

# LA DESVIACION DE PODER EN RELACION CON EL RECURSO DE APELACION Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA DESVIACIÓN DE PODER Y EL RECURSO DE APELACIÓN. 1. La desviación de poder en vía administrativa pura o gubernativa. 2. En la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. A) En primera o única instancia. B) En segunda instancia o apelación.—III. LA DESVIACIÓN DE PODER Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. 1. En el silencio desestimatorio o normal. 2. En el silencio confirmatorio o positivo.—IV. CONCLUSIÓN.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

La novedad que representa la introducción de la doctrina de la desviación de poder en una norma *explícita*, en la Ley Jurisdiccional de lo Contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956, la conceptualización que de dicho vicio en los actos administrativos se da en ella—artículo 83-3—y la admisión del recurso de apelación en todo caso, cuando las sentencias de los órganos jurisdiccionales versaren sobre aquél—artículo 94-2 de la misma Ley—plantea cuestiones del más vivo interés, con las que han de enfrentarse los Tribunales de aquella jurisdicción y que, paso a paso, irán matizando las decisiones de las Salas 3.ª, 4.ª y 5.ª de nuestro Tribunal Supremo.

Otro punto que merece atención es el de la relación que la doctrina de la desviación de poder pueda tener con el silencio administrativo, concretamente, si es posible que la Administración incida en ese vicio, en las dos modalidades que para el acto presunto tiene ya establecidas nuestra legislación administrativa: silencio desestimatorio o negativo—artículo 38 de la LJ (Ley Jurisdiccional, para lo sucesivo) y 94 de la LPA (Ley de Procedimiento Administrativo)—y silencio confirmatorio o positivo—artículo 95 de la LPA—.

Trataremos ambas cuestiones por separado, si bien antes de entrar en el estudio de ellas interesa resaltar que en este trabajo vamos a prescindir, en lo que factible sea, de toda pretensión doctrinal sobre la materia, no sólo por lo que de osadía representaría ante monografías y artículos ya publicados y de gran altura científica (1), que nos

(1) S. MARTÍN-RETORTILLO, *La desviación de poder en el Derecho español*, en el número 22 de esta REVISTA, enero-abril 1957; CLAVERO ARÉVALO, MANUEL F., *La des-*

han servido de orientación valiosísima, sino porque lo que buscamos es, sencillamente, la exposición de algunos de los problemas que pueden plantearse y la mejor manera, en nuestro modesto juicio, de resolverlos en la práctica.

## II. LA DESVIACIÓN DE PODER Y EL RECURSO DE APELACIÓN.

Para precisar bien la cuestión, nos ha parecido obligado hacer algunas consideraciones sobre la alegación de la desviación de poder en vía administrativa pura o gubernativa y en vía jurisdiccional, como precedente necesario para tocar después lo relacionado con el recurso de apelación. Presenta ciertos puntos de interés, y de ahí que los tratemos con precedencia.

Y en primer lugar, el concepto. El artículo 83-3 de la LJ define la desviación de poder: «... ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico», con lo que no tenemos ya necesidad de acudir, ni a construcciones doctrinales ni al Derecho comparado para obtener su definición. Obsérvese que en el concepto legal la desviación de poder está en función del *fin*, lo que parece hacerla inaplicable a otros elementos del acto administrativo; pero, como vamos a ver a continuación, en inmediata relación con el *fin*, puede afectar también a los demás requisitos del acto administrativo.

### 1. *La desviación de poder en vía administrativa pura o gubernativa.*

Tanto en el procedimiento administrativo propiamente dicho, como en los recursos administrativos, es procedente la alegación de la desviación de poder, siquiera siempre es más probable que sea en los recursos y no en la petición inicial u originaria, aun cuando en esta última, aparte de los peticionarios, quienes tendrán más interés en resaltarla serán sin duda las personas, que sin haber iniciado el procedimiento ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados o cuyos intereses legítimos personales y directos puedan igualmente ser afectados por la resolución (artículo 23-b) y c) de la Ley de PA de 17 de julio de 1958).

No ofrece duda que la desviación de poder es un vicio del acto administrativo, que afecta fundamentalmente, como anunciábamos an-

---

*viación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en esta REVISTA, núm. 30, septiembre-diciembre 1959; MARTÍNEZ USEROS, *Desviación de poder*, en «Anales de la Universidad de Murcia», 1955-56, y dicha voz, en *Enciclopedia Jurídica Sex.* vol. VII, Barcelona; SERRA PIÑAR, *El recurso por desviación de poder*, en «Revista de la Facultad de Derecho», Madrid, 1942. Se trata, además, de la cuestión en GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho procesal administrativo*, t. II, pág. 326, y III, 214; ALVAREZ GENDÍN, S., *Teoría y práctica de lo Contencioso-administrativo*. Bosch, Barcelona. 1960, págs. 109 y sigs.

tes, al elemento *fin* de dicho acto, siquiera pueda también afectar a cualquiera de los demás requisitos o elementos de aquél (2). Esa viciosidad de que está impregnado el acto con desviación de poder, supone la invalidez del mismo, pero bien entendido, que está encuadrada en el grado o faceta de *anulabilidad*, pues así lo expresa de una manera terminante el artículo 48-1 de la LPA, bajo el epígrafe «invalidez» (sección 3.ª, capítulo 2.º, título III de la LPA), y es viable impugnarla a través de los medios de fiscalización que la propia LPA determina (los del título V, «Revisión de los actos en vía administrativa»). No cabe hablar ya de si se trata de una inmoralidad de la Administración en su forma de actuar—aunque siempre esté ínsita—o de otras elucubraciones científicas sobre la actuación contraria a Derecho, ante el perfecto encaje del vicio como de «anulabilidad» en la LPA. Precisamente la LJ, en su preámbulo—capítulo IV, apartado 5—dice al respecto lo siguiente: «La estimación o desestimación de la pretensión básica—es decir, la declaración de ilicitud y, en su caso, la anulación del acto o disposición—depende de que el acto impugnado sea o no conforme a Derecho... Y refiere la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que conducirla simplemente a las Leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones. La fórmula adoptada comprende, pues, cualquier modalidad de infracción jurídica, y, desde luego, como una de ellas, la desviación de poder, según puntualiza el texto legal, saliendo al paso de la tesis que la configura sólo como una infracción de la moralidad, pero no de la legalidad administrativa.»

De lo expuesto hay que colegir, por tanto, que en el procedimiento administrativo cabe perfectamente obtener la anulación del acto, si es que la Administración estima haber incurrido al dictarlo—bien por sí, en los casos que conforme a la LPA puede efectuarlo, reconociendo ese vicioso actuar (lo que será difícil, pero no imposible), o bien a instancia de parte mediante los recursos de reposición, alzada o súplica en su caso—en evidente desviación de poder. Y también, claro es, en la petición inicial u originaria, aunque lo más frecuente será, como ya decíamos, que sean los interesados, no iniciadores del procedimiento, los que la aleguen.

## 2. En vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

A) *Primera o única instancia.*—Si se alegó en vía administrativa o gubernativa la desviación de poder, es incuestionable que el recurrente en la vía contencioso-administrativa o jurisdiccional, puede y debe ar-

---

(2) MARTÍN-RETORTILLO, S., trabajo citado, pág. 172, y CLAVERO ARÉVALO, monografía citada, pág. 111, nota y esa misma página en el texto y siguientes; ALVAREZ-GENDÍN, S., obra citada, pág. 119.

gumentar como uno de los motivos del recurso—nada obsta que sea el único—la desviación de poder en que incurriera el Órgano administrativo, expuesta ya en el procedimiento administrativo puro y que le hubiera sido allí desestimada, pues es la normal actuación de la jurisdicción referida, la revisión de los actos administrativos dictados por aquélla, a instancia de los interesados (artículos 37, 41 y 83-2 y 3 con sus concordantes de la LJ).

Ahora bien, si ninguna alegación hubiera hecho el interesado—o interesados, claro es—en la vía gubernativa o administrativa pura, en relación con la desviación de poder—siquiera fundara en otros motivos su pretensión—no obstante, todavía tiene oportunidad de efectuarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como se desprende con toda claridad de lo determinado en el artículo 69-1 de la propia LJ. Y en la sentencia del órgano jurisdiccional debe estimarse como comprendida en «cualquier infracción del Ordenamiento jurídico», como reza el artículo 83-2, si es que efectivamente la Sala es de opinión existe aquella desviación al ponderar el concepto del apartado 3 del propio precepto. Pero esa alegación debe efectuarla el recurrente en los escritos del debate—salvo la facultad del Tribunal de que a seguido hablaremos—, pues a diferencia del proceso civil—véanse artículos 670, párrafo 2.º, y 677 de la LEC—en lo contencioso-administrativo el artículo 79-1 de la LJ, determina que «en el acto de la vista o en los escritos de conclusiones no podrán plantearse cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación».

Si la parte interesada en la revisión del acto administrativo a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, no hubiere verificado alegación alguna con respecto a la desviación de poder, y el Tribunal no hubiere hecho uso de las facultades que le confieren los artículos 79-2—para antes de la vista o conclusiones—y 43-2—antes de dictarse sentencia—como sostuvimos en otro lugar (3), es claro que la sentencia no puede contener pronunciamiento alguno sobre la desviación de poder, pues lo impide el principio de congruencia plasmado con específica redacción en el artículo 43-1 de la misma LJ.

Mas si el Tribunal creyera oportuno hacer uso de la potestad—ya decíamos en nuestro aludido trabajo que por su naturaleza subjetiva el principio *iura novit curia* es facultativo—que le conceden los antedichos artículos de la LJ, desde luego la sentencia puede contener el expresado pronunciamiento y estimar, por tanto, el recurso por desviación de poder. Este mismo extremo lo apunta CLAVERO ARÉVALO, en su citada monografía (4), al decir: «Una cuestión de interés práctico es la de si, no habiéndose alegado por las partes en los escritos del debate cuestión de desviación de poder, podría la sentencia anular el acto por la existencia de dicho vicio. Creemos—añade—que ello es po-

(3) Vid nuestro trabajo *Los principios «iura novit curia» e inquisitivo en la nueva Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956*, publicado en la «Revista de Derecho Judicial», núm. 6, abril-junio 1961.

(4) Monografía citada, pág. 118, nota.

sible, siempre que aplique para ello el Tribunal el contenido del artículo 43 de la Ley de lo Contencioso, pudiendo, en su caso, también hacer uso para ello en su caso, de los medios probatorios de oficio a que hace referencia el artículo 75.» De donde hay que inferir que con intervención de las partes—el principio contradictorio en relación con el de congruencia, tiene un enérgico sentido en la LJ—puede el Tribunal de oficio abrir justificación probatoria de la desviación de poder —artículo 75 precitado—y tomarla en consideración, ofreciéndole a las partes los motivos en que se funde—artículos 79-2 y 43-2—, sin que en ningún caso, por ello, se prejuzgue el fallo definitivo, como lo advierte el artículo 43-2 acabado de citar.

B) *En segunda instancia o apelación.*—Determina el artículo 94-2 de la LJ, desde luego como una excepción a la norma general de los asuntos expresados en los apartados a), b), c) y d) de su número 1, que «las sentencias que versaren sobre desviación de poder serán susceptibles siempre de recurso de apelación».

La justificación de este precepto—del que por cierto no trata la Exposición de Motivos—es para ALVAREZ GENDÍN (5) la siguiente: «Como en el apreciar el fin por los Magistrados territoriales puede también haber desviación—ya que no se ha aceptado la enmienda del Alcalde de Oviedo, de que este problema lo examinase el Tribunal Supremo, más alejado de las pasiones locales—, y para unificar el criterio sobre desviación de poder, tan amplio como el contemplado en la anterior definición, se enfocó y resolvió el problema introduciendo la posibilidad del recurso de apelación ante dicho Alto Tribunal de las sentencias que versaren sobre desviación de poder». Tanto el Ministro de Justicia, señor ITURMENDI, como el señor ROYO VILLANOVA, al defender el dictamen de la Comisión de Justicia en las Cortes—expresa el mismo ALVAREZ GENDÍN, en nota 158 de la misma página y obra citadas—sobre el proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa, propugnaron la viabilidad del recurso por desviación de poder con las siguientes palabras: «Mas no se han excluido expresamente los actos discrecionales en base a que, en primer término, discrecionalidad no significa arbitrariedad, y no cabe confundir lo discrecional con lo arbitrario. Además que la discrecionalidad suele referirse a alguno o algunos de los elementos de acto, no al acto en bloque o en su totalidad, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos no discrecionales, porque lo contrario equivaldría a dar carta de naturaleza a la arbitrariedad que caracteriza el despotismo y nuestras Leyes inspiradas en un sentido cristiano niegan el poder arbitrario»; y el señor ROYO VILLANOVA (S.), justifica y aclara la desviación en los siguientes términos: «Por amplios que sean los poderes de una autoridad, han sido concedidos solamente para un fin o fines determinados. Por eso hay desviación de poder cuando se persiguen fines personales de venganza, lucro, etc.; incluso hay desviación

(5) Obra citada, pág. 118.

de poder cuando se persigue un fin público que no es el señalado por la Ley en el caso concreto, verbigracia, si con medidas de Policía se consiguen miras fiscales. De esta manera la jurisdicción contencioso-administrativa tendrá las facultades de interpretar las Leyes que han concedido poderes a los órganos y autoridades administrativas, determinando el fin para el que se les ha otorgado. Así los Tribunales tratarán de descubrir el espíritu de las normas jurídicas sancionando las violaciones no de la letra, sino del espíritu...»

Por tanto, si la sentencia «versare» sobre desviación de poder, el recurso de apelación es siempre factible, conforme al artículo 94-2 de la LJ; pero, ¿con qué alcance? ¿Es que cualquier alegación de las partes sobre la desviación de poder da acceso al recurso de apelación? Nosotros somos de opinión—y así lo sostuvimos en un auto de inadmisión de una apelación del que fuimos Ponente en el extinguido Tribunal Contencioso-administrativo de Vizcaya, de 13 de enero de 1960, en el resolutorio de la súplica intentada de 3 de febrero, y que fue confirmado por el Tribunal Supremo al resolver el de queja interpuesto por la parte, en auto de 24 de marzo del mismo año—que tan sólo cuando se expongan específicas alegaciones de la desviación de poder en relación con el designio que pudo mover a la Administración, para dictar el acto recurrido, es procedente la admisión de la apelación (6). Lo contrario sería dejar un portillo abierto a modo de comodín para el recurrente, con merma de la firmeza que debe presidir en casos normales las resoluciones no susceptibles de aquel recurso. Naturalmente que nos referimos a aquellos asuntos que bien por su cuantía, inferior a 80.000 pesetas, o por ser la materia de personal, Ordenanzas de exacciones de las Corporaciones locales y validez de elección de Concejales y Diputados provinciales, según el artículo 94-1, apartados a), b), c) y d) de la LJ, no es posible el recurso de apelación normalmente. No basta alegar genéricamente en la demanda, por ejemplo: «Invocamos la doctrina de la desviación de poder», o retocer la doctrina dicha, queriendo hacer aplicación de ella a un caso que notoria y jurídicamente carezca del más elemental encaje y apoyo en la misma, pues el propósito e intención del legislador—recuérdense las frases del Mi-

---

(6) En el auto del Tribunal de Vizcaya de 13 de enero de 1960, del que fuimos Ponente, decíamos: «2.º Considerando, que la invocación que ahora el recurrente hace en su escrito interponiendo el recurso sobre la fundamentación de admisión del mismo con el basamento de la desviación de poder, para pretender acogerse a lo determinado en el párrafo 2.º del mismo artículo 94 de la Ley de esta jurisdicción, resulta a todas luces extemporánea, pues sin negar que en casos que tal desviación se dé, el recurso de apelación es en todo caso susceptible al amparo del referido precepto, lo evidente es que preciso se hace que tal doctrina sea citada y fundamente el recurso entablado, no sólo para que, en su caso, pueda ser objeto del principio de contradicción procesal, por la parte o partes contrarias, sino también para que el Tribunal sentenciador pueda ponderarla en su decisión como materia objeto del debate...» Y en el confirmatorio del recurso de súplica interpuesto, «4.º Considerando, en este entendimiento, que la alegación de desviación de poder hecha para legitimar al recurrente, es sólo sobre presupuesto procesal no discutido, pero no sobre pretensión, a cuya raíz afecta la posible desviación...»

nistro señor ITURMENDI y del Ponente del entonces proyecto de Ley, señor ROYO VILLANOVA—no pudo ser tal, al estampar el precepto. Las sentencias del Tribunal Supremo que conocemos hasta ahora, así, Sala 5.ª, 14 de mayo y 8 de junio de 1959, 24 de octubre y 1 de diciembre del mismo año y la más reciente de 26 de diciembre de 1960, así como los autos de la misma Sala, de 8 de junio y 11 de julio de 1959, parecen mantener, implícitamente, el criterio que sustentamos. De no ser así, preferible hubiera sido no establecer límites para la apelación ordinaria o normal, pues a ello, en definitiva, equivale el lograr la apelación, acudiendo a la mágica fórmula de la simple invocación de la desviación de poder, aun a conciencia de que tan sólo sirve para obtener el acceso a aquel recurso, pues el correctivo de la imposición de costas no sería suficiente. Es en el auto del Tribunal Supremo, Sala 5.ª, de 24 de marzo de 1960, que confirmó los del Tribunal de Vizcaya (7), donde se aborda, en cierto modo, la cuestión que hemos dejado analizada, al decir: «Que con arreglo al texto del precepto que se contempla, es indudable que para que una sentencia deba estimarse susceptible de ser apelada, es necesario que verse sobre la mentada desviación de poder, o sea, que ésta constituya el tema del debate al que la sentencia pone fin y que haya sido objeto de concretas alegaciones y pedimentos en el mismo, de tal suerte, que se matice en forma concreta lo que constituye el concepto de dicha desviación, que, según expresa el artículo 83-3 de la invocada Ley ha de consistir en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, por lo que no puede creerse implícita en todas las resoluciones que incurran en infracción de dicho Ordenamiento, sino que es menester una peculiar orientación de la finalidad con que se obra por la Administración hacia designios diferentes de los que han presidido la norma jurídica, cuya finalidad debe ser señalada por los litigantes en forma concreta y específica, como corresponde al carácter de los hechos y fundamentos de derecho que la Ley exige...» Pero, además, el propio Tribunal Supremo—si bien, como vamos a ver en seguida, hay alguna contradicción en las sentencias de sus Salas 5.ª y 4.ª—de una forma implícita y habilidosa, ha tratado de perfilar en sus justos términos el alcance del recurso de apelación—nos referimos, claro es, a los casos en que por razón de la materia o de la cuantía no es susceptible la apelación normal—a propósito de la desviación de poder. En efecto, en las sentencias de la Sala 5.ª de 14 de mayo y 8 de junio de 1959 y autos de la misma Sala de 8 de junio y 11 de julio de igual año, se ha sentado la doctrina de que, en tales casos, la apelación ha de quedar limitada a cuanto concierne a la desviación de poder, sin que puedan discutirse las demás cuestiones planteadas en la primera instancia, basándose—copiamos de CLAVERO ARÉVALO, en monografía citada, página 110—«en que si se admitiera la posibilidad de que se vieran en estos casos, en segunda instancia, todas las cuestiones planteadas en la primera, bastará con que un recurrente plantease, sólo por capricho,

(7) Del que fué Ponente el Excelentísimo Magistrado don AMBROSIO LÓPEZ GIMÉNEZ.

una cuestión de desviación de poder en primera instancia, para convertir en apelable una sentencia que normalmente no lo sería y para que en la segunda instancia se revisasen una serie de cuestiones, ajenas a la desviación de poder, sobre las que, con arreglo a la legislación vigente, no cabe apelación».

En cambio, la Sala 4.ª, en la sentencia de 9 de junio de 1959, admite la posibilidad de planteamiento en segunda instancia de todas las cuestiones examinadas y debatidas en la primera, y no sólo las relativas a desviación de poder, basándose en el efecto devolutivo de la apelación.

Nosotros somos de opinión, que la justa y ponderada doctrina es la de la Sala 5.ª—sobre todo después del auto de 24 de marzo de 1960, que, en parte, transcribíamos con anterioridad—por estar más acorde con el espíritu del legislador y más en consonancia con la letra misma del artículo 94-2 y con los apartados a), b), c) y d) del número 1 del mismo precepto, apartados que sobrarían si la voluntad del legislador hubiere sido otra. Le bastaría al recurrente, para lograr la apelación, invocar en esa clase de asuntos la desviación de poder para tener acceso al Tribunal Supremo, y conocido el «truco», ningún asunto de dicha naturaleza incluido en esos apartados sería inapelable, lo cual es absurdo. Por ello no estamos de acuerdo—aun cuando no negamos la fuerza y razón científica de sus argumentos—con la tesis que mantiene CLAVERO ARÉVALO en el trabajo citado, página 111, cuando dice: «... no lo es menos, el que para conseguir dichos fines pudo el legislador haber configurado tal posibilidad de impugnación como una casación, como una suplicación o como una apelación extraordinaria, siendo así que, por el contrario, la configuró como un recurso de apelación ordinario... Por otra parte—añade—dicha admisión, limitada y reducida a la desviación de poder, no siempre es lograda... Por ello parece imponerse una interpretación favorable a la extensión de la apelación ordinaria.»

Sería de desear la unificación de doctrina en el Tribunal Supremo sobre materia tan importante, pues, naturalmente, para las nuevas Salas de lo contencioso-administrativo territoriales—de las que, como es sabido, están ya ocho en funcionamiento—, y para el resto de los Tribunales provinciales hasta que se llegue a la creación de las demás, supone una orientación valiosísima—casi vinculativa, nos atreveríamos a decir, no obstante tener distinta trascendencia que la jurisprudencia civil—en cuestiones tan delicadas. Claro es, que la competencia actual de las Salas 3.ª, 4.ª y 5.ª del Tribunal Supremo establecida por la Orden de 6 de septiembre de 1957—haciendo uso el Gobierno del artículo 15-1 y de la disposición adicional primera de la LJ—mientras permanezca en vigor—aun cuando no hacía falta ya se expresa en ella, que la distribución de asuntos es provisional—impedirá la unificación deseada, dado que la desviación de poder cabe perfectamente en cualquier acto o disposición administrativa y la distribución de los asuntos sometidos al conocimiento de cada una de aquéllas, que es por materias, hará entender a la que le corresponda en cada caso, de la desviación de poder,

ante la misma alegada, con lo que, de no ponerse de acuerdo todos los componentes de las Salas—lo que si no imposible es difícil—dará al traste con la deseada unidad de doctrina sobre tan trascendental materia. Confiamos en que el Ministerio de Justicia, tras los informes que crea oportuno recabar del propio Tribunal Supremo y de otros Organismos que estime necesario oír, cuando tenga por conveniente modificar la distribución de competencias contenida hoy en la Orden de 6 de septiembre de 1957, tome en consideración lo relativo a la competencia *única* en la materia de desviación de poder, bien asignando la misma a una Sala solamente—como, por ejemplo, se ha hecho en esa Orden con respecto a la Sala 3.<sup>a</sup> en los recursos de revisión procedentes de las Salas de las territoriales, apartado *b*), punto 2.<sup>o</sup>, o en asuntos de personal o de expropiación forzosa atribuidos con exclusividad a la Sala 5.<sup>a</sup>, apartados *a*) y *b*) del punto 3.<sup>o</sup>—, o bien a la Sala especial de Revisión del Tribunal Supremo, prevista en los artículos 17 y 18 de la LJ, ante el hecho de que la desviación de poder, cabe también en el procedimiento en única instancia ante la Sala correspondiente de dicho Máximo Tribunal. Ahí queda, por tanto, la sugerencia, por si pudiera ser de utilidad.

La amplitud que patrocina CLAVERO ARÉVALO en su repetida monografía, además, está en discordancia con la propia Ley, que expresamente se refiere a la sentencia «que versare» sobre desviación de poder, con lo que se está limitando ya, a ese solo punto la apelación pretendida; pero existe otro argumento en contra de dicha tesis, que entresacamos de la jurisprudencia civil (sentencias, entre otras, de la Sala 1.<sup>a</sup> de 9 de octubre de 1889, 16 de febrero de 1920, 23 de mayo de 1929, 4 de abril de 1932, 21 de junio de 1946, 23 de junio de 1948 y otras más), de la que se deduce, en selección de FENECH (8), que «si bien las apelaciones cuando no se limitan a puntos concretos, prorrogan la jurisdicción al Tribunal de segunda instancia, a fin de que con plenitud de facultades resuelva todas las cuestiones planteadas, tales facultades y prórroga quedan en otro caso circunscritas a los límites que expresaron los litigantes en sus respectivos escritos», que aplicándola a nuestro supuesto, nos da a entender, que teniendo necesariamente que exponer el recurrente en el escrito interponiendo la apelación, que formula recurso de esta índole por haber versado la sentencia sobre desviación de poder, claramente está limitando—si es que no hace otras alegaciones más específicas en cuanto a lo demás—el contenido del recurso a esa sola materia. Tampoco podemos estar de acuerdo en que sea un recurso de apelación ordinario, aunque se incluya en la LJ bajo la rúbrica *Recursos ordinarios contra las sentencias*—sección 9.<sup>a</sup>, capítulo 1.<sup>o</sup>, título IV—, sino que, como se observará, es *excepcional*, o sea, tan sólo, en cuanto la sentencia «versare» sobre la repetida desviación de poder.

Lo que, en cambio, nos parece muy acertado es el criterio del Tri-

(8) *Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo*, Aguilar, Madrid, 1957, t. IV. páginas 6.098 y sigs.

bunal Supremo en los autos de 8 de junio y 11 de julio de 1959, Sala 5.ª, sobre la posibilidad de apelación de sentencias que, sin versar explícitamente sobre desviación de poder, debieron haber versado por estar planteada tal cuestión por las partes, y a la que el tan repetido Catedrático CLAVERO ARÉVALO, en su monografía, dedica substanciosos comentarios; e igualmente convenimos con el docto Catedrático de Sevilla, en que un acto con desviación de poder puede contener también otros vicios instrumentales para esa desviación, por lo que limitar la apelación en tales casos dificultaría la acción de la justicia; pero entendiéndose bien, en cuanto el elemento *fin* del acto administrativo esté en inmediata concomitancia con los demás elementos del acto, o dicho en otros términos, cuando al elemento *fin* se llegó desviando el poder a través de la competencia, los motivos, etc., que el expresado autor llama «vicio de desviación de poder superpuesto o conexionado con otros vicios que le sirven de instrumento».

Lo que no ofrece duda—y terminamos ya este punto, pues otros extremos están perfectamente tratados por MARTÍN RETORTILLO, S., y CLAVERO ARÉVALO (9)—es que la Sala correspondiente del Supremo Tribunal, al fallar en segunda instancia, por aplicación de lo establecido en el artículo 100-6 en relación con los 79-2 y 43-2 de la LJ, puede, en uso del *iura novit curia* con la intervención de las partes, suscitar la cuestión de la desviación de poder y fundar su fallo en esa doctrina y aquí ya sin posibilidad de ulterior recurso (10).

### III. LA DESVIACIÓN DE PODER Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Admitido con carácter general el silencio administrativo en los artículos 38 de la LJ y 94 y 95 de la LPA, lo que ha supuesto, con clamor unánime, la terminación de la anarquía que en esta materia existía en nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo anterior, cabe preguntarse si será factible que a través de un acto presunto incida la Administración en desviación de poder.

Regulado el silencio administrativo, tanto desde un punto de vista negativo—que viene a ser la norma general contenido en los artículos 38 de la LJ y 94 de la LPA—, como desde el positivo—artículo 95 de la última Ley citada—es preciso efectuar una discriminación para deducir, con posibilidades de algún acierto, la cuestión planteada.

#### 1. *En el silencio desestimatorio o normal.*

Como, en definitiva, aquí la Administración no resuelve—al menos al interesado no se le notifica la resolución en los plazos que la Ley marca—faltan el contenido, los motivos y el fin del acto administra-

(9) Trabajos y monografías citados.

(10) Vid. nuestro reciente trabajo, publicado en la «Revista de Derecho Judicial», número 6, abril-junio 1961.

tivo, con lo que será muy difícil obtener, a través del silencio, si incurrió la Administración en desviación de poder. Habría que penetrar en la naturaleza, carácter y detalles de la petición formulada y, sobre todo, en el pensamiento de la Administración—el que debió tener y no tuvo al actuar presuntivamente—para poder deducir la existencia de desviación de poder, por lo que creemos, difícilísimo, casi rayano en lo imposible, que en esa manera de actuar—más bien podríamos decir no actuar—pueda intuirse en el órgano administrativo la desviación de poder, pues se desconoce si en el ejercicio de las potestades administrativas la Administración lo hizo para fines distintos que los fijados por el Ordenamiento jurídico, al faltar los motivos, el contenido y el fin. De existir desviación, no lo estará en función del acto administrativo no dictado expresamente, sino en el de otro acuerdo o acto anterior, al que el interesado se refiera al hacer y fundamentar su petición; pero entonces puede darse el caso de que si, por ejemplo, la Administración desvió su poder—aunque no esté declarado así—en el acuerdo anterior—el que le ha servido de precedente al solicitante para pedir—, lo que después peticiona éste, en realidad, si se entiende desestimado por silencio, no podrá invocar que hubo desviación de poder, pues tal postura significaría invitar a la Administración a que sobre la base de un acto que este impregnado de desviación de poder volviera a realizarlo en obsequio del solicitante, y ello parece contrario al Derecho y a la moral. Con un ejemplo, quedará aclarada la cuestión: Varios funcionarios de Administración local solicitan de determinado Ayuntamiento la concesión de una gratificación por servicios extraordinarios realizados por los mismos y que ellos creen compensables al amparo del artículo 87 del Reglamento de 30 de mayo de 1952; su pretensión la amparan en el precedente de que a los Auxiliares administrativos del Ayuntamiento se les concedió, con carácter general por acuerdo anterior, la misma gratificación que ellos piden, pues están asimilados a los Auxiliares a efectos económicos, según el artículo 249-2 de aquel Reglamento; la Administración municipal no notifica a los peticionarios acuerdo alguno y pasados los plazos entienden desestimada su petición por silencio administrativo, deduciendo el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal provincial, en el que, entre otros argumentos, invocan la desviación de poder, fundada en que concedida la gratificación a los Auxiliares con carácter general, y siendo ellos asimilados a aquéllos, supone tal desviación la no concesión de dicha gratificación. Examinado el caso, se observa que en el expediente administrativo, en efecto, a los Auxiliares se les otorgó la gratificación en atención a lo establecido en el artículo 87, dándole una generalidad para todos, que no parece estar en adecuación con lo determinado en ese precepto, con lo que parece inferirse que si hubo alguna desviación en el poder, lo fué en el acuerdo que concedió la gratificación a los Auxiliares—no recurrido por los solicitantes de ahora—y, naturalmente, peticionar sobre esa base, es invitar a la Administración a que nuevamente desvíe su poder, lo cual resulta absurdo.

Convengamos, por tanto, que en trámite de petición inicial—la que

abre el procedimiento administrativo—existe una manifiesta dificultad para enjuiciar si la Administración pudo desviar su poder.

En cambio, puede deducirse esa desviación, si hubo acuerdo expreso denegatorio, con motivos y fines, si interpuesto recurso administrativo—sea el de reposición o alzada, según los casos—deja de notificar la Administración su decisión después de transcurrido el mes—caso del de reposición, según el artículo 54-1 de la LJ y 126 de la LPA—o los tres meses, hipótesis del recurso de alzada, conforme al artículo 125 de la LPA—, puesto que la denegación de dichos recursos, por silencio administrativo, ya tiene el precedente de una resolución anterior, en la que se habrán expuesto los motivos y fines del acuerdo, y en los que podrá ponderarse si la Administración desvió su poder.

En el auto dictado por la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo con fecha 24 de marzo de 1960—en el que hubo silencio de la Administración municipal en la petición inicial—se aborda en cierto modo la cuestión, al decir: «... ni tampoco se postula nada que roce el concepto de desviación de poder antes mencionado, siendo de tener en cuenta en relación con esta resultancia, que los actos atribuidos a la Corporación municipal por el demandante, mediante los cuales se individualizó en el mismo la situación jurídica reglada en forma general para otros anteriores, fueron producidos en forma *presunta*, según la tesis de la demanda, es decir, por el *silencio* de la Corporación municipal a las peticiones formuladas por el actor, lo que supone *una manifiesta dificultad para enjuiciar sobre los supuestos fines cuando falta una actuación positiva*» (Tercer Considerando).

## 2. En el silencio confirmatorio o positivo.

Como en este supuesto, la resolución es favorable al interesado una vez transcurridos los términos expresamente establecidos en la materia de que se trate o el general de tres meses, en su defecto, conforme al artículo 95 de la LPA, naturalmente aquél no recurrirá; pero los demás interesados—los comprendidos en los apartados b) y c) del artículo 23 de la LPA—podrán recurrir, si es que con la estimación de la petición del iniciador del procedimiento la Administración desvía su poder; ello es claro. E igualmente en materia de fiscalización—la otra hipótesis del artículo 95 de la LPA—puede darse la desviación de poder, si con el silencio confirmatorio el acto que debió ser fiscalizado y no lo fué por el silencio, supone desviación de poder en la Administración.

## IV. CONCLUSIÓN.

Han quedado ligeramente esbozados algunos de los múltiples problemas que plantea la desviación de poder en nuestro Derecho positivo, que sin duda habrán de ser objeto de estudio por parte de los tratadistas y monografistas del Derecho administrativo, naturalmente con mayor altura científica que se efectúa en el presente trabajo.

Nosotros nos hemos limitado a exponerlos y dar algunas pinceladas, que estimamos de interés. Con ello creemos haber contribuído, aun en pequeña escala, al creciente auge que los problemas jurídico-administrativos hoy indudablemente tienen.

**JOSÉ TRUJILLO PEÑA,**

Magistrado en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Vizcaya. Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas de Bilbao, de la Universidad de Valladolid.

