuestión jurídica—la desviación de poder—suscitó por la parte accionante en la anterior instancia en la demanda formalizadora del recurso contencioso-administrativo, fue objeto de examen en las motivaciones de la sentencia recurrida y estimada su concurrencia, pues, aun cuando no se recoge en el fallo, son clara manifestación de ello diversas expresiones contenidas en los Considerandos, ya que en el octavo se dice que «el conjunto del expediente denota además desviación de poder»; en el noveno, que «el mismo Tribunal incidió después en otros defectos extraños a las bases mismas, que también denotan además desviación de poder, como se examinará a continuación, y, en efecto, en los dos siguientes razona la Sala sobre circunstancias concurrentes en la provisión por concurso de la plaza de Director de los establecimientos benéficos de la Diputación Provincial de Burgos.

Considerando que respecto a la desviación de poder que el artículo 83 de la Ley Jurisdiccional define como «El ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico», ha sido configurado su concepto jurídico por la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Supremo, que en las sentencias citadas en los «vistos», entre otras, ha establecido la doctrina de que la teoría de la desviación de poder se basa en que la Ley, de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir, y si el acto en que se concreta su actuación no cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley al desvincularse de su espíritu, por lo que faltará el obligado ligamen entre la idea de idea de poder y la de fin de servicio, y, en consecuencia, el acto de la Administración, aun cuando tenga apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva; que la desviación de poder supone que el acto administrativo, aun cuando pueda estar revestido de legalidad extrínseca, nació con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos que obligan a la administración a proceder con moralidad y no de un modo arbitrario con finalidad distinta de la determinada por el Ordenamiento Jurídico.

Considerando que el examen del expediente administrativo instruido por la Diputación Provincial de Burgos para la provisión de la plaza de Director de los establecimientos benéficos permite destacar como datos de interés para resolver sobre la cuestión relativa a la desviación de poder los siguientes: a) que el 7 de junio de 1967, cuando aún no había quedado vacante dicha plaza, la Comisión de Gobierno, a la vista de la manifestación del funcionario que la desempeñaba de que tenía el propósito de cesar en su vida activa el mes de septiembre del siguiente año, informó favorablemente la propuesta de designación de funcionario adjunto a la Dirección que se fuera imponiendo en las funciones del cargo, proponiendo en las funciones del cargo a don Avelino G. G., que desempeñaba el

Como resumen orientador podríamos sentar, aparte de la enorme importancia del problema de la prueba, la falta de criterios claros y armónicos de la Jurisprudencia, el excesivo for-

de interventor delegado de la Beneficencia Provincial, designación acordada por la Diputación Provincial de Burgos en sesión del día 21 del propio mes de junio de 1967; b) que el 5 de julio siguiente la Comisión de Gobierno de la Corporación adoptó el acuerdo siguiente: «Con objeto de que puedan tomar parte en el concurso que ha de convocarse para la designación de director de los Establecimientos provinciales de Beneficencia el mayor número posible de funcionarios de la Corporación, para poder hacer la selección con más libertad, teniendo en cuenta las condiciones de idoneidad especial que requiere cargo tan delicado, se acuerda informar que a juicio de la Comisión procede modificar la plantilla respecto de esta plaza en el sentido de que no se exija título alguno para aspirar a ella y ser nombrado en propiedad y lo mismo la plaza de jefe de Contabilidad, y la Diputación Provincial, en sesión del día 9 de julio de 1967, acordó de conformidad con el informe de la Comisión de Gobierno y que se solicite la necesaria autorización de la Dirección General de Administración Local para la modificación de plantilla que se propone»; expidiéndose el correspondiente oficio al centro directivo, cuya copia obra al folio 4 del expediente en el que se solicita que se modifique la plantilla en el sentido «de no exigir título académico para la provisión de la plaza de director de los Establecimientos provinciales de Beneficencia», siendo aprobada la propuesta por la Dirección General de Administración Local; c) que en sesión del 22 de noviembre de 1968 la Diputación Provincial de Burgos aprobó las Bases de la convocatoria del concurso entre funcionarios comprendidos en el subgrupo c) de la Escala Técnico-Administrativa de la plantilla de la Corporación, señalándose en la base tercera que «como méritos a apreciar por el Tribunal serán, en primer lugar, las garantías de moralidad, solvencia, honorabilidad, prudencia, energía de los solicitantes, en segundo la aptitud demostrada en el desempeño de la función que tengan encomendada, y tercero, los demás expresivos de la eficiencia real del funcionario, acordándose además que el Tribunal calificador se constituirá por el presidente de la Diputación o diputado en quien delegue; el diputado ponente de Beneficencia; un representante del profesorado oficial y otro de la Dirección General de Administración Local; un abogado del Estado, el secretario y el interventor de la Corporación, actuando de Secretario el oficial mayor letrado; d) que publicada la constitución del Tribunal calificador, uno de los solicitantes admitidos —don Guillermo D. P.—, interpuso recurso de reposición que fue desestimado por la Corporación; e) que el día 18 de mayo se reunió el Tribunal calificador, en cuya acta consta que terminada la lectura de las instancias y relaciones de méritos aportados por los solicitantes «se inicia la deliberación del Tribunal cuyos componentes opinan unánimemente que la totalidad de los solicitantes reúnen, a su juicio, las condiciones de moralidad, solvencia, honorabilidad, prudencia, energía y aptitud, exigidas en la convocatoria, si bien la mayoría de los miembros de aquél consideran que se encuentran potenciadas en el aspirante don Avelino G. G., en el que se da además la circunstancia de que esa idoneidad y aptitud la ha puesto de manifiesto en funciones que guardan íntima relación con las del cargo que se trata de proveer, por lo que su designación constituirá una garantía de acierto. En su virtud, el Tribunal, por el voto de la mayoría de sus miembros acuerda proponer a la Excelentísima Diputación Provincial al aspirante don Avelino G. G., para que sea nombrado para el desempeño de la plaza vacante», y f) que la Diputación Provincial de Burgos, en sesión del día 24 de mayo de 1968, aceptando la propuesta del Tribunal calificador nombró a don Avelino G. G. director de los Establecimientos provinciales de Beneficencia.

Considerando que los antecedentes expuestos ponen de relieve que en la provisión por la Diputación Provincial de Burgos, de la plaza de director de los Establecimientos de Beneficencia, procedió la Corporación con el preconcebido propósito de nombrar a don Avelino G. G., designio que patentiza ya su nombramiento con carácter interino como director adjunto, y los actos previos a la convocatoria del

malismo y la nula utilización por los Tribunales de las amplias posibilidades que les brinda el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sería necesario, pues, iniciar un criterio jurisprudencial más amplio sobre la prueba a la vez que llevar a efecto un verdadero protagonismo de los Tribunales en la materia, porque, aunque la prueba es asunto dificultoso y complejo cuando se efectúa en el área de lo discrecional la desviación de poder, como dice Clavero Arévalo, puede llegar a ser percibida y puede alcanzarse el convencimiento moral de su existencia, cuando el pleito se enjuicia por un juez idóneo y concedor de las realidades administrativas (52).

concurso consistentes en que, no obstante existir en el Cuerpo Técnico-Administrativo de la Diputación funcionarios con título de enseñanza superior que era el exigido para el cargo a proveer, acordó la Diputación modificar las plantillas en el sentido de que no se exija título alguno—folio 3 del expediente—si bien el oficio remitido a la Dirección General de Administración Local refiere la propuesta a no exigir título «académico», expresión anfibológica acaso buscada con la finalidad de que pudiera acceder al cargo de director de los Establecimientos de Beneficencia un funcionario que no sólo no estuviera titulado en enseñanza superior, sino que careciera de todo título, como ocurría con don Avelino G. G., en las bases del concurso se aprecia también el mismo propósito de que recayera el nombramiento en don Avelino G. G., pues si bien la base tercera, relativa a la apreciación de los méritos, transcribe el artículo 43 del Reglamento de Funcionarios de la Diputación Provincial de Burgos referente al nombramiento de director de los Establecimientos de Beneficencia, es muy significativo que se omita precisamente entre los méritos la preparación cultural y el límite de edad entre los treinta y los cuarenta y cinco años, cuando el señor G. G. carece de título y contaba cincuenta y dos años en la fecha de convocatoria del concurso, todo lo cual unido a que se prescindió de señalar el «sistema de valoración» y «modo de apreciarlo»; que el Tribunal calificador no se constituyó en la forma que previene el artículo 235 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952, y, en fin, la carencia de fundamentación del acuerdo del Tribunal, obtenido por mayoría y sin expresión de los votos que la formaron, pues aquél se limita a afirmar que todas las condiciones exigidas se encuentran potenciadas en don Avelino G. G., sin hacer consideración alguna sobre los méritos concurrentes en los demás solicitantes, entre los cuales se encontraban don Bernardo C. B. y don Guillermo D. P., actores de este proceso contencioso-administrativo, que ostentan el título de licenciados en Derecho, y el primero, además, el de secretario de Administración Local de tercera categoría; actuación de la Diputación Provincial de Burgos que configura los rasgos esenciales del concepto jurídico de desviación de poder, ya que, encubriéndolo bajo el aspecto de legalidad externa de un concurso, se cumplió el designio preconcebido de conferir el nombramiento de director de los Establecimientos Provinciales de Beneficencia a don Avelino G. G., distinto del que el Ordenamiento jurídico reclama de que la Administración proceda en su actuación con objetividad y rectitud, en aras del interés público y prescindiendo de todo interés particular, por lo que al estimarse la concurrencia de la desviación de poder, es procedente la confirmación de la sentencia recurrida, ya que, además, el abogado del Estado, parte apelante, en su escrito de alegaciones no formula ninguna impugnatoria con relación a la desviación de poder, única cuestión a la que, según se ha razonado en el primer considerando, y por imperativo del artículo 81 de la Ley rectora de la Jurisdicción, queda circunscrito este recurso de apelación.»

(52) CLAVERO ARÉVALO, MANUEL FRANCISCO: *Op. cit.*, p. 119.

4.2.5 *Desviación de procedimiento*

Una forma interesante de control, por parte de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la actividad discrecional de la Administración es la adoptada en la sentencia de 4 de abril de 1972 (53) y que, aunque no está referida a materia de personal, conviene ser recogida aquí por cuanto abre un horizonte de control más depurado de la discrecionalidad, a nuestro juicio, de muy útil aplicación en materia de personal donde puede darse «desviación de procedimiento» para conseguir unos objetivos apelando a caminos procedimentales inadecuados o incongruentes.

La sentencia, tras reafirmar la postura tradicional sobre las facultades discrecionales de la Administración en orden a reorganizar sus servicios, en este caso con referencia al Ayuntamiento de Sevilla, se llega a la conclusión de que el ejercicio de aquellas facultades ha de efectuarse dentro del cauce formal adecuado, pues, como se razona en la sentencia, el ejercicio de tales facultades está sometido a un doble condicionamiento: por un lado, uno de carácter sustancial, consistente tanto en el interés público al que toda actuación administrativa debe en general enderezarse, como el fin especial a que cada administrativo debe legalmente tender»; y por otro, «otro, de naturaleza formal, en cuanto que la Administración, para el logro de aquellos fines, debe sujetarse a las formas y procedimientos señalados por la Ley específicamente». A partir de estas premisas, el Tribunal Supremo construye una clasificación de la desviación de poder muy parecida a la por nosotros expuesta al hablar, más arriba, de este punto. «Si la Administración —dice la sentencia— utiliza sus potestades para conseguir un fin que no sea aquello, comete desviación de poder sustancial (lo destacado es nuestro), que pueda así caracterizarse como una «malversación» de sus potestades, y puede ser absoluta si se persiguen fines extraños al interés público, o relativa si se persigue un fin que, aunque público, no es el específicamente asignado

(53) La sentencia se refiere al recurso interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Sevilla, en virtud del cual todas las mercancías y artículos que llegaran al Mercado Central de Entradores de dicha capital deberían ser descargadas por las cuadrillas de carga y descarga del Mercado constituida en Cooperativa, y no por el personal perteneciente a cada uno de los entradores.

para el acto de que se trata, y puede finalmente aparecer como desviación de procedimiento si con el objeto de conseguir una determinada finalidad pública se utiliza un procedimiento que no es el específicamente previsto por la Ley, lo cual aparece en ocasiones como un instrumento al servicio de desviaciones sustanciales».

Como se deduce de la lectura de estos párrafos de la sentencia, el Tribunal Supremo ha hecho suya la clasificación doctrinal más usual, manejando al mismo tiempo una terminología simultáneamente concisa y transparente que, sin duda, ayuda a la mejor captación de la esencia de la desviación de poder.

Un punto importante es que la sentencia hace hincapié en que la desviación de poder, admitida en el artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, «ha sido ya superada como técnica de control de la ilegalidad de la actuación administrativa, no sólo porque en el ejercicio de la potestad reglada es difícil aislarla como vicio independiente ..., sino porque el desarrollo de otras técnicas de control, como la de constatación de la real existencia o suficiencia de los motivos o presupuestos de hecho que la Ley establece como legitimadores o condicionantes de un acto administrativo, o de los que la propia Administración invoca como fundamento de su decisión, permite con mayor eficacia y facilidad, un íntimo control de la sumisión de la Administración al Derecho...».

Otro de los puntos a resaltar es que aquí no se trata de mera infracción de forma, que es un control usado con mucha frecuencia por el Tribunal Supremo para controlar la legalidad de los actos de la Administración, sino de una elección errónea del propio procedimiento y que es concebida como instrumento de desviación de poder. Así la sentencia dice textualmente: «Para saber si las desviaciones de procedimiento anteriormente resaltadas aparecen como instrumentos objetivos de una desviación de poder sustancial y de carácter absoluto, debe examinarse si el interés que la Cooperativa representa que aparece objetivamente favorecido por la decisión impugnada, es o no extraño al interés público y llega a la conclusión de que la utilización de la técnica de las prohibiciones singulares, para consagrar una exclusiva, implica una desviación de procedimiento». Desvia-

ción de procedimiento que se advierte por cuanto que la concesión favor de la Cooperativa de Descarga, para cargar y descargar con exclusividad las mercancías, se ha llevado a cabo no por el procedimiento legal pertinente, sino por otro no válido al efecto. Como aclara la sentencia, la «situación preferente a la Cooperativa implica una desviación de procedimiento, puesto que este resultado o finalidad debe lograrse abordando directamente la legalización de la Cooperativa, bien mediante la técnica de las autorizaciones limitadas, bien acudiendo a la técnica de la concesión, arrendamiento o concierto, como sistema de gestión indirecta de los servicios, pero no mediante las prohibiciones a terceras personas». Y a esta desviación de procedimiento, se añade otra derivada de la misma legislación local, ya «que tal prohibición obliga, en realidad, al recurrente a utilizar los servicios de la Cooperativa y a abonar su importe», dado que, según el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, «la obligatoriedad para los administrados de la recepción y uso de un servicio, aunque sea gestionado directamente, debe ser establecido por vía reglamentaria o acuerdo, lo que es lo mismo, por disposición general, pero no, desde luego, por la indirecta vía, tendente al mismo fin, de las prohibiciones singulares al resto de las personas, para consagrar un monopolio no confesado a favor de otra».

Ninguna sentencia hemos descubierto en la que se haga expresa aplicación de la desviación de procedimiento a temas relacionados con personal. Sin embargo, cabe pensar que este tipo de desviación, tan agudamente delimitado por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, encontrará un oportuno empleo en el ámbito de la política de personal, ya que pueden darse y de hecho se dan supuestos en los que la Administración, recurriendo a un procedimiento que no es el regularmente establecido, pretende conseguir una finalidad para obtener la cual elude o rechaza el cauce procedimental fijado en el ordenamiento jurídico.

4.2.6 *Control a través de hechos determinantes*

La discrecionalidad puede ser sometida a control a través de los «hechos determinantes», a partir del razonamiento de

que, como dice Enterría (54), «para que se produzca un acto se requieren determinados presupuestos de hecho» que son, precisamente, los que «determinan», la intervención de la Administración en un sentido o en otro.

Hasta tal punto supone ello un avance y un progreso doctrinal que el autor citado no duda en afirmar que «si el gran descubrimiento de los primeros tiempos fue la desviación de poder, últimamente lo ha sido el control de los hechos determinantes», en virtud del cual los Tribunales pueden examinar la naturaleza, alcance y realidad de los hechos; posibilidad de extraordinaria significación en el campo procesal, desde el momento mismo que se abre el camino, con el control de los hechos determinantes, para que los Tribunales Contencioso-Administrativos no se limiten a una mera aplicación de la norma, sino que entren a examinar el conjunto de hechos básicos para decidir si han sido o no debidamente interpretados y utilizados por el órgano administrativo en cuestión.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, como apunta Enterría, que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, va en la dirección apuntada, ya que considera que «el proceso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es una casación, sino propiamente una instancia jurisdiccional», por lo que caben pruebas para valorar y calibrar los hechos correspondientes.

La sentencia de 7 de octubre de 1971 (55) puede ser un ejemplo de aplicación de la técnica de los hechos determinantes. En uno de los Considerandos efectivamente, se dice que «el examen del expediente administrativo permite destacar como datos de interés ...», lo que es muestra de que el Tribunal Supremo ha penetrado en el análisis de los hechos para fijar su alcance y su repercusión. En base precisamente al desmenuzamiento y comprensión de los hechos, el Tribunal Supremo admitió la desviación de poder alegada por el recurrente, hasta declarar nula la resolución dictada por la Administración, en este caso por la Diputación Provincial de Burgos.

La sentencia de 7 de febrero de 1969 contempla el caso de la sanción disciplinaria impuesta a un Secretario de Ayunta-

(54) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Op. cit.*, pp. 40-43.

(55) Ver nota núm. 51.

miento. En uno de los Considerandos se señala expresamente que «el tema objeto de debate en este proceso queda limitado a enjuiciar, a efectos de una calificación adecuada, el hecho imputado al expedientado en cuanto *determinante o no* (lo destacado es nuestro) de la falta administrativa perseguida...» y, en otros de los Considerandos se reconoce que el acto objeto de sanción fue «acertadamente» tipificado como una falta administrativa enumerada en el Reglamento de Funcionarios de la Administración Local; calificación que fue, como se ha dicho, correcta, «por lo que, al coincidir el criterio de la Sala en la calificación de los actos que han dado lugar al expediente, con el que ha seguido el Instructor, se está en el caso de declararlos bien calificados...».

El Tribunal Supremo, en este supuesto, ha entrado, pues, en la valoración de los hechos, coincidiendo con la que llevó a cabo el Instructor del expediente. No se ha limitado tan sólo a ver si el Derecho se ha aplicado o no rectamente, sino que, antes, ha optado por la vía de conocer, de cifrar y fijar debidamente los hechos acaecidos. Opción que también se realiza en la sentencia de 31 de enero de 1966 relativa a la sanción impuesta a un Agente de la Compañía Arrendataria de Petróleos, en Fuen-girola (Málaga), por venta adulterada de los productos que estaba autorizado a expender. El Tribunal Supremo, primero, examina si ha habido defectos de forma en el expediente tramitado y, después, entra en el análisis de los hechos manifestando que «el hecho imputado al expedientado se halla probado», por lo que los hechos determinantes de la sanción han de ser reconocidos como reales y verdaderos.

El derrotero, cargado de ingentes posibilidades, que se inaugura con la técnica de los hechos determinantes es realmente prometedor. Ello obligará al Tribunal Supremo no sólo a una mera comprobación de la normativa aplicada sino, además, a un previo y detenido estudio de los hechos para decidir si han sido o no correctamente manejados por la Administración (56).

(56) Respecto a la técnica de la aplicación de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, es interesante la sentencia de 22 de octubre de 1969 relativa al traslado forzoso de un funcionario perteneciente a la Dirección General de Seguridad, provocado por razones de servicio.

La recurrente entendió que el traslado, pese a ser justificado por necesidades del servicio fue debido a otras motivaciones, por lo que la Administración incurrió en desviación de poder. La sentencia contra la opinión de la recurrente, establece

5. Conclusiones

Es ahora el momento oportuno de intentar diseñar algunas conclusiones que ayuden a iluminar la trayectoria que nuestra Jurisprudencia viene siguiendo en relación con la desviación de poder, en materia de personal. Los conceptos aportados en la primera parte de este trabajo, la glosa de los criterios jurisprudenciales verificada en la segunda, nos sirven de orientadora pauta para esbozar las siguientes conclusiones finales:

1.^a Las desviación de poder atraviesa una abierta crisis, a la que no es ajena nuestro Tribunal Supremo que ha empezado a aceptar otras técnicas de control de la discrecionalidad administrativa.

2.^a El concepto de desviación de poder ha estado excesivamente vinculado a la definición del artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se advierte, no obstante, una corriente jurisprudencial que aspira a elaborar un concepto más imaginativo, actualizado y dinámico de la desviación de poder.

3.^a Son muy escasos los recursos estimados por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, fundados en la desviación de poder. El fenómeno, por supuesto, es aplicable a la materia de personal. De 50 sentencias examinadas, sólo dos han estimado la existencia de desviación de poder y ambas se refieren a problemas de personal que sirve en la Administración Local.

4.^a Es digno de ser resaltado que aproximadamente la mitad de los recursos planteados por desviación de poder, en materia de personal, han sido contra resoluciones emanadas de órganos integrados en la Administración Local. La razón de ello parece evidente: en las estructuras locales, caracterizadas por una mayor inmediatez de sus órganos rectores frente a los administrados y también frente a los funcionarios, es más fácil escudarse en la existencia de la desviación de poder para atacar

que la verdadera motivación del traslado fueron «las conveniencias del servicio, apreciadas adecuadamente por quien lo dispuso en ejercicio de sus facultades discrecionales, cumpliéndose con el fin que determinó el otorgamiento de las mismas y atendiendo al interés público, sin apartarse, por tanto, de dicha finalidad perseguida por la norma...».

una resolución, apoyándose en presuntas motivaciones personales de trato discriminatorio, de desigualdad ante la Ley, de favorecimiento a determinadas personas, etc.

5.^a En un alto porcentaje, alrededor del 60 por 100, las causas de la desestimación de los recursos fundamentados en desviación de poder han sido la falta de pruebas convincentes y satisfactorias. En este punto, el Tribunal Supremo se viene mostrando particularmente riguroso, si bien sería conveniente orientara su concepción sobre la prueba en este campo hacia posiciones más ágiles y flexibles, y no tan restrictivas como en la actualidad.

6.^a En multitud de ocasiones, se recurre a la desviación de poder como punto de arranque para la apelación ante el Tribunal Supremo, siendo así que, en la mayoría de los casos planteados, dicha desviación no se produce y sí otro tipo de vicio o de infracción que se pretende identificar con la desviación de poder para posibilitar, de este modo, la apelación ante la instancia superior.

7.^a El Tribunal Supremo viene procurando mantenerse en un punto de equilibrio, a fin de lograr una doble meta: por un lado, la defensa de los legítimos derechos de los funcionarios y, por otro, la proclamación taxativa de la potestad de la Administración para, discrecionalmente, realizar aquellos actos que sean requeridos para el mejor logro de sus objetivos en materia de personal. Se hace en todo caso, un especial énfasis para garantizar a la Administración, en materias funcionariales, una discrecionalidad indispensable para actuar, ya que lo contrario sería tanto como coartar, atenazar y eliminar su capacidad de movimiento y de adaptación a las circunstancias.

8.^a Las materias de personal que, con más frecuencia, han sido objeto de impugnación por desviación de poder son, por este orden, las siguientes:

Oposiciones y concursos, régimen disciplinario, retribuciones, ascensos, nombramientos y plantillas.

