

ACOTAMIENTO CUALITATIVO DE LA PRETENSION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y DESVIACION DE PODER EN EL SISTEMA ESPAÑOL VIGENTE

POR

JOSÉ A. GARCÍA-TREVIJANO FOS

Letrado del Consejo de Estado.
Catedrático de la Universidad de Salamanca.

SUMARIO: I. Introducción y planteamiento.—II. Vicios de los actos administrativos: principio de la enumeración. Vicios e instrumentos de manifestación: causa petendi y petitum.—III. Terminología legal y doctrinal.—IV. Especialidad de los conceptos en el proceso administrativo.—V. La desviación de poder como vicio del acto administrativo. a) Desviación de poder y otros vicios del acto administrativo. b) Desviación de poder y apelación de sentencias.—VI. Interpretación de la terminología adoptada por la LJ.—VII. Conclusión.

I.—INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.

Quizá parezca exagerado afirmar que los estudios sobre Derecho procesal administrativo han olvidado en gran medida los puntos neurálgicos de su objeto de estudio. Hace ya algunos años que se planteó el debate sobre la naturaleza del proceso administrativo, debate oscilante entre quienes le atribuyen un carácter meramente procesal y quienes ven sólo un aspecto administrativo. Sucede con esto como con todos los sustantivos adjetivizados por partida doble, que hacen surgir la duda fundada de cuál de ambos adjetivos va a influir más en la caracterización del nombre. Parece, no obstante, un tanto baladí el discutir sobre algo que está perfectamente claro en términos genéricos: que el proceso administrativo es un vehículo para satisfacer pretensiones de esta índole. Nada más y nada menos que esto. Pero, y aquí está siempre el punto débil, no se puede enfocar un problema procesal administrativo ni con excesiva mirada procesal ni con exclusiva mirada administrativa. Es difícil de verdad el esquivar las atracciones a que se siente sometido el estudioso que ponderará más las derivadas del ámbito procesal o del administrativo. El peligro no está en esto precisamente, sino en confundir aspec-

tos procesales con otros administrativos y viceversa. Es esto exactamente lo que ocurre con la materia más importante de todo proceso y de la cual surgen como secuelas necesarias las consecuencias afectantes a quienes intervienen y en ocasiones afectantes a todos los administrados. Me refiero a la *pretensión* dentro del proceso administrativo. Es posible que se diga que su concepto ha sido elaborado suficientemente por la doctrina y que su trasplante al campo administrativo es perfectamente factible sin modificaciones; pero ello es desconocer la esencia de este tipo de proceso, la cual dista tanto de la de los demás tipos acuñados por la doctrina (1).

Conviene decir inmediatamente cuál es el punto de vista que vamos a exponer y defender. Es éste un método que facilita la labor de quienes tengan la atención de leer el trabajo. La postura es la siguiente:

a) La Ley jurisdiccional baraja incoherentemente varios conceptos trascendentales: pretensión, motivación, alegaciones procesales, hechos, fundamentos de derecho, cuestiones, etc...

(1) La oportunidad para este trabajo me la ha ofrecido el Auto dictado por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo el 20 de octubre de 1961, que estimó la alegación previa sobre inadmisibilidad de apelación interpuesta en base a versar la sentencia sobre desviación de poder. El Auto, como se dice, estima dicha alegación y declara mal admitida la apelación (Ponente, excelentísimo señor don Juan ESCOBAR FERNÁNDEZ). Importa sobre manera conocer el contenido de la resolución, el cual nos sugiere el planteamiento de un problema que conviene abordar urgentemente para que los criterios vayan unificados en esta hora de rejuvenecimiento de la jurisprudencia administrativa.

Se había entablado recurso contencioso-administrativo alegando incompetencia del Jurado de Riegos, que había sancionado al recurrente. Se había alegado precisamente este vicio. Dice el segundo Considerando:

«En el escrito de demanda sólo se dice que los acuerdos impositivos de multa están dictados con clara desviación de poder por incompetencia del Jurado de Riegos, y en la sentencia apelada se razona y afirma la competencia de dicho organismo, agregándose, por lo que no existe desviación de poder..., lo que demuestra que lo realmente tratado es una cuestión de este orden (competencia), aunque la parte lo conecte en aquella denominación, sin duda para lograr la posibilidad de una alzada..., pues no es suficiente que los interesados la atribuyan a cuestiones de otra naturaleza, sino que es preciso que esté alegada con racional' indicio de que la Administración haya podido incurrir en ella. Sostener lo contrario sería dejar a voluntad de los administrados la efectividad del precepto determinante de si cabe o no la segunda instancia, pues bastaría que aquéllos apuntaran tal desviación de poder para que las apelaciones procediesen».

Continúa el siguiente Considerando:

«Se da incompatibilidad entre los conceptos técnicos, *incompetencia y desviación de poder...*, pues éste supone que el órgano actúa dentro de sus esferas de atribuciones porque es el único supuesto en que puede admitirse el posible uso indebido de éstas..., siendo preciso distinguir la incompetencia de la desviación de poder».

Hemos de recibir esta resolución con satisfacción. Se trata de hacer una aportación importante a la exacta delimitación de la justicia administrativa española. Queremos por ello situarla en su lugar ajustado, y para esto hemos de remontarnos a los conceptos nucleares del proceso administrativo.

b) El acotamiento de la pretensión viene dado en términos más amplios en el proceso administrativo que en el civil.

c) En aquél—proceso administrativo—, la pretensión la integran, aparte del objeto y el sujeto, la *causa petendi* y el *petitum*, comportando aquélla los motivos de impugnación de los actos administrativos.

d) El *petitum* es función de la *causa petendi*, que incluye los motivos o vicios genéricos del acto.

e) La delimitación o acotamiento de lo debatido viene dada, entre otros elementos, por tales vicios genéricos. De aquí que esto juegue tanto a efectos de las variaciones de pretensión de la cosa juzgada como de los efectos de la sentencia.

f) De esto se desprende que es preciso alegar motivos separados de impugnación, los cuales han de ser examinados escalonada y no conjuntamente. Por ello, la desviación de poder, el vicio más sutil del acto administrativo, ha de esgrimirse expresamente, bien como vicio único (por vía principal), bien subsidiariamente (2). Cuando, en cambio, se alega conjuntamente con vicios de examen cronológico anterior, pierde su fuerza genética de apertura de apelaciones.

II.—VICIOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: PRINCIPIO DE LA ENUMERACIÓN. VICIOS E INSTRUMENTOS DE MANIFESTACIÓN.

Los actos administrativos pueden no ser conformes a Derecho. Esta terminología, utilizada por nuestra LJ, precisa que sea desintegrada en sus distintos elementos. ¿Por qué puede un acto no ser conforme a Derecho? Se contestará intuitivamente: porque no cumple con los requisitos que el Ordenamiento exige para la validez, bien por defecto, bien por torcida utilización. Pero ¿se manifiesta la invalidez de manera unitaria en todos los casos? Evidentemente que no. En ocasiones se impugnará el acto administrativo porque se cometió un error de hecho. Otras veces porque se interpretó erróneamente una norma jurídica. En otras, porque hubo simulación fraudulenta de la Administración. En todos estos casos hay una invalidez del acto administrativo. A veces se atacará la competencia del órgano o la capacidad del ente emanante. En otros casos el acto será vinculado y aun en otras será discrecional. Todo este

(2) Los poderes de los Tribunales Contencioso-Administrativos actuales hacen posible que el vicio de desviación de poder sea propuesto de oficio por el Tribunal con ciertos requisitos (art. 43, párrafo 2.º, LJ).

conglomerado de situaciones ¿tiene o puede tener un común denominador? Y más aún, ¿es importante el buscar este denominador común? La respuesta afirmativa es la que vamos a fundamentar. Hoy día es preciso introducir grandes categorías de vicios de los actos administrativos que encuadren a los instrumentos o vehículos de manifestación de tales vicios. La razón es clara: puesto que la IJ habla de que los actos administrativos pueden impugnarse «incluso por desviación de poder», resulta evidente que ha de crearse un campo de aplicación propio, no sólo para este vicio, sino para «lo demás» que quedan excluidos de él. Esto significa, de una parte, el realizar una labor de concentración de vicios en grandes categorías, y de otra, el determinar con qué criterios, dentro de dichas categorías, se va a llevar a cabo la clasificación y qué eficacia tienen unos y otros en el problema de la delimitación de la pretensión. Lo primero supone establecer grandes categorías de vicios de los actos administrativos, y lo segundo, discriminar los instrumentos o vehículos que patentizan tales vicios. Así, por ejemplo, el error de derecho es un vehículo o instrumento que detecta un vicio de violación de una norma si el acto administrativo es vinculado. Al igual, un error de hecho (instrumento) puede detectar una desviación de poder en un acto discrecional.

Queda así perfilado el esquema que vamos a desarrollar:

a) Los instrumentos de manifestación de la invalidez de los actos jurídicos son normalmente los mismos: errores, dolo, simulaciones, reservas mentales, violencias, etc.

b) Tales instrumentos se encuadran en una categoría general, que se llamará Violación de norma, Incompetencia o Desviación de poder.

Esta trilogía, que, por lo demás, se encuentra improntada en otros Ordenamientos, debe ser acogida, si bien a los solos efectos de su terminología.

Salta a la vista entonces que es necesario avanzar un paso más para establecer la conexión, dentro del proceso, con la pretensión, llegándose al resultado buscado:

a) Mediante un instrumento de manifestación de la invalidez (el error, pongamos por caso) se llega a

b) un vicio del acto administrativo, el cual sirve de base y soporte a

c) una pretensión administrativa (constitutiva, declarativa o de condena según los casos).

Y surge inevitable la pregunta: de estos elementos, ¿cuál ha de ser tenido en cuenta a efectos de delimitar el objeto de la litis?

La pretensión viene delimitada cuantitativa y cualitativamente. No nos interesa en este momento el primer aspecto, por lo que prescindiremos de él, es más, en el proceso contencioso-administrativo el acotamiento cualitativo entra en juego esencialmente a efectos de apelación cuando el cuantitativo es inferior al necesario para poder recurrir. Tan sólo respecto de las sentencias no recurribles por razón de cuantía —aparte de por otras razones— se planteará el problema del acotamiento cualitativo.

Se ha puesto de manifiesto cómo este acotamiento o individualización de la pretensión (3) afecta a los sujetos, al objeto y a la actividad. Dejemos aparte los sujetos e incluso el objeto (4) y ciñámonos a la actividad, es decir, a la *causa petendi* o título de apoyo de la pretensión. La *causa petendi* se ha definido (5) como el «acaecimiento de la vida en que se apoya la pretensión», siendo precisamente este acontecimiento histórico y fáctico el que la acota, la delimita y la individualiza. Como consecuencia de ello, la *causa petendi* influirá notoriamente en el *petitum*, es decir, en aquello que se puede pedir directamente por derivarse de dicho acontecimiento histórico. Cada *causa petendi* acota a su vez un *petitum*. De un hecho matrimonial del que se pueda derivar la separación conyugal no puede suplicarse la ruptura del vínculo. Esta asociación entre *causa petendi* y *petitum* es lógica y normal. Veremos, no obstante, cómo en el proceso contencioso-administrativo existen desviaciones.

Estando de acuerdo en que es preciso delimitar cualitativamente la pretensión hemos de responder a la pregunta formulada más atrás. Supongamos el siguiente caso: A se siente lesionado porque la Administración (en cualquiera de sus esferas) le ha negado el pago de determinadas cantidades a las que creía tener derecho por haberlas recibido otros administrados que se encontraban en idénticas condiciones. Interpone recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, suplicando la anulación del acto impugnado y el reconocimiento de su derecho al percibo, incluida la condena de la demandada a efectuarlo. En el escrito de demanda, al igual que en los anteriores ante la Administración, alega que se ha incurrido en desviación de poder y que se le ha considerado erróneamente en posición distinta a la de sus compañeros. Este supuesto puede servirnos como caso de estudio. Desintegramos el complejo presentado. Nos encontramos con los siguientes elementos:

(3) GUASP, *Derecho Procesal civil*, 1956, págs. 227 y sigs.

(4) El objeto o bien litigioso es el afectado por la pretensión.

(5) GUASP, *op. cit.*

a) Un *petitum*: anulación del acto, y otro: reconocimiento de una situación individualizada a través de la condena de la Administración (que en España no está vedada a los Tribunales).

b) Un vicio del acto administrativo, la desviación de poder.

c) Un vehículo de dicho vicio: el error de hecho en que ha incurrido la Administración o el dolo en su caso.

Repitiendo lo que dijimos antes: a través del vehículo del error de hecho o del dolo se ha producido un vicio jurídico del acto administrativo, el cual ha traído como consecuencia el planteamiento de un proceso judicial, suplicando la anulación y el reconocimiento del derecho.

Este planteamiento, a mi juicio claro, es necesario para poder enfocar el problema de las apelaciones y el de las variaciones y desviaciones procesales, cuestiones que no han sido matizadas de manera completa por nuestra jurisprudencia.

Desde el punto de vista de los actos administrativos es por ello preciso establecer unos vicios generales. Muy bien pueden llamarse a éstos, Motivos de impugnación (6). Estos motivos o vicios genéricos serían tres: Incompetencia, Violación de norma y Desviación de poder.

a) *Incompetencia*.—Tanto en su versión de absoluta o relativa, y total o parcial.

b) *Violación de norma*.—A quienes conozcan la posición que hemos mantenido (7) respecto de los conceptos de Norma y Ley y formas de exteriorización de ambas, no será extraño este planteamiento. En el concepto de norma incluyo toda regla integradora del Ordenamiento jurídico, ya tenga forma de Ley, ya forma de Decreto u Orden, es decir, Leyes normativas y Reglamentos en sus distintas versiones (no los actos generales no reglamentarios desde luego). Este vicio puede a su vez subdividirse en dos epígrafes:

1) Vicios de forma y procedimiento.

2) Vicios de fondo.

Estos dos grandes Vicios o Motivos de Impugnación se refieren a actos vinculados, o sea, a aquellos supuestos en lo que no hay margen de discrecionalidad, bien en todo el acto administrativo, bien en la parte en que en efecto exista vinculación.

(6) GARRIDO FALLA trata de los motivos de impugnación, refiriéndose a lo que no son sino instrumentos o vehículos de los vicios de los actos administrativos. Vid. *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, 1956, págs. 195 y sigs.

(7) Vid. *Curso de Derecho administrativo*, 1961, págs. 144 y sigs.

c) *Desviación de poder*.—Para nosotros se trata—ya lo hemos dicho en otro lugar—de un vicio que afecta a la parte discrecional del acto administrativo, vicio genérico de ella, y que puede producirse por numerosos instrumentos o vehículos detectantes. El error, por ejemplo, puede servir para denunciar una violación de norma o una desviación de poder, según que se refiera a actos vinculados o discrecionales (o a partes de esta naturaleza de aquéllos).

Creo que queda bastante aclarado nuestro punto de vista. Estos tres grandes vicios sí que acotan o individualizan la pretensión, y de aquí se deducirán todas las enormes consecuencias predicables de tal concepto: cosa juzgada, desviaciones procesales, modificación de pretensión, congruencia o incongruencia, etc.

La terminología adoptada por la mayor parte de la doctrina e incluso por la jurisprudencia no sigue una línea recta, sino que se entremezclan conceptos distintos con el resultado de la confusión introducida en este campo. Precisamente por razones procesales es urgente llegar a una unificación de aquélla.

La *causa petendi* está integrada, por tanto, por el acontecimiento histórico y fáctico que en el proceso administrativo consta de dos elementos: la existencia de un acto administrativo lesivo y la infracción del Ordenamiento jurídico por incompetencia, violación de norma o desviación de poder (independientes entre sí, aunque acumulables).

El *petitum* estará en concordancia con dicha *causa petendi*. Si la infracción de la norma se limita a los aspectos organizatorios, de competencia o de procedimiento, el *petitum* se limitará a solicitar la anulación del acto. Si por el contrario incide en la esfera particular, podrá solicitarse (hay que acudir a cada caso concreto), además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (es decir, de un derecho subjetivo) (8).

En todas las legislaciones la *causa petendi* es esencial para delimitar el campo de acción del proceso administrativo frente al civil, mercantil, penal, etc. (9). No obstante, a veces el *petitum* se desvía de aquélla, pu-

(8) Puede ocurrir que pudiéndose obtener el reconocimiento de una situación jurídica individualizada se solicite solamente la anulación del acto administrativo. Se da en este caso una autodegradación por parte del recurrente perfectamente lícita. No debe olvidarse que elemento común a todo *petitum* contencioso-administrativo es la anulación del acto. En donde difieren es precisamente en el reconocimiento de la situación individualizada.

(9) En Francia, la determinación de la competencia administrativa en relación con la autoridad política y con los tribunales ordinarios, viene dada por la *causa petendi* en sentido estricto; es la naturaleza de la pretensión, es decir, la causa jurídica de la demanda, y no las conclusiones de las partes ni los medios que éstos invocan. Existen, es

diéndose hacer valer aun en contra de lo que autorizaría la causa concreta. En Italia, por ejemplo, se ha discutido si el derecho subjetivo lesionado puede hacerse valer como interés legítimo a efectos de acudir al Consejo de Estado en lugar de hacerlo al juez ordinario (10). En Francia también se encuentran ejemplos de esta desviación. En nuestro derecho es claro que el proceso administrativo viene delimitado objetiva y cualitativamente frente al civil, laboral, etc., por la *causa petendi*, es decir, que sólo se da cuando está sujeta al Derecho administrativo (artículo 1.º de la LJ) (11).

verdad, numerosas excepciones, y así encontramos algunos actos administrativos que dan lugar a contenciosos judiciales, y viceversa. Incluso a veces, por razones de comodidad y de oportunidad práctica, el Consejo de Estado admite recursos contra actos no precisamente impugnables. Pero, en general, es la *causa petendi* la que prevalece. Vid. ODENT, *Contentieux Administratif*. Tomo I, 1953, págs. 38 y sigs.

En Alemania la competencia de los Tribunales administrativos se da en todas las controversias de Derecho público (art. 40 de la *Verwaltungsgerichtsordnung*, 21 de enero de 1960). Cuando la norma no otorga expresamente carácter administrativo a una controversia, hay que acudir a la «innere Natur» de la relación concreta; hay que atender a la verdadera naturaleza de la pretensión, no a la declarada, es decir, es la *causa petendi* específica y concreta la que delimita la competencia. Vid. sobre esta materia *Verwaltungsgerichtsordnung*, Eyermann-Fröler, 1960, págs 111 y sigs.

En Italia la justicia administrativa se estructura de manera completamente diversa a la nuestra. Se parte de la separación neta entre derecho subjetivo perfecto e interés legítimo, correspondiendo el conocimiento de las controversias en que se ventilan derechos perfectos a los jueces ordinarios, y las otras a los jueces administrativos. Los primeros tan sólo pueden declarar la ilegalidad de los actos administrativos y a lo sumo condenar a la Administración al resarcimiento de daños y perjuicios, nunca al resarcimiento específico, mientras que el Juez administrativo puede anular los actos ilegales. Por ello se ha intentado separar ambas jurisdicciones, ateniéndose al diverso poder de decisión del Juez, es decir, basándose en el *petitum*, de tal forma que siempre que el interesado solicitase la anulación del acto ilegal, sería competente el Juez administrativo con independencia de que la *causa petendi* estuviera basada en la lesión de un derecho. Precisamente para evitar la autodegradación de los recurrentes se ha señalado la *causa petendi* en lugar del *petitum* como criterio delimitador de competencia. No obstante, deben combinarse los criterios de la *causa petendi* y del *petitum*, como delimitadores. En efecto, se trata, como decíamos antes, de otorgar al *petitum* su verdadero sentido y significado, ya que es función de la naturaleza de la controversia. Vid. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amm.*, 1948. Volumen II, págs. 153 y sigs.

(10) Los recurrentes, al tener más defensa ante el Consejo de Estado que ante el Juez ordinario, estimaron que puesto que el derecho es (en el sistema italiano, por supuesto) más que el interés legítimo, podían perfectamente renunciar a parte de este derecho, degradándolo a la categoría de interés. Ya se ha hecho referencia en la nota anterior a esta evolución.

(11) En el sistema francés existen desviaciones incluso dentro del propio recurso contencioso-administrativo, concretamente con la institución del recurso paralelo ante el propio Consejo de Estado. En el célebre Arrêt LAFACE, el Consejo de Estado admitió un recurso por exceso de poder, a pesar de existir un recurso paralelo de plena jurisdicción, ante él mismo. El caso era el siguiente: un funcionario pretendía tener derecho a cierta remuneración que le fué denegada por la Administración; el interesado tenía a mano un recurso de plena jurisdicción (era un acreedor de dinero), y en vez de esto, intentó un

III.—LA TERMINOLOGÍA LEGAL Y LA DOCTRINA.

Avanzábamos al principio de este trabajo que la LJ adopta una terminología poco clara. El artículo 43 regula el principio de congruencia distinguiendo la *pretensión* y las *alegaciones* deducidas para fundamentar el recurso y la oposición; en su párrafo 2.º permite al Tribunal aplicar otros motivos susceptibles de fundamentar el recurso o la oposición, previa audiencia de las partes (precepto procedente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 733). Los artículos 41 y 42 nos hablan de las clases de pretensión en cuanto al *petitum* (anulación simple o además reconocimiento de una situación jurídica individualizada). El artículo 69, 1.º, regula la forma de producir los escritos de demanda y contestación manejándose los siguientes vocablos: *hechos, fundamentos de derecho, pretensiones* que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos *motivos* procedan, aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste. El artículo 79 prohíbe plantear cuestiones no suscitadas en la demanda y contestación, en el acto de la vista o escrito de conclusiones, salvo acuerdo del Tribunal. El artículo 102, g) contempla el recurso de revisión por incongruencia o si en la sentencia no se resolviera alguna de las *cuestiones* planteadas en la demanda y contestación.

Como se ve por la lectura de estos artículos, nos encontramos ante los vocablos pretensión, motivos de anulación, cuestiones planteadas, etc., todos los cuales deben ser escrupulosamente examinados, puesto que de su naturaleza se derivarán las posibles congruencias o incongruencias de la sentencia, y las desviaciones procesales de los actos de las partes. Digamos inicialmente que la técnica procesal distingue netamente entre pretensión (con su acotamiento cualitativo) y los fundamentos de derecho. Estos no vinculan, y respecto de tales juega el principio *iura novit curia*. De aquí también el interés de determinar de entre tales vocablos cuáles hacen referencia a los fundamentos.

Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ (12) no aclara estos aspectos esenciales del proceso. En efecto, al hablarnos de los requisitos de la actividad

recurso por exceso de poder, pretendiendo la anulación del acto administrativo sin más. El Consejo de Estado admitió el recurso alegando que existía una violación de Ley clara y patente, y que se limitaba el recurrente a la solicitud de anulación sin pretender la condena pecuniaria de la Administración. Hemos traído a colación este caso porque denota la importancia que el *petitum* puede tener en ciertos casos, degradando un derecho pleno del recurrente a una situación menos intensa.

(12) *Derecho Procesal Administrativo*. Tomo II, 1957.

de la pretensión procesal administrativa (13) nos dice que en cuanto al fundamento «las alegaciones que constituyen, no sólo el fundamento en sentido estricto, sino los motivos de la pretensión, deberán reunir los requisitos formales del artículo 69, que exige se consignent con debida separación los hechos y los fundamentos de derecho». Tenemos aquí una primera y capital indiscriminación de conceptos que después gravitará en toda la obra del autor. En apartado distinto recoge GONZÁLEZ PÉREZ la necesidad exigida por el artículo 69, LJ, de que se formulen con claridad las «pretensiones que se deduzcan».

Esta confusión nos llevaría a concluir que los motivos de impugnación o son los mismos fundamentos de derecho o algo independiente, pero distintos de la pretensión, y en el momento de aplicar prácticamente los conceptos que estamos depurando nos encontraríamos ante un callejón sin salida. Mayor indiscriminación se encuentra al tratar del fundamento de la delimitación cualitativa. Nos dice GONZÁLEZ PÉREZ (14) que «la parte que deduzca la pretensión ha de fijar en el mismo (escrito de demanda) los hechos que fundamentan la pretensión y que a la vez son sus motivos..., y de aquí que se exija la expresión de los puntos de hecho y fundamentos de derecho». Nuevamente incide aquí el autor en una excesiva importación de conceptos procesales que no le dejan ver con claridad lo que significa la palabra «motivos» y «fundamentos jurídicos» en el proceso administrativo.

Nuevamente al tratar de las alegaciones procesales (15) y criticando la tradicional doctrina de que la jurisdicción contenciosa es revisora nos dice que «lo alegado como fundamento de la pretensión procesal no precisa haber sido alegado previamente en el procedimiento administrativo. Puede exigirse que la pretensión se refiera al acto administrativo. Pero las alegaciones que fundamentan la pretensión pueden no haber sido formuladas ante la Administración sin que ello constituya un obstáculo a su admisión». Aduce en apoyo de esta postura el artículo 69, 1, transcrito anteriormente.

No hay duda de que se manejan los vocablos con bastante carencia de sentido técnico y crítico, máxime teniendo en cuenta que el problema queda planteado ante el vicio de desviación de poder.

Sobre este tema se han publicado dos interesantes trabajos debidos a

(13) Op. cit., pág. 336.

(14) Op. cit., pág. 341.

(15) Op. cit., págs. 542 y sigs.

CLAVERO ARÉVALO (16) y TRUJILLO PEÑA (17). El primero de los mencionados trabajos aborda problemas importantes. Afirma CLAVERO que la desviación de poder es una cuestión y no una pretensión. Realmente no es así. Lo que ocurre es que parte de un concepto de pretensión delimitado tan sólo por el *petitum*, ya que nos dice que las pretensiones en el proceso administrativo son muy simples, pues se limitan a solicitar la anulación o confirmación del acto y todo lo más a la petición de declaración de un derecho. Ahora bien, esto no es del todo exacto. Ocurre, sencillamente, que la pretensión abarca también a los motivos de impugnación en el sentido expuesto, es decir, a los grandes vicios de los actos administrativos, entre los que está la desviación del poder. Más adelante tendremos ocasión de criticar algunos aspectos del trabajo citado. En cuanto al trabajo de TRUJILLO PEÑA plantea también interesantes cuestiones, pero tampoco aborda el problema central de la terminología utilizada y del acotamiento cualitativo de la pretensión procesal administrativa.

Hemos de empezar por replantear la cuestión. El proceso administrativo no ha modificado, sustancialmente, los conceptos del proceso civil. No podía hacerlo y, además, ha adoptado los consolidados de la ciencia procesal española. Existe, por tanto, una diferencia notable entre la *causa petendi*, el *petitum* y los *fundamentos de derecho*.

Esto se ve muy claro en un proceso civil. Pero ¿dónde están los límites en el administrativo? Para aclarar lo que decimos nada mejor que plantear otro caso de estudio. A recurre contra un acto administrativo que le deniega el haber pasivo por sus años de servicio. Desintegramos el supuesto:

a) Acto impugnado: el que se haya dictado sobre el caso (del Tribunal económico-administrativo central o el del Consejo Supremo de Justicia Militar según que sea funcionario civil o militar).

b) *Causa petendi*: ese mismo acto administrativo en cuanto que ha infringido la norma vinculada que otorga derecho a haber pasivo a quienes llevan los años de servicios exigidos. Dicho jurídicamente: el acto administrativo viciado de violación de norma vinculante.

c) *Petitum*: la anulación del acto y el reconocimiento del derecho a haber pasivo con condena de la Administración.

(16) *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en el núm. 30 de esta REVISTA, págs. 105 y sigs.

(17) *La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo*, en el núm. 35 de esta REVISTA, págs. 153 y sigs.

d) Fundamentos de derecho: las citas concretas del Estatuto de clases pasivas, leyes especiales, doctrina, etc., en apoyo de la *causa petendi*.

e) Sujeto: el recurrente.

De estos elementos, tan sólo acotan cualitativamente la pretensión, el sujeto, el acto impugnado, la *causa petendi* y el *petitum*, no los fundamentos de derecho. De este acotamiento se deduce que habrá cosa juzgada cuando un nuevo proceso verse sobre los mismos extremos delimitadores, y, además, que habrá desviación procesal cuando haya modificación de tales elementos a un mismo proceso. Por ejemplo: suponiendo la posibilidad de un nuevo proceso, no habrá cosa juzgada cuando, siendo iguales los elementos a), c), d) y e), varía la *causa petendi*; pero, ¿cuándo variará la *causa petendi*? Recordemos los tres grandes vicios del acto administrativo. Si se alegara en el nuevo proceso desviación de poder o incompetencia absoluta se habría variado el proceso. No habría cosa juzgada. Al contrario, esta misma variación, durante el proceso inicial, daría lugar a una modificación de la *causa petendi*. En cambio, la modificación, dentro de cada vicio, de las alegaciones o fundamentos jurídicos, nada tiene que ver con la congruencia del proceso. No vinculan al juzgador (18).

(18) En el proceso civil la delimitación puede hacerse en términos muy concretos llegando hasta un límite infinitísimo. Por ejemplo, impugnado un testamento por dolo, puede impugnarse después por error y luego por violencia. Cada «instrumento» del vicio de la voluntad acota cualitativamente la *causa petendi*. No ocurre de la misma manera en el proceso administrativo.

Son bien conocidas las teorías de la *individualización* y de la *sustanciación o del hecho natural*, desplegadas con todo lujo de detalles en el proceso civil. Según aquélla, basta delimitar genéricamente la pretensión para que quede acotada. Por ejemplo, el propietario que reclame la entrega de la cosa tendrá que demostrar solamente que es dueño. Para la segunda, al contrario, tendrá que demostrar y basar su petición en los hechos concretos en que se ampara su cualidad de propietario (herencia, compra, etc... Vid. GUASP, op. cit., pág. 244). La teoría que se expone en el texto no encaja perfectamente en alguna de ellas. No en la primera, por cuanto, en efecto, se exige un mayor acotamiento que la simple solicitud de la anulación del acto o además la declaración de un derecho subjetivo, y no en la segunda, por cuanto no se admite el límite infinitesimal que supone el tomar como elemento cualificador el vehículo o instrumento del vicio. Insistimos en que estos conceptos han sido perfilados pensando sola y exclusivamente en el proceso civil. De él se han ido extendiendo al penal, pero con mayor amplitud (art. 733 citado), y, por último, al administrativo, e incluso al constitucional. Que su aplicación no puede ser aquí como en el civil lo demuestra el hecho de que el Juez administrativo y el constitucional son, en cierto sentido, creadores del derecho, es decir, legisladores y administradores.

IV.—ESPECIALIDAD DE ESTOS CONCEPTOS EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

Hemos visto cómo vienen depurados los conceptos anteriores. Podríamos resumir nuestra postura en el siguiente cuadro :

Elementos cualificadores de la pretensión procesal administrativa	$\left\{ \begin{array}{l} \text{hechos} \dots\dots\dots \\ \text{sujetos} \dots\dots\dots \\ \text{causa petendi integrada por} \\ \text{Petitum} \dots\dots\dots \\ \text{acto impugnado} \dots\dots\dots \end{array} \right.$	el acto lesivo relacionado con
		el vicio genérico de incompetencia, violación de norma o desviación de poder (motivos).

Elementos no cualificadores..... Las llamadas alegaciones o fundamentos de derecho.

De este cuadro interesa destacar que el acto administrativo viene definido dualmente: como acto impugnado y como acto lesivo, y esto tiene su explicación. En cuanto elemento cualificador de la pretensión, nos encontramos con un acto administrativo, de la naturaleza que sea, cuya única importancia estriba en que ha de ser claramente delimitado a efectos del proceso. En cambio, como integrador de la *causa petendi*, este acto se utiliza como arma en cuanto que ha lesionado la esfera del administrado o ha violado normas de acción. Constituye un requisito esencial del proceso administrativo la existencia de un acto administrativo previo que se ataque. No caben recursos contencioso-administrativos sin la existencia de actos administrativos. Tales actos pueden existir *ab initio* o hay que prefabricarlos a través de la decisión previa (por ejemplo, controversias sobre un contrato administrativo en que el contratista tiene que solicitar el reconocimiento de su derecho para, después de negado, atacar este acto administrativo negatorio y a través de su anulación conseguir su propósito). Esta decisión previa en vía administrativa, que es la que nos interesa, difiere del «apurar la vía gubernativa previa a la judicial ordinaria, laboral, etc...» y del «apurar la vía administrativa para que el acto sea definitivo» (estos conceptos los hemos analizado en otro lugar). En el primer caso, efectivamente, se prefabrica un acto administrativo impugnado. En el segundo, el acto que se produce, expreso o tácito, sirve para liberar el obstáculo procesal que para demandar en vía ordinaria se exige contra el Estado y Entidades locales (privilegio no presumible y, por tanto, no extendible a los entes públicos que no lo tienen concedido expresamente). En el tercer caso, el acto administrativo existe *ab initio*, pero es preciso llegar a la cúspide de la pirámide jerárquica (que puede no coincidir con la normal en todos los casos, ya que

a efectos del recurso sólo existen dos grados de jerarquía orgánica) para que sea impugnabile en vía contencioso-administrativa.

Hay Ordenamientos en los que cabe la discusión entre particulares ante los Tribunales administrativos, concretamente en Alemania, cuando versen sobre cuestiones administrativas (por ejemplo, sobre dominio público. Son los *parteistreitigkeiten*). En España, los particulares a lo más que pueden llegar es a considerarse demandados en *litis* consorcio con la Administración o coadyuvantes, pero siempre junto a la Administración demandada (aparte, naturalmente, de recurrentes, pero siempre, conviene no olvidarlo, contra actos administrativos).

a) *Desviaciones procesales*.—Es copiosa la jurisprudencia que aborda el tema de las desviaciones procesales, es decir, de los cambios de la pretensión durante el proceso. Hemos de distinguir varios supuestos. Para ello sigamos un orden lógico teniendo en cuenta el cuadro anteriormente expuesto.

a') Hechos totalmente distintos a los discutidos ante la Administración. Es un caso claro de desviación procesal y se comprende si se tiene en cuenta que en España, al menos hoy día, es preciso que exista un acto administrativo que se impugna. Este acto ha podido ser dictado después de un complejo procedimiento instado por el administrado, o puede haber surgido de oficio por la Administración. En todo caso sólo puede formar parte de la *causa petendi* el hecho histórico controvertido ante ella. La sentencia de 3 de marzo de 1962 (Sala 4.ª) conoce de un recurso en el que se atacaba un deslinde de montes de varios terrenos, cuando en el expediente tan sólo se relacionaba uno de ellos. Existe —dice la sentencia—evidente incongruencia entre lo solicitado en vía administrativa y lo demandado ante el Tribunal (hace alusión, como no podía ser de otro modo, a las funciones revisoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, concepto éste que debe ser manejado con cautela, puesto que dentro de cada uno de los vicios enumerados anteriormente cabe completa movilidad de las partes y del tribunal, sin romper el principio de congruencia).

b') Acto administrativo impugnado distinto del que se produjo en la vía administrativa. Es clara también esta desviación procesal que no merece mayores comentarios.

c') Discordancia entre el acto administrativo impugnado en reposición con el señalado en el escrito de interposición del recurso y con el de la demanda. Es principio reiterado el de que el acto impugnado en el escrito inicial ha de ser el mismo que el mencionado en la demanda.

En este sentido la sentencia de 7 de junio de 1961 (Sala 4.ª) y 20 de abril de 1961 (Sala 3.ª). En ocasiones la desviación se produce entre el recurso de reposición y el escrito inicial o entre estos dos y la demanda. Todos estos supuestos, por referirse a uno de los elementos cualificadores de la pretensión, dan lugar a desviaciones en el mismo proceso.

d') El problema de los vicios jurídicos de los actos administrativos es el que plantea mayores dificultades y el que ha dado origen precisamente a este trabajo. Como venimos manteniendo, ha de haber continuidad en este elemento de la *causa petendi* desde que se produce el acto administrativo, a través del recurso de reposición, hasta la formalización de la demanda. El escrito de interposición poco juega al respecto, ya que su importancia se ciñe casi exclusivamente a la delimitación del acto, pero no a los motivos de impugnación del mismo. Esta continuidad significa que no se podrá pasar de un vicio a otro sin cometer desviación procesal, pero sí, en cambio, cabe la movilidad dentro de cada uno de ellos. Así, por ejemplo, si contra un acto administrativo se interpone recurso de reposición, alegando el vicio de incompetencia, se cometería desviación procesal si en el escrito de demanda se alegase la desviación de poder, pero, en cambio, no habría tal si habiéndose alegado este último vicio se apoyara en el recurso de reposición en mala fe del funcionario (es decir, dolo) y en la demanda se basase en error o ignorancia. Como se ve, esto implica un desbordamiento del clásico concepto de que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora. Por una parte, en efecto, hay que mantener este criterio (sobre todo impidiendo la modificación de vicios genéricos), pero, en cambio, por otra, hay que ampliar la raquílica interpretación que la jurisprudencia ha venido dando a este concepto y admitir posibles modificaciones dentro de cada uno de ellos sin que se cometa desviación procesal.

e') Desviación procesal y nulidad de pleno derecho.

El caso no es teórico. ¿Hay desviación procesal cuando en el recurso de reposición o en el de alzada, según los casos, se alega violación de normas o desviación de poder de un acto subjetivo y en la demanda se alega la nulidad absoluta de la orden reglamentaria de la cual se deriva el acto impugnado?

Son bastantes las sentencias que sin tener un concepto claro de los vocablos que se manejan en la Ley de la jurisdicción, tales como motivos, fundamentos, etc., se limitan a hacer una comparación matemática entre los suplicos de los escritos, llegando a la conclusión de que existe desviación procesal cuando se articulan más peticiones en uno que en otro. Así, por ejemplo, la sentencia de 2 de octubre de 1961 (Sala 5.ª)

declara inadmisibles uno de los *petitum* de la demanda por no haber sido articulado en vía administrativa, siendo así que se solicitaba en él la declaración de nulidad de pleno derecho de un Reglamento. Parece evidente que es exagerada esta postura, por cuanto la nulidad de pleno derecho o inexistencia jurídica no admite convalidación, puede ser alegada en cualquier momento e incluso de oficio puede ser revisada por el Tribunal. Es éste uno de los puntos en que la jurisprudencia debe reaccionar atrayendo en virtud del principio *iura novit curia* estas cuestiones de trascendental importancia.

f') *Petitum* diferente en los escritos anteriores y el de demanda.

Como elemento cualificador de la pretensión, el *petitum* es sustancial y se cobija en el suplico de los escritos de las partes. Por ello no pueden ser modificados dentro de un mismo proceso. El artículo 79 de la LJ permite que en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones se pueda solicitar pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate si constaren ya aprobados en autos. Esto no es una modificación del *petitum*, sino una concreción del *quantum* del mismo. Otra cosa sería si la petición de daños y perjuicios se formulase por primera vez ante el Tribunal, porque en este caso sí que habría lugar a reconocer una desviación procesal.

b) *Inexistencia de desviación procesal.*

Como contrapartida de lo anterior, hay casos en los que no cabe hablar de tal desviación, y como más patentes tenemos los siguientes:

a') El supuesto examinado más arriba de la nulidad de pleno derecho que puede y debe ser acogida incluso de oficio por el Tribunal.

b') La modificación de los fundamentos de Derecho. Estos fundamentos no cualifican la pretensión. Se trata de elementos que ayudan al juzgador a una recta aplicación del Derecho. Nos interesa destacar que las palabras alegaciones y fundamentos de Derecho se utilizan sinónimamente en la Ley jurisdiccional.

En ocasiones, sin modificarse la *causa petendi*, se modifican los fundamentos, las alegaciones o los razonamientos esgrimidos. Nada de esto importa a los efectos del proceso, siempre y cuando a la vez no se modifique el suplico de la pretensión. Así, por ejemplo, la sentencia de 18 de abril de 1960 (Sala 5.^a) abordó el supuesto de que en reposición y en el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo solicitó el recurrente los beneficios de la Ley de 15 de julio de 1952, y el 90 por 100 del

suelo de Capitán como haber pasivo, mientras que en la demanda se solicitó el sueldo entero de brigada. La sentencia estima que se ha dado un supuesto de desviación procesal, lo que es claro en este caso, pero no porque se haya modificado la *causa petendi*, sino porque se ha modificado el *petitum* que es otro de los elementos cualificadores de la pretensión.

c) *La jurisdicción contencioso-administrativa como revisora.*

Se repite como dogma infalible el que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora de los actos de la Administración. Esta afirmación hay que reducirla a sus justos límites. Ya vimos que puede moverse el Tribunal con libertad siempre que no haya cambio de la *litis*, y para nosotros estos cambios proceden cuando existe modificación de algunos de los elementos cualificadores de la pretensión, entre los que están los grandes vicios de los actos administrativos. Ahora bien, hay un campo en el que el concepto de «revisoriedad» debe aplicarse en toda su pureza, y es aquel en el que el acto administrativo ha recogido algún defecto procesal sin entrar en el fondo. Supongamos que en un procedimiento administrativo el acto final resolutorio declara la falta de interés en el peticionario, o en una alzada la falta de representación del recurrente si es un tercero, o la ausencia de requisitos formales necesarios. Atacados tales actos administrativos en vía judicial, es claro que el Tribunal tan sólo puede conocer de esa concreta cuestión, y aun suponiendo que la resuelva en sentido favorable para el recurrente, debe remitir las actuaciones a la Administración para resolución final, no pudiendo entrar en el fondo. En estos casos se conectan un *acto administrativo* y una *sentencia*, no siendo de aplicación por ello el artículo 100, 7, de la LJ, según el que «las Salas de lo Contencioso-administrativo, cuando en apelación revoquen la sentencia apelada que hubiere declarado la falta de jurisdicción, la incompetencia del Tribunal o la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, resolverán, al mismo tiempo, sobre el fondo del asunto». Este artículo no tiene más apoyo que la economía procesal (esta ley de la ventaja jurídica), pero hace perder un grado de jurisdicción a los interesados. El sentido categórico del mismo (*resolverán*) está en contra de nuestro concepto sobre la apelación. Pues bien, en los casos señalados, sí que cabe afirmar totalmente el carácter revisor de los Tribunales, pero esto no debe hacer perder de vista los otros supuestos planteados en este trabajo en los que no se debe aplicar tal criterio.

V.—LA DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Lo anteriormente examinado nos conduce a plantear el problema de la desviación de poder. La definición que de este vicio hemos dado en otro lugar (19) nos ayuda a descifrar su significado en la Ley de la jurisdicción. Se trata de un vicio que afecta única y exclusivamente a la parte discrecional del acto administrativo, y si esto es así, hay que partir de lo que sea la discrecionalidad. Me remito a la discusión del concepto e incluso a la definición que hemos dado. Esto significa que no cabe hablar de desviación de poder en la parte vinculada de un acto administrativo, y que, por tanto, se impone una sucesión cronológica por parte de los tribunales en el examen de los actos administrativos. Si hacemos la disección de un acto administrativo a efectos de su examen por los jueces, podremos establecer las siguientes fase de cognición judicial:

1.^a Puede estar viciado en cuanto a la competencia, procedimiento y formas. Son vicios primarios del acto. El Juez o Tribunal si estima que existe alguno de estos vicios, anulará el acto y no entrará en el fondo.

2.^a Puede, aun no estando viciado en el aspecto exterior, violar una norma directa y vinculante. El Tribunal anularía por esta razón.

3.^a Puede, aun no estando viciado por los motivos anteriores, infringir el Ordenamiento jurídico en la parte discrecional, bien atacando los principios generales del Derecho en sentido formal o bien los principios materiales de la Constitución, etc. Aquí radica precisamente la desviación de poder.

Se comprende por ello que hablar de desviación de poder en la parte vinculada del acto administrativo es una contradicción.

CLAVERO defiende la postura adoptada por determinadas sentencias de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, que afirman haber desviación de poder en los actos reglados (20). Esta opinión, como aquella doctrina es criticable, pues es empeñarse en conseguir la cuadratura del círculo.

Para tal corriente de opinión nos parece adivinar que la desviación de poder es sinónimo de mala fe, y que sólo cabe cuando hay dolo o intención de provocar y conseguir fines distintos a los marcados por el Ordenamiento jurídico, y esto es completamente erróneo. Ya hemos dicho y repetimos que cabe una desviación de poder de buena fe, puesto que no es más que una cobertura genérica en la que se cobijan los instrumentos

(19) Vid. mi *Curso*, cit., págs. 256 y sigs.

(20) Trabajo citado.

o vehículos que hacen posible este vicio. Un ejemplo pondrá de manifiesto la inconsistencia de la opinión criticada. Imaginemos que un determinado funcionario solicita un beneficio económico para el cual es preciso llevar diez años de servicio. Este funcionario no lleva más que ocho, y, en consecuencia, se le deniega la petición. Esta denegación además se lleva a cabo por un órgano cuyo titular se sabe de ciencia cierta que es enemigo personal del solicitante, es decir, que tiene motivos de variada índole para perjudicarlo. ¿Puede decirse que se haya cometido desviación de poder? Es evidente que la norma, de manera vinculada, ha delimitado lo que deba entenderse por interés público en este caso concreto, y actúa esta vinculación con independencia absoluta de los móviles concomitantes que acompañan al acto. Viceversa, si el titular del órgano hubiese otorgado el beneficio por simpatía hacia el funcionario, que no llevaba los años exigidos es claro que cualquier tercero legitimado hubiese podido impugnar el acto, pero no por desviación de poder, sino por violación directa de norma. Lo contrario es olvidar, como veremos más adelante, que pueden haber causas de pedir, alternativas, subsidiarias e independientes. La afirmación, por tanto, de que un acto administrativo puede estar viciado en cuanto al contenido vinculado y en cuanto a la finalidad en la misma parte es rechazable y equivocada.

Esto nos lleva a examinar cómo juega la desviación de poder a efectos del proceso contencioso-administrativo.

a) *Desviación de poder y otros vicios del acto administrativo.*

Que un acto administrativo pueda estar viciado por incompetencia, por violación de norma o por desviación de poder conjuntamente, no es posible admitirlo ni negarlo de manera general, puesto que hemos de actuar por grados para llegar a una recta aplicación del Ordenamiento.

Si la desviación de poder es un vicio de la parte discrecional del acto administrativo, y si todo acto administrativo tiene partes vinculadas, es claro que la desviación de poder podrá coexistir con otros vicios que afecten a estas partes vinculadas. Ahora bien, esto nos obliga a llevar a cabo una serie de combinaciones de elementos según un orden preestablecido para determinar si son posibles todas ellas o si por el contrario hay elementos que no pueden combinarse por carecer de capacidad para ello.

Si la discrecionalidad tiene, entre los límites que la perfilan, unas fronteras formales, puesto que la forma, procedimiento y competencia son normalmente vinculadas, habremos de empezar por reconocer que

únicamente puede un Tribunal entrar a examinar el vicio de desviación de poder, si las partes formales vinculadas están ajustadas a Derecho. Coexisten, pues, o pueden coexistir posibles vicios de forma con una desviación de poder.

En cambio, son incompatibles los vicios de desviación de poder y violación de norma directa y vinculante en la misma parte del acto, por cuanto una cosa no puede ser discrecional y vinculada a la vez. La coexistencia anteriormente establecida no significa por otra parte que los vicios primarios o formales sean instrumentales respecto de la desviación del poder, como afirma CLAVERO. Esta postura parte del erróneo concepto de que existen actos discrecionales y actos vinculados cuando en la realidad no se encuentran actos administrativos en estado puro de una u otra especie, sino que existen partes discrecionales y partes vinculadas, dualidad puesta de manifiesto por la anterior doctrina española. Se trata sencillamente de impugnar partes de distinta naturaleza de un mismo acto administrativo que se acumulan en un mismo proceso, pero que viven completamente independientes.

No se trata de instrumentalidad de los vicios, sino de escalonamiento necesario al ser examinados por el Tribunal, y esto tiene una gran importancia a efectos de las apelaciones por desviación de poder.

b) *Desviación de poder y apelación de sentencias.*

Con esto llegamos al último punto de este trabajo. El interés de la figura de la desviación del poder en nuestro Ordenamiento jurídico surge inevitablemente de los preceptos de la Ley de la jurisdicción que autorizan la apelación de las sentencias que versen sobre este vicio en todo caso, y esto hace que sea necesario el delimitar exactamente cuál va a ser el campo de acción de estas apelaciones incondicionales. Por de pronto el auto de 20 de octubre de 1961 abordó la cuestión de trascendental importancia de la incompatibilidad entre los conceptos de incompetencia y desviación de poder, lo cual quiere decir que esta apelación viene condicionada por determinadas circunstancias fácticas y jurídicas.

La jurisprudencia hasta ahora no ha adoptado un criterio uniforme, limitándose a resolver casos concretos y sin desarrollar una doctrina de tipo general. Se ha hablado de desviación de poder implícita, indirecta, concomitante con otros vicios, etc., pero no se ha abordado de manera comprensiva qué significado tiene este vicio hoy día en España.

La desviación de poder puede alegarse como vicio único, como vicio alternativo de otro, o como vicio subsidiario de alguno de ellos. En todos estos casos dicho vicio, por ser el que afecta a la parte más etérea y difu-

minada del acto administrativo, ha de examinarse después de seguir las fases cronológicas que anteriormente expusimos, respecto de las formas, procedimiento, etc. Vamos a seguir esta exposición mediante ejemplos que aclararán cumplidamente nuestro propósito:

1.º La Administración discriminatoriamente concede unos beneficios económicos a unos funcionarios y no a otros, concesión que el Ordenamiento deja a su discreción y que la Administración ha motivado en la asistencia física a la oficina durante determinado tiempo. El señor X, creyéndose perjudicado y en desigualdad con sus compañeros, solicita el beneficio. Denegado por la Administración, interpone recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición. Pueden ocurrir dos supuestos:

a') Que se alegue como único vicio el de desviación de poder. En este caso, si los requisitos de forma y procedimiento han sido observados, toda la discusión de la litis y la sentencia versarán sobre tal desviación. Pero puede ocurrir que los requisitos de forma y procedimiento o competencia no se hayan observado. En este caso el Tribunal podrá hacer uso de sus facultades de oficio para revisar la violación de las normas de acción en todo caso, anulando las actuaciones para su reposición al momento procedente. Es claro que aquí se ha producido en cierto sentido una conversión jurídica, ya que la desviación de poder no ha sido ventilada en el proceso, aun cuando haya sido el único elemento cualificador de la *causa petendi* por parte del recurrente. Y nos parece evidente también que no cabe hablar de recurso de apelación (estamos imaginando que la sentencia es sólo impugnabile por razón de la desviación de poder) y no cabe porque la actuación judicial se ha parado precisamente en un estado anterior a su discusión. Ni el proceso ni la sentencia han versado jurídicamente sobre este vicio. Véase la importancia que tiene nuestra afirmación anterior de que no se trata de vicios instrumentales, sino independientes en todo caso.

b') Que se alegue el vicio de desviación de poder subsidiariamente de los vicios de forma, procedimiento o competencia. En cierto sentido viene a ser una subespecie del caso anterior, pero con la particularidad de que aquí es el propio recurrente el que denuncia unos vicios previos que sólo si son desestimados darán entrada al examen del fondo por desviación de poder. Si la sentencia estima alguno de los vicios previos, no cabe recurso de apelación, pues no versa sobre desviación de poder. Si por el contrario, desestima los vicios previos y entra a examinar el de fondo, cabe recurso de apelación, pero limitado a este último debate.

Se podrá, no obstante, producir cierta anomalía si el Tribunal superior hace uso a su vez de sus poderes de oficio sobre las normas de acción anulando lo actuado. En todo caso sería una actuación unilateral del Tribunal que no se le puede negar.

2.º Cabe pensar en el planteamiento de la desviación de poder subsidiariamente de la violación directa de norma jurídica. Este caso es límite realmente, pues ya hemos dicho antes que no puede ser una cosa a la vez vinculada y discrecional, y aquí se trataría de que la misma parte del acto administrativo, y concretamente el contenido, se estimaba vinculada y, subsidiariamente, discrecional. No obstante, puede darse el caso de que determinado aspecto de un acto administrativo sea de difícil calificación y cabría, en último término, admitir esta desviación de poder como subsidiaria. Si el Tribunal admite el carácter vinculado de lo impugnado, no cabe hablar de apelación, porque no versa la sentencia sobre desviación de poder, ya que fué planteado solamente con carácter subsidiario.

3.º Por último puede esgrimirse la desviación de poder en plano de igualdad y alternativamente con el vicio de incompetencia, de forma o de contenido. En este caso tiene plena aplicación la doctrina sentada por el Auto de 20 de octubre de 1961, según el que existe incompatibilidad entre los conceptos técnicos de incompetencia y desviación de poder, y podríamos añadir nosotros entre los demás vicios, y este último cuando se articula en plano de alternatividad, salvo el supuesto anterior en cuanto al contenido.

No cabría entrar en el examen de la desviación de poder como vicio «a se». Habría un erróneo enfoque del recurrente. No cabría apelación por esta sola razón (21).

(21) En el caso resuelto por el Auto mencionado, el recurrente adoptó las palabras desviación de poder como sinónimas de incompetencia absoluta, lo que, por cierto, procede del viejo concepto que del exceso de poder se tenía. En Italia, por ejemplo, se le denominó *straripamento di potere*. La Ley francesa de 24 de agosto de 1790 y el artículo 27 de la Constitución de 3 de septiembre de 1791 prohibían a los tribunales intervenir en asuntos del ejecutivo. La intromisión suponía un exceso de poder. Aún vemos cómo algunos procesalistas hablan de exceso de poder al tratar de la casación por quebrantamiento de forma en algunos de sus motivos. Es curioso observar cómo conceptos que hace años significaban lo mismo, hoy son incompatibles (desviación de poder e incompetencia absoluta).

La desviación de poder en España es un vicio independiente y por ello no debe confundir a nadie su concepto en Italia o en Francia. En el primero de los países citados el exceso de poder se articula como vicio de voluntad y es un nombre genérico que tiene variantes, entre las que está precisamente *lo sviamento di potere*. En Francia, el exceso de poder es un recurso distinto del de plena jurisdicción; no ya dos pretensiones, sino

VI.—INTERPRETACIÓN DE LA TERMINOLOGÍA ADOPTADA POR LA LEY DE LA JURISDICCIÓN.

Podemos ya aplicar al sistema español las ideas expuestas anteriormente. Cuando el artículo 43 de la LJ establece que la jurisdicción contencioso-administrativa juzgará dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes está tomando el sentido técnico de pretensión: acontecimiento histórico delimitado por un acto administrativo, por unos sujetos, por una *causa petendi* y por un *petitum*. La *causa petendi* está integrada a su vez por el acto lesivo y el motivo o vicio genérico de los tres que caben en nuestro Ordenamiento: incompetencia, violación directa de norma (forma o fondo) y desviación de poder. El *petitum* será según los casos, o la simple anulación, o la anulación más el reconocimiento del derecho, incluso la condena a daños y perjuicios. Este mismo artículo habla de las «alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición». La palabra alegaciones está tomada aquí en un sentido equívoco porque las alegaciones, como sinónimas de fundamentos jurídicos, no vinculan ni limitan la actuación de los tribunales. Por ello, más bien tiene el significado en este artículo de motivos de infracción o grandes vicios. En su párrafo 2.º menciona a los «motivos» susceptibles de fundamentar el recurso o la oposición. También debe interpretarse como grandes vicios del acto que limitan las facultades cognoscitivas del juez.

El artículo 69, 1.º, que plantea más dudas debe ser interpretado del siguiente modo: hechos y fundamentos de derecho no ofrece dificultades, y pretensión y motivos en su justificación significan: la pretensión hace referencia casi exclusivamente al *petitum*, criterio que se refuerza por el propio artículo 41 y el 42 cuando clasifica las pretensiones teniendo en cuenta lo que se puede solicitar del Tribunal. Pero hemos demostrado antes cómo el *petitum* es sólo un dato más, ni siquiera el más importante, para acotar la pretensión. Por ello entendemos que la palabra pretensión debe tomarse en el sentido real expuesto como complejo de *causa petendi*, *petitum*, acto, etc., y, en cambio, la palabra «motivos», como instrumentos o vehículos detectantes del vicio genérico (que queda así englobado en la *causa petendi*). Por ello tales motivos no vinculan y

dos recursos distintos en muchos aspectos. Dentro de él caben varias formas de «ouvertures», entre las que está el *detournement de pouvoir*. Nuestro sistema es bastante más claro que los expuestos. Radicando la desviación de poder en la parte discrecional del acto, es claro que todo lo que a ella afecta tiene que ver con este vicio. Hablaremos por ello de desviación de poder dolosa, errónea, delictiva, arbitraria, siendo el común denominador una situación de injusticia existencial.

pueden variarse durante el proceso. Y por esto cuando la jurisprudencia afirma que este precepto no autoriza a variar radicalmente la litis tiene razón en parte, porque, en efecto, no puede variarse el vicio genérico, pero, en cambio, sí que puede variarse el vehículo o instrumento que lo exterioriza, y, por supuesto, el fundamento jurídico en su apoyo. Antes expusimos ejemplos. En cuanto al artículo 102, *g)* hemos de decir algo análogo, ya que tan sólo cabe la incongruencia en este tipo de procesos cuando se falla sobre algo que vincula sin haberse pedido, o se deja de fallar sobre esto mismo cuando se solicita (téngase en cuenta la facultad de los tribunales según artículo 43, 2.º). Por ello habrá incongruencia cuando se acoge la desviación de poder sin haberse alegado (y sin hacer uso de las facultades expuestas), o se deja de fallar debiendo hacerse, es decir, cuando, habiéndose esgrimido como vicio subsidiario, se desestimase los anteriores y no se pronunciase la sentencia sobre tal extremo.

No la habrá cuando se articule tal vicio por error y se falle por dolo, por ejemplo.

VII.—CONCLUSIÓN.

Creo debidamente expuesto mi punto de vista sobre esta trascendental cuestión que plantea dudas y criterios diversos. Debo resumirlo. A mi juicio existen tres grandes vicios de los actos administrativos, cuya clasificación es necesario hacer a efectos judiciales. La LJ acabó, en efecto —y esto ha sido un acierto—, con el sistema enumerativo de vicios, pero dejó escapar uno, el de desviación de poder, que se menciona expresamente. Esta mención adquiere caracteres relevantes cuando se la conecta con el recurso de apelación. Esto nos obliga, queramos o no, a reagrupar nuevamente la atomización de vicios de los actos administrativos en algunos grandes grupos para, de manera negativa, saber cuándo no hay desviación de poder a efectos impugnatorios. Por esta vía encontramos tres grandes vicios o motivos impugnatorios: la incompetencia, la violación directa de norma (por forma o por fondo) y la desviación de poder. De aquí, y dando un paso más, llegamos a distinguir entre estos vicios y los instrumentos de exteriorización. Tales instrumentó o vehículos son los llamados vicios por la doctrina general, pero que en nuestro campo no son sino los medios a través de los que se manifiestan tales vicios. Así decíamos que el error puede ser un medio de que se cometa violación

directa de norma cuando incide sobre parte vinculada y de que se cometa desviación de poder cuando incide sobre la discrecional.

Aclarados estos conceptos, la tarea ha sido fácil. Sólo acota la pretensión la *causa petendi* formada por el acto cuestionado y el vicio genérico, no el medio de exteriorización, así como el *petitum*, los hechos, el acto y los sujetos. Esto supone un avance para determinar qué quiere decir la Ley cuando utiliza estos vocablos, y sobre todo para reducir a sus justos términos la, por tan tradicional tan poco estudiada, idea de que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora.

Mantenemos, por tanto, que la pretensión queda acotada en cuanto a la *causa petendi* se refiere, por el acto lesivo y los vicios genéricos. Resulta de todo ello que la desviación de poder es un verdadero vicio que imprime carácter al proceso contencioso-administrativo, y como tal, no puede valer simplemente para conseguir una apelación. Procede por esto que se examine cuidadosamente la forma de articularlo y su posibilidad jurídica. Otra cosa será su probabilidad de éxito. Esto queda en manos del Tribunal *ad quem*.

