

LA PRUEBA DE LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Ramón MÚGICA ALCORTA y Adolfo RUIGÓMEZ MOMEÑE
Profesores de Derecho Administrativo de la Universidad de Deusto

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO
2. LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO
3. LA PRUEBA DE LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO. DOCTRINA LEGAL
4. LA PRUEBA DE LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS DE CASOS
5. LA DESVIACIÓN DE PODER COMO INSTRUMENTO FISCALIZADOR DE LA DESIGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

1. PLANTEAMIENTO

Hay figuras e instituciones jurídicas que ejercen una fascinación singular. Cada rama del derecho ofrece sus ejemplos: la causa en el Derecho Civil, el dolo en el Penal, la desviación de poder en el campo del Derecho Administrativo⁽³⁶⁾. Todos ellos son conceptos que tienen que ver con los móviles y fines que guían la conducta del actor de la obra jurídica, y enfrentados a ellos parece que nos sintiéramos atraídos por una especie de morbo o por una vocación a convertirnos en psicoanalistas jurídicos, tanto nos atrapa el reto de indagar en los pliegues de las más íntimas motivaciones del sujeto para tratar de adivinar o intuir qué propósitos torcidos le pueden animar. Ese oscuro secreto de las íntimas motivaciones ejerce una enorme *vis atractiva*, excita la curiosidad jurídica (y no sólo jurídica) y nos pone a las puertas del análisis del mayor misterio: el alma humana. Y como resulta que el móvil tiene una relevancia jurídica indiscutida, enseguida se plantea el reto, el enorme reto, a la altura de lo que se espera del Juez Hércules de DWORKIN, de desentrañar el propósito real del agente, que tiende a enmascararse, a disimularse, cuando colisiona con el mandato de la ley.

(36) Como una de las primeras referencias históricas que aprecian el vicio de desviación de poder, con antecedentes ya en el caso *Lesbats*, 1864, suele citarse el asunto *Pariset*, resuelto por el Consejo de Estado francés en 26 de noviembre de 1875, recurso núm. 934. El Prefecto ordenó el cierre de la fábrica de cerillas del Sr. *Pariset* en base a los poderes conferidos por las leyes y reglamentos reguladores de los establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres, pero la motivación real consistía en favorecer los intereses financieros del Estado, a cuyo efecto el Ministro de Finanzas había impartido las correspondientes instrucciones a las autoridades periféricas. Véase LONG, M., WEIL, P. y otros, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9.ª ed., Sirey, París, 1990, págs. 38 y ss.

El poder hipnotizador de la «desviación de poder» ha seducido al mismo constituyente. Nuestro Derecho, ciertamente, ha constitucionalizado el concepto. Dice así el art. 106 del Texto Fundamental: «*los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*». Esta necesidad de alinear la actuación administrativa (léase, el ejercicio del poder) con la finalidad para la que se ha otorgado la potestad, gozaba de carta de naturaleza en nuestro ordenamiento desde bastante tiempo atrás. Y la sanción legal era del máximo rango, pues se recogía en el art. 101 de la Constitución de la República en los siguientes términos:

«La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma, constitutivos de exceso o desviación de poder».

Pero es bien sabido que la definición canónica de desviación de poder es fruto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, cuyo art. 83.3 ha inspirado al art. 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común («*Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*»), y se ha volcado casi literalmente al art. 70.2 de la vigente LJCA, 29/1998, de 13 de julio, según el cual:

«La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder»,

y añade a continuación que

«se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico»⁽³⁷⁾.

(37) La caracterización de esta patología que es la desviación de poder se ha intentado en ocasiones por la vía de la transposición o de la analogía, recurriendo a conceptos e instituciones jurídico-civiles de referencia. Se señala así que en la desviación de poder hay un vicio de la causa de la actuación administrativa, parangonable a la causa ilícita del negocio jurídico; o un abuso de poder o de derecho; o un fraude de ley. Véase la síntesis apretada en CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «La desviación de poder», Thomson-Civitas, Madrid, Segunda reimpresión —1999— a la segunda edición, 1999. Sin embargo, y

Se ha preguntado la doctrina a qué obedece la constitucionalización de la desviación de poder y hay coincidencia general en que la razón hay que encontrarla en el intento de reaccionar visiblemente frente a la tibieza y el formalismo de los tribunales a la hora de apreciar su existencia.

La resonancia legislativa de la desviación de poder no se ha visto acompañada de la misma trascendencia práctica. Nos encontramos ante uno de esos casos de disociación entre la importancia que otorga el legislador a una institución y su relevancia en el derecho vivido⁽³⁸⁾. Efectivamente, no son frecuentes los procesos contencioso-administrativos en que se alega desviación de poder; de entre ellos, muchas veces sucede que se alega desviación de poder para referir una enfermedad de la actuación impugnada que no puede ser considerada como desviación de poder; aun pasados estos dos filtros, de lo que queda cantidad son los supuestos en que la desviación de poder se alega con mucho énfasis pero como voz vacía, con

reconociendo que se trata de una figura no pacíficamente admitida y cuyos perfiles a veces resultan borrosos, bien podría establecerse una asimilación más estrecha entre la desviación de poder y el concepto más simple de negocio indirecto, que considera que hay tal «cuando las partes recurren en el caso concreto a un negocio concreto determinado, para alcanzar consciente y consensualmente por su medio fines diversos de aquellos típicos de la estructura del negocio mismo». Esta separación entre el fin subjetivo y el fin objetivo, salvando las evidentes distancias entre el concepto civil (que se mueve en el espacio de una amplia autonomía de la voluntad) y la actuación administrativa (mucho más enclaustrada por las exigencias del principio de legalidad), nos parece lo esencial de la desviación de poder también. Porque es la finalidad indirecta (y con muchísima frecuencia, no revelada) lo que define el concepto: «es la consideración otorgada a la finalidad práctica o empírica que se busca con el negocio, y que se distingue de la finalidad típica del negocio utilizado tan sólo como medio para lograr aquella otra finalidad». DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.

En todo caso, si se admite la concepción de la desviación de poder como una patología de la causa, parece oportuno llamar la atención sobre qué motivos y fin del acto no deben ser confundidos. Mientras que los primeros son de carácter objetivo, el fin es de carácter subjetivo, de orden psicológico: apreciar el fin en vista del cual la autoridad administrativa ha actuado es buscar cuáles han sido sus móviles, su intención o, si se puede decir así, lo que tenía en la cabeza». Véase la referencia CE 6 enero 1967, asunto Boucher, p. 827, AJ 1967, pág. 292, sobre expropiación de un castillo presentada como promovida para instalar un museo municipal y que encubría, y por ello constituye un caso de desviación de poder, una finalidad xenófoba.

- (38) Sobre la crisis de la desviación de poder y el declinar del control de la legalidad administrativa, puede consultarse el breve y preciso comentario de DEBBASCH, CH. y RICCI, JEAN-CLAUDE, «Contentieux administratif», págs. 804 y 805, Dalloz, París, citado por la 7.^a edición, 2001.

más efectismo que fundamento; y cuando se aduce con propiedad sucede en no pocas ocasiones que no queda acreditado el vicio de desviación. Al final son pocos (muy pocos) los casos en que jueces y tribunales estiman el recurso por apreciar desviación de poder.

Con todo, debe decirse que en el marco de la Constitución, y a impulsos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que aquélla consagra en su art. 24, se aprecia un cambio de actitud generalizada en la jurisprudencia⁽³⁹⁾ y, sin perjuicio de que ocasionalmente se regrese a las viejas trincheras, recuperando pronunciamientos restrictivos, la desviación de poder se ha puesto en mayor valor, apareciendo como una posibilidad más abierta, lo que se manifiesta en una serie de circunstancias: el reconocimiento de que se trata de un vicio que puede apreciarse no sólo en la actividad discrecional de las Administraciones, sino también en la reglada; en que no se trata ya de un vicio de enjuiciamiento «subsidiario», cuyo análisis sólo cabe hacer en cuanto se hayan rechazado los demás motivos de impugnación eventualmente aducidos; y, en fin, que es lo que más nos interesa aquí, que ya no es precisa la prueba concluyente que patentice el fin torticero perseguido por la Administración (verdadera *probatio diabólica*, como se calificaba por la doctrina), sino que la convicción del juzgador sobre su existencia puede obtenerse a través de caminos, dificultosos sí, pero no impracticables, y que a veces pueden comportar una distribución e incluso una inversión de la carga probatoria.

En el presente trabajo nos centraremos en los aspectos probatorios. Trataremos de indagar en esos avances jurisprudenciales y de realizar un análisis de «psicología judicial». Así como el juez que entra a examinar el fondo de la alegación de desviación de poder ha de «introducirse» en los móviles que alientan la actuación administrativa, así ahora nosotros exploraremos cuáles son los móviles del juez que le impulsan a apreciar o a rechazar la existencia de desviación de poder. Cabe avanzar que, en pura lógica, el plan de investigación y exposición ha de abordar las siguientes cuestiones, íntimamente relacionadas entre sí: a) ¿hay una actitud uniforme o normali-

(39) Sobre el cambio de actitud de la jurisprudencia en relación con la prueba, BLANQUER, D., *Derecho Administrativo (1.º El fin, los medios y el control)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pág. 462; y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pág. 563.

zada de los jueces al enfrentarse al motivo impugnatorio de la desviación de poder?; b) ¿abordan los jueces de manera intuitiva o de forma racional el fundamento de la desviación de poder?; c) en el caso de enfrentar el argumento según pautas racionales, ¿son éstas uniformes, normalizadas, como obedeciendo a un sistema común y cartesiano, o difieren en cada caso concreto?; d) de existir unas pautas racionales de enfrentar el argumento de la desviación de poder, ¿cuáles son ellas? Como bien puede suponerse por cuanto acaba de exponerse nuestra aproximación va a descansar sobre un examen de la jurisprudencia que se enfrenta al enjuiciamiento de supuestos en que se alega por el demandante la existencia de desviación de poder. Es, en buena parte, por lo tanto, un análisis crítico sobre la jurisprudencia reciente recaída en la materia.

Aun podría analizarse una cuestión ligada a las anteriores, a saber: si frecuentemente la desviación de poder aparece vinculada a la actividad administrativa discrecional, ¿hacen «política» los jueces cuando integran normativamente los conceptos jurídicos abiertos o principales que rigen la actividad administrativa en el caso concreto? Esto es, ¿integran la norma que sólo ha quedado «indicada», pero no completada, cuando salió de las manos de quien la dictó? Esto último nos llevaría a plantear el apasionante asunto de la «politicidad» (así la denominan los italianos), que desborda, lógicamente las pretensiones de este trabajo y las exigencias del marco en que se inscribe. Por eso, quedará para mejor ocasión una tal⁽⁴⁰⁾ aproximación.

2. LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

«Fuerte en la Ley; débil en la realidad» podría haber sido la divisa de la desviación de poder hasta hace poco más de veinticinco años entre nosotros. La historia de la desviación de poder en la práctica era la historia de un fracaso. Se pueden apuntar las siguientes razones que explican tal situación: a) la deferencia de los tribunales contencioso-administrativos hacia el Poder; b) el carácter casi ético del vicio, que lo hacía «escurridizo» para ser tratado con el instrumental jurídico; c) el abuso que se hacía del alegato de la desviación de poder, invocado con frecuencia sin fundamento, y que redundó en su desprestigio y generó una actitud de suspicacia en el juz-

(40) TROISI, Bruno, *Potere Assoluto*, Altritaliani.net.

gador; d) la consideración de la desviación de poder como una técnica de aplicación subsidiaria en el control de la legalidad del acto administrativo, de suerte que el Tribunal sólo pasaba a analizarla cuando se habían desechado todos los demás fundamentos de la impugnación.

Pero la razón más poderosa que conspiraba contra la desviación de poder, y la hacía un motivo de control muchas veces claudicante (hasta el punto de que se hablaba de un «declinar» de ese control) era, sin duda, la dificultad de acreditar su existencia al nivel de exigencia requerido por la jurisprudencia.

La Constitución de 1978 ha representado un impulso importante en el redescubrimiento y operatividad de la desviación de poder, dando paso a una doctrina que inmediatamente reseñaremos.

3. LA PRUEBA DE LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO. DOCTRINA LEGAL

Hagamos un breve recorrido comparatista. LEMASURIER⁽⁴¹⁾ ha recordado la expansión de la doctrina del Consejo de Estado francés, que progresivamente, en círculos concéntricos crecientes, ha ido admitiendo más material probatorio para acreditar el alegado defecto de desviación de poder⁽⁴²⁾. Si inicialmente requería que las pruebas de la desviación de poder se encontraran «en» la propia decisión administrativa impugnada, después permitió deducirla de los datos del expediente, más adelante de la aplicación del método de presunciones y, por fin, también de circunstancias externas al litigio, incluyendo la conducta sobrevenida de la Administración⁽⁴³⁾.

(41) LEMASURIER, J., «*La preuve dans le détournement de pouvoir*» en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, RDP, 1959.

(42) CHAPUS, R., *Droit Administratif Général*, T. 1, Montchrestien, París, citado por la 13.^a edición, 1999, págs. 1003 y ss. Y más adelante reconoce el autor la dificultad de acreditar la existencia de desviación de poder y la doctrina del Consejo de Estado francés sobre la posibilidad de fundar la prueba en presunciones, que en todo caso han de superar el *test* de la seriedad. También advierte sobre la frecuencia con que se arguye desviación de poder de manera gratuita.

Véase, además, PLANTEY, A. y BERNARD, F-CH., *Le prevue devant le juge administratif*, Economica, París, 2003.

(43) Sin duda, esto puede evocar el valor que asigna nuestro Código Civil a la conducta posterior de los contratantes para interpretar la voluntad contractual. Dice así el art. 1282

En Italia la metodología pivota sobre los «síntomas» del exceso de poder. Estos síntomas son señales externas y objetivadas y que han sido relacionadas por doctrina y jurisprudencia. Así, son señales reveladoras de exceso de poder, entre otras, el defecto de instrucción del procedimiento; la insuficiencia o incoherencia de la motivación; la injusticia o irracionalidad manifiesta; la desigualdad de tratamiento⁽⁴⁴⁾.

En España⁽⁴⁵⁾, la desviación de poder ha tenido que enfrentarse al rigorismo con que los Tribunales se pronunciaban sobre su demostración. Es bien conocido que hasta principios de la década de 1980 eran corrientes expresiones como las siguientes del Tribunal Supremo: es necesario «haber acreditado con fehaciencia y seguridad», hay que probar «de una manera tajante» o «clara y palmaria» la desviación de poder. En el grado de exigencia de la probanza se jugaba la desviación de poder su viabilidad como fundamento impugnatorio. Sin embargo, una Sentencia de 1 de octubre de 1982, infatigablemente citada, impuso un cambio de rumbo. Conectando la actividad probatoria al contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (ex art. 24 de la Constitución) permitió un despegue hacia posiciones mucho más matizadas y flexibles. En adelante la prueba exigible sería la que bastara a fundar una convicción razonable del juzgador sobre la existencia de la desviación de poderes, siendo el medio probatorio con frecuencia más adecuado el de presunciones, porque exigir una prueba plena, dada la intrínseca naturaleza de la desviación de poder, sería pedir lo imposible.

En todo caso, y aunque tal vez no resultara necesario recordarlo, debe retenerse que la prueba de la desviación de poder ha de enmarcarse en las siguientes reglas⁽⁴⁶⁾: a) en cuanto vicio íntimo o intencional (por eso ha podido afirmar LEMAUSURIER que su búsqueda tiene algo de ejercicio de

CC: «Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato».

(44) AZZENA, A., *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Giuffrè, Milano, 1976, pág. 234.

(45) Pueden consultarse las siguientes obras generales sobre el recurso contencioso-administrativo y la actividad probatoria dentro de él: AYALA MUÑOZ, J. M. y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2008; y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (Coord.), *Práctica del Proceso Contencioso-administrativo*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 355 y ss.

(46) CHINCHILLA MARÍN, C., «La desviación de poder», 2.ª ed., 2.ª reimpresión, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

psicoanálisis jurídico), pivota sobre un dato subjetivo o anímico y, en consecuencia, no hay desviación de poder si el apartamiento del fin sucede sin intención (no hay desviación de poder «objetiva» o por simple resultado); b) hay desviación de poder tanto cuando el fin servido en el ejercicio de la potestad es ajeno al interés general como cuando se trata de un interés público distinto del legalmente asignado a la potestad que se actúa; c) que consistiendo la desviación de poder en el ejercicio de una potestad para fin distinto del que le asigna el ordenamiento jurídico, no debería ser preciso acreditar cuál es el «fin distinto» servido en el caso concreto (prueba en positivo), sino que ha de resultar suficiente con demostrar que no era el señalado por la norma que atribuyó la potestad.

La prueba se erige, por lo tanto, en la pieza «crítica» para el éxito de la alegación de desviación de poder.

Se han señalado unos rasgos específicos que presenta la prueba de la desviación de poder, a saber: a) se trata de una prueba negativa (pues persigue acreditar que «no» se actuó para el cumplimiento de un fin); b) se trata de una prueba que resulta, no de una constatación, sino de una convicción, pues la íntima convicción del juez y su apreciación personal pasan al primer plano (en otros términos, la desviación de poder «se siente, más que se ve»⁽⁴⁷⁾; c) en consecuencia, la prueba no puede ser absoluta y plena; d) la motivación del acto (obligada, entre otros casos, cuando se trata de actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y también cuando se dictan en el ejercicio de potestades administrativas, ex art. 54.1 a) y f) LRJA-PyPAC, respectivamente) adquiere un papel destacadísimo en la apreciación de la desviación de poder, en cuanto a través de ella se pueden revelar las intenciones torcidas o la desconexión del actuar administrativo con los hechos determinantes; y e) en fin, la cuestión del *onus probandi* adquiere una enorme relevancia, habiéndose llegado en casos a una inversión de la carga probatoria en base a las exigencias de la buena fe procesal, derivadas de la mayor facilidad de la Administración para acreditar la inconsistencia de las alegaciones de desviación de poder soportadas sobre hechos concretos aducidos por el recurrente. A este último respecto cabe recordar que en Francia

(47) Hay sobre el soborno un comentario de Lord GODDARD, *Lord Chief Justice* durante un amplio período del pasado siglo, que bien podría aplicarse a la desviación de poder: «¡el soborno es como un chorizo: difícil de describir, pero fácil de oler!».

se ha apreciado desviación de poder derivada del hecho de que la Administración no aportó esta prueba o la aportó incompleta⁽⁴⁸⁾.

La doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo⁽⁴⁹⁾ sobre la desviación de la prueba en una serie de sentencias recientes, representativas del

(48) BAILLEUL, *L'Efficacité comparée des recours de plein contentieux objectif en Droit Public Français* en Bibliothèque de Droit Public, tomo 220, Ed. Publication Univ. Rouen Havre, 2002 ; también CHAPUS, R., *Droit du Contentieux Administratif*, 9.ª ed., Montchrestien, París, 2000, págs. 801 y ss. (especialmente, epígrafe 1007).

(49) Merece la pena insertar el texto íntegro de la citada doctrina legal. Se reproduce en idénticos términos en las siguientes sentencias: de 3 de marzo de 2010, número de recurso 7610/2005 en casación en recurso originariamente interpuesto ante el TSJ de Cataluña por PEDRO ALBA E HIJOS, S.L. sobre Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Vilanova i la Geltrú en el que fueron parte demandada la Generalidad de Cataluña, el Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú y la entidad PIRELLI CABLES Y SISTEMAS, S.L.; sentencia de 22 de febrero de 2010, casación, recurso 1082/2005, promovido por ASEBUR INVERSIONES, S.A. en asunto vinculado al «caso Banesto» en que alegaba desviación de poder consistente en utilizarse el procedimiento de inspección tributaria para alimentar de información un proceso penal; sentencia de 17 de noviembre 2009 en primera instancia, recurso 60/2008, sobre impugnación del Real Decreto 1172/2007, por el que se suprime la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Misión Diplomática Permanente de España en Canadá (Ottawa); sentencia de 23 de octubre de 2009, recurso 2714/2008, contra autodictado en ejecución de sentencia anulatoria de licencia de obras; sentencia de 10 de junio de 2008, casación, recurso 3031/2004, asunto Club Beach Inmobiliaria y otras en materia de licencias de edificación y suspensión de determinaciones turísticas del Plan Insular de Ordenación de Canarias; sentencia 11 de octubre de 2006, casación, recurso 5909/2003 en asunto promovido por AGIP ESPAÑA, S.A. sobre expropiación forzosa y nulidad de declaración de urgencia del procedimiento expropiatorio en relación con proyecto de carretera en el País Vasco, etc.

Dice así en los citados casos el Tribunal Supremo:

Entre otras muchas sentencias de esta Sala en la STS de 16 de marzo de 1999 hemos señalado que:

«La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico y de este concepto legal, la doctrina y la jurisprudencia destacan las siguientes notas características:

a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública en la extensión que a este concepto legal le reconoce la Ley.

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación

giro inspirado por la Constitución, que reitera el Alto Tribunal de manera lapidaria y literal, puede exponerse así:

Uno. Sobre la idoneidad de la prueba de presunciones.

— Siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa de la desviación de poder, resulta viable acudir a las presunciones, pero

específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras en las Sentencias de 5 de octubre de 1983 y 3 de febrero de 1984.

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica en los elementos reglados del acto producido, precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma, como reconoce la Sentencia de 8 de noviembre de 1978.

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder, de conformidad con las Sentencias de 30 de noviembre de 1981 y 10 de noviembre de 1983.

e) En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del art. 1249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del art. 1253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la Sentencia de 10 de octubre de 1987.

f) La prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión y el art. 1214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal y hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para otra.

g) Finalmente, la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas Sentencias de esta Sala (entre otras las de 6 de marzo de 1992, 25 de febrero de 1993, 2 de abril y 27 de abril de 1993) que insisten en que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el art. 106.1, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine».

teniendo en cuenta que éstas exigen unos datos completamente acreditados, al amparo del art. 1249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del art. 1253 del Código Civil, entre los hechos probados y la persecución de un fin distinto del previsto en la norma, en que consiste la existencia de tal desviación.

Dos. Sobre la carga de la prueba.

— La prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión, pero el art. 1214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal; y hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra.

Tres. Condiciones mínimas exigidas a la prueba de los hechos que constituyen el presupuesto del razonamiento en que descansa la presunción.

— Finalmente, requiere el Tribunal Supremo la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio. E insisten reiteradas Sentencias en que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el art. 106, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se basa en una oculta intención que lo determine».

4. LA PRUEBA DE LA DESVIACIÓN DE PODER EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS DE CASOS

Constituye la base informativa del presente trabajo el análisis de una muestra de sentencias del Tribunal Supremo⁽⁵⁰⁾. El criterio de selección ha

(50) Se han dejado fuera de la muestra, por lo tanto, sentencias de los Juzgados y de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Por la importancia que tienen los hechos en la apreciación de la existencia o no de desviación de poder, y por analizarse ellos en la primera o única ins-

sido el de reunir todas las que contienen manifestaciones *ratio decidendi* sobre desviación de poder del Alto Tribunal para el período que va desde el 1 de enero de 2005 hasta las últimas sentencias incorporadas a las bases de libre acceso de datos de jurisprudencia del CGPJ (marzo/2010). Se han identificado un total de 44 sentencias⁽⁵¹⁾. Se aprecia desviación de poder en 11 casos⁽⁵²⁾ (esto es, en el 25% de la muestra); en 31 casos se declara que no

tancia de manera más próxima, parecería que nuestro estudio podría perder valor. No es enteramente así, pues también el Tribunal Supremo conoce de recursos contencioso-administrativos en única instancia (cierto que en la mayor parte de los casos lo hace en casación, pero aun en este caso la desviación de poder en conexión con el análisis de los hechos no está fuera de su radio de examen. Ciertamente, por esa «conexión» existente entre la apreciación de la desviación de poder y la valoración de la prueba el Tribunal Supremo suele ser reacio a modificar la valoración hecha por el tribunal de instancia. Pero el Alto Tribunal tiene declarado que en el recurso de casación es posible, sin alterar los hechos fijados en la sentencia que es objeto del recurso, revisar la valoración jurídica que de ellos ha realizado el Tribunal de instancia y apreciar en su caso, la existencia de desviación de poder.

- (51) Para formarse una idea de la frecuencia relativa de los asuntos en que se ha planteado la desviación de poder cabe recordar que sólo en el año 2005 (el primero de los más de cinco que constituyen la muestra analizada) se resolvieron, entre casación ordinaria y única instancia, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, 11.542 asuntos. De ellos 11.001 en casación ordinaria y 541 en única instancia. *Vid.* Internet, página web del Consejo General del Poder Judicial, Estadísticas.
- (52) Las sentencias en que el Tribunal Supremo ha apreciado la existencia de desviación de poder (bien, confirmando el criterio del Tribunal de instancia, bien por apreciación propia) son las siguientes de la muestra examinada: S. 17 noviembre 2009 (recurso 60/2008), sobre impugnación del Real Decreto 1172/2007, por el que se suprime la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Misión Diplomática Permanente de España en Canadá; S de 23 de octubre 2009 (recurso 2714/2008), contra autodictado en ejecución de sentencia anulatoria de licencia de obras; S de 30 de septiembre 2009 (recurso 28/2006), asunto resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas sobre adjudicación por el procedimiento de libre designación de puesto de trabajo e incumplimiento del deber de abstención; S 10 de junio de 2008 (recurso 3031/2004) en materia de planeamiento y disciplina urbanística: asunto Club Beach Inmobiliaria, S.L. sobre licencias de edificación y suspensión de determinaciones turísticas del Plan Insular de Ordenación de Canarias; y, semejante a la anterior, S de la misma fecha (recurso 3262/2004), asunto Complejo El Carmen, sobre Plan Insular y moratoria turística; S. 5 de febrero 2008 (recurso 773/2004), asunto permuta de cosa futura entre TENSA INMUEBLES Y URBANIZACIONES, S.A. y el Ayuntamiento de Marbella en que se aprecian indicios reveladores de la finalidad desviada de eludir la licitación y contratar directamente con TENSA; S de 30 de octubre de 2007 (recurso 5957/2003), sobre Normas Subsidiarias de La Oliva (Canarias); S 25 de abril 2007 (recurso 223/2003), asunto Resolución del Consejo de Estado sobre provisión de puesto de trabajo; 6 septiembre 2006 (recurso 3828/2003), sobre expropiación forzosa, variante de la carretera M-600 en Sevilla La Nueva en que se alegaba desviación

hay desviación de poder en la actuación impugnada; y en 2 hay un matiz especial, pero idéntico en ambos supuestos: el TS declara, en casación, que ha lugar al recurso porque la no admisión por el Tribunal de instancia de medios de prueba propuestos por el recurrente y que eran esenciales para acreditar la desviación de poder alegada, le produjo indefensión y ordena, en consecuencia, retrotraer las actuaciones al momento en que se cometió la infracción procedimental en el juicio. Esto es, no se entra en estas dos sentencias en el análisis de fondo de la desviación de poder.

De las sentencias examinadas, 35 de ellas han recaído en casación y en 9 de dichos casos se ha apreciado desviación de poder, en la mayoría de ellos confirmando la apreciación del Tribunal de instancia en tal sentido (sólo en un caso se rectifica la sentencia de instancia para declarar desviación de poder donde no la había declarado la sentencia recurrida); otras 7 sentencias las ha pronunciado el Supremo en primera instancia (en 2 de estos casos se detectó desviación de poder); otras dos en ejecución de sentencia, apreciándose en los 2 casos desviación de poder en la actuación de la Administración condenada tendente a eludir el cumplimiento de la sentencia de condena.

Los campos materiales donde preferentemente se localiza la alegación de desviación de poder son los siguientes: sin duda, y más numerosos, el urbanismo (planeamiento y disciplina) y asuntos de personal (pruebas de acceso, provisión de puestos de trabajo) y títulos profesionales, que en conjunto representan el 50% del total. La otra mitad se concentra, siguiendo un orden decreciente de número o cantidad de asuntos, en materia tributaria, expropiación, bienes públicos, Corporaciones de Derecho Público, ejecución de sentencias y otros. El mayor índice relativo de desviación de poder (casos en que se aprecia desviación de poder/total casos de una materia) se verifica en el campo del urbanismo (cerca del 50%) y después en asuntos de personal y títulos profesionales (próximo al 40%).

de poder en la fijación del justiprecio; S 11 de julio 2006 (recurso 2236/2003) sobre *ius variandi* en materia de planeamiento urbanístico: modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Murguía; S de 27 de junio de 2006 (recurso 2516/2003) en que el Monasterio Nuestra Señora del Pilar (Hermanas Clarisas Capuchinas) combatía Decreto de la Acaidía de Bilbao por el que se desistía del procedimiento expropiatorio de los bienes necesarios para la apertura de la calle Jardines Txikerra.

En los pleitos sobre materia urbanística en que se identifica caso de desviación de poder, con frecuencia se trata de ejercicio del *ius variandi* en materia de planeamiento.

La no apreciación de desviación de poder se debe a las siguientes razones: a) incorrecta calificación del defecto del acto como desviación de poder (no es insólito que se aduzca desviación de poder como equivalente a cualquier forma de ilegalidad de la actuación, desconociendo el significado específico que tiene este defecto); b) alegación rituarial o a modo de estribillo de la desviación de poder, a veces con detenida exposición de sospechas, sin hacer ningún esfuerzo probatorio sobre su concurrencia; c) alegación de desviación de poder por primera vez en casación, con la consecuencia de su inoperancia; d) casación fundada en infracción de las normas reguladoras de la sentencia por incongruencia omisiva de ésta, al no dar respuesta a la alegación de desviación de poder, que el TS rechaza por identificar un pronunciamiento suficiente del Tribunal de instancia d) se practican algunas pruebas, pero resultan insuficientes para fundar la convicción del juzgador acerca de la existencia de desviación de poder.

Sigue conservando vigencia, en general, el estudio sobre los síntomas de desviación de poder que catalogaron en 2004 Carmen CHINCHILLA y María ORTEGA⁽⁵³⁾: a) para recursos en materia de personal, la falta o insuficiencia de motivación y, en menor medida, la urgencia en la tramitación de los procedimientos administrativos (a los que cabe añadir la «conexión personal de parentesco u otra índole»); b) para recursos en materia de urbanismo —especialmente en el ámbito del planeamiento— el «ritmo» del procedimiento, la celeridad o la pasividad en la modificación puntual (caso paradigmático) del instrumento de planeamiento, suele resultar revelador. En otros sectores o campos de intervención administrativa el índice de apreciación de desviación de poder es menor que en los dos señalados, como ya ha quedado apuntado. Sorprende la poca aplicación que se hace de la técnica de la desviación de poder en el ámbito de la contratación administrativa, que parece campo abonado para su lucimiento. Frente a las explicaciones más benévolas, cabe sospechar (y como tal sospecha no serviría, según nos consta, para acreditar la existencia de desviación de poder) que en este terreno nos movemos entre Escila y Caribdis: entre que los propósitos es-

(53) CHINCHILLA MARÍN, C., *ob. cit.*, págs. 245 y ss.

purios se disimulan y ocultan con verdadera eficacia administrativa, o que pesan consideraciones metajurídicas (el temor a la retorsión administrativa o no administrativa) que aconsejan al agraviado no levantar la bandera de la desviación de poder.

Fuera de lo anterior, y como cabía espera de un asunto en el que adquieren la percepción personal del juzgador y la particularidad de cada caso una importancia tan remarcada, no se puede decir mucho más. No es el «humor» del juez, obviamente, lo determinante, pero su individual sensibilidad puede resultar decisiva. Aquí pocas cosas son transferibles de uno a otro juzgador y no puede dibujarse la hoja de ruta con puntos fijos ni pueden elaborarse recetarios o formularios para apreciar la desviación de poder. La revisión no es como la de los automóviles, en base a una plantilla de puntos a reconocer. El «matiz» del caso puede convertirse en piedra de toque decisiva. Por eso el Tribunal Supremo ha llegado a declarar que (la expresión es nuestra, aunque la entrecomillemos, pero vale el concepto) «aunque el caso es idéntico al que se resolvió en un proceso anterior y cercano, lo cierto es que se ha introducido ahora un elemento de persuasión que no se aportó en el caso anterior y que hace que la apreciación de desviación de poder corra dispar fortuna en uno y en otro supuesto».

Por último, es muy variable el detalle de razonamiento con el que se acoge o se despacha el alegato de desviación de poder. Desde la mayor meticulosidad⁽⁵⁴⁾ al extremo laconismo pasamos por toda la escala de

(54) A continuación identificamos y reproducimos parcialmente cuatro sentencias que hacen un esfuerzo de justificación detenida de su apreciación de desviación de poder.

a) S 17 noviembre 2009 (recurso 60/2008), sobre impugnación del Real Decreto 1172/2007, por el que se suprime la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Misión Diplomática Permanente de España en Canadá.

Pues bien, llegado a este punto es ahora el momento de justificar por qué la Sala estima el recurso y anula el Real Decreto impugnado. La razón que nos conduce a ello es que, como sostiene el recurrente, la supresión de la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Misión Diplomática de España en Ottawa, aun aparentemente conforme a derecho, estuvo viciada de desviación de poder para conseguir en último término, que no fuera designado para la misma el recurrente.

Como dice el art. 70.2 de la *Ley de la Jurisdicción* «la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo sobre la concurrencia de ese vicio expresa que el mismo concurre cuando la Administración en el ejercicio de potestades administrativas que le son propias, y no sólo las discrecionales, usa las mismas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico, y para apreciarlo ha de desprenderse su existencia de actos comprobados de los que pueda deducirse la intencionalidad desviada hasta formar en el Juzgador la convicción de su concurrencia, teniendo en cuenta el principio de legalidad de los actos administrativos, como presunción *iuris tantum* de que la Administración actúa siempre de buena fe y con arreglo a Derecho. Por tanto la desviación de poder no exige, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena de su existencia, pero tampoco puede fundarse su apreciación en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable.

Atendiendo a lo expuesto la Sala alcanza en este supuesto concreto la convicción de que en el mismo la Administración incurrió en desviación de poder porque aun reconociendo que la supresión de la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales en discordia sea conforme a derecho, la decisión de suprimirla se adoptó en el momento en que se hizo para frustrar la obligación que la Administración tenía de resolver tras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de julio de 2006 la convocatoria pública realizada mediante la Orden TAS/2964/2004 para cubrir entre otras esa plaza vacante. Para obtener esa convicción el Tribunal ha valorado cuanto aconteció entre el momento de la convocatoria y la supresión del puesto de Consejero en Ottawa, y la burda y desleal maniobra de tener por ejecutada la Sentencia volviendo a nombrar a quien había renunciado al puesto. Cuando debió una vez firme la Sentencia resolver lo procedente y, como anticipamos, incluso motivándolo haber dejado desierta la convocatoria. Lejos de ello se esperó a dar cumplimiento aparente a la Sentencia del modo en que se hizo con fecha 31 de julio de 2007 cuando ya era inminente la publicación del Real Decreto recurrido que suprimió la Consejería.

Apoyamos nuestra convicción en un supuesto muy similar en el que el Tribunal Constitucional concedió el amparo frente a una inexecución de una Sentencia firme en relación con el nombramiento para la oficina de turismo de la ciudad de San Francisco, oficina que quedó sin competencias al trasladarse la sede a la ciudad de los Ángeles. Sentencia de 28 de octubre de 1987.

b) S 10 de junio de 2008 (recurso 3031/2004) en materia de planeamiento y disciplina urbanística: asunto Club Beach Inmobiliaria, S.L. sobre licencias de edificación y suspensión de determinaciones turísticas del Plan Insular de Ordenación de Canarias.

Esto es, en el supuesto de autos se ha llevado a cabo, por parte del Gobierno de Canarias, el ejercicio de una potestad administrativa (en concreto, de la potestad suspensiva de los Planes Insulares y municipales, así como del otorgamiento de licencias en los términos contemplados en el *art. 60 de la LOTC*), con la finalidad de alcanzar un fin distinto (cual era evitar el efecto suspensivo del auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias —con sede en la ciudad Las Palmas de Gran Canaria— de fecha 25 de mayo de 2001, dictado en relación con el anterior *Decreto 4/2001, de 12 de enero, del Gobierno de Canarias*, por el se acuerda la formulación de Directrices de Ordenación General y del Turismo de Canarias). Con tal actuación, se ha

generado una conducta de desviación de poder, introduciendo una norma en el Ordenamiento jurídico autonómico, a través de un inadecuado mecanismo de reacción, que ha posibilitado una arbitraria alteración del equilibrio, constitucionalmente configurado, entre las funciones propias de los poderes ejecutivo y judicial.

Dicho de otra forma, con la decisión gubernamental autonómica suspensiva que ha sido anulada en la instancia, se consiguió eludir la inmediatamente anterior resolución judicial que había dejado sin efecto —por la vía de una medida cautelar suspensiva— una anterior decisión gubernamental dictada en la misma línea suspensiva en el ámbito del urbanismo y la ordenación del territorio; esto es, que la nueva y urgente decisión suspensiva —anulada por la sentencia de instancia— supuso un claro apartamiento de potestades otorgadas a la Administración actuante por el *art. 60 de la LOTC*, pues del examen de las razones que justificaban esta decisión se advierte que se estaba produciendo una actitud manifiestamente encubridora y una situación generadora de desviación de poder o de apartamiento teleológico manifiesto del fin previsto de interés público que se trataba de perseguir con la potestad suspensiva contenida en el *art. 60 de la citada LOTC*.

Una reiterada jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa, S.A. contra Comisión), ha sintetizado el anterior concepto de desviación de poder, señalando al efecto que la misma concurre «cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1984, Lux/Tribunal de Cuentas, C-69/1983, Rec. pg. 2447, apartado 30; de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/1988, Rec. pg. I-4023, apartado 24; de 13 de julio de 1995, Parlamento/Comisión, C-156/1993, Rec. pg. I-2019, apartado 31; de 14 de mayo de 1998, Windpark Groothusen/Comisión, C-48/1996 P, Rec. pg. I-2873, apartado 52, y de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, C-110/1997, Rec. pg. I-198763, apartado 137)».

Debemos advertir, por otra parte (como entre otras hemos puesto de manifiesto en la STS de 21 de marzo de 2000) que no encontramos obstáculo para revisar en casación —como estamos haciendo— la conclusión a que el Tribunal de instancia ha llegado sobre la inexistencia de la arbitrariedad denunciada —que la desviación de poder implica— en la decisión administrativa impugnada, pues, si bien es cierto que en casación no pueden ser revisados los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia (a salvo la posible infracción de preceptos sobre valoración tasada de la prueba), también lo es que la arbitrariedad no es un hecho, sino una valoración jurídica de unos hechos, y la decisión arbitraria es aquella que procede sólo de la voluntad o del capricho, y no de los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico, y para afirmarla o negarla hay que partir de unos hechos.

Pues bien, éstos son intocables en casación pero su evaluación es una operación exclusivamente jurídica, y, como tal, susceptible de revisión en este momento.

SEXTO.— Existen, según la sentencia de instancia, unos datos, que la misma califica de antecedentes, indicios o fuentes, que resultan especialmente significativos y de los que debemos deducir —junto a otros colaterales o complementarios— por vía indiciaria la desviada decisión gubernamental:

1.º La sorprendente urgencia en la aprobación del *Decreto 126/2001, de 28 de mayo, como acreditan tanto (1) su inmediatez en relación con el auto de suspensión de la Sala de instancia de 25 de mayo de 2001 —notificado el día 27 siguiente—, cuanto (2) su vertiginosa tramitación procedimental, ya que en la citada fecha de 28 de mayo de 2001:*

a) Se emite informe por la Dirección General de Turismo del Gobierno de Canarias en relación con la Oferta Alojativa de Canarias.

b) Se emite informe por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente sobre la capacidad de alojamiento turístico según el planeamiento vigente.

c) Se incorpora al expediente el informe —que contiene como Anexo el Plan Estratégico del Desarrollo del Turismo en Canarias— que había sido aprobado el día 25 de mayo anterior por la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias.

d) Se redacta la propuesta de aprobación del Decreto.

e) Se coordinan los diversos órganos administrativos.

f) Se aprueba por el Consejo de Gobierno, sin estar previsto en el Orden del Día de la sesión; y

g) Se publica en el Boletín Oficial de Canarias de dicha fecha.

2.º Frente a tal inmediatez y urgencia, sin embargo, el Decreto se fundamenta, como sabemos en una potestad con la que contaba el Gobierno de Canarias, sin haberla utilizado, desde hacía seis años, ya que la misma, como hemos puesto de manifiesto con reiteración —y así lo expresa el Decreto— se contiene en el *art. 60 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación de Turismo de Canarias.*

3.º La falta de adaptación del *Decreto a la auténtica finalidad suspensiva contenida en el mencionado art. 60*, esto es, la adaptación de los Planes Insulares y municipales a la citada Ley Turística y el otorgamiento de licencias solo cuando, a su vez, el planeamiento municipal se hubiere adaptado a los Planes Insulares en materia turística; y ello porque los citados Planes Insulares, por su parte, deberían previamente adaptarse a las Directrices, cuya formulación había sido, justamente, suspendida por el auto del día 25 de mayo anterior.

Debemos, pues, ratificar las conclusiones alcanzadas por vía de indicios por la Sala de instancia, a partir de los hechos que hemos reseñado, y, con ello, rechazar el único motivo planteado por la parte recurrente, al no poder considerar vulnerados los preceptos mencionados.

Sigue un voto particular formulado por dos magistrados de la Sala que expone su discrepancia, analizando una a una, y contradiciéndolas, las tres razones en que la mayoría sustenta la desviación de poder.

c) S 25 de abril 2007 (recurso 223/2003), asunto Resolución del Consejo de Estado sobre provisión de puesto de trabajo.

QUINTO. La realidad de esas circunstancias alegadas por el recurrente que han quedado descritas se constata en el expediente y en la documentación aportada junto a la demanda.

Dichas circunstancias, además, revelan todo lo que se expresa a continuación.

Que la modificación de la convocatoria litigiosa se ajustó muy directamente al singular perfil académico y profesional de la Sra. Clara.

Que esa modificación en lo que afectaba a los Cursos de formación y perfeccionamiento valorables como méritos generales, careció de una explicación de por qué se acotó taxativamente su denominación —con el resultado de coincidir con los cursos acreditados por la Sra. Clara— y, paralelamente, por qué su enunciado no se limitó a consignar de manera genérica las materias sobre las que podían versar los cursos.

Que esa misma modificación tampoco justificó por qué no se aceptaron todas las materias que tuvieran relación con las funciones del puesto y los conocimientos que señaló la Memoria Justificativa redactada por el Jefe de los Servicios Administrativos del Consejo de Estado. Y que igualmente faltó la justificación para la modificación sobre la titulación constitutiva del mérito específico consistente en incluir como tal una de inferior nivel académico (la Diplomatura); y esa falta de justificación, sobre la ponderación de un título inferior como mérito específico, se ve acompañada de un hecho que resulta ilógico y por ello hace más visible la falta de justificación: que en un puesto que es inferior en el organigrama administrativo se sigue manteniendo la Licenciatura universitaria como único mérito específico valorable.

Todo lo cual ofrece una base suficiente para formar la convicción de que la convocatoria que es aquí objeto de polémica no estableció debidamente las condiciones que resultaban necesarias para alcanzar el objetivo que constitucionalmente resultaba obligado, según los antes mencionados arts. 23 y 103.3 CE, y produjo por ello el resultado de un nombramiento que no se ajustó a ese canon constitucional. Y en consecuencia obliga a acoger la desviación de poder denunciada por la parte demandante.

SEXTO. La solución anterior se aparta del criterio que fue seguido por esta Sala en la sentencia de 28 de octubre de 2003 (Recurso 89/2002), dictada en una impugnación planteada contra la misma convocatoria que es objeto de controversia en el actual proceso. La razón de esta diferencia es que en el presente litigio la única tesis impugnatoria del recurrente ha sido la desviación de poder, mientras que en aquel otro fueron aducidos otros motivos de invalidez. Y, sobre todo, que los alegatos aquí realizados para intentar apoyar esa desviación de poder, por haber sido más detallados y completos, han ofrecido una base más segura para llegar a la convicción de la realidad de ese indebido actuar administrativo.

d) S de 27 de junio de 2006 (recurso 2516/2003) en que el Monasterio Nuestra Señora del Pilar (Hermanas Clarisas Capuchinas) combatía Decreto de la Alcaldía de Bilbao por el que se desistía del procedimiento expropiatorio de los bienes necesarios para la apertura de la calle Jardines Txikerra.

Otra forma de actuar la legalidad es la predeterminación de una finalidad de interés público que debe cumplir el acto administrativo. El control de la consecución de esta finalidad se obtiene por la vía de la desviación de poder. La discrecionalidad exige que en el acto exista un concreto interés público señalado por la ley: la llamada legalidad material. La facultad de adoptar los medios a los fines es un juicio de oportunidad, controlable en vía de recurso por desviación de poder, lo que recorta la libertad de acción operativa de la Administración para que responda al concreto interés público exigido por la Ley según el tipo de acto de que se trate.

Pues bien, en este caso el interés público determinante de la expropiación, cual era la realización de la calle en cuestión no sólo no había desaparecido sino que las actuaciones posteriores de la Administración ponen de manifiesto la persistencia del mismo.

expresividad y esfuerzo de razonamiento y exposición. No es extraño el caso en que el Tribunal despache con especial dureza, descarnadamente, la conclusión de que hay o de que falta la desviación de poder alegada. Tampoco lo es el que el Tribunal Supremo, una vez reproducida la doctrina canónica establecida sobre la desviación de poder, dé un «salto» y precipite la decisión final, al modo de un lanzamiento desde el trampolín a la piscina, pero sin decir mucho (o sin decir nada en algunos casos) que ayude a seguir y a explicar el proceso de razonamiento entre esos dos hitos. Para el lector crítico de estas sentencias, se trata de pura *prestidigitación* judicial.

Por otra parte, si bien la actuación expropiatoria se inició de oficio por el Ayuntamiento, no puede perderse de vista que con ello no hizo otra cosa que ejecutar lo dispuesto en el planeamiento y adelantar una actuación que en su momento, de no llevarse a cabo por la Administración y cumplidos los plazos correspondientes, determina el nacimiento del derecho de la parte a instar la expropiación correspondiente (*art. 69 del TRLS 1976, citado por el Ayuntamiento recurrido*). A ello ha de añadirse que el desistimiento no puede desligarse de la actuación urbanística subsiguiente de modificación del PGOU de Bilbao, que no tenía otra finalidad que eludir tal procedimiento expropiatorio y el abono del correspondiente justiprecio, sin una justificación adecuada de la modificación, como pone de manifiesto la citada sentencia de esta Sala, Sección 5.ª, según lo ya expuesto y cuando señala que la modificación del planeamiento con el fundamento de evitar el pago del justiprecio...implica desviación de poder... y que «se está en presencia de una utilización de la discrecional potestad de planeamiento para alterar el equilibrio económico previsto y aceptado con la definitiva aprobación del PGOU, cuatro años antes, sin haberse producido un cambio de las circunstancias que determinaron el mismo».

Todo ello lleva a considerar que el desistimiento de la expropiación por parte del Ayuntamiento y revocación del acuerdo de 31 de enero de 2000, resulta contrario a la jurisprudencia de esta Sala y el ordenamiento jurídico (desviación de poder) en cuanto no se justifica la desaparición del interés público que la motivó o que hayan variado las circunstancias que determinaron la apertura del procedimiento expropiatorio, que viene impuesto por el planeamiento y resultaría exigible, cumplidos los requisitos legales, por los afectados, y con ello, además, la Administración se apartó de la finalidad propia del desistimiento, pues, lejos de responder a la renuncia o abandono del objetivo perseguido de realización de la calle en cuestión, persistiendo en tal objetivo, pone fin al procedimiento expropiatorio y revoca el acuerdo correspondiente para proceder, seguidamente, a una modificación del planeamiento con la finalidad de eludir dicho procedimiento, que ha resultado igualmente contraria al ordenamiento jurídico y anulada por la referida sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2006.

En consecuencia, han de estimarse los motivos de casación invocados en los términos que resultan de lo anteriormente expuesto.

5. LA DESVIACIÓN DE PODER COMO INSTRUMENTO FISCALIZADOR DE LA DESIGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Llegados a este punto, y como colofón, es interesante abordar el instituto de la desviación de poder en su entrecruzamiento y diálogo, a veces tímido cuando no frustrante, con otros institutos jurídicos o con principios constitucionales, como sería el caso de la arbitrariedad del art. 9.3 CE o el paradigmático del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE. Nos detendremos en este último supuesto.

Y es que, efectivamente, es frecuente la vinculación, cuando es invocada ante la jurisdicción la desviación de poder, que para articular las pretensiones se hace de este reproche de nulidad con una actuación discriminatoria de la Administración, al objeto de relacionar la aplicación desigual de la ley con el ejercicio de potestades públicas para fines distintos de los previstos en las leyes. Con la actividad probatoria desarrollada por los demandantes en el recurso contencioso-administrativo dirigida a mostrar un tratamiento administrativo desigual a situaciones que supuestamente deberían haber merecido un trato igualitario o no discriminatorio, no pocas veces se trata de aportar a la litis el rastro, la huella, el síntoma de la desviación de poder, o de presentar el contexto en el que la misma se ha podido desenvolver. Sería este el caso paradigmático del ejercicio supuestamente arbitrario de la potestad sancionadora, cuando, por ejemplo, se sanciona por una conducta antijurídica a un administrado, pero no se sigue igual reacción represiva contra otros que llevan a cabo igual conducta antijurídica, pese a encontrarse perfectamente identificados y estar plenamente acotado el contexto semejante en el que se desenvuelve la conducta de unos y otros.

La respuesta ofrecida por nuestros Jueces y Tribunales ante este planteamiento procesal no depara sorpresas, ofreciendo el tratamiento que aquéllos dan a esta alegación conjunta de estos dos vicios administrativos un panorama análogo al ya expuesto en este trabajo: la historia de la desviación de poder en nuestros Tribunales de Justicia es la historia de su dificultad probatoria, y la integración discursiva en la demanda de la vulneración del principio de igualdad para acreditar la concurrencia de la desviación de poder, ha dado pocos frutos para quien así fundamenta su acción, que no ve facilitada su difícil carga probatoria aun cuando llegue a acreditar que se ha sufrido una aplicación discriminatoria injustificada de la norma bajo la que subyace la invocada desviación de poder.

Conocida es la doctrina constitucional según la cual la igualdad debe desenvolverse dentro de la legalidad, de tal manera que la equiparación en la igualdad ha de ser ante situaciones jurídicas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad. El principio de igualdad ante la ley, dice nuestro TC y con él los Tribunales de Justicia, no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad (por todas, SSTC 43/1982, 78/1984, 49/1985, 58/1986, 88/2003). A partir de esta doctrina, de manera generalizada los órganos judiciales han desechado la existencia de desviación de poder, aun cuando se haya constatado que, efectivamente, ha existido una aplicación discriminatoria de la norma, cuando dicha discriminación se haya desenvuelto ante situaciones comunes de ilegalidad. El TS ha llegado incluso a considerar correcto el rechazo a la mera práctica de prueba en el pleito cuando aquélla iba dirigida a demostrar la aplicación desigual de la ley en perjuicio de quien, en contraste con terceros plenamente identificados, ha visto rechazada su pretensión por la Administración por no cumplir la ley, como fundamento de una actuación constitutiva de desviación de poder, y ello bajo el argumento de que incluso si se demostrara la aplicación de la norma en un sentido contrario al art. 14 CE, toda vez que quien alega se desenvuelve desde la ilegalidad de su situación, dicha prueba carecería de operatividad para amparar el reproche vertido de desviación de poder. Como dice el TS «*cualquiera que fuera el resultado de esa prueba*», no podría cambiarse la exégesis de la norma aplicable, y ha de descartarse por ello la posibilidad de acreditar por este cauce una desviación de poder (así, en STS de 29 de junio de 1993, en relación con el reconocimiento arbitrario y desigual de compatibilidad a letrados sustitutos del INEM).

Son así reiterados los pronunciamientos judiciales en los que, ante la alegación de desviación de poder de la actuación administrativa que entraña la aplicación desigual y antijurídicamente discriminatoria de la ley, se rechaza la desviación de poder con base en la doctrina según la cual no puede ser amparada la igualdad en la ilegalidad (por todas, SSTS 24 de octubre de 2008 o de 15 de octubre de 2007).

Sí debemos, sin embargo, detenernos en un pronunciamiento judicial, plasmado en un voto particular introducido en una sentencia que ortodoxamente resuelve según los parámetros aquí indicados. Estamos en la sentencia del TS de 30 de marzo de 1998 (recurso 3817/1992), de la que

nos interesa el voto particular formulado por el Magistrado Sr. Garzón Herrero, al que se adhiere su compañero Sr. Rodríguez Zapata (voto particular que queda recogido en toda su extensión en la base de datos LA LEY —LA LEY 6702/1998—). Nos encontramos ante un pronunciamiento valiente, ante una doctrina equilibrada y razonable, irreprochable jurídicamente, aunque como se aprecia, poco exitosa. Este voto particular, superando la tradicional doctrina de la no invocabilidad de la igualdad en la ilegalidad, da un paso adelante y se adentra en la valiente perspectiva que llama a examinar las circunstancias concurrentes en el caso concreto, antes de resolver apriorísticamente según aquella doctrina, a fin de permitir apreciar que, efectivamente, la aplicación discriminatoria de la ley, aun cuando quien la alegue se desenvuelva desde la ilegalidad, puede evidenciar un claro supuesto de desviación de poder.

Se fiscalizaba en dicho recurso una declaración de lesividad promovida por un Ayuntamiento frente a una decisión afectante a la reforma de una chimenea construida en una vivienda unifamiliar. El administrado afectado por dicha decisión reaccionó alegando ante la jurisdicción que no sólo su chimenea, sino otras construidas en el pueblo, no se adecuaban a las normas de edificación, si bien la Administración municipal tan sólo reaccionó frente a él. El TS resuelve ortodoxamente la controversia, a partir del dogma según el cual no ha lugar a amparar una conducta ilegal con fundamento en una situación de igualdad con otras conductas igualmente ilegales.

La peculiaridad de este pronunciamiento disidente estriba en que, a partir del análisis de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, supera la barrera jurídica que representa este dogma, para concluir que precisamente el tratamiento discriminatorio por la Administración en la aplicación selectiva de la norma a un vecino y no a los demás evidencia una conducta administrativa constitutiva de desviación de poder. Manifestando su respeto al principio según el cual no cabe la igualdad en la ilegalidad, considera sin embargo el voto particular que dicho dogma resulta insuficiente, en atención a las circunstancias concurrentes, para afrontar con plenitud jurídica el reto jurídico que se plantea, que no es otro que determinar si los Tribunales pueden avalar la conducta consistente en aplicar la norma urbanística en un caso e ignorarla manifiesta y deliberadamente en los restantes casos. Como señala, en estos casos:

«La norma se convierte, mediante su no uso, en el mecanismo provocador de la desigualdad por antonomasia, pues es el uso de ella, en un caso, y su no uso en otros, lo que produce desigualdad entre los diversos destinatarios de la norma».

El voto particular, consciente de que la desviación de poder *«ha visto reducida su operatividad por razones probatorias»*, se adentra con valentía en la vinculación existente entre la desviación de poder y la vulneración del principio de igualdad, al exigir que quien aplique discriminatoriamente la norma debe razonar y explicar de modo suficiente la razón de esa discriminación, razones justificativas —y aquí se encuentra el nudo gordiano de la cuestión— que expresamente cita: *«la imposibilidad de perseguir todas las infracciones cometidas, ya los diferentes hechos en que se asientan situaciones aparentemente iguales, o, cualquier otra causa o razón que sea suficientemente razonable»*. Y concluye en una declaración que nos parece decisiva **«si no lo hace, habrá de concluirse que la aplicación de la norma en un caso, y no en otro, lo que pretende no es el fin que la norma persigue, sino otro distinto, lo que constituye motivo para la apreciación de desviación de poder»**. De esta manera, la solución nos vendrá dada desde el plano probatorio, desde la acreditación o no de tales razones justificativas del trato administrativo discriminatorio.

En fin, recapitula el voto particular:

«Esta actitud cambiante del Ayuntamiento centrado en la chimenea controvertida, sin adoptar ninguna medida con las chimeneas que incurren en idéntica infracción, y a veces más grave, a las que se refiere el acto de reconocimiento judicial, es demostrativa de un actuar administrativo que no persigue el imperio de la ley sino finalidades diversas, pues en todo el proceso de lesividad, y pese a que la desviación de poder fue esgrimida desde su inicio, no se ha alegado circunstancia alguna que justifique el distinto actuar administrativo» y concluye que la desviación de poder se aprecia «en la falta de justificación de la diferente actuación administrativa, en los distintos casos comparados».

Para alcanzar esta conclusión, cabe apreciar en el pronunciamiento judicial disidente dos premisas decisivas: por un lado, la exigencia de que las situaciones o conductas de contraste estén perfectamente acotadas e identificadas individualmente, habiéndose acreditado en la litis por medios probatorios no situaciones análogas indefinidas en su número o im-

precisas, sino casos concretos y específicos de chimeneas similares a las del administrado afectado, que sin embargo no merecieron reacción administrativa alguna, lo que descarta la eventual aplicación extensiva de este criterio a todo supuesto de igualdad en la ilegalidad (por ejemplo, en el caso de conductas infractoras de tráfico, ante las cuales, por su elevadísimo número, no se puede sancionar a todos sus autores, de manera que las circunstancias concurrentes impiden en línea de principio encontrar una intencionalidad en el poder sancionador que reacciona ante unas y no ante otras). En segundo lugar, la realidad de que, desde un punto de vista probatorio, es la Administración que aplica la ley en unos casos y no en otros, la que debe pechar con el *onus probandi* a efectos de justificar en derecho ese trato diferenciado, de manera que al no hacerlo puede apreciarse en su conducta el *animus* que constituye el sustrato de la desviación de poder. Con esta carga procesal de la Administración se produce un verdadero reequilibrio probatorio, ya que si bien es quien alega la desviación de poder quien debe asumir la carga de la prueba, cuando se vincule la desviación de poder con una aplicación discriminatoria de la ley, deberá ser la Administración quien deba probar la razonabilidad de esta manera de aplicar la norma.

Como decimos, este pronunciamiento judicial no es más que un voto particular, y ya antiguo en el tiempo, pero quizás por ello deba merecer aún más, si cabe, un elogioso reconocimiento en tanto viene a dar respuesta desde la razonabilidad jurídica a situaciones muy frecuentes, ante las cuales si bien desde la nuda invocación del art. 14 CE pueden no tener efectiva respuesta en nuestro derecho para el administrado, desde la óptica del instituto de la desviación de poder representa una fundada y seria respuesta en derecho, abordando la controversia subyacente en la aplicación desigual de la ley no tanto desde la perspectiva del administrado, que puede encontrarse en situación contraria a la ley, sino, y gracias al instituto de la desviación de poder, desde el reforzamiento de la naturaleza revisora de esta jurisdicción, para poner el acento en la conducta interna de la Administración que actúa discriminatoriamente, para lo cual es decisivo, como hemos visto, el reequilibrio que sobre la carga probatoria opera en estos casos, al entrar en juego dos institutos jurídicos sometidos a distintos criterios probatorios: la desviación de poder y la igualdad en la aplicación de la ley.