

Desviación de poder

POR EL

DR. ENRIQUE MARTINEZ USEROS

Catedrático de la Facultad de Derecho

I

Concepto

Desviación de poder, dice HAURIUO, es «*el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fué conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio*» (1). Tiende esta doctrina a la garantía de la más pulcra juridicidad y al fomento de la moralización de la actividad administrativa, en favor de los intereses colectivos y de los administrados.

La teoría ha sido elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés al conocer de los recursos promovidos en vía de *excés de pouvoir* y someter a revisión jurisdiccional contencioso administrativa los actos discrecionales de la Administración. Por ello su estudio requiere la estimación de estos fundamentales temas de la ciencia jurídico administrativa; si bien desde un ángulo de contemplación estrictamente limitado a la consideración que nos ocupa.

(1) HAURIUO, *Précis de Droit Administratif*, 10.^a ed., París, 1921, pág. 455.



II

Revisión jurisdiccional de la actividad administrativa

La revisión jurisdiccional de la actividad administrativa es una de las notas más señeras del Estado de Derecho; del Estado cuyo Derecho dota de una específica estructura y contenido a una comunidad política y que ve en aquél el valor fundamental integrante de su esencia (2).

En el período anterior a dicha forma de Estado el Príncipe resultaba omnipotente y poseía potestad ilimitada frente al súbdito, ya que las normas que regulaban la actividad pública no eran obligatorias para el gobierno frente a los ciudadanos y, de tal suerte, no implicaban garantía alguna para éstos. Constituían simples instrucciones que debían seguir las autoridades que actuaban en nombre del Príncipe, pero que éste estaba facultado para cambiar libremente.

La autoridad real regulaba los negocios públicos con potestad jurídicamente ilimitada, y guiada sólo por los criterios de la conveniencia y de la oportunidad. Por esto no existía fuente de derechos para el individuo, que no los tenía ni podía tener frente al Estado. Sus relaciones escapaban a toda jurisdicción (3) ya que faltaba el deber del agente de acomodar su conducta según una norma externamente vinculante. Pero este deber surge con el Estado de Derecho que se impone a sí mismo el freno de los mandatos del ordenamiento jurídico, capaces de contener la acción de la autoridad administrativa en el sentido de que sean respetados los intereses legítimos de los súbditos y en el de que todo sacrificio que a los mismos se imponga venga regulado jurídicamente. Así puede decir JELLINEK que el tránsito de la jurisdicción al campo del Derecho público constituye uno de los más importantes progresos del Estado moderno (4).

Tal jurisdicción se ha introducido y generalizado sobre todo en la Administración y ha dado lugar a una infinidad de particularidades en el proceso de otorgar virtualidad al presupuesto fundamental de la acción

(2) LEGAZ LACAMBRA, *El Estado de Derecho*, en *Revista de Administración Pública*, 1951, n.º 6, pág. 15.

(3) V. RANELLETTI, *Diritto Amministrativo*, I, pág. 398.

(4) V. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, ed. española, Madrid, 1915, vol. II, pág. 536.

administrativa del Estado moderno, que es la ordenación, condicionamiento y limitación de aquélla por principios y normas de carácter ético-jurídico (5).

Y tal presupuesto coaligado a las esencias matrices del propio Estado de Derecho como forma política de ineludible formulación liberal—entendiendo esta palabra en su más auténtico significado de que la comunidad surge y se crea para servir a la persona humana y para armonizar éticamente los intereses de la unidad y pluralidad de hombres—proyecta necesariamente la juridicidad administrativa hacia el campo de lo contencioso administrativo o control jurisdiccional de los actos de pública administración; pues tal jurisdiccionalidad es la fórmula de más plenitud para promover el debido acatamiento por la Administración a los mandatos de los preceptos contenidos en el ordenamiento jurídico, y para garantizar a los administrados la virtualidad y eficacia de la tutela en aquéllos establecida en favor de sus legítimos intereses.

Así surge el concepto clásico de lo contencioso administrativo, como «el conjunto de los procesos jurídicos a que da lugar la acción administrativa» (6); concepto que para responder a su vigente realidad habrá de ser estimado en el sentido de que la voz proceso quiere indicar un valor específico de proceso jurisdiccional o propiamente contradictorio en su organización y desarrollo—con lo que queda excluida la vía de recurso simplemente gubernativa—y en el de que por acción administrativa deberá entenderse la de Derecho Administrativo, con lo que queda rebasado el ámbito del enjuiciamiento en jurisdicción ordinaria de los actos que la Administración produce como sujeto de Derecho común.

En sus comienzos lo contencioso administrativo tuvo caracteres de función accesoria de la propiamente administrativa, y decidir en dichos asuntos equivalía a administrar. LAFERRIERE expresaba que de la separación de los poderes administrativo y judicial derivaba naturalmente la institución de la justicia administrativa, ya que administrar es asegurar la ejecución de las leyes en el interés general o local, así como adoptar medidas útiles en vista de los intereses colectivos; y para asegurar esta ejecución es necesario reconocer al poder ejecutivo el Derecho de allanar los obstáculos o de decidir las reclamaciones que se le formulen. De otro modo la Administración sería imposible o dependiente. Estorbada por dificultades incesantes llegaría a ser imposible, y forzada a someterse al poder que tuviera el derecho de pronunciarse entre ella y los ciudadanos se hallaría desprovista de independencía. Un poder superior aniquilaría por la fuerza de las cosas la independencía de la autoridad administrativa, y sin libertad de acción no hay actividad administrativa posible. Ad-

(5) V. LAFERRIERE, *Traité de la Juridiction Administrative*, 2.^a ed., 1896, vol. I, pág. XI.

(6) LAFERRIERE, *op. cit.*, vol. I, pág. 10.

ministrar es, pues, no solamente hacer ejecutar las leyes y decretos—lo que constituye la función de la Administración activa—sino también vencer las dificultades de ejecución y decidir las reclamaciones que la ejecución motive, función que es propia de la llamada Administración contenciosa. El poder de administrar, en su más amplio sentido, lleva anejo lógicamente el poder de juzgar administrativamente, es decir, la jurisdicción o justicia administrativa (7).

Mas tales ideas con el correr de los tiempos fueron plenamente superadas, a virtud de la mejor interpretación de los acontecimientos históricos vividos a partir de la consagración del Estado de Derecho. De ellos cabe derivar claramente que si bien los principios de la responsabilidad pública se fueron incubando en las doctrinas de la Filosofía de la Revolución Francesa, ésta no se ocupó del problema de las garantías civiles del ciudadano sino que le interesó fundamentalmente, *ab initio*, el de su soberanía política y correlativamente, el derrocamiento del poderío de la autoridad judicial y consagración del predominio del Ejecutivo; logrado mediante la aplicación del principio de la separación de poderes, estimado subjetiva y defensivamente frente a los que se consideraban instrumentos del *ancien regime* (8) y no en sentido funcional u objetivo.

(7) LAFERRIERE, *Cours de Droit Public et Administratif*, vol. II, 1860, págs. 511-512.

En análogo sentido se expresó en España PELÁEZ DEL POZO cuando escribió: «Administrar en sentido lato no es sólo gobernar, ejecutar las Leyes y darles vida por medio de los Reglamentos, sino también examinar la validez de las reclamaciones que contra sus actos se produzcan y reconocer su oposición decidiéndolas en forma de juicio. La Administración no sería un poder con la suficiente energía y con los indispensables medios que a su índole corresponden, si no pudiera allanar los obstáculos que a su paso se ofrecen ni disminuir las dificultades no ilegítimas, sino legales y atendibles, que a su acción se oponen porque lastiman derechos que se deben quejar y defender. Por eso la Administración no tiene el imperio mero, sino también cierta jurisdicción». (PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimiento en materias contencioso administrativas*, Madrid, 1949, págs. 16 y 17).

(8) Hasta 1789 había dominado plenamente un régimen de confusión de funciones y de órganos con predominio muy marcado del poder judicial. La Administración se había desarrollado hasta entonces en estado de notoria dependencia de aquél y la Asamblea Constituyente decidió alterar este orden estableciendo un régimen de separación de poderes no tanto en el sentido de MONTESQUIEU de deslinde de funciones para garantía de la libertad individual, cuanto en una dirección política de emancipación del Poder Ejecutivo en defensa del principio de la soberanía nacional que aquél actúa en su función de cumplir y hacer cumplir las leyes; de aquí la asignación a los órganos del mismo de la facultad de juzgar aquellas cuestiones que directamente le afectasen.

La Ley de 7 de septiembre de 1790 fué la primera aplicación de este principio. Dicha Ley recoge en sus preceptos el orden variado de influencias que decide a los legisladores franceses a adoptar el régimen de separación de poderes públicos como medio de cancelar definitivamente el antiguo régimen político.

Se trataba de abatir el clásico poder de los organismos judiciales, ciudadela del viejo Estado y rémora para el triunfo de las nuevas ideas; y de consolidar el nuevo Estado con la emancipación del poder administrativo. Claramente expresaba este propósito la nueva Ley sobre organización judicial de 16-24 de agosto de 1790, al decir: «Las funciones judiciales son distintas y estarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los Jueces no podrán perturbar en modo alguno las actuaciones de los organismos administrativos, ni proceder contra los administradores en razón de sus actos».

La Revolución Francesa no estableció el contencioso administrativo, si bien lo preconstituyó al exaltar el ámbito social de la persona individual; pero fué el Estado Constitucional a ella subsiguiente el que inició la real estructuración de la Justicia administrativa. En principio, y por permanencia del predominio del sentido político sobre el administrativo, no con la idea de defender los derechos del ciudadano, sino con el ánimo de servir a la Administración. Esta defensa del ciudadano se percibe clara a partir de la era napoleónica y precisamente como secuencia del estado de cosas nacido ante la nueva presencia de un fuerte poder de imperium creado ya bajo el predicamento de las ideas del Estado de Derecho.

Comienza entonces la virtualidad de lo contencioso administrativo como instrumento de protección al particular y, con ella, la efectividad de las doctrinas que abatieron la Monarquía absoluta y los resabios feudales del sistema político en que el Príncipe era dominador y dueño universal de cuanto en el Reino existía. Se actualiza entonces la personalidad jurídica del individuo y la vigencia de sus derechos. El hombre pasa de súbdito a ciudadano y hace sentir sus derechos incluso frente al acto de autoridad. Más aún, reconocidos sus derechos y sus intereses como miembro de la comunidad política, aspira a que se estructure la fórmula que defienda a ambos frente a los excesos del poder.

La realidad social concretará de este modo que vivir en un orden jurídico significa limitación y responsabilidad y, por consiguiente, que el Estado someta sus actuaciones al sistema de normas que las condicionan y han de inspirarlas; que las acate y contraiga el compromiso de cumplir los deberes que dicho acatamiento le impone y que, en caso de incumplimiento, responda con el género de responsabilidad que proceda. Así el Estado de Derecho es, en efecto, precondicionado e inspirado por normas jurídicas y en ello existe de verdad garantía de los presupuestos institucionales del mismo, de los derechos individuales y también de la efectividad de las responsabilidades de los actos del poder público.

A virtud de esta nueva dirección que preside la vida del Estado, lo contencioso administrativo se hace más perceptible en cuanto sistema de protección jurídica del particular, y a este género de influencias corresponde la Constitución francesa del año VIII, que arrebató a las autoridades de la Administración activa la facultad de decidir en lo contencioso administrativo según los procedimientos habituales de la Administración y adoptó para los Tribunales administrativos una estructuración análoga a los de la jurisdicción ordinaria.

Y es entonces cuando en realidad se establecen las bases que cimantan la construcción del Derecho Administrativo moderno, como sistema

fomenta la virtual resolución y cumplimiento de los problemas y fines de las comunidades sociales, todo el eficaz instrumento de sus potestades de imperium y toda la necesaria garantía de su legítima primacía e independencia decisora para la interpretación y jerarquización de las conveniencias públicas; y, a la vez, toda la ineludible formulación de principios e instrumentos tutelares de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Así el Derecho administrativo, inicialmente concebido como ordenamiento pro defensa de la independencia del Poder Ejecutivo—creación del Estado nuevo frente a la Magistratura judicial—adquiere la dualidad de contemplaciones que le otorga la consagración de los derechos del hombre como importante categoría de valor político-social en el Estado de Derecho; de cuya ordenación ha de derivarse, en una natural secuencia, el dictado irresistible de su sometimiento a los intereses que en un determinado momento resulten, jurídica y moralmente, de valoración social prevalente.

Mas en esta segunda perspectiva teleológica de la ordenación jurídico administrativa de las comunidades políticas, no se ha reconocido siempre la misma amplitud de funciones. Así durante gran parte del siglo XIX fué asignada a la jurisdicción contencioso administrativa la única finalidad de la defensa del derecho subjetivo; y en ello cabe destacar la significativa circunstancia de la consideración predominante del ordenamiento jurídico administrativo como un simple límite externo de la acción administrativa. La Administración debe respetar los derechos consagrados en favor de los particulares; y como estos derechos pueden sufrir agravio se impone concederles la facultad de defensa mediante el ejercicio de una acción encaminada a obtener la reparación que proceda.

Consecuencia de ello era que sólo pudiera ser ejercido este medio de defensa por el titular del derecho lesionado y únicamente en los casos en que la lesión se operó. De aquí también que el enjuiciamiento de la cuestión, aun gravitando esencialmente sobre el acto lesivo, trascienda lógicamente a la contradicción de contenido entre tal acto que lesiona el derecho cuya tutela se postula y el debido reconocimiento del dicho derecho, para cuya declaración hay que atribuir competencia a la actividad jurisdiccional promovida. La Administración puede, por ende, ser compelida a obrar de conformidad a lo que exija el derecho en cuestión, y de aquí también el que la sentencia se haya de limitar al caso específico considerado y que los efectos del fallo se deban circunscribir a las partes que contendieron.

Mas como es obvio que con semejante vía de impugnación sólo par-

cialmente quedaba cumplido el objeto de garantizar el sometimiento al Derecho de la acción administrativa, en cuanto aquél es para ésta no sólo límite extrínseco sino también normatividad interna de conducta, dicho primer sistema de enjuiciamiento se hubo de ver completado por el establecido al impulso de las corrientes de doctrina que señalaron a la jurisdicción contencioso administrativa la finalidad de defender la legalidad jurídico administrativa, y la consiguiente facultad de decretar la nulidad de los actos que la conculquen. En tal tendencia el punto de culminación alcanzado hasta la fecha es la teoría de la desviación de poder, en la que, con más intensa plenitud que en cualquier otro supuesto, se ostensibiliza la función de límite interno, de orientación subjetiva de su obrar, que cumplen los dictados y directrices de las normas respecto de los actos de la Administración pública.

Se amplía pues la órbita de acción de lo contencioso administrativo, ampliación que se halla en perfecta consonancia con cuanto en rigor de verdad significa y pretende la introducción del principio de la juridicidad de la Administración.

Esta tendencia agranda y reduce a la vez el contenido del proceso jurisdiccional administrativo, ya que extiende la capacidad procesal necesaria para promoverlo y de otro lado minora el alcance de la decisión, que no podrá trascender de la declaración de nulidad del acto.

Asimismo, tal corriente de doctrina nos sugerirá el planteamiento de la temática esencial o de primer fundamento de la propia vía jurisdiccional administrativa.

III

La jurisdicción administrativa

El motivo de anulación de los actos administrativos configurado por el Derecho Administrativo francés como *détournement de pouvoir* implica, según puede apreciarse de la transcrita definición de HAURIU, no sólo un simple enjuiciamiento de legalidad del acto sometido a revisión sino que, ciertamente, atañe a la Equidad de las disposiciones de aquél; estimando ésta en su más amplio sentido de categoría de valor que tiende a la conveniente aplicación de la norma de derecho frente a toda posible vinculación rígida al contenido literal del precepto.

Esta circunstancia transporta lógicamente hacia las diversas concepciones propuestas para tipificar el alcance de la revisibilidad jurisdiccional de los actos de la Administración—en un necesario análisis estimativo de la posibilidad de encuadrar tan amplia misión en la órbita de tal revisibilidad—respecto de lo cual puede todavía decirse con GARBAGNATI que es profundo el contraste de opiniones en torno al concepto de jurisdicción administrativa, y siempre interesante la indagación de un criterio que constituya fundamento de su individualización (9).

Tal indagación en todo caso ha de hallarse presidida por la base orientadora de lo que el Derecho significa para la Administración. Por la idea de que el ordenamiento jurídico administrativo rechaza, más y mejor que cualquier otro producto del Estado de Derecho, la tesis de que el precepto vigente y el mantenimiento del respeto a su estricta aplicación constituya el fin de la actividad administrativa; ya que ésta, por su naturaleza y misión simplemente medial en el complejo integrador de la vida social, no se halla sustancialmente motivada por el principio intrínseco y determinante de la norma, sino por el mandamiento vocacional de la gestión de las públicas conveniencias dentro de los condiciona-

(9) GARBAGNATI, *La Giurisdizione Amministrativa*, Milano, 1950, pág. 9.



mientos que en la actual estructuración social-estatal implica el criterio de la juridicidad.

De esta suerte, el ejercicio del control jurisdiccional sobre la acción administrativa tiene una específica cualificación, que distintas corrientes doctrinales tratan de precisar por diversos caminos y de la que precisa hacer mención para que de ella venga evidenciada la congruencia del nacimiento e inserción de la vía de recurso de la desviación de poder dentro del ámbito del precitado control, ya que los caracteres típicos de aquella no contradicen la naturaleza de éste.

Una tendencia distingue la jurisdicción administrativa fijando como objeto propio de la misma el interés legítimo (10). Pero el interés legítimo, símbolo de expresión del interés tutelado sin elevación a la categoría de derecho subjetivo, no es propiamente el objeto de todo proceso jurisdiccional administrativo, y no es pues exacto señalar en él la meta característica de la decisión del juez administrativo, a la manera que el derecho subjetivo litigioso se considera objeto de los pronunciamientos contenciosos del juez civil.

Y frente a la justa objeción de que también los órganos de la jurisdicción administrativa conocen de verdaderos y propios derechos subjetivos y que proveen a su tutela, no es exacto sostener, para distinguir la jurisdicción administrativa con criterio unitario, que los jueces administrativos se hallan investidos de funciones que realmente se comprenden en la jurisdicción civil cuando han de pronunciarse sobre recursos contra actos lesivos de derechos subjetivos; ya que si así fuera no se comprendería por qué cuando juzgan sobre la legalidad de los actos administrativos tengan que limitarse a anularlos (11). Asimismo, resultaría incomprensible que escapasen a la órbita de la jurisdicción administrativa litigios en que, hallándose en contradicción diversos intereses sometidos a la intervención o fomento de la actividad pública, no constituyen, sin embargo, impugnación de un acto administrativo (12).

A mayor abundamiento, no resulta congruente la actitud de algunos de los patrocinadores de esta tesis que admiten que la figura del interés legítimo tiene igualmente aplicación en el campo del Derecho privado y que el proceso civil sirve también para la tutela de aquél.

(10) V. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1943, págs. 391-392; DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, pág. 410; BRACCI, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzioni*, en *Rivista Diritto Processuale Civile*, 1941, I, pág. 208.

(11) V. PICCARDI, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della Giustizia Amministrativa*, en *Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, II, pág. 115.

(12) V. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, II, págs. 176-178.

Otro criterio doctrinal (13) califica la jurisdicción administrativa como la que se ejerce por jueces especiales sobre litigios concernientes a relaciones públicas. Pero, si evidentemente es cierto el punto de partida adoptado, no lo es menos que con él se llega a una distinción puramente empírica sobre la base del objeto de la jurisdicción y de la naturaleza del órgano llamado a ejercerla, y que no se obtiene un criterio unitario para la determinación de la esencia de la jurisdicción administrativa.

En realidad de verdad, lo que es cierto es que no es posible distinguir doctrinalmente el juez administrativo si primeramente no es individualizada la noción de jurisdicción administrativa, y que sería erróneo considerar jueces administrativos a todos los órganos de la administración pública investidos de potestad jurisdiccional, ya que para que tal calificación sea correcta no basta con que su actividad esté dirigida a la resolución de controversias entre la Administración y los administrados, habida cuenta de que tal posibilidad se ofrece también a la llamada administración activa en la facultad de enjuiciamiento de simples recursos jerárquicos (14).

En rigor, en la concreción del fundamento distintivo entre jurisdicción civil y administrativa, no es dable prescindir de los particulares caracteres de la actividad cumplida por el órgano que ejerce la segunda y, sobre esta base, una muy modulada orientación asegura que en la jurisdicción administrativa prevalece la idea de jurisdicción de mero derecho objetivo, afirmando que, a diferencia de la jurisdicción civil, aquélla actúa en concreto la voluntad de la ley, «*independientemente del derecho individual de cada sujeto*» (15).

A este respecto, DUGUIT puso en causa la reflexión de que la litis administrativa puede versar sobre el extremo de que una disposición legal haya sido violada por la Administración y, entonces, dice, la cuestión que debe resolver el Juez es sólo de Derecho objetivo y el recurso pertenece a lo contencioso que denomina objetivo. El Juez hace constar únicamente si la Ley ha sido violada o no lo ha sido y en la segunda hipótesis rechaza el recurso mientras que en la primera anula el acto impugnado, y su decisión jurisdiccional tiene valor general como general es el alcance de la Ley violada (16).

El mérito estimabilísimo de la concepción de DUGUIT estriba en haber puesto de manifiesto el gran valor que en la Justicia administrativa

(13) En el que militan SALERI, ZANZUCCHI, BETTI, RASELI, CAJAMANDREI, etc.

(14) V. ZANOBINI, *op. cit.*, vol. II, 2.ª ed., 1940, pág. 193 y SALEMI, *Il concetto di parte e la Pubblica Amministrazione*, Roma, 1916, pág. 185.

(15) V. SALANDRA, *La Giustizia Amministrativa*, Torino, 1904, pág. 782; D'ALESSIO, *Le leggi sulla giustizia amministrativa commentate*, Torino, 1938, pág. 352; CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, pág. 358.

(16) DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público*, Madrid, 1926, pág. 262.

tienen las nociones de derecho objetivo, de función social y del fin al que se deben conformar los actos jurídicos públicos. Pero es cierto también sin duda que el profesor de Burdeos sobrepasó la realidad de los hechos en su deseo de hacer triunfar la concepción solidarista, en cuanto menospreció la importancia de la noción derecho subjetivo, que es punto capital de las formulaciones del Estado de Derecho.

También menosprecia DUGUIT en toda su exposición el fondo de la situación considerada, es decir, el interés del individuo, ya que centra su análisis en el poder de voluntad que promueve el funcionamiento de la actividad jurisdiccional, con la secuela contradictoria de que precisamente DUGUIT, que es campeón de la doctrina realista del Derecho público, elabore a este respecto una tesis pura y simplemente formalista, en la que no es concebida pulcramente la transcendencia que tiene el interés del administrado en el ámbito de la revisibilidad jurisdiccional de los actos de la Administración; interés que indirectamente se tutela. Estas circunstancias han sido la causa de la dilatada dominación en la doctrina de la Justicia administrativa del profundo equívoco de equiparar el valor y significado de los términos recurso de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo, con evidente indiscriminación entre el *petitum*, causa de pedir y objeto del recurso (17) y subsiguiente predominio de la idea de que la jurisdicción contencioso administrativa de anulación era de puro derecho objetivo, de donde se deducía:

a) Que el interés exigido al recurrente para que el recurso fuera recibido se consideraba como simple condición del recurso, como un mero requisito procesal. Como escribía HAURIOU «el recurso es un simple medio de nulidad objetiva organizado con un fin de buena administración. Así ha sido creado y así permanece, y si se confía su uso a los interesados es para transformar a aquéllos en servidores de la Administración. En la instancia defendida por ellos no son parte en causa defendiendo su derecho y su situación se configura como la de un ministro público suscitando la sanción de una falta» (18).

b) Que se considerara que no había partes en litigio, que el recurso constituía un simple proceso dirigido contra un acto y no contra las personas; que no hubiera defendido en la instancia ni debate contradictorio. Ideas que han sido sometidas a revisión para centrar en sus debidos términos el alcance y valor del aspecto objetivo de los recursos de anulación (19).

(17) V. más adelante y CARUSO INGHELLERI, *Petitum, causa petendi e oggetto del ricorso nella giurisdizione amministrativa di annullamento*, en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1934, I, págs. 18 y sigts.

(18) HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 12.^a ed., pág. 405, nota 12.

(19) V. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, París, 1952.

Igualmente, esa indiscriminación antes apuntada en orden a los diversos elementos de la jurisdiccionalidad contencioso administrativa, fué el nexo que permitió al doctrinarismo político del nazismo concretar su artificiosa construcción del Estado de Derecho objetivo, en el sistema de su justicia administrativa de mera objetividad, apoyada de otra parte en la sucesiva evolución de la ciencia jurídica germánica sobre la teoría del derecho subjetivo (20).

Pero, aun prescindiendo del hecho de que este criterio sólo contempla parcialmente la temática de la jurisdicción administrativa (21), la tesis propuesta tiene en su contra importantes objeciones.

En efecto, de todo precepto de Derecho, de toda concreta manifestación de voluntad para producir una modificación jurídica deriva, al menos en potencia, una relación intersubjetiva, obligatoria o potestativa entre los destinatarios de la específica declaración de la norma, y por ello es evidente que el mandato del precepto—Derecho objetivo—en el que se basa la impugnación y anulabilidad de un determinado acto administrativo, origina, en realidad, una relación jurídica potestativa virtualizada por el recurrente y estimada por el juez administrativo. A mayor abundamiento, esclarece lo expuesto la consideración de que la legitimación activa en el proceso administrativo, —legitimación que es un requisito que opera en el proceso jurisdiccional pero que tiene sus fundamentos en situaciones de derecho previas y extrínsecas a aquél—requiere, en todo caso, determinados condicionamientos, que pueden configurarse con mayor o menor amplitud, pero que, en última instancia, siempre prueban que entra en juego una situación subjetiva, de interés personal.

Y esto implica (22) que aun cuando ese interés personal no se halle garantizado incondicionalmente y que incluso, en el proceso anulatorio, el acto administrativo anulado por incompetencia o vicio de forma pueda ser renovado con idéntico contenido y con plena validez al cumplirse ya puntualmente los requisitos que lo condicionan, el recurrente que lo fué por quebrantamiento de éstos era beneficiario de la concreta voluntad de la ley que constituye el objeto de todo proceso administrativo. Y ello significa que a aquél corresponde el poder de promover el ejercicio de la jurisdicción administrativa, y que la finalidad de la norma que origina la anulación del acto administrativo impugnado alcanza subjetivación en el interés del recurrente, lesionado por el acto que se impugna, de que la

(20) V. PIERANDREI, *I diritti subbietivi pubblici nella evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940

(21) Cf. MIBLE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella Giustizia Amministrativa*, en *Foro Amministrativo*, 1940, IV, pág. 51.

(22) GARBAGNATI, *op. cit.*, pág. 16.

acción pública que de algún modo le afecte se desarrolle por los cauces de las normas vigentes.

Es notorio, pues, que aunque la actualización de la concreta voluntad de la Ley objeto del proceso administrativo, como queda dicho, satisfaga fundamentalmente un interés más intensamente perceptible como público que como privado, es obvio también que la decisión del juez administrativo que estima la pretensión, incluso en los juicios de anulación, no ofrece respecto del actor, sustancial diferencia con las otras clases de fallos judiciales, ya que, en todo caso, la actividad jurisdiccional es promovida por la aptitud a aquél otorgada de suscitar un efecto jurídico mediante el pronunciamiento de la sentencia que se postula. Por consiguiente, ni el fundamento, ni los efectos *erga omnes* que se derivan, en los casos dichos de juicio de anulación, del actuar de la jurisdicción contencioso administrativa, bastan para calificar a ésta, ni siquiera parcialmente, como de mero derecho objetivo.

Así, recientemente entre nosotros ha escrito con razón GARRIDO FALLA que, contraponer en el sistema de la justicia administrativa, los recursos de plena jurisdicción y anulación es absolutamente correcto, pero no el asociar el uso y tratamiento de tales conceptos a los llamados recursos contencioso administrativos subjetivo y objetivo; ya que ni el contencioso subjetivo es necesariamente de plena jurisdicción ni el contencioso de anulación ha de ser esencialmente objetivo, porque en aquel precindicado sistema la oposición plena jurisdicción-anulación responde a distinto criterio del que sirve de base a la oposición subjetivo-objetivo (23).

Ahora bien, esta nuestra posición es criterio de resumen entre las dos teorías tradicionalmente formuladas en contradicción y que sostienen que el fundamento del sistema de jurisdicción administrativa se halla en la protección de los derechos individuales o en el interés social de la sumisión de aquélla al Derecho.

Sobre el primer punto, BARTHELEMY (24) sostuvo que en todo caso en que se promueve un juicio mediante el ejercicio de una acción pertinente hay que reconocer la existencia de una situación jurídica protegida por el Derecho y también un derecho subjetivo individual capaz de promover la actuación judicial. Mas la idea de la correspondencia exacta entre la acción en justicia y un derecho subjetivo subyacente no puede ser admitida de modo absoluto y el punto de vista de BARTHELEMY se halla cimentado sobre la concepción tradicional del Derecho privado en

(23) GARRIDO FALLA, *El recurso subjetivo de anulación*, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1952, n.º 8, págs. 177 y sigs.

(24) BARTHELEMY, *Essai d'une théorie sur les droit subjectifs des administrés en Droit Administratif français*, Toulouse, 1899.

el que, en todo caso, el derecho subjetivo aparece como condición necesaria al ejercicio de cualquier acción judicial.

En la doctrina germánica es el profesor vienés TEZNER un ardiente defensor de la teoría del Derecho subjetivo (25) como criterio de resolución del problema que nos ocupa y sobre la base del fundamento del Derecho natural de gran parte de los derechos públicos subjetivos individuales.

Otro de los autores clásicos en la materia, o sea OTTO MAYER (26) realiza una interesante tentativa para obtener la noción de derecho subjetivo en el derecho público y utilizarla como fundamento de la jurisdicción administrativa. A tal fin sostiene que la organización del poder público que caracteriza el régimen de Derecho, tiene por fin someter las relaciones entre el Estado y el súbdito (ciudadano) a las formas jurídicas; y que tal organización hace nacer entre estas dos personas determinaciones jurídicas, de entre las cuales la más notable—no la más importante—se presenta bajo la forma del derecho público individual o subjetivo. Este es un interés del individuo jurídicamente garantizado, esto es, garantizado por las instituciones del poder público, si bien todo interés garantizado no crea un derecho individual o subjetivo pues muchas veces esta garantía no es sino el reflejo del orden general que nos rodea, aunque el círculo se estrecha por grados alrededor de la persona y el último anillo se halla representado por intereses sometidos al *poder jurídico propio de aquélla*.

Solamente a este último grado se le llama derecho subjetivo en el derecho privado, por lo que para obtener la noción del derecho público subjetivo que interesa a la Administración, y para darle un significado práctico, es necesario seguir ese modelo y tener presente que la cuestión fundamental estriba en saber cómo concuerda esa noción con la idea del Poder público que desempeña aquí el papel preponderante.

En el Estado moderno la facultad de imperium del poder de la Administración se halla limitada por el Derecho, y la garantía que para los ciudadanos deriva, viene representada, en su versión más notoria, bajo la rúbrica de los derechos que a aquéllos pertenecen, derechos que sólo pueden existir en cuanto previamente se haya producido determinado efecto jurídico entre un súbdito y el Estado, requisito de determinación jurídica que, en nuestro caso, se realiza en la relación jurídica de Derecho público (27). Relación jurídica que, tal como se ha formado en la

(25) TEZNER, *Deutsche Theorien des Verwaltungspflege*, en *Verwaltungsarchiv*, 1899-1900, pág. 487 y sigts.

(26) V. OTTO MAYER, *El Derecho Administrativo Alemán*, ed. Argentina, vol. I, 1949, págs. 139 y sigts.

(27) MAYER, *op. cit.*, pág. 142.

doctrina civil, significa que el derecho ha establecido y regulado entre dos sujetos al menos, un deber y un poder de cierto contenido; y la tal relación jurídica pertenece al derecho público cuando el contenido atañe al ejercicio del Poder público, por lo que el derecho público subjetivo individual será, en rigor, un poder jurídico sobre el ejercicio de las facultades de potencia pública.

Pero el problema de la formación de estos derechos públicos se manifiesta de manera muy diferente en una y otra de las partes que figuran en la relación jurídica, y, concreta MAYER, si respecto al Estado es incuestionable que deben reconocérsele tales derechos, no corresponden en cambio a la situación del administrado, al que no pueden ser atribuidos sino como derivación del mismo Estado que es la fuente de todo el Derecho público (28). Conclusión que prueba la esterilidad de los esfuerzos de OTTO MAYER por obtener una noción del derecho subjetivo que, a fin que analizamos, pueda ser común al derecho público y privado, ya que la idea de un derecho subjetivo cuya razón de existencia no sea la tutela de un interés, concreto y estimado preferente, de aquéllos en cuyo favor va a ser reconocida la potestad que tal derecho supone, es atentatoria de la misma esencia de éste. Siendo, en verdad, cosa distinta que el reconocimiento de la prevalencia de ese interés sea producido en mérito a razones juspositivistas, como es obvio que ha de admitirse en buen número de los derechos públicos subjetivos.

JELLINEK (29) aborda y trata de resolver el problema del vario acervo de situaciones individuales de derecho público, adoptando también como punto de partida la noción del Derecho subjetivo (30) que dice carecería de virtualidad si no fuese estimada como categoría de valor por igual aplicable a los ámbitos jurídico-privado y jurídico-público. Pero en JELLINEK cada uno de los elementos de su definición se desdoblan ostensiblemente y diferenciadoramente en uno y otro campo. Así en cuanto concierne al poder de voluntad, criterio formal pero esencial en el tema, admite que presenta una distinta y doble consideración en el ordenamiento jurídico. Este deja obrar a la voluntad individual en la esfera de relaciones entre particulares, o bien la presenta dotada de una fuerza nueva que proviene de la organización política; y es la primera de estas dos situaciones de la voluntad la que caracteriza al derecho subjetivo privado y la segunda al derecho subjetivo público.

En cuanto al criterio material, o sea, el interés jurídicamente protegido—que en la tesis es situado en un plano secundario—JELLINEK sos-

(28) Idem., ídem., págs. 147 y 149-150.

(29) JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.^a ed. Tubinga, 1905.

(30) Poder de voluntad dirigido hacia un bien o un interés y reconocido y protegido por el orden jurídico. (JELLINEK, *op. cit.*, pág. 44).

tiene que el derecho público subjetivo individual se caracteriza por el interés particular reconocido prevalentemente en el interés general, afirmando, a este respecto, que no es posible trazar una rotunda delimitación doctrinal diferenciadora entre el interés individual del derecho subjetivo privado y el interés correspondiente al derecho subjetivo público (31) que sólo podrá establecerse sobre la base de las disposiciones de derecho positivo.

Y a pesar de la dificultad de aplicación práctica de este criterio material y a pesar de la posibilidad de descubrir, en rigor, en cada situación jurídica, un elemento de interés público y un elemento de interés privado resalta JELLINEK que fundamentalmente se protege en el derecho subjetivo privado el interés de su titular, mientras que el derecho subjetivo público protege esencialmente el interés colectivo. Y de esta suerte, progresando a mayor abundamiento, en el análisis de esas diferenciaciones de valor y virtualidad que son conferidas a la decisión volitiva individual en el derecho subjetivo privado y público, aparece en la doctrina que comentamos la inconveniencia de emplear la misma voz derecho para designar situaciones que han sido concebidas con notorias diferencias; y si a pesar de ello JELLINEK continúa empleando la locución derecho subjetivo para expresar situaciones individuales de Derecho público, tal contraste es dado calificarlo como una simple actitud romántica—de un constante y tradicional defensor de la libertad individual (32)—para con el símbolo que durante todo el siglo XIX constituyó bandera de combate de los oponentes al arbitrista gubernamental.

Mas esta posición contradictoria es evidente que deriva, de una parte, de la circunstancia de haber cifrado la esencia substantiva de los derechos públicos subjetivos en la tutela del interés colectivo, lo que indudablemente no habilita para equiparar el ámbito atribuido a la voluntad en los derechos subjetivos privados y en los derechos públicos subjetivos. Equiparación que sí resulta posible si se piensa que los segundos representan la tutela del interés social prevalente, que en dichos derechos es el interés individual frente al que el propio Estado se autolimita para virtualizar el verdadero interés público. De otro lado, cual precisa BAUMGART (33) es en verdad sorprendente que JELLINEK que con tanta exactitud ha insistido sobre el carácter objetivo de las competencias, no puntualizara la realidad de que de la regla de derecho puede muy bien no derivar un derecho subjetivo en provecho de una persona que se halla, no obstante, interesada en la observación exacta de tal norma.

(31) JELLINEK, *op. cit.*, págs. 52 y 53.

(32) BAUMGART, *Les garanties juridictionnelles du Droit Public moderne*, París, 1914, pág. 23.

(33) BAUMGART, *op. cit.*, pág. 27.

Pues cuando un interés individual se tutela específicamente por la norma a virtud de la prelación que a aquél se le concede en el complejo de los intereses sociales, cuya ordenación constituye la razón de ser determinante de la existencia del Estado y, en consecuencia, se le otorga la categoría de derecho subjetivo, es evidente que el mismo debe hallarse dotado de la aptitud para promover en su defensa la acción judicial; es decir, el derecho subjetivo exige la secuela de la acción en sentido procesal. Pero ésta no es elemento cualificante porque no hay derecho subjetivo cuando la causa de la posibilidad de promover el ejercicio de la acción es fundamentalmente el interés colectivo y el beneficio del que la pone en movimiento es sólo consecuencia de aquél, sin que haya alcanzado el segundo, por ende, la calificación de interés social prevalente expresada mediante la concreción de la tutela de tal interés particular en un verdadero derecho subjetivo.

GARBAGNATI rechaza las afirmaciones de que la jurisdicción administrativa tenga como fin exclusivo y característico cualquiera de los anteriormente señalados, ni tampoco la tutela de los intereses públicos (34) concretando su teoría patrocinadora de la tesis de que la jurisdicción administrativa consiste en un enjuiciamiento de anulación de actos administrativos inválidos y lesivos de intereses individuales o de derechos subjetivos referidos a materias excepcionalmente abstraídas a la competencia del juez ordinario; punto de vista que, ciertamente, no consideramos acertado.

En primer lugar, porque sólo de modo parcial puede catalogarse a la jurisdicción administrativa como de carácter anulatorio, ya que cuando entran en juego no sólo normas violadas de las que deriva una indirecta tutela de intereses subjetivos sino derechos individuales de dicha naturaleza, el juez administrativo que conoce de la litis no ha de limitarse a declarar la nulidad del acto que tales derechos conculcó, puesto que su función es extensiva al reconocimiento de aquéllos con fuerza de cosa juzgada y al pronunciamiento de la obligatoriedad de la Administración de dar virtualidad a los mismos.

De otra parte, tampoco es exacto decir que a la jurisdicción administrativa corresponde el enjuiciamiento de actos administrativos que son inválidos por lesionar derechos subjetivos o intereses individuales, ya que es mucho más cierto que a la misma compete decidir en orden a la existencia o inexistencia de verdaderos derechos subjetivos consagrados por el ordenamiento jurídico, o de infracción de normas legales e intereses protegidos por éstas sin consagración formal de aquéllos y cuyo daño por

(34) GARBAGNATI, *op. cit.*, pág. 29.

el acto administrativo que se impugna se alega por quien promueve el ejercicio de dicha jurisdicción.

De aquí la consecuencia, no de que la jurisdicción administrativa sea típicamente de derecho objetivo, sino que no es de mera custodia de derechos subjetivos porque la tutela del interés social prevalente que expresa la ley necesita, y por ella todo el derecho público administrativo, de más amplios arbitrios que los simplemente atribuidos a la función jurisdiccional civil, cuyo objetivo fundamental es la defensa de los intereses privados—aunque tal constituya en sí misma un interés público; lo cual envuelve una proposición inversa a la originaria de lo contencioso administrativo, cuyo punto de partida es la tutela de los intereses social-administrativos prevalentes, de donde surgen como consecuencia, la defensa de los de los administrados incluso frente a la propia acción de los sujetos de la Administración.

En este sentido, GUICCIARDI sostiene que siendo la jurisdicción la actuación de la voluntad concreta de la Ley respecto a un interés por ésta garantizado, la *eficacia* ya objetiva ya subjetiva del enjuiciamiento está determinada por los intereses en cuya virtualidad viene actuada la garantía legislativa. Y la voluntad de la Ley que la jurisdicción administrativa es llamada a promover está referida a la tutela de los intereses públicos, ya que es la conformidad o disconformidad con tales intereses lo que hace al acto impugnado válido o inválido (34 bis). De tal suerte, prosigue, como los intereses públicos están tutelados en la Ley no ya en razón de subrogaciones con los intereses particulares de otros sujetos, sino también en sí y por sí, esto es, en sentido absoluto o en su consideración objetiva, la jurisdicción administrativa no actúa sobre relaciones administrativas sino sobre actos administrativos, y no se proyecta a dirimir conflictos de intereses entre Administración y ciudadano sino a tutelar objetivamente el interés público impersonal de la Administración. El interés del ciudadano, añade GUICCIARDI, tiene relieve sólo a los efectos de su legitimación procesal en el recurso, pero es totalmente extraño al objeto del juicio y a la consideración del juez administrativo; y, en su virtud, si la jurisdicción administrativa es exclusivamente la actuación de la voluntad concreta de la ley respecto al interés público, si la eficacia del juicio administrativo debe ser medida en función de tales intereses y si de éstos es titular la Administración, es evidente que el juicio administrativo debe tener virtualidad sólo para el titular del interés tutelado, es decir, para la Administración. Y si bien la eficacia subjetiva de dicho enjuiciamiento es mínima desde el punto de vista del derecho, es en reali-

(34 bis) GUICCIARDI, *La Giustizia Amministrativa*, 2.^a ed. Padova, 1943, pág. 239.

dad máxima en cuanto por reflejo se extiende *erga omnes* para que la tutela del interés público pueda actuarse plenamente (35).

Pero es sin duda claro que la tesis de GUICCIARDI está formulada con abstracción de la idea de que al propio interés público conviene el respeto por parte de la Administración no ya sólo de las normas vigentes que condicionan su obra, sino también de los límites que para su actividad suponen la consagración en el ordenamiento jurídico de situaciones subjetivas definitivamente establecidas en derechos de tal índole y que, por tanto, en cuanto los mismos no sean respetados es correctamente susceptible de producirse contienda entre la pretensión de actualizar el interés público que un determinado acto administrativo proyecta y el interés público de que no sean lesionados los legítimos derechos individuales.

En conclusión, que la jurisdicción administrativa lleva en sí misma la huella de la propia fundamentación del ordenamiento jurídico administrativo, que nació predeterminado al cumplimiento de la egregia misión de prever límites condicionantes de la actividad administrativa, tanto en función de los intereses colectivos que aquélla ha de gestionar bajo la inspiración general del ordenamiento jurídico, como de las garantías de tipo individual concretamente consagradas en los derechos subjetivos—cuya formulación satisface un interés público—y siempre sobre la idea de que la posibilidad de oponer unos y otros límites se otorga de modo general; sin que a ello obste el que necesidades de tipo práctico requieran en relación con los administrados la individualización del interés público en un correlativo interés privado en forma de derecho subjetivo o de interés legítimo.

Concretados pues nuestros puntos de vista respecto de las nociones más determinantes en el concepto de la jurisdicción contencioso administrativa, creemos correcto y fecundo sostener que aquélla se caracteriza esencialmente por la tutela del interés público que resume la norma jurídica pero habida cuenta de que tal categoría no ha de estimarse sinónima de interés colectivo, sino expresiva del que resulta prevalente en un determinado momento y en una determinada comunidad, para el mejor cumplimiento de los fines asociativos de la misma. De donde ha de derivar, no sólo en función del fundamental principio de la seguridad jurídica, la prevalencia del interés particular directamente protegido por la norma—derecho subjetivo—incluso frente a cualquier nueva o circunstancial manifestación de las conveniencias colectivas—teoría de los derechos adquiridos que sólo mediante expropiación podrán ser cancelados; sino también la posibilidad de atacar los actos de la Administración que, de *cualquier manera* no se acomoden a la teleología del precepto de que

(35) GUICCIARDI, *op. cit.*, págs. 239-240.

traen causa de posibilidad por cuanto en tal caso resulta quebrantada la función primaria del Derecho; que es ordenación de la convivencia social según una jerarquía de valores —queda al margen de nuestra consideración el problema de los módulos esenciales de establecimiento de esta jerarquización—contenida en las normas.

Así es claro cómo únicamente con esta amplitud estimativa de la esencia de la jurisdicción administrativa, es dado mantener un criterio unitario de ella que permita incluir en la misma el acervo de los recursos por exceso de poder, entre los que se integra el *détournement de pouvoir* como máximo exponente del sistema de control de la *legalidad* administrativa.

IV

El exceso de poder

La censura jurisdiccional en orden a la acomodación al Derecho—en su más amplio y objetivo valor—de los actos administrativos, para garantía en la promoción por éstos del interés público en la precitada acepción, fué instituída en el Derecho francés y, a imitación de éste en el de buen número de los Estados modernos, a través de los llamados recursos por exceso de poder.

En primer término, se ha de convenir, al efecto del enfoque del análisis de esta vía de recurso, que la palabra *poder* significa facultad de obligar, de ligar. Y si el poder se halla jurídicamente condicionado es obvio que tal potestad se encontrará preconformada de donde es claro que surge la posibilidad del exceso de poder en cuanto se sobrepase la facultad de obligar que al poder corresponde. O, lo que es lo mismo, cometer exceso de poder es producir un acto que pretende tener fuerza de obligar y que carece de ella por cuanto no se acomoda a los límites en función de los que fué establecida la susodicha preconformación del ejercicio del poder.

Así el exceso de poder de la justicia administrativa se ha desarrolla-

do no ya sólo como instrumento abstracto contra la ilegalidad de los actos administrativos, sino concretamente para producir su anulación y suprimir su fuerza de obligar. Resulta, pues, que la vía jurisdiccional contencioso administrativa coaliga, en relación jerarquizada pero en necesaria concurrencia, el interés público de la acomodación al derecho de los actos administrativos y el interés individual de que tal acomodación no sea quebrantada. Interés individual que respecto de un acto de autoridad no puede ser otro que el de privar de fuerza de obligar al mismo, en cuya privación cabe apreciar un interés genérico o un interés específico.

Así se configura el exceso de poder como una auténtica vía de impugnación de los actos administrativos, que, pulcramente modulada a lo que la Administración significa en la vida social, explica que dicha posibilidad de recurso haya sido constituida, en las más practicistas de las reglamentaciones jurídico administrativas, sobre la base de un interés individual concreto que es indirectamente protegido por la norma y que resulta beneficiado por el efectivo mantenimiento de las disposiciones de la misma. Exigencia que elimina la legitimación de cualquier administrado para la susodicha impugnación y que evita que el exceso de poder constituya una auténtica acción popular.

Históricamente este recurso nació por segregación del jerárquico que adoptaba forma contenciosa, y se configuró a la manera de un recurso reconocido en favor de todo aquél que teniendo un interés directo y personal en un acto de la Administración, careciese de derecho para utilizar otro recurso mediante el que pudiera obtener las satisfacciones necesarias. Con su aparición quedó consagrado un sistema dualista.

De una parte el recurso contencioso clásico, llamado de plena jurisdicción y similar al juicio ordinario, y de otra, el recurso contencioso de legalidad que se instauraba. Propendía aquél a la defensa del derecho subjetivo y se proponía éste la defensa de la norma establecida, con propósito asimismo, de tutelar intereses legítimos de los ciudadanos. El primero conoce de todo el contenido del acto, en él juegan los hechos y el Derecho y la sentencia que lo termina resuelve todos los extremos del debate; si bien los efectos jurídicos del fallo afectan sólo a los litigantes. En el recurso de legalidad, por el contrario, se trata de juzgar de la acomodación a las normas del ordenamiento jurídico del acto que se somete a enjuiciamiento. Por tanto, su alcance, cuando el recurso prospera, es el de anular el acto impugnado, y, como recurso de anulación, los efectos del fallo son *erga omnes*.

Asimismo, subrayemos una vez más que no es necesaria la existencia

de un verdadero derecho (36) para que el recurso por exceso de poder sea interpuesto y llegué a prosperar. Si así fuese el contencioso de legalidad perdería su verdadero significado y quedaría convertido en un recurso de plena jurisdicción. No hay que olvidar que nació como desgajamien-

(36) La concepción imperialista y clásica—dice Ducrocq—del Derecho Público correspondía a la concepción individualista del Derecho Privado. El Estado era considerado como titular del derecho subjetivo de poder, que se manifestaba no solamente en la Ley, sino también en la actividad administrativa. El individuo se concebía como titular, en cuanto hombre, de un cierto número de derechos subjetivos que sintetizaban en los dos derechos de libertad y de propiedad. Así se encontraban siempre frente a frente el Estado, titular del derecho subjetivo de poder, y el individuo, titular de los derechos subjetivos de libertad y de propiedad. En esta libertad y en esta propiedad no puede tocar el Estado, o, al menos, no puede tocar más que en una cierta medida y bajo ciertas condiciones. Dada esta doble concepción del Derecho Público y del Derecho Privado, todo proceso administrativo suscita en el fondo esta cuestión: El derecho subjetivo del individuo ¿ha sido o no perjudicado por el Estado, por la actividad administrativa más allá de los límites en que puede serlo? En todo proceso administrativo se plantea, pues, una cuestión de derecho subjetivo.

Lo contencioso administrativo era, pues, siempre exclusivamente contencioso subjetivo para la Administración, puesto que se planteaba la cuestión de la extensión de su derecho de poder, y para el administrado, puesto que se planteaba para él la cuestión de saber si sus derechos subjetivos de libertad o de propiedad habían sido violados. Toda contienda debía, pues, dar fin con el reconocimiento de un derecho subjetivo de la Administración o del administrado, y entañar, por tanto, una condena. Esta es la idea que expresaba Ducrocq cuando escribía que para que hubiera contencioso administrativo verdadero era necesario que el litigio fuera suscitado por un acto administrativo propiamente dicho y que la reclamación a la cual diere lugar el acto administrativo se fundase en la violación de un derecho y no solamente en la violación de un interés. (Ducrocq, *Droit Administratif*, 7.^a ed. II, pág. 17).

Pero basta abrir el *Recueil de la Jurisprudencia del Consejo de Estado*, para notar que desde hace ya muchos años la alta Asamblea ha dictado dos categorías de decisiones, que, en su simple aspecto exterior aparecen diferentes en absoluto. En unas, el Consejo se limita a declarar la anulación de un acto administrativo o a rechazar la demanda, en las otras el Consejo decide a veces la anulación de un acto administrativo; pero no se limita a esto: dicta además una condena contra el particular o contra la Administración. Y si hay dos categorías de sentencias tan diferentes, es evidente que hay dos categorías de recursos.

En efecto, desde hace mucho tiempo, según la terminología empleada en el Consejo, se distingue el recurso ordinario que termina con una condena y el recurso por exceso de poder que entraña simplemente la anulación de un acto. El mismo legislador ha consagrado esta terminología. En el artículo 9.^o de la Ley de 24 de mayo de 1872 se lee: «El Consejo de Estado estatuye soberanamente en los recursos en materia contencioso administrativa (recursos ordinarios) y en las demandas de anulación por exceso de poder formuladas contra los actos de las diversas autoridades administrativas».

Y merced a la confianza creciente que el Consejo de Estado inspira a los litigantes, los recursos por exceso de poder se multiplicaron. Sin duda el Consejo de Estado continuaba no viendo en él más que una especie de recurso subsidiario y subordinando su admisibilidad a la condición de que el administrado no tuviera otra acción. A pesar de esto el número de recursos por exceso de poder sigue aumentando y el Consejo de Estado se ve obligado a abandonar la no admisión fundada en la existencia de un recurso paralelo.

Se necesitaba también llegar a determinar lo que distinguía en el fondo al recurso por exceso de poder del recurso ordinario. Los juristas acometieron la empresa; pero no les era fácil resolver el problema porque continuaban dominados por la concepción subjetivista, por la idea de que toda contienda supone un derecho deducido en Justicia. No advertía que la considerable extensión dada al recurso por exceso de poder por el Consejo de Estado bajo la presión de los hechos revelaba una transformación profunda que se realizaba a espaldas de los juristas, ciegos con frecuencia, y la cual se caracterizaba por la eliminación (mejor cabría decir superación) progresiva de la doble concepción subjetivista de poder público y de derecho individual. (V. Ducrocq, *Las transformaciones del Derecho Público*, 2.^a ed. española, Madrid, 1926, págs. 255 y sigts.).



to del jerárquico (37) y que su ejercicio fué reconocido a los particulares en todos los casos en que, por falta de derecho lesionado, les estaba vedado el de plena jurisdicción.

Más tampoco este recurso reviste el carácter de una verdadera acción popular, ya que el requisito del interés personal entraña en el recurso de anulación un papel decisivo; tanto que si se puede decir que el fin de este recurso es la defensa de la legalidad establecida, el motivo para interponerlo es el interés del particular. Fin de legalidad e interés son los puntos iniciales del desarrollo de las llamadas condiciones de fondo y de admisibilidad (38) y el interés necesario para que el recurso por exceso de poder se admita ha de ser personal, directo y legítimo.

Finalmente en cuanto al exceso de poder concierne, se ha de tener en cuenta que siendo función esencial de tal vía de recurso la defensa del ordenamiento jurídico establecido, éste puede verse atacado de diferentes modos por los actos administrativos y de aquí las diversas formulaciones o causas motivadoras de la calificación de un acto como incurso en exceso de poder; entre los cuales aparece en un determinado momento histórico, *le détournement de pouvoir*.

(37) Según HAURIOU, el exceso de poder como una vigilancia disciplinaria de los poderes administrativos, ha podido transformarse en contencioso, a diferencia del recurso jerárquico, gracias al hecho de que se llevaba ante el Rey como jefe del Estado, porque aunque la Ley de 7 de octubre de 1790 disponía que: «Las reclamaciones de incompetencia de los Cuernos administrativos no serán en ningún caso de conocimiento de los Tribunales, sino que deberán ser llevados ante el Rey, jefe de la Administración General», en realidad el Rey actuaba como jefe del Estado hallándose por encima de la Administración, la cual jerárquicamente se acababa en el Ministro. Ello ha permitido que el Jefe del Estado, resolviendo en Consejo de Estado se pudiera colocar en posición distinta y preeminente de la propia Administración, erigiéndose inicialmente en Juez gubernamental y seguidamente en público; mientras que el recurso jerárquico, llevado ante el Ministro, ha permanecido puramente administrativo.

Y la verdad es, sostiene también HAURIOU, que el Consejo de Estado se inspiró inmediatamente en las decisiones del antiguo Consejo del Rey, en el espíritu general de la legislación del año VIII y también en la naturaleza de las cosas, porque en una organización administrativa donde los poderes se han especificado y separado, donde las formas legales se han impuesto a las normas, necesariamente es preciso una autoridad que asegure el respeto de las competencias y de las formas, y, de una manera general, el respeto de la disciplina establecida. (HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 10.^a ed., 1921, pág. 425, nota 2).

(38) Es erróneo fundar, según el antiguo criterio de lo contencioso la existencia de esta vía jurisdiccional administrativa sobre la del derecho lesionado o la de la real infracción cometida, confundiendo así la admisibilidad con la justificación en cuanto al fondo. La existencia del derecho o de la infracción asegura el éxito favorable del recurso, pero no es su causa de admisibilidad. Para ésta basta que la situación de los particulares sea tal que en ella haya podido nacer un derecho conculcado o un interés personal ligado al mantenimiento de la legalidad cuyo quebranto se debate; pero no es necesario que uno u otro hayan nacido realmente. El recurso por exceso de poder, sobre todo, nos ha familiarizado con la distinción entre la admisibilidad y el debate de fondo. Para que un recurso contencioso sea admisible es suficiente la existencia de ciertas condiciones exteriores, a las cuales, quizás no correspondan las de fondo necesarias para la resolución en sentido favorable al recurrente.

V

Problemática substantiva de la desviación de poder

1.—*Desarrollo de la teoría.*—En 1896 decía LAFERRIERE que la expresión desviación de poder se había introducido en una época relativamente reciente en la terminología de lo contencioso administrativo, significando el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el que fué instituido y hacerle servir a fines para los cuales no estaba destinado (39).

Su origen como vía de recurso tiene una fundamentación sencilla y natural en la idea de plena disciplina de juridicidad que se consagra con los recursos por exceso de poder respecto de los actos administrativos. Idea de disciplina que en su lógico desarrollo de perfeccionamiento habría de conformar la evolución del susodicho recurso por exceso de poder (40). En efecto si, como indica HAURIU (41), la noción de exceso de poder deriva ineludiblemente de la autolimitación del poder, si «*el poder discrecional se traza a sí mismo límites por esfuerzo de razón*», el juez administrativo no tardó en apercibirse de que una vez admitido el principio de la censura por exceso de poder sus aplicaciones debían ser extendidas, y que después de haber reconocido la necesidad de una revisión contenciosa tendente en puridad sólo a asegurar un orden superficial en el engranaje de los resortes administrativos, precisaba para realizar una justicia más perfecta ampliar el examen jurisdiccional a los fines mismos a los cuales debe tender necesariamente todo acto administrativo.

A su vez AUCOC, el primero que empleó la locución desviación de poder, se expresaba del siguiente modo: «Hay exceso de poder cuando un

(39) LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2.^a ed., vol. II, París, 1896, pág. 548.

(40) V. HENRI WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, París, Sirey, 1929, pág. 142.

(41) HAURIU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11.^a ed., pág. 414.

agente de la Administración produciendo un acto de su competencia y siguiendo las formas prescritas por la Ley, usa de su poder discrecional para un caso y por motivos distintos de aquellos en consideración a los cuales le fué atribuído dicho poder (42).

La desviación de poder—escribía LAFERRIERE (43)—constituye un abuso del poder de mando que el administrador ha recibido, pues el que la comete toma, bajo una falsa apariencia de legalidad, decisiones cuya adopción no le corresponde y que se hallan viciadas por *una especie de incompetencia* si no por las prescripciones que en las mismas se contienen sí por el fin que ellas persiguen.

Nace, en decir de ROGER VIDAL (44), hacía 1860 y se encuentra definitivamente consagrada a partir de 1864, cuando el decreto de 2 de noviembre de este año facilitó grandemente la formulación de cuestiones contenciosas contra los actos administrativos irregulares. Cronológicamente estos son los puntos de partida (45) así como ideológicamente se hallan en la revisión del acto al tenor de su fin mediante el control de los motivos determinantes; posibilidad que se otorga al juez administrativo.

En tal sentido, es obvio que los fines correspondientes a cada función ejercida por los agentes públicos pueden ser fijados en mérito a la propia razón de ser de cada facultad atribuída por el ordenamiento jurídico al poder público; pero que las mayores dificultades se presentan en tanto en cuanto se trata de descubrir de una manera cierta el fin realmente perseguido por el acto administrativo. Y no es preciso recordar que en esta época, por ser todavía muy fuerte el predominio de la idea de la inviolabilidad absoluta de las prerrogativas del poder público, el Consejo de Estado francés hubo de conducirse frecuentemente con vacilaciones y retrocesos, progresando lentamente en la determinación del sentido y modalidades de esta revisión jurisdiccional. Mas la jurisprudencia en su

(42) V. AUCOC, *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, 3. ed., vol. I, 1885, pág. 531.

(43) LAFERRIERE, *op. cit.*, pág. 548.

(44) V. ROGER VIDAL, *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, en *Revue du Droit Public*, 1952, págs. 275 y sigts.

(45) Ciertos autores afirman que esta teoría había tenido ya aplicaciones interesantes antes de esta fecha. Así ARTUR en su *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions* (*Revue du Droit Public*, 1903, II, págs. 463 y sigts.) sostiene que había sido utilizada ya por el Consejo de Estado, apoyando su tesis en la cita de numerosos fallos anteriores a 1860. Pero lo cierto es que si se puede admitir con LAFERRIERE (*op. cit.*, pág. 549) que en la misma época en que se hacía la más estricta aplicación de la Ley de 7 de octubre de 1790 el juez administrativo anulaba a veces por incompetencia, y en realidad era por desviación de poder, actos cuya formulación parecía irreprochable, conviene resaltar que los fallos generalmente citados como ejemplo a este respecto, pueden casi todos ser integrados en el caso de aplicación del control contencioso de violación de disposiciones formales de Ley, puesto que ellos sancionaban fundamentalmente verdaderas usurpaciones de poder de la autoridad administrativa sobre la autoridad judicial. (V. WELTER, *op. cit.*, pág. 145).

desarrollo de la teoría de la desviación de poder, fué consagrando no ya la regla genérica y elemental de que las decisiones ejecutorias administrativas deben ser adoptadas para fines administrativos sino, lo que es más importante todavía, aplicó aquélla en relación causal con la idea del criterio de la especialidad de las funciones. Criterio que, para una ordenada disciplina de la actividad de la Administración pública, prescribe a los agentes públicos el atenerse estrictamente, en el ejercicio de sus facultades, a los límites de la función particularmente ejercida por ellos; pues es preciso tener siempre presente que cada una de aquellas funciones posee sus fines propios coordinados entre sí. De donde deriva que el ejercicio de cada poder administrativo está estrechamente circunscrito a la promoción de su fin específico y que no cabe emplearlo para otros, aunque sean también administrativos.

Por eso cabe reconocer al Consejo de Estado francés (46) el mérito de haber elaborado—antes de la divulgación en Francia de la famosa doctrina del fin en el Derecho de IHERING—la teoría jurisprudencial, interesante y fecunda de la desviación de poder, gracias a la cual dicha idea de fin alcanzó el lugar que le corresponde en el proceso de estimación de los actos jurídicos y obtuvo, según DUGUIT, el relieve, precisión y extensión de aplicaciones que no tenía en la doctrina y jurisprudencia del Derecho privado.

Con ella se supera la vieja noción del acto discrecional sustraído a la apreciación del juez en tanto la legalidad externa haya sido cumplida, y se adquiere el fertilísimo dogma de que el poder de apreciación de que gozan las autoridades administrativas para la realización de determinados actos se halla también, en su conjunto, sometido a la censura jurisdiccional. De aquí que, consecuentes con la realidad de los hechos y el significado de la vía de recurso que nos ocupa, quizás resulte más lógico que las corrientes afirmaciones de que el poder discrecional pasó a la historia, que desaparecieron los actos discrecionales, formular juicio positivo sobre aquellas circunstancias, reconociendo, pura y simplemente, la creación en el campo de la teoría jurídico administrativa de un instrumento eficaz para controlar el sometimiento a sus naturales límites de la potestad discrecional. Posición que no es enteramente correlativa con las anteriores y que corresponde plenamente a las esencias de tal potestad.

2.—*Causa y motivos del acto* (47).—Se sostiene que la desviación de poder se halla ligada en sus orígenes al recurso jerárquico por incompetencia, no ya sólo en el orden genérico y formal que implica el hecho de su aparición en el seno de los recursos por exceso de poder—causalmente

(46) V. VIDAL, *loc. cit.*, pág. 286.

(47) V. más adelante Problemática adjetiva, 2. Determinación y revisibilidad de los motivos del agente.

derivados de aquella vía gubernativa—sino también en el específico y substantivo. Así es porque, en cierto sentido, la desviación de poder presupone un hecho en el que falta la coincidencia de la competencia interna con la externa, habida cuenta de que es lógico hablar de incompetencia en los casos, que caracterizan la desviación de poder, en que las facultades concedidas a una autoridad para un determinado fin no se utilizan con arreglo al mismo. De aquí que, sin perjuicio de dejar para ulterior consideración la susceptibilidad de relacionar la incompetencia con la desviación, lo expresado nos sugiera el ligamen del tema que nos ocupa con el problema del motivo del acto y su apreciación al tenor de las finalidades contenidas en el ordenamiento jurídico, de las que cabe derivar la causa de aquél.

Es cierto que en la doctrina no faltan partidarios de una estimación distinta, que en nuestro sentir es más simple y superficial, de la razón de conexión desviación de poder e incompetencia. Así ALESSI (48) sostiene la inaplicabilidad del concepto de causa—cual deriva del Derecho privado—a la temática del acto administrativo y, consiguientemente, patrocinada que la relación entre acto administrativo y Ley no debe ser contemplada desde la panorámica de la causa sino desde la idea de límite.

ALESSI fija el concepto de causa como «la razón económico-social que justifica frente al ordenamiento jurídico una relación entre dos sujetos», y en virtud de la cual aquél concede a éstos la facultad de poder ligarse en un negocio jurídico. Concepto que, según el indicado autor, es superfluo para el acto administrativo ya que, de una parte, no es necesario justificar de este modo la actividad jurídica de la Administración pública y, de otra, porque la relación entre acto administrativo y Ley—a la que reconoce cierta *correlatividad* con la teoría de la causa en el Derecho privado—se debe configurar de una manera por entero particular. El acto administrativo, agrega, no es sólo cual categoría jurídica como debe responder a ciertos presupuestos de legitimidad, sino que también ontológicamente estimado como promotor de unas consecuencias materialmente perceptibles en las realidades de vida social, debe acomodarse a la legitimidad que ALESSI llama substancial frente a aquellos presupuestos de legitimidad formal.

Y para cimentar esta legitimidad substancial basta—dice ALESSI—la reconocida potestad de la Administración para producir un determinado acto y, sobre todo, la correspondencia del mismo a los fines propios de aquélla, según los cuales está facultada para obrar. Fines que, en la técnica legislativa, vienen configurados como límites que circunscriben, más

(48) V. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica illegittima ed eccesso di potere*, Milano, Giuffrè, 1934.

o menos estrechamente, la actividad discrecional de la Administración pública.

En todo caso, aparece bien notoriamente en cuanto antecede el dogma del moderno Derecho Administrativo de la susceptibilidad de establecer límites jurídicos a la actuación del poder discrecional, y ello siempre admitido como corolario indeclinable la virtualidad normativa general que encierra la postulación de una determinada teleología por cualquier formulación de voluntad legislativa, aun en los supuestos en que no está directamente dirigido o en los que tal volición abstracta atribuyó una necesaria aptitud de concreción. Dogma que, en última instancia, reposa sobre el primario sentido del Derecho como principio normativo y que, en cuanto tiene de ordenador, ha de excluir toda contradicción.

En consecuencia, cabe sostener que la limitación de la llamada potestad discrecional de la Administración es un producto natural derivado del Estado de Derecho, entendido éste en su auténtica valoración de fórmula política que ordena éticamente la convivencia social y garantiza por medios jurídicos la permanencia de dicha ordenación.

Sucede también que la sublimación de los procedimientos de virtualización y eficacia de tales limitaciones no ha surgido hasta la admisión de la revisibilidad jurisdiccional contencioso administrativa de los actos discrecionales y que ésta se ha consumado mediante la doctrina de la desviación de poder. Doctrina que, precisamente por ser el término de máxima concreción de ese natural producto del Estado de Derecho que es la susceptibilidad jurídica de limitar el poder de apreciación de la potestad discrecional, no ha podido surgir empíricamente, cual los otros casos del exceso de poder, en el procedimiento enjuiciador de los actos administrativos, sino mediante un racional proceso de observación del origen y determinaciones de aquéllos.

Procesos en los que han sido, y continúan siendo, elementos básicos, de un lado, la deducción del fin perseguido por cada uno de los dichos actos, y, de otra parte, el contraste de los resultados con las pretensiones de las normas del ordenamiento jurídico al hacer factible la consecución de los susodichos resultados. O, lo que es lo mismo, el entrar en concurrencia no sólo los fines de acción administrativa y los límites legalmente establecidos a ella, sino también aquéllos con la razón objetivamente determinadora de la legitimidad teleológica de la actuación de un determinado órgano administrativo; momento en el que resalta la virtualidad de la causa del acto en que tal actividad del órgano se concreta (49).

(49) Empleamos el concepto órgano en su sentido estricto o técnico, y no extensivo. (V. MARTÍNEZ USEROS, *Consideraciones sobre los funcionarios de hecho*, en *Estudios en honor de GASCÓN Y MARÍN*, Madrid, 1952).

Por eso es claro que ALESSI, que sólo busca la legitimidad substancial del acto en la razón de ser de la general potestad administrativa de obrar, y que en su propósito prescinde del punto de la competencia del órgano actuante, realiza, como antes dijimos, una estimación superficial y simplista del problema de la posibilidad de la relación jurídico pública de derecho administrativo, en cuanto excluye todo el problematismo que en ella ocupa la subjetividad del agente titular del órgano que actúa las competencias de un oficio.

Subjetividad que no puede ser menospreciada por la inexcusable realidad física que la hace concurrir con la objetiva y jurídica realidad del susodicho órgano-oficio. La cual concurrencia a la vez que condiciona toda la vida administrativa e imposibilita la consideración de puro automatismo en el juego del ejercicio de las competencias funcionales, impone la aplicación a nuestra disciplina de la teoría de la causa de los actos jurídicos para llegar, igualmente que en el Derecho privado—en que los móviles de los actos son puramente particulares—, al contraste entre estos motivos con las determinantes públicas objetivadas en la intrínseca noción de causa, y de cuya identificación o divorcio deriva la licitud o la ilegitimidad del mismo. Ilegitimidad que en la desviación de poder se ostensibiliza mediante la discordancia entre causa y motivo o móviles.

Discordancia que, como única razón de ilicitud de los actos administrativos, sólo puede presentarse en los que se producen en ejercicio de la potestad discrecional, ya que en los reglados el preciso condicionamiento establecido excluye, para juzgar de su acomodación a la norma, la necesidad de adentrarse en estimaciones de este tipo. Así pues, la desviación de poder está construída sobre las bases teóricas de la discrecionalidad administrativa.

De otro lado, la idea de la desviación de poder conecta con el tema de la violación de normas jurídicas, por cuanto los actos que la producen en realidad quebrantan el espíritu de aquéllas; del que deriva la causa de éstos—motivación objetiva de los actos—y que choca con las pretensiones del agente—en las que radica la motivación subjetiva del acto—que no expresa pulcramente la que debe ser voluntad de la Administración.

También, por cuanto antecede se comprende que la doctrina de la desviación de poder se liga a problemas que pudiéramos llamar de moralización administrativa, ya que esta posibilidad de indagación de las ilegales motivaciones del agente productor del acto administrativo, será evidente coacción psicológica que detenga muchas veces egoístas y personalísimas determinaciones de los órganos de la Administración.

3.—*Desviación de poder y discrecionalidad.*—Antes de la consagra-

ción de la doctrina de la desviación de poder, el acto discrecional (49 bis) podía ser impugnado por incompetencia o vicio de forma; pero cuando no incurría en ninguna de estas dos taras se estimaba inimpugnabile, cualquiera que fuera su objeto. En este estado de cosas, señala DUGURR (50), la gran mayoría de los actos administrativos presentaba tal carácter y se podía muy justamente decir que el poder discrecional de la Administración producía actos de libre apreciación. Mas ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado francés la que ha disminuído el ámbito de esa potestad discrecional administrativa, limitando la efectividad de ese poder de apreciación libre de las autoridades y agentes que actúan en nombre de la Administración.

Y tal limitación se produce a virtud del predominio que las nociones teleológicas adquieren en el campo del Derecho, tanto privado como público. Así, expresa DUGURR, en el Derecho privado en tanto que se ha referido el efecto del Derecho a la autonomía de la voluntad individual, para apreciar la validez de un acto jurídico no se ha investigado el fin determinante del sujeto del mismo; bastaba que él hubiera querido una cosa y que tuviera la capacidad de querer. Los dos elementos del acto jurídico eran la capacidad individual y el objeto, y la legitimidad de aquél sólo podía depender de la legalidad de éstos. Asimismo, en el Derecho público, en tanto que se ha referido el efecto del acto administrativo únicamente al derecho de poder público, bastaba para que aquél fuese válido con que se realizase por agente competente según el objeto del acto.

Pero desde el momento en que se ha comprendido que el elemento poder público no es exclusivo, aunque ocupe el primer lugar en la actividad administrativa, desde el momento como podríamos decir con HAURIUO, que la noción de poder se ha institucionalizado en dependencia de la función, el elemento fin ha adquirido una posición preeminente y ya no puede bastar para la validez del acto administrativo con que emane del agente competente, pues el sentido funcional del ejercicio de aquél exige que la concreción de las facultades de mando se produzca con determinación del acto por el fin que pretende la norma al otorgar la competencia al agente. La noción de poder no llegará nunca, cual DUGURR auguraba, a desaparecer y ser sustituida por el elemento función, sino que pasará de ser una cualidad o aptitud configurada con moldes estricta y esencialmente subjetivos—idea de derecho-poder—a adquirir condicionamientos y estructuras de virtualidad objetiva. Así ha ocurrido

(49 bis) V. SANBULLI, *Manuale de Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1954, págs. 251 y sigts.
Cf. también FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Parte I, Milano, 1953, págs. 110-111.
(50) DUGURR, *Las transformaciones del Derecho Público*, ed. cit., págs. 284 y sigts.

en toda la complejidad del ordenamiento jurídico general y, quizás anticipadamente, a través de la doctrina de la desviación de poder, en el Derecho Administrativo.

Se ha quebrantado la primacía de la voluntad como elemento subjetivo en el contenido de cualquier relación jurídica, apareciendo la prevalente transcendencia del elemento interés—trasunto de la idea de fin en el Derecho—y su recepción en el campo de nuestra disciplina ha actualizado en todo caso el fin constitutivo y esencial de la Administración: el interés público y el condicionamiento de las competencias funcionales en relación con el interés público llamado a promoverse por cada función. Así prácticamente se puede sostener—respecto de los ordenamientos jurídico administrativos en que la desviación de poder es admitida—la desaparición de los actos discrecionales en su tradicional estimación de actos de pleno y libre poder de apreciación; y, aun cuando sea exagerado decir que el poder de apreciación ha desaparecido—por cuanto ello sería contradictorio con la substancial esencia de la Administración misma—sí es exacto afirmar que el poder de apreciación de la potestad discrecional ha dejado de ser una aptitud de dominación en favor de la autoridad administrativa, para convertirse, pura y simplemente, en una capacidad estimatoria de la acomodación de las circunstancias que preconstituyen todo acto administrativo a los fines que con él deben ser alcanzados según las directrices del ordenamiento jurídico. Es la culminación de la idea del Estado de Derecho, porque implica que el ejercicio de la libertad y de la soberanía es, tanto para los individuos como para el Estado, condicionado por la propia razón de ser de la juridicidad: el bien común susceptible de concretarse y funcionalizarse en cada instituto jurídico y de expresarse en éstos mediante los instrumentos del orden y la regulación.

De tal suerte, lo mismo se puede admitir que el poder discrecional se caracteriza por una estimación de oportunidad y conveniencia (51), que por la introducción de los criterios de la Equidad (52) en el acto de aplicar los abstractos mandamientos de la juridicidad a los concretos supuestos de la vida social, porque en uno y otro caso lo que el administrador ha de pretender es que realmente alcance virtualidad la fundamental razón de ser del Derecho, que es el fin de bien común, funcionalmente concretado en cada secuencia de las ideas matrices constitutivas de la Sociedad y del Estado: la cooperación humana y su posibilidad en la Justicia y el Orden. Es, pues, notorio, que tanto a la discrecionalidad-equidad como a la discrecionalidad-oportunidad, lo que realmente las legiti-

(51) HAUBIGU, *Précis...*, 8.ª ed., 1921, págs. 346 y sigs., especialmente pág. 352.

(52) V. WALINE, *Le pouvoir discretionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, en *Revue de Droit Public*, 1930, págs. 197 y sigs.

ma es el que de la aplicación de los principios jurídicamente estatuidos para el bien común derive realmente en cada caso la postulación de lo que conviene al mismo, haciendo posible que la solución adecuada a tal objetivo se obtenga, en cada específico supuesto mediante el necesario proceso de acomodación de las genéricas previsiones normativas; inadecuadas para formular las soluciones procedentes en todas las diversas categorías de especies no idénticas entre sí y de anticiparse a las realidades fácticas futuras.

Queda patente, en consecuencia, cómo el control del ejercicio del poder discrecional proyecta, en rigor de verdad, al problema de la coincidencia de la apreciación verificada por el órgano administrativo con ese valor primario del bien común funcional. Acomodación que origina la actividad discrecional y que consiste en establecer la relación causal entre las decisiones del poder y los fines jurídicos institucionales del mismo, en todas aquellas hipótesis en que, dado el valor de generalidad del mandato de la norma, no era posible ni conveniente el establecimiento en ella de las directrices precisas de concreción de aquella relación causal.

La desviación de poder está referida, por tanto, al vicio del acto que origina apartamiento de la finalidad propia atribuida al imperium—en cada supuesto de su ejercicio—por la teleología normativa, mediante el valor objetivo o funcional que se contiene en las determinantes jurídico institucionales.

De esta suerte, si es evidente que la legitimidad de un acto administrativo requiere: 1.º Que el órgano actuante sea competente en razón del territorio, la materia y el grado; 2.º Que la declaración de voluntad administrativa no se halle viciada por error, dolo o violencia; 3.º Que el objeto sea lícito por no ser contrario a una norma de Derecho; y, 4.º Que se cumplan las formas establecidas para la correcta producción y exteriorización de la voluntad (53); no es menos cierto que todos estos condicionamientos al ser contravenidos lo que originan es la posibilidad de inacomodación de los fines del acto a los de actuación administrativa—respecto de la cual posibilidad se establece la presunción iuris et de iure que, en su caso, origina su invalidez—y que dicha inacomodación aun sin ostensibilizarse puede producirse de una manera más íntima, cuando el agente cumple aparentemente todos esos requisitos, *pero ha querido por su cuenta*. Ha determinado su volición con discordancia entre el motivo que constituye el presupuesto de acción consagrado por la norma al otorgar la posibilidad de apreciación subjetiva del titular del órgano y aquel otro en consideración al cual se ha producido el acto.

Y como es sabido que en Derecho Público no juega el principio de la autonomía de la voluntad, ya que en todo caso la voluntad pública ha

(53) V. MARTÍNEZ USEROS, *Los requisitos de forma de los actos administrativos*, Murcia, 1950.

de hallarse informada por el interés público, de donde resulta que las decisiones de los órganos administrativos carecen de aptitud creadora de la esencia o contenido básico de las relaciones a producir o a modificar, y que por ello no es ya sólo el que las facultades de obrar de tales órganos no constituyan derechos subjetivos y signifiquen sólo meras competencias o participaciones en los procesos de promoción del interés público; sino también el que el interés público actuado por las indicadas facultades haya de estar informado por la teleología funcionalmente atribuida a cada posibilidad de ejercicio o inhibición. Teleología o fines específicos, funcionales, que son los que se quebrantan en los actos incursos en desviación de poder, de los cuales se puede decir, por consiguiente, que implican falta o simulación de causa, ya que el ejercicio de la competencia, la producción del acto, se determinó por unos motivos que no coinciden, ni se acomodan, a los objetivamente preconstituídos en el ordenamiento jurídico como razón—o causa—de que el poder de obrar—o competencia—actúe con el objetivo de alcanzar el específico fin de la función a ella encomendada.

Y es obvio, que con esta contemplación de síntesis del valor del elemento discrecionalidad en los actos administrativos, en actitud ante él esencialmente pareja a la adoptada por el Consejo de Estado francés en la creación de la doctrina de la desviación de poder, quedan superadas la casuísticas dificultades teóricas suscitadas—como consecuencia de estudios que pudiéramos llamar de analítica disección—en torno al sometimiento a revisibilidad en vía judicial de los actos discrecionales, señalando que la oportunidad, la conveniencia e incluso la Equidad, son conceptos que no encajan en la actividad jurisdiccional y no pueden, por ende, servir de base a su ejercicio.

Mas es claro que tales dificultades son mera consecuencia de contemplar el problema desde un punto de vista estimativo demasiado próximo a la varia y multiforme floración de supuestos de desenvolvimiento de la potestad discrecional, situándose, en los análisis especializados de la misma, tan cerca de las especies que se diluye la nota fundamental del género común, que, cual se ha visto, no excluye, sino todo lo contrario afirma y robustece, el valor de juridicidad de la actividad jurisdiccional desarrollada en el enjuiciamiento de los actos administrativos producidos en el ejercicio de la potestad discrecional. Valor de juridicidad que resplandece de modo inconcuso si se tiene siempre bien presente la especial caracterización del tema de la Justicia y jurisdicción administrativa, conforme queda más atrás establecido y que podríamos concretar y resumir, parafraseando a MANTELLINI, diciendo que mientras la materia de la justicia civil es fundamentalmente de derecho subjetivo, porque el interés



privado es su fin e individualista su criterio; la justicia administrativa se construye en esencia sobre datos de juridicidad objetiva porque el interés público es su fin—en forma de interés social prevalente, representado en fórmulas individuales o colectivas—y social su criterio.

De aquí deriva, que la actuación secundum legem de la revisión jurisdiccional administrativa, pueda tener proyecciones infinitamente más amplias que la jurisdiccionalidad privatista, y que no sea contradictorio a las esencias de la función típica del poder judicial el decidir sobre el modo como el agente administrativo usó de sus facultades discrecionales. Decisión realizada a la luz de criterios de juridicidad—y en la desviación de legalidad según veremos—que le son atribuidos para contrastar la acomodación o inacomodación en cada caso de la utilización de aquella competencia al tenor de los fines específicos—funcionales—para los que se otorgó.

4.—*Desviación de poder e incompetencia.*—*Prima facie* puede lógicamente pensarse que la desviación de poder implica el apartarse una autoridad de la competencia que legalmente se le tiene asignada, o sea, un desbordamiento de los cauces orgánicos trazados por la Ley en bien del servicio. Se trata por ello del uso por una autoridad administrativa de facultades que en rigor y estrictamente no posee, y así es corriente ver en aquélla un caso de incompetencia que, por nuestra parte, ya hemos calificado en otra ocasión como una modalidad originalísima (54) porque únicamente cabe concebirla sobre la base de una adecuada distinción entre sus aspectos interno y externo. Estriba el segundo en la facultad de producir un acto y el primero en la facultad de producirlo únicamente en los casos queridos y previstos por la norma; y en la desviación de poder concurre la primera pero no la segunda. En general la autoridad está facultada para dictar las resoluciones a que se refiere el precepto pero no en el caso concreto afectado por la desviación de poder (55).

Enlázase esta noción, en apariencia de legalidad externa, con otra de contenido característica de este recurso, pues, como se ha visto, para apreciar la desviación es necesario realizar un examen del fondo del acto y otro del fin de la Ley. Fondo y fin deben marchar de acuerdo pues caso contrario sobreviene la desviación y se alteran los presupuestos de la competencia. En el recurso por exceso de poder precisa determinar si entre el acto de la autoridad y la Ley que lo permite existe verdadera ade-

(54) V. MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del Derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, Reus, 1947, pág. 95.

(55) Si un Prefecto—escribía ALIBERT—usa de sus poderes respecto a la reglamentación de la circulación por los canales de navegación, no con fines de policía, sino para resolver una discordia entre ribereños, incurre en desviación pues ha usado de sus facultades indebidamente, usurpando atribuciones propias de la autoridad judicial. (ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, págs. 236-237).

cuación ideológica. Si se da verdadera competencia espiritual; y faltando esta adecuación falta la competencia. De tal suerte se enlazan en este recurso un problema de legalidad externa con otro de contenido, del que en el apartado anterior se hace mérito y de cuya fundamentación nos ocuparemos en el siguiente.

El problema de contenido se refiere al fondo de la Ley y del acto. En toda norma va implícito un designio: el buen funcionamiento del servicio, o, en general, de las actividades administrativas, y, de análoga manera, los actos administrativos persiguen también la buena gestión administrativa. Este es su fondo, y si estos actos, en una administración jurídica, han de hallarse inspirados por aquellas normas, necesario será que sus fines se acomoden y que sólo se dicten cuando dichos fines lo requieran o autoricen. Por eso piensa HAURIOU que el recurso por desviación de poder es una noción compleja de Derecho y Policía jurídica, pues existe una disciplina interna de la Administración que impone a los administradores reglas de conducta puramente administrativas. Así una Ley de Policía no podrá aplicarse sino por motivos de policía, una Ley sanitaria por motivos relacionados con la salud pública y una Ley fiscal por motivos tributarios. Es decir, que el espíritu y no la letra de la Ley marca la verdadera y substantiva competencia del agente y, por tanto, cuando éste se aparta de aquél sobreviene la desviación de poder.

Así es claro que la aproximación del caso de la desviación de poder al vicio de incompetencia requiere una estimación jurídica, y no simplemente administrativa o de organización, de la tal incompetencia. Por ello es obvio que la desviación de poder no es en rigor de verdad un supuesto del susodicho vicio de incompetencia, que administrativamente se estructura por razón de la materia y por razón del territorio; requisitos que no hacen quiebra en las hipótesis de la desviación. Entre ésta y la incompetencia existe en todos los casos una coincidencia ontológica (56), pero no siempre funcional (57) ni histórica, y ello explica las divergencias de cri-

(56) *En cierta medida*—sostiene ALIBERT—la desviación de poder es una especie de incompetencia; si no por las prescripciones por el fin que persigue. Y este medio de anulación de los actos administrativos ha sido deducido lógicamente del medio primitivo, es decir, de la incompetencia propiamente dicha, porque derivar un poder de su fin legal, es, en efecto, obrar incompetentemente. (ALIBERT, *op. cit.*, pág. 236).

(57) A veces—decía LAFERRIERE—el fin perseguido por el administrador en el acto incurso en desviación de poder le estaba completamente vedado y en estos supuestos se da en la desviación un verdadero caso de incompetencia; y es por esta ligazón por lo que la jurisprudencia ligó desde el principio aquella teoría al exceso de poder. El Consejo de Estado, en la misma época en que se encerraba en la más estricta aplicación de la Ley de 7-14 de octubre de 1790, más de una vez ha anulado por incompetencia—y en realidad por desviación de poder—actos cuyo dispositivo parecía irreprochable pero cuyos motivos y móviles colocaban al administrador fuera de sus atribuciones. (LAFERRIERE, *loc. cit.*, pág. 549). Siendo así—escribe ARTUR—que no eran sólo los motivos y móviles los que colocaban al administrador fuera de sus facultades legales, puesto que todo el acto en sí constituía una usurpación de funciones al mismo tiempo que una desviación de poder. (V. ARTUR, *loc. cit.*, págs. 461-463).

terio que se producen sobre la base de formulaciones construídas desde estos dispares puntos de vista (58).

5.—*Desviación de poder e ilegalidad.*—En los casos de desviación de poder nos encontramos frente a un acto ilegal. Empíricamente ello podría inferirse de que la desviación es uno de los casos—el tercero en su aparición cronológica—de la apertura del recurso por exceso de poder,

(58) Del importante estudio de LANDON sobre *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, París, 1942, destaca la afirmación de que antes de la construcción de la teoría de *le détournement de pouvoir* ésta era ya objeto de la desaprobación del Consejo de Estado, pero sin que en sí misma constituyese el fundamento de la anulación de los actos en que se producía. La anulación, dice LANDON, surge en mérito a la violación de la Ley y de los derechos adquiridos; y de esta suerte, si nos detenemos en el examen de las resoluciones dichas que, de otra parte, se remontan a tiempos en que la violación de Ley no había sido todavía incorporada a los recursos por exceso de poder, se podrá concluir que la desviación de poder nació a consecuencia del robustecimiento del control de la irregularidad interna. Opinión que, dice VIDAL, no ha sido jamás sostenida, sino que, al contrario, apoyándose en la autoridad de LAFERRIERE se viene afirmando que la desviación de poder adoptó el ropaje de la incompetencia para introducirse en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Se sabe también, prosigue VIDAL, que originariamente la expresión *exceso de poder* designaba la violación del principio de la separación de poderes por los representantes del judicial, y que es sólo sobre la base de la famosa Ley de 7-14 de octubre de 1790 como se hizo posible que el Jefe del Estado juzgara sobre reclamaciones de incompetencia, y como se amparó el movimiento doctrinal tendente a justificar la jurisprudencia del exceso de poder como extensión de la incompetencia. Pero la incompetencia *afecta a la legalidad externa de los actos; esto es, tiende a asegurar el respeto a la disciplina en una Administración jerárquica y centralizada*; mientras que, por el contrario, la desviación de poder es una ilegalidad afectante a uno de los elementos constitutivos del acto jurídico y su indagación obliga, por consecuencia, a penetrar en el examen de la legalidad interna de los actos, por lo que, concluye VIDAL, es inexacta la asimilación de la incompetencia y la desviación de poder. (V. VIDAL, *L'evolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, en *Revue du Droit Public*, 1952, págs. 277 y sigts.).

Aunque buen número de autores aceptaron siguiendo a LAFERRIERE, (*Traité de la juridiction administrative*, 2.ª ed. 1896, vol. II, págs. 402 y sigts.) la estimación de la desviación de poder como una variedad de la incompetencia, sin embargo en este criterio no coincidieron todos los autores más antiguos. Así AUCOC en su misma definición de la desviación de poder expresa que el agente autor del acto viciado de aquélla no obra dentro de los límites de su competencia y añade que comete exceso de poder porque se sirve de su autoridad con un fin diferente del que el legislador había tenido en cuenta. (AUCOC, *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, 3.ª ed. vol. I, 1885, pág. 531) Y DARESTE y BATBIE adoptan el mismo punto de vista que, asimismo, se reproduce en autores más recientes (ARTUR, BRUDELEY, EBREN, LANDON, LAPARRE, LABRETT DE LACHARRIERE).

BRUDELEY escribe: «La desviación de poder constituye propiamente hablando, y según feliz expresión de JACQUELIN, la desviación del destino del poder e implica, por consiguiente, la determinación de los fines tenidos en cuenta por la Ley al conceder los poderes al agente administrativo y supone, de otra parte, el conocimiento de los móviles que a éste le han inducido a obrar. Y es de ello, precisamente, de donde se deduce la diferencia de la desviación de poder de los otros medios de anulación. En efecto, la incompetencia y el vicio de forma que implican la indagación de si el acto administrativo ha sido realizado por una autoridad competente y según las formas y plazos prescritos, se limitan a considerar las circunstancias externas del acto, se preocupan exclusivamente de su estructura, mientras que la desviación de poder tiene un ámbito distinto; considera los motivos del acto y ocasiona el control de los móviles del autor. Los principios fundamentales sobre el contencioso de anulación se resumen en la idea de que los poderes conferidos a la Administración están sometidos a la regla de la especialidad, y la incompetencia y el vicio de forma atentan a los criterios de la especialidad de la persona y de la especialidad de las formas, mientras la desviación de poder se caracteriza por la violación del principio de la especialidad del fin. (BRUDELEY, *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier et patrimonial de l'Administration*, París, 1928, pág. 159, nota 2).

que controla la legalidad de los actos administrativos. Su objeto—control de la legalidad— y su fin —anulación de los actos administrativos ilegales—

La competencia del agente—dice GIRAUD—tiene un fin especial para cuya realización es como únicamente puede ser utilizada. (GIRAUD, *Etude sur la notion de pouvoir discretionnaire*, en *Revue Générale d'Administration*, 1924, pág. 315).

Cómo definir la incompetencia y el exceso de poder, se pregunta DARESTE. Se está de acuerdo en que la incompetencia se produce cuando el Juez no podía conocer del asunto en que ha juzgado, y hay exceso de poder cuando en un caso de su competencia adopta decisiones que le están prohibidas. (DARESTE, *La justice administrative en France*, 1862, pág. 225).

Véase también: ARTUR, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, en *Revue du Droit Public*, 1903, II, págs. 455 y sigs. BATBE, *Traité théorique et pratique du Droit public et administratif*, 2.^a ed. vol. VII, 1885, pág. 430. EBREN, *Théorie du détournement de pouvoir*, Lyon, 1901, págs. 41 y sigs. LAURET DE LACHARRIERE, *Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle*, París, 1938, págs. 98 y sigs. LAPARRE, *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, París, 1913, págs. 162 y sigs.

Frente a los comentarios de LAFERRIERE sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado, observa VIDAL que para apreciar exactamente la trascendencia de las decisiones citadas por aquél, conviene observar que si han sido preocupaciones extrañas a la buena Administración las que han ocasionado el que las autoridades administrativas traspasen los límites de su competencia y si, por consecuencia, ellas han sido conducidas a la incompetencia por la vía de la desviación de poder, no es dudoso el que estas dos irregularidades aunque íntimamente ligadas de hecho son perfectamente separables la una de la otra y no es posible deducir de estos casos que la desviación de poder entraña incompetencia. En suma, concluye VIDAL, que es exagerado sostener como hizo LAFERRIERE que la desviación implica una especie de incompetencia, y que este autor formuló una tesis más exacta cuando se limitó a afirmar que la desviación constituye una verdadera incompetencia sólo en los casos en que la persecución de un fin irregular está totalmente prohibida por hallarse fuera de las atribuciones de la Administración.

Y aún esta segunda formulación requiere ciertas reservas, pues resulta demasiado estrecha en la medida en que no expresa que la desviación de poder puede conducir a la incompetencia en los casos en que ésta consiste solamente en la realización por el autor de un acto atribuido a la competencia de otra autoridad administrativa, y es, al mismo tiempo, demasiado amplia puesto que comprende la hipótesis en que el autor de la desviación ha producido un acto que no está atribuido a la competencia de ninguna autoridad de cualquier otra clase.

En este último supuesto no hay incompetencia porque ninguna competencia fué fijada y si el acto es irregular es porque su contenido lo coloca fuera del ámbito del propio derecho administrativo. La irregularidad recae sobre las prescripciones que constituyen el fondo mismo del acto. Es pues, una irregularidad material muy alejada de la incompetencia que no supone, si se emplea esta palabra en el sentido que le otorga la jurisprudencia, sino la simple ilegalidad exterior en cuanto al órgano. En todo caso esta fórmula presenta la ventaja de mostrar que no cabe la aproximación entre la incompetencia y la desviación de poder en los casos en que el autor del acto irregular ha obrado dentro de los límites de su competencia, pero persiguiendo un fin distinto de aquel en consideración al cual fueron organizados sus poderes.

De estas dos tesis de LAFERRIERE es la segunda y más circunscrita la que suele ser acogida por la doctrina, de suerte que no se puede decir que se asimile la incompetencia a la desviación de poder. Para HAURIUOY y ALIBERT la decisión incurra en desviación puede considerarse viciada de incompetencia sólo si se estima ésta en el sentido particular de que la misma no resulta del dispositivo del acto, sino que deriva del fin perseguido. ROLLAND aprecia en la desviación de poder una incompetencia de «tipo particular» y REGLADE «una variedad o al menos una derivación de la incompetencia».

DUGUIT en cambio reprocha a LAFERRIERE el haber sido demasiado tímido en su equiparación de las dos nociones, y afirma que la desviación de poder no es sino uno de los tres aspectos en que puede presentarse la incompetencia. Para este autor, la competencia es el poder de obrar según ciertas formas, en un determinado ámbito y para un determinado fin. Así obrar sin respetar el fin querido por la Ley es violar la competencia y cometer desviación de poder. Pero la concepción de DUGUIT sobre la competencia, que define como «la facultad de querer con un determinado efecto de Derecho cuando el acto es inspirado por un fin reconocido como legítimo por la Ley», resulta demasiado amplia en relación con la establecida jurisprudencialmente y debería conducir a considerar todos los casos de exceso de poder como acciones fundadas en la incompetencia, lo que resulta inadmisibles habida cuenta de la forma y condiciones en que la violación de Ley hizo su aparición.

les— son razones suficientes para afirmar que en cualquiera de los casos que dan lugar a su iniciación se ha de encerrar, si prospera, una ilegalidad más o menos encubierta.

Pero LAFERRIERE sostuvo que la desviación es una especie *particular* del recurso por exceso de poder que se produce en consecuencia del espíritu que mueve al administrador. La desviación de poder—escribe—se caracteriza por la incorrección de las intenciones que han guiado al administrador más que por prescripciones abiertamente ilegales (59), ya que el control de ello no puede ejercitarse sobre la base de violación o de falsa aplicación de la Ley porque los actos discrecionales no están regulados *a priori* por prescripciones legales y lo que ellos expresan es la libre apreciación de sus autores (60).

Pero entonces, ¿cómo la revisibilidad ejercida sobre los actos administrativos a través del instrumento de la desviación es un control de legalidad? Si la ley sin fijar de antemano el alcance concreto de las decisiones discrecionales fija al menos su espíritu, su fin general, es obvio que se quebrantará la norma si se contraría su espíritu. Y ¿cómo se podrá afirmar, por ejemplo, que los poderes de policía han sido desnaturalizados si no hubiera un sentido legal en relación al cual pueda obtenerse la determinación de su teleología? Parecen, pues, poco concordantes las propias afirmaciones del mismo autor que, en otro lugar, sostiene que «si la Ley no fija anticipadamente el tenor literal de las decisiones discrecionales, determina al menos su fin general y el espíritu dentro del cual deben ser adoptadas. Así los poderes de policía son otorgados a la Administración para fines de interés general y serían desnaturalizados si se utilizaran para favorecer empresas particulares». Y termina: «inspirándose en esta verdad la jurisprudencia ha admitido que los actos discrecionales pueden ser anulados como *ilegales* cuando son producidos con un fin extraño al que la Ley ha tenido en cuenta» (61).

Su tesis parece ser la de que el fin de un acto es independiente del acto mismo y que el autor puede, sin alterar su esencia, destinarlo a fines diferentes y aún opuestos de los señalados por la Ley. Parte de la idea de que el fin depende de la voluntad, por lo que concluye estimando que la desviación de poder es un vicio fundamentalmente subjetivo e intencional que no existe sino en el espíritu del administrador. Se resalta con razón que si aquél hubiera obrado con otro fin su acto habría sido regular; pero se imagina con error que el fin de un acto puede ser independiente del acto mismo. Que el autor de un acto puede, sin modificarlo, asignarle fines diferentes o aún opuestos. Se parte de la idea falsa

(59) V. LAFERRIERE, *op. cit.*, vol. II, pág. 549.

(60) LAFERRIERE, *op. cit.*, pág. 411.

(61) *Idem.*, *idem.*, pág. 411.

de que el fin de un acto administrativo depende de la voluntad del agente y que esta voluntad posee capacidad creadora en el orden teleológico.

Por el contrario, se podrá comprobar que en todos los casos la incorrección del fin está tan ligada a la incorrección o ilegalidad del acto mismo que para suprimir la primera no hay otro medio que eliminar al propio acto. El administrador no podrá mantener su acto asignándole otro fin o partir de otros motivos, ya que éstos forman cuerpo con aquél. Y cuando se dice que si el administrador hubiera obrado con otros fines su acto habría sido regular, ello quiere decir que, en tal caso, se hubiera producido un acto diferente ligado a otro fin y procediendo con otras intenciones y conduciéndose en otra esfera de conducta, *vecina de la ilegal, pero legal*. El cambio de fin entraña un cambio completo del acto, pues el acto ilegal no responde a la misma situación, no puede engendrarse determinado por la misma apreciación de las circunstancias, ni conducir a los mismos resultados, ni ocasionar por tanto, los mismos efectos.

Es preciso reconocer que el ámbito de lo ilegal es no ya distinto, sino opuesto al de lo legal, y aunque podría ocurrir a veces que la desviación parezca exclusivamente ligada al valor subjetivo de la intención del agente la realidad es que en estos casos lo único que varía es que la prueba de aquélla sólo es posible mediante la estimación de tal intencionalidad; y, en rigor, conjuntamente a ésta se da como nota objetiva la inexistencia de un fin legal de los que pudieron ser promovidos. Mas esta circunstancia no excluye sino simplemente oscurece el valor objetivo de ilegalidad por incumplimiento del fin de la norma, y se da en los casos en que la discrecionalidad, además del poder de elección de los efectos o resultados de la acción implica alternatividad de fines y consiguientemente de intenciones. Si bien precisa no olvidar que esta alternatividad no supone nunca libertad de los mismos ni ruptura de la causalidad que los ha de ligar y, por ende, al efecto que nos ocupa la disyunción sólo oscila entre que los motivos del administrador jueguen un papel secundario porque la ilegalidad del fin se revele por el mismo acto o que, por hallarse ésta encubierta, sea forzoso descubrirla mediante la indagación de los motivos (62).

Así importa destacar, dice VIDAL, que si el control de los motivos se ha desarrollado extensamente hasta llegar a la anulación por «*inexistencia de motivos*», no es menos cierto que con anterioridad a ello el control de los motivos de los actos discrecionales se daba en función de la búsqueda de la desviación de poder (63).

(62) V. ARTUR, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, en *Revue du Droit Public*, 1903, págs. 456 y sigts.

(63) V. VIDAL, *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, en *Revue du Droit Public*, 1952, pág. 294. V. también NOEL, *Les motifs dans les décisions des juridictions administratives*, en *Revue du Droit Public*, 1924, págs. 350 y sigts.

En rigor de verdad, es que los motivos, que a este respecto significan «los hechos antecedentes que constituyen la causa ocasional del acto» (64), revisados con independencia de la causa no parecen poder producir sino un control de oportunidad (65) normalmente excluido de la censura jurisdiccional e imputado a la meramente jerárquica. Por ello es ilógico atribuir al puro y simple control de los motivos el efecto de la anulación jurisdiccional de un acto administrativo, y es mucho más razonable sostener que en el control de la desviación de poder el juez permanece en el campo de la legalidad porque aquélla es substancialmente desviación del fin y éste es dado en el ordenamiento administrativo como condición de legalidad de los actos de la administración.

El fin tiene en el acto una importancia preponderante. Socialmente hablando, expresa DUGUIT (66), un acto deriva siempre su valor del fin en vista del cual es producido. Y no basta un fin cualquiera, es preciso que el acto haya sido producido con el fin previsto por la Ley. Porque cuando la Ley establece una competencia fija también, de una manera más o menos explícita, el fin en razón del cual aquélla podrá ser ejercida: y este fin es, para el acto administrativo, y genéricamente, siempre un fin de servicio público. El acto debe haber sido producido con miras a asegurar el buen funcionamiento del servicio público y no con miras de satisfacer un interés privado. Y, de otro lado, con frecuencia el fin es más preciso: será un fin de policía, un fin financiero, etc.

Así la Ley fijando el fin del acto lo constituye en condición de legalidad. Por tanto, el juez al examinar si el acto persigue ese fin no hace sino controlar la legalidad de aquél. No es juez de la oportunidad de las decisiones porque no hay jamás de parte del agente administrativo libre apreciación sobre el punto de saber si el acto es conforme al fin previsto.

Además, conviene resaltar que el control del fin no se confunde con el de la oportunidad con relación a los motivos. El primero no entraña forzosamente el segundo, ya que un acto podrá estar mal fundado y ser, en consecuencia, inoportuno, sin que por ello haya violación del fin que le estaba asignado. Y aún cuando hay casos en que el control del fin parece ser control de la oportunidad, así es, como queda expresado, cuando la apreciación del valor de los motivos es exigida por la búsqueda de la desviación de poder. De esta suerte se encuentra en numerosos fallos del Consejo de Estado la siguiente fórmula: «la apreciación de los motivos

(64) REGLADE, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité*, en *Revue du Droit Public*, 1924, pág. 419.

(65) La oportunidad se constituye por el conjunto de circunstancias no previstas por la Ley y que son remitidas a la apreciación del que produce el acto. La legalidad por el contrario es el conjunto de elementos previstos que el acto debe poseer para ser conforme a la misma. (REGLADE, *loc. cit.*, pág. 415).

(66) DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, vol. II, pág. 294.

no puede ser discutida ante el Consejo de Estado, salvo el caso de desviación de poder». Pero en realidad el juez de la desviación de poder no es aquí juez de la oportunidad, pues si se examina el valor de los motivos no es para someter a censura lo bien o mal fundado de la decisión, sino para saber cuál ha sido exactamente su fin; porque como existe ineludible relación entre motivos y fin, si bien es cierto que no hay desviación de poder siempre que los motivos son inexactamente apreciados, no lo es menos que si hay desviación de poder los motivos habrán sido mal apreciados (66 bis).

En realidad, la desviación de poder no es, substancialmente, cosa distinta de los otros casos de exceso de poder, sólo que LAFERRIERE por considerar excesivamente la intención del administrador pasa por alto los hechos en sí y no otorga toda la importancia que merece el particular de que los actos viciados de desviación rebasan los límites intrínsecos de la ley y constituyen una violación espiritual de la misma (67).

El propio LAFERRIERE en otro lugar admite que la desviación implica ilegalidad por motivos de incompetencia y apartamiento del fin legal. La desviación de poder—dice—es una verdadera ilegalidad que puede viciar un acto discrecional, a pesar de la plena libertad de apreciación que parece inherente a las decisiones de tal naturaleza. Ilegalidad que consiste en que la Administración pretende un *fin* que no puede ser promovido mediante los medios que emplea, o que incluso se le prohibía plenamente por hallarse fuera de sus atribuciones (68).

EBREN abunda en discriminar entre desviación de poder e ilegalidad, mas su criterio no se apoya sino en la propia definición de aquélla (69); lo cual, como dice ARTUR (70), es resolver la incógnita con la misma incógnita. Insistiendo en su crítica, el propio ARTUR expresa que pues que la desviación consiste en que la Administración usa de su poder con fin distinto a aquél en vista del cual le fué conferido, resulta que el adminis-

(66 bis) V. BONNARD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et les recours par excès de pouvoir*, en *Revue du Droit Public*, 1923, pág. 390.

(67) ARTUR, *loc. cit.*, pág. 455.

(68) LAFERRIERE, *op. cit.*, pág. 549.

(69) EBREN, *Théorie de le détournement de pouvoir*, Lyon, 1901, pág. 33.

(70) La violación de la ley y derechos adquiridos, expresa EBREN, implica que el acto viole un texto formal o disposición obligatoria igual a una ley y al tiempo en el derecho adquirido; y la desviación de poder no viola la letra de la ley, sino *su espíritu*, y en lugar de apoyarse sobre el caso del desconocimiento de un derecho se funda sobre un simple interés». El curso de la evolución del *excès de pouvoir* rectificaría estas últimas afirmaciones.

EBREN, escribe ARTUR, intenta sostener que la desviación de poder es un vicio distinto de la incompetencia y de la violación de Ley, y reprocha a LAFERRIERE el haber admitido en ciertos casos de desviación de poder una especie de incompetencia. Pero, ¿en qué se apoya realmente EBREN? Sobre la definición de la desviación de poder y sobre la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado; mas ésta en tal sentido es imaginaria y decirnos que la definición de la desviación de poder implica que el acto no está tachado ni de incompetencia, ni de vicio de forma, ni de violación de Ley es cortar la cuestión con la misma cuestión. (ARTUR, *loc. cit.*, pág. 455)

trador utiliza facultades que realmente le pertenecen cuando las ejerce en vista de objetos determinados o de circunstancias dadas; pero que no le corresponden cuando son ejercidas en razón a otros objetos o a otras circunstancias. Se trata, pues, de un poder circunscrito, limitado por la Ley a circunstancias u objetos determinados. Por ende, si el administrador sale de estos límites asignados comete un exceso de poder y el mismo análisis demuestra que la desviación implica violación de Ley puesto que consiste en haber franqueado los límites establecidos por ésta.

La tesis de la ilegalidad de la desviación está dominada por la consideración de que junto al ámbito del acto incurso en aquélla existe otro inmediato en el que el poder habría sido legítimamente ejercitado. Para caracterizar la desviación de poder es preciso, pues, representarse siempre la existencia y aproximación de estas dos esferas, una legal y otra ilegal (71).

Para HAURIOU la desviación de poder encierra un acto contrario a la moralidad administrativa, pero no ilegal. En ella estima que sólo hay falsa directriz (72), que se olvida la subordinación del poder administrativo a su fin que es el servicio y el bien del servicio (73).

El verdadero caso de desviación de poder, escribe, es el exceso en el ejercicio del poder discrecional. Se comprende, por tanto, que la apertura de este recurso no se pueda confundir con la de la violación de ley, porque la Ley no puede jamás vincular enteramente al poder discrecional, que no se halla plenamente ligado sino por la moralidad administrativa. Cabe preguntar, agrega, si la Administración goza de cierto poder discrecional en todas las decisiones que adopta, y la verdad es que existe siempre, sea en la adopción del acuerdo, sea en cuanto a su fecha, ya en la apreciación de los elementos de la decisión, ya en cuanto al procedimiento que se usa. Sin duda se objetará que si la desviación de poder no supone violación de un texto determinado de la Ley entraña al menos violación del espíritu general de la misma, pero ello es abusar de la noción de violación de ley, que no debe ser extendida más allá de la violación de un texto determinado (74). El espíritu general de la Ley administrativa no equivale a otra cosa que a la moralidad administrativa, de la misma manera que el espíritu general de la Ley civil no equivale a otra cosa que a la moralidad privada (75).

(71) ARTUR, *loc. cit.*, pág. 456.

(72) HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1928, pág. 288.

(73) HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 10.ª ed., París, 1921, pág. 455.

(74) La desviación de poder—dijo GASCÓN Y MARÍN—es distinta de la violación de ley y no puede ser incluida en el término violación material consignado en el nuevo texto legal. (GASCÓN Y MARÍN, *Régimen jurídico municipal*, en *Revista de Derecho Público*, Madrid, 1935, pág. 358).

(75) V. asimismo ALBERT, *op. cit.*, pág. 236.

Pero, como dijo REGLADE, si semejantes reglas de Moral son sancionadas por una decisión de los Tribunales del Estado, es decir, por la coacción social organizada, tales reglas rebasan el ámbito de la estricta moral para convertirse en reglas jurídicas. Ciertamente que, a veces, no son normas escritas, sino reglas consuetudinarias y, por tanto, ellas difieren de la Ley, de la legalidad en sentido estricto; pero son reglas de Derecho que forman la legalidad en sentido amplio (76).

Para WELTER, que desarrolla la tesis de HAURIU, la desviación de poder es la expresión más caracterizada de lo que llama control contencioso de la moralidad administrativa (77).

Sin duda, escribe, no es falso afirmar que el legislador al otorgar las facultades discrecionales a la Administración tiene por valor entendido que aquéllas no deberán ser usadas sino para alcanzar fines determinados, y en este sentido se podría admitir que el control contencioso de la desviación de poder presenta el carácter de un control de legalidad; pero WELTER estima más exacto y más jurídico sostener que el vínculo de la Administración respecto del ejercicio de sus prerrogativas en función de determinados fines es independiente de la Ley y que sólo representa una ligazón con la esencia institucional de aquélla. Y, a mayor abundamiento, prosigue diciendo que es más conforme a la realidad el reconocer que la desviación de poder es un atentado a la moralidad administrativa, ya que constituye una simple superación de los límites internos del poder discrecional, cometida por la Administración con olvido de las reglas de disciplina determinadas por el principio general de la especialidad administrativa y de la especialidad de las funciones.

Ahora bien, estos mismos presupuestos en nuestro sentir conducen a la solución contraria, ya que, en efecto, la incompetencia y el vicio de forma, que consisten en indagar si el acto administrativo ha sido producido por una autoridad competente y según las formas y los plazos prescritos, se limitan a considerar las circunstancias externas de aquél. La violación de ley, por el contrario se centra sobre las disposiciones de fondo que el acto contiene, porque plantea la cuestión de saber si estas disposiciones se hallan en contradicción de los textos legales. Pero es bien cierto que estos tres medios de anulación se preocupan exclusivamente del dispositivo del acto, mientras que la desviación de poder, por el contrario, ofrece un marco bien distinto ya que considera su razón de ser.

De todos modos, si los diversos medios de anulación se distinguen pues por el objeto que contemplan, se puede no obstante inquirir si ellos

(76) REGLADE, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours par excès de pouvoir*, en *Revue du Droit Public*, 1925, pág. 421.

(77) V. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, Sirey, 1929, págs. 151 y sigs. Cf. también págs. 69 a 80, 144 a 156 y 292-296.

no corresponden a un fundamento jurídico semejante que constituye la misma base de todo el contencioso de anulación. Los principios expuestos se resumen en la idea general de que los poderes conferidos a la Administración se hallan sometidos a la regla de la especialidad. Es bien cierto, por tanto, que cuando una Ley atribuye un poder cualquiera a la Administración ello presupone no habilitar para el ejercicio de tal poder sino a una autoridad determinada. Se preven formas y plazos precisos, no otorga sino poderes concretos según fines específicos. Por consiguiente para que un acto administrativo sea regular, se requiere que una autoridad use según ciertas formas de ciertos poderes y en vista de ciertos fines. Luego en estas condiciones todo exceso de poder tendrá por causa la violación de la regla de la especialidad que la Ley estableció, porque los motivos invocados en apoyo de los diversos medios de anulación tenderán a demostrar que una autoridad diferente de la prevista por la Ley ha realizado un acto administrativo, o éste se ha producido según formas distintas de las previstas, en pretensión de fines diferentes o contrariando las reglas legales de la potestad que al agente le estaba reconocida. La incompetencia y el vicio de forma atentan al principio de la especialidad de la persona y al de la especialidad de las formas; la violación de ley consiste en una infracción de las reglas de derecho especiales establecidas por la Ley, y la desviación de poder se caracteriza por la violación del principio de la especialidad del fin. De todos los medios de anulación es la desviación de poder el que mejor resalta esta violación de la regla de la especialidad, puesto que ella implica la oposición entre los fines que la Administración debía perseguir y aquellos que realmente ha pretendido (78).

Pero para WELTER el control de la desviación de poder implica exclusivamente la sanción del abuso cometido por la Administración en el ejercicio de su libertad natural que se traduce en el poder discrecional. Y tal control de los fines de la actividad administrativa que la desviación de poder consagra, sostiene que rebasa en mucho el control de legalidad propiamente dicho, que no es sino un medio de sancionar la estricta aplicación de las disposiciones formales de la Ley que prescinde por entero de los fines pretendidos por los agentes en el ejercicio de sus competencias; concluyendo con la observación de HAURIUO de que la violación de ley tiene carácter objetivo mientras que la desviación de poder es una noción estrictamente subjetiva.

Pero importa destacar que, en rigor de verdad, en una adecuada estimación del recurso por desviación de poder, no es el fin pretendido por

(78) BURDLEY, *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'Administration*, Paris, Sirey, 1928, págs. 157-158.

el autor del acto el que generalmente debe ser tomado en consideración para el ejercicio del control del Juez, sino el que corresponde al acto en sí mismo: ya que el control del fin no puede ser subjetivo en el sentido de que produzca sus efectos a virtud de las ideas personales del autor, sino en el de que la revisibilidad de aquél tendrá en todo caso la posibilidad de un criterio subjetivo de estimación que se virtualizará en un control objetivo que implicará en muchos supuestos una determinación negativa. En efecto, sería erróneo pensar que en la teoría de la desviación de poder el punto esencial sea la existencia de un motivo ilícito, pues la verdad es que tal existencia no es constatada sino como medio de prueba que demuestra la inexistencia de un motivo legal. En la teoría de la desviación de poder la prueba indirecta aludida es subjetiva; ahora bien, esta prueba es muchas veces necesaria y esta necesidad ha influido excesivamente en las estimaciones de buena parte de sus expositores, sobre todo en aquellos que no ven en ella sino el control de la moralidad administrativa.

De otra parte, sucede que WELTER otorga valoraciones muy personales a los conceptos de función administrativa, de la especialidad de los fines de ésta y hasta a la propia concepción de la institucionalidad, lo que le llevan a sostener, como ha quedado visto, «*que el vínculo de la Administración respecto del ejercicio de sus prerrogativas en función de determinados fines es independiente de la Ley*».

Así resulta que para poder estimar seriamente la tesis de HAURIUO que WELTER desarrolla, es preciso comprender que lo que el primero llama moralidad administrativa, quiere indicar un valor deontológico de unas categorías normativas independientes del ordenamiento jurídico estatal e insertas en las secuencias de su concepción institucional (79). Ahora bien al pretender que las mismas son recibidas y aplicadas en los juicios por desviación de poder los autores indicados se producen con evidente atentado a la realidad de los hechos, habida cuenta de que parece absurdo tratar de explicar los mismos con criterios que en modo alguno pudieron inspirarlos por las incuestionables razones de que se produjeron con anterioridad a tan personalísimas formulaciones y en ámbito de actividad público estatal plenamente extraño a los presupuestos esenciales de la teoría, por cuanto la desviación de poder se creó—y como más atrás se dice no elaborada de un modo empírico sino con motivaciones substanciales en las que no podían contenerse de modo indeterminado las fundamentaciones institucionales preindicadas—como instrumento de producción de un efecto jurídico dentro de la ordenación de Derecho

(79) V. VIDAL, *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, en *Revue de Droit Public*, 1952, págs. 313 y sigs.



estatal que la sociológica teoría institucional de HAURIU parece pretender superar; en nuestro sentir con ausencia de caracteres de virtualidad en su planteamiento, que sí han adquirido los ulteriores desarrollos de la concepción institucional del Derecho (80).

Por nuestra parte ya ha quedado sentado con anterioridad que estimamos todas las dichas nociones desde planos de consideración totalmente opuestos que nos llevan a afirmar que el abuso de la potestad discrecional encierra ilegalidad y no simple inmoralidad—el mismo WELTER admite que la noción de moralidad en su sentido gramatical no corresponde muy exactamente a las situaciones que se trata de caracterizar (81).

Porque en verdad que en el actual estadio de la evolución histórica de las comunidades sociales, y viviendo éstas en régimen de ordenación estatal, no hallamos causa justificativa que pueda explicar satisfactoriamente la dislocación de la ética unidad del Estado de Derecho de ningún principio de concreta deontología que deba repercutir sobre el complejo de relaciones humanas. Cabría objetar, por tanto, a la tesis de HAURIU, que, como magistralmente él mismo señala, la Administración no es un fin en sí, sino una actividad y un sujeto social de intermediación entre individuo y comunidad; por lo cual, y personificando el Estado a la Sociedad presente, tanto en el ordenamiento jurídico estatal—que en sentido extensivo llamamos legalidad como concepto sinónimo de todo el Derecho positivo—como en el de los otros Cuerpos de Pública Administración que, jurídicamente, de aquél traen causa, deben integrarse los principios de buena moral administrativa.

Es obvio pues, que la teoría de la desviación de poder o no podría tener realidades algunas de aplicación en virtud de la falta de vigencia del código deontológico administrativo—sin perjuicio del desideratum de receptividad en la Lex de todo Ius Naturale aplicable a la Administración—o se tendrá que reconocer que los principios generales de inspiración de la Ley que resumen los criterios deontológicos del legislador—y que implican cosa distinta de los principios generales del Derecho positivo, puesto que éstos son criterios extraídos inmediatamente del ordenamiento, mientras que los otros son derivados de forma mediata de la norma—son ineludibles para el poder discrecional, y de aquí que la cuestión de precisar dónde empieza y dónde termina este poder, y cuál ha sido la legitimidad o ilegitimidad del uso que del mismo se realiza, suponga una cuestión jurídica y no de mera apreciación.

El exceso en la discrecionalidad es un acto ilegal, puesto que la sujeción a la Ley impone el respeto al fin que en aquélla se traza para el

(80) V. entre nosotros RUIZ GIMÉNEZ, *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, 1944.

(81) WELTER, *op. cit.*, pág. 77.

ejercicio del poder discrecional. No son meramente las limitaciones externas las que la autoridad ha de respetar, sino que existen también ciertas limitaciones internas que son impuestas a su potestad discrecional. A la autoridad le está prohibido mandar a capricho dentro de su competencia. Al ejercer aquélla su potestad no puede imponer su arbitrio en cada caso particular, sino atendiendo a los factores que la Ley quiere que se tengan en consideración.

Y esto es así porque las relaciones del Derecho Público carecen de la elasticidad que caracteriza a las del Derecho Privado (82). Y así lo ha querido el Estado de Derecho porque únicamente sometiendo estrechamente la autoridad a la Ley era posible obtener la seguridad e igualdad jurídicas que se reclamaban; y mientras el Derecho privado deja amplio campo a las partes para crear y modificar sus relaciones jurídicas, en el Derecho Administrativo se trata de relaciones jurídicas trazadas principalmente a priori por la Ley. Y de aquí que la concetricidad de los círculos de la pura Moral y de la pura legalidad tenga mayor coincidencia de radios en las relaciones jurídico-públicas que en las jurídico-privadas, precisamente porque la órbita de acción individual es más amplia en las segundas que en las primeras.

Y no obstante no puede hablarse de rigidez porque el legislador se da cuenta de que en numerosas ocasiones de la vida el resultado que se quiere conseguir puede alcanzarse por diversos caminos y, entonces, se limita a trazar el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa puede actuar libremente en cada hipótesis. El motivo para esto no estriba solamente en el intento de tener en cuenta las particularidades del caso concreto y de hacer justicia, como sucedería con el arbitrio judicial; el legislador procede de esta suerte considerando que sólo la autoridad administrativa tiene la experiencia necesaria para dictar ciertas disposiciones en sentido favorable al interés público. Pero el legislador cuenta con que la autoridad en estos casos se atemperará al criterio legal, e incorpora al cuadro de sus principios jurídicos un elemento móvil que permita cumplir los designios legales de acuerdo con las variables exigencias de la vida y del interés público (83). Es decir, que si la discrecionalidad supone un poder de apreciación por parte de la Administración, este poder no se da, ni puede darse en un sistema de juridicidad administrativa, ni en la causa ni en el fin del acto, según más atrás queda demostrado; sino que se contrae a su resultado inmediato (84).

(82) V. MARTÍNEZ USEROS, *Los requisitos de forma de los actos administrativos*, Murcia, 1950.

(83) FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, 8.ª ed., traducción española de Alvarez Gendín, Labor, 1935, págs. 115 y sigts.

(84) V. MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del Derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, Reus, 1947, pág. 106.

De aquí que, como señaló ARIAS DE VELASCO entre nosotros (85), quepa pensar que no existen actos discrecionales en el sentido absoluto de la palabra, ya que no hay tampoco absoluta oposición entre lo discrecional y lo reglado, y que, por tanto, los actos administrativos son todos en parte reglados y en parte discrecionales. En el acto que se llama discrecional se puede precisar el núcleo de libertad que es lo discrecional propiamente dicho y las reglas de Derecho que lo encauzan y lo limitan, que están destinadas a su control de la misma manera que tal control falta en el núcleo de libertad. Y dichas reglas son obligatorias para la Administración y el acto se califica con arreglo a ellas.

Con lo expuesto contrasta la tesis de HAURIUO al referir la desviación de poder pura y simplemente al control de la moralidad administrativa. En efecto, se ha dicho que si todo lo inmoral es antijurídico no todo lo antijurídico es inmoral; que lo moral se condensa en la palabra «debes» y lo jurídico en el término «puedes». Que el Derecho es un poder moral ejercido conforme a razón. Y puesto que el hombre existe para conseguir el fin que le es propio, la conformidad de sus actos con aquél es lo que llamamos Moral y la posibilidad de dirigirse a él sin que se lo impidan, ni se lo puedan impedir racionalmente los seres racionales, es lo que llamamos Derecho (86).

Ahora bien, siendo dos nociones distintas la de Moral y la de Derecho, y siendo la concreción positiva de éste no siempre coincidente con la primera proposición expresada, ¿cómo se concebirá que la infracción del deber moral ocasione en el sistema de la juridicidad estatal la anulación de un acto administrativo? Hay que tener en cuenta que lo inmoral no es siempre ilegal, ya que el concepto de la legalidad es necesario referirlo a términos positivos, y que aún en éstos incluso el concepto amplio de legalidad es más limitado que el de juridicidad, pues en ésta además de las leyes—en su texto y en su espíritu—y de las costumbres y en general de las fuentes positivas de un determinado ordenamiento—núcleo de la legalidad en sentido amplio—entran los principios generales del Derecho Positivo y Natural. De donde resultará que lo ilegal suele ser inmoral, sin que todo lo legal sea siempre moral y que a su vez lo inmoral no es siempre ilegal. Luego de la calificación de inmoral de un acto administrativo no puede derivar la consecuencia jurídica de su anulación; como lo prueba el carácter *excepcionalísimo*, por implicar más amplia estimación, de la teoría del abuso del Derecho (87). Si aquella anulación es sus-

(85) ARIAS DE VELASCO, *Jurisdicción objetiva*, en Revista de Derecho Público, Madrid, 1934, págs. 1 y sigts.

(86) P. BRUNO IBEAS, *Lo Moral y lo Jurídico*, en Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1924 (vol. 145), pág. 260.

(87) V. MARTÍNEZ USEROS, *op. cit.*

ceptible de producirse en el desenvolvimiento de una revisibilidad ordinaria de los actos administrativos cual es el control de la legalidad en la jurisdiccionalidad por exceso de poder, será porque con la inmoralidad haya coincidido la ilegalidad; es decir, no por su carácter de inmoral sino de ilegal. Y, en consecuencia, es obvio que los actos viciados de desviación de poder son ilegales (88).

Cabe pues concluir que la introducción de *le détournement de pouvoir* no alteró el carácter del recurso por exceso de poder pues en realidad existe en cuanto al fin la posibilidad de una ilegalidad material (89), que consiste en el incumplimiento de la obligación legal de perseguir el fin al cual el acto estaba destinado. Ilegalidad que es la que lleva el nombre de desviación de poder; designación muy expresiva puesto que la ilegalidad estriba en que el poder se ejercita para no perseguir la finalidad en razón de la cual fué establecido, sino otra distinta (90). Por eso no hay desviación de poder si en el acto con la promoción del fin legal coinciden otros fines (91), concurrencia del fin legal que excluye el vicio de la desviación de poder que es precisamente la que habilita el posible distingo entre aquélla y el abuso del derecho, como más amplia y excepcional noción que comprende conceptualmente a la primera por cuanto opera en el más extenso campo de la antijuridicidad (92).

(88) BONNARD al comentar la posición de HAURIOU dice que el punto de vista de éste implica una inadmisibile confusión entre la Moral y el Derecho, pero es claro que aquél da a esta noción un sentido de mera legalidad en sentido amplio. (BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, 4.^a ed., 1943, págs. 112-113, nota).

(89) El administrador no ejerce un derecho subjetivo como lo hace el propietario; y de ello resulta que no siendo titular de un derecho sino simple detentador de una facultad a él confiada por la Ley, viola ésta si usa de dicha facultad con finalidad distinta a la prevista por aquella. (CAPITANT, *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1920, pág. 374). La desviación de poder implica una violación de Ley (APPENDINO, *Sistema di Diritto Amministrativo Scientifico*, Roma, 1931, pág. 174). Sobre este punto V. también, RODRIGUES QUEIRO, *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder en Direito Administrativo*, Coimbra, 1940, pág. 77 y en general págs. 52 y sigs. DUEZ ET DEBBYRE, *Traité de Droit Administratif*, París, Dalloz, 1952, págs. 391 y sigs. IMBERT, *L'évolution des recours pour excès de pouvoir*, 1872-1900, París, Dalloz, 1952, pág. 151.

Se trata en suma, dice WALINE, de descubrir el espíritu de la legislación y de sancionar las violaciones de este espíritu, no de la letra de la Ley. (WALINE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 5.^a ed. París, 1950, pág. 132).

(90) La expresión desviación de poder—diría DUCUIT—es apropiada porque muestra claramente el aspecto bajo el cual aparece en tal caso la violación de Ley. (DUCUIT, *Transformaciones del Derecho Público*, ed. cit., pág. 285).

(91) V. BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, 4.^a ed., París, 1943, págs. 111-112.

(92) V. MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del Derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947. Téngase en cuenta que en este lugar, y como consecuencia de la revisión de lo entonces escrito, realizamos algunas algunas rectificaciones de forma que no alteran la tesis sustentada. (Cf. especialmente págs. 112 y sigs.).

VI

Problemática adjetiva de la desviación de poder

La aplicación de la teoría que estudiamos según los principios que imponen a las autoridades el respeto de los fines administrativos establecidos por las normas para el ejercicio de la competencia de que se trate, puede dar lugar a serias dificultades, habida cuenta de que en este caso no nos hallamos sobre el firme terreno de la más primaria substantividad jurídica—la puramente normativa en sí—autorizando deducciones precisas y permanentes, sino en un campo esencialmente movedizo en el cual las aplicaciones diversas de los principios ya establecidos no pueden tener más que el valor enteramente relativo de directrices.

También, de otro lado, se ha de tener en cuenta que el esclarecimiento del fin perseguido por un acto es a veces una tarea difícil, por lo que el éxito de un recurso fundado sobre la desviación de poder dependerá en gran medida del alcance de los medios de investigación utilizados por el Juez (92 bis).

(92 bis) Es restrictivo el criterio en materia de prueba de la desviación de poder. Lo más frecuente será—decía APPLETON—que sea demostrada con la ayuda de los motivos de la decisión atacada (APPLETON, *Traité élémentaire de contentieux administratif*, 1927, pág. 624); pero hoy—señalaba WALINE—el Consejo de Estado indaga en los casos de desviación no sólo en los mismos términos de la decisión o en el traslado de la notificación, sino también en todo el expediente, formalidades, deliberaciones, etc. que han precedido a aquélla (WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 5.ª ed., 1950, pág. 133).

Este control de la legalidad del acto que es la desviación de poder—escriben DUSZ y DEBBYRE—implica de parte del Juez administrativo un examen más profundo que en los otros casos de apertura del recurso por exceso de poder. Mas conviene situar el tema en sus justos límites y decir, con MICHOUD, que sería un error creer que el Consejo de Estado examina la intención legislativa, el proceso interno de la voluntad del agente. El Juez administrativo no opera sino con el acto. Es el acto mismo y los documentos que lo acompañan lo que constituye la prueba de la desviación de poder, siendo el expediente el que debe aportar esta convicción (MICHOUD, *Etude sur le pouvoir discretionnaire de l'Administration*, en *Revue Générale de l'Administration*, 1915, I, pág. 210). Por tanto, si los móviles psicológicos del administrador son examinados no es sino a través de los elementos objetivos aportados por las actuaciones del expediente y los hechos que llegan al conocimiento del juez, quien no puede ordenar una encuesta con el sólo fin de escrutar los móviles que determinaron al administrador a obrar. (DUSZ y DEBBYRE, *Traité de Droit Administratif*, París, Dalloz, 1952, págs. 392-393). Esto representa un esfuerzo para objetivar el control de legalidad de las decisiones administrativas. (Vid. análogamente DE SORO, *Recours pour excès de pouvoir et interventionisme économique*, en *Etudes et Documents, Conseil d'Etat*, 1952, pág. 74. En general vid. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, París, Pedone, 1952).

1.—*Determinación del fin de la norma.*—Desde el mismo origen de esta vía de recurso, cabe afirmar que el juez administrativo no se ha limitado, ordinariamente, a resolver la cuestión de si el autor del acto atacado había tenido en cuenta el interés general más o menos ampliamente entendido, sino que penetrando mucho más se ha llegado, desde siempre, a indagar si el fin querido por el legislador ha sido, en efecto, el determinante del acto.

Como ya queda expuesto la especialidad del fin de los actos se liga con la especialidad de las funciones ejercitadas por sus autores, la cual, a su vez, no es sino la práctica concreción de la estimativa institucional de la Administración y que se manifiesta, en valoración subjetiva, como norma de orden, de disciplina del poder destinado a asegurar el desenvolvimiento regular de la acción administrativa que tiende a la promoción del interés público. Así la teoría de la desviación de poder plantea la consideración de que la autoridad administrativa debe, a la vez, obrar en pro del interés público y tender hacia el fin especial derivado directamente de la función que de modo específico se actualiza en cada caso; pues aquella autoridad se halla, ante todo, caracterizada por los fines a alcanzar que se precisan en los objetivos generales y especiales de cada acción que concurre en el desarrollo de los que convienen al bien común (93).

Si en el cumplimiento de su misión la autoridad administrativa puede ser, en mayor o menor medida, independiente de un concreto mandato legal, sin embargo como su actividad ha de producirse en el ámbito de la juridicidad, es pues en la misma Ley donde el acto administrativo encuentra su mejor elemento de objetivación y estabilidad, por la sencilla razón de que, como se ha escrito, la Ley es el verbo perfecto del Derecho. Mas conforme se profundiza en el análisis de la acción administrativa se aprecia que ésta se halla a veces muy distendida de la norma legal objetivadora de su resultado, que ha de ser producto de la estimación de la realidad del momento y del lugar, por lo que no es siempre fácil ni seguro encontrar la apoyatura de un criterio normativo concretamente orientador y vinculante. Operan en abstracto las directrices del fin general y de los fines específicos cuya prueba de causalidad o quebranto supone un arduo problema.

De esta suerte y ante tal dificultad—expresa VIDAL—en los primeros tiempos el Consejo de Estado francés no se adentraba profundamente en la indagación del fin (93 bis) y por ello no se hallaba en la necesidad de formular razonamientos demasiado complejos. Pero más tarde la indagación de los móviles del legislador con frecuencia da lugar a análisis con

(93) Cf. WELTER, *op. cit.*, Introduction.

(93 bis) VIDAL, *loc. cit.*, pág. 310.

ocasión de los cuales la Alta Asamblea ha hecho intervenir elementos estimativos de la más varia categoría, lo cual lleva, en suma, a reconocer que se trata de descubrir *el espíritu* del legislador sin la inexcusable base de un apoyo ni siquiera indirecto en la propia letra de la Ley.

Actitud interpretativa sobre la voluntad presunta del legislador que transporta, de un lado, al problema de la apreciación de los hechos en cada caso concreto y, de otro, al de la indeterminación que implica la desviación de poder en razón al criterio comparativo al que es preciso apelar. Dificultades que, en nuestro sentir, sólo pueden superarse si se toma por guía el presupuesto de que la función administrativa, como función medial, posee una técnica propia cuyos dictados se han de estimar implícitos en las propias normas jurídicas que la regulan y condicionan.

De esta suerte, la jurisdicción contencioso administrativa puede absorber, para sus estimaciones de la legalidad de los actos administrativos, los principios y reglas de buena administración sobre el funcionamiento de cada actividad administrativa, hasta convertir el proceso de determinación del fin de las normas jurídico administrativas en sutil aplicación de tales principios y reglas del institucionalismo administrativo.

2.—*Determinación y revisibilidad de los motivos del agente.*—Esta cuestión es tanto más compleja cuanto que en la terminología jurídica la noción *motivo* presenta dos acepciones diferentes: objetiva y subjetiva. La primera, que es la que en nuestro tema predomina, es la que se invoca cada vez que se habla de anulación por inexistencia de motivo, y la elaboración de su doctrina constituye un acontecimiento capital en la historia de la desviación de poder. Objetivamente el motivo es concepto correlativo al de causa jurídica de un acto (94).

Todo acto jurídico ha de tener un motivo objetivo, que llamamos causa, que es la razón de ser del mismo y que existe en relación de antecedente a consecuencia del objeto perseguido y del fin que con él se obtendrá. Además toda causa jurídica y pues que el Derecho es principio normativo que cabalga sobre los hechos sociales, está ligada a una realidad de esta naturaleza. A mayor abundamiento, en el Derecho administrativo por cuanto no se da capacidad creadora de fines por parte de los órganos de la Administración pública, ya que éstos sólo poseen competencias institucionalmente preordenadas a la función y cuya preordenación establece, laxa o rígidamente, los fines de aquélla, el motivo objetivo o causa y el motivo subjetivo o motivos que estimulan a obrar a dichos órganos deben coincidir de modo absoluto.

En consecuencia, cuando una autoridad administrativa adopta un acuerdo ha de hacerlo determinada total y certeramente por la razón que

(94) V. VIDAL, *loc. cit.*, págs. 286 y sigts.

constituye la causa del acto y de conformidad a una exacta estimación de la realidad social, que debe ocasionar el ejercicio de una competencia para el logro de un determinado fin. De ahí que si la causa determinante del acto no es conforme a la realidad material con la que ha de ligarse, o si, siéndolo, se halla mal interpretada, se diga que el acto carece de causa, por error de hecho o de Derecho, respectivamente. Así el juez de legalidad podrá apreciar no sólo si las prescripciones adoptadas por una autoridad administrativa, en virtud de una situación dada, contradicen o no la norma, sino también si la situación preexistente ha sido correctamente calificada.

Pese a que, como escribe BONNARD (95), en el acto se parte del motivo objetivo o causa, se pasa por el objeto y se acaba con el fin, estos dos elementos de motivo y fin se hallan fundamentalmente próximos ya que son los determinantes de la voluntad y se contraponen, en cierto sentido, al objeto, el cual se nos presenta pura y simplemente como el efecto de aquella. Y tan estrecha relación es lo que explica las confusiones e imprecisiones terminológicas que en este punto se producen cuando se identifican erróneamente las nociones de objeto y fin o la de éste con la de motivo. Asimismo, para algunos autores no resulta fecunda la distinción entre móvil o motivo subjetivo y causa o motivo objetivo, estimando que aquél, fuera de ciertas sutilezas sólo interesantes para los estudios psicológicos y no para los jurídicos, carece de entidad porque al significar la intención del que obra se identifica con el fin perseguido (96); mas es obvio que la noción de fin, y más en el campo de nuestra disciplina tiene un valor funcional o esencialmente objetivo, por lo que en ella —precisamente por el condicionamiento motivador y teleológico de la acción administrativa que impone el ordenamiento jurídico como límite interno y externo de la misma, y también por el carácter jurídico moral del sujeto actuante en cuanto personalidad en Derecho que se ve forzada a valerse de sujetos naturales para el despliegue de su actividad— es perfectamente posible la discriminación entre los valores objetivos y subjetivos de dichos elementos de motivación y teleología del acto administrativo.

Y sobre la base de tal discriminación se desenvuelve la moderna concepción de la teoría de la desviación de poder, ya que ésta aparece en todo caso en que no coinciden causa y móvil, de un lado, y fin funcional del acto y pretensión del agente, de otro. Posibilidad sólo concebible en el acto que llamamos discrecional, en el cual, por razones ya indicadas, existe un poder de apreciación en el agente que se proyecta en el objeto del

(95) V. BONNARD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et les recours pour excès de pouvoir*, en *Revue de Droit Public*, 1923, págs. 78 y sigts. *Précis*, 4.ª ed., 1943.

(96) V. ad exemplum VIDAL, *loc. cit.*, pág. 291.

acto. Habida cuenta de que éste podemos considerarlo, en esencia, como resultante de la concreción o particularización del fin y que esta misión particularizadora que en dicha potestad es libre externa o aparentemente, es en realidad vinculada interna, funcional o institucionalmente, ya que no es conforme al espíritu de la norma que otorga el poder de apreciación—discrecionalidad— el que éste sea productor de un determinado resultado si no es para el fin para el cual dicha aptitud fué atribuída. Y ello en rigor porque el resultado producido—que puede serlo materialmente por diversos fines ya que la acomodación entre éstos y aquél es proceso verificado por el agente—no sirve al fin público que al administrador correspondía promover mediante el acto impugnado.

Resulta claro así que la teoría de la desviación de poder, que es, como dijimos más atrás, una consecuencia natural y lógica de la Administración jurídica que el Estado de Derecho instaura, tiene por virtualidad la pretensión de que el ejercicio del poder, que inherentemente implica el predominio de la voluntad pública o general sobre la del individuo, se realice siempre en mérito a la primacía del interés social que prevalece sobre un determinado interés particular, y que sólo pueda imponerse el sacrificio de éste en cuanto sea socialmente requerido y determinado por el fin institucionalmente dotado de prevalencia, que no ha de ser extraño al objetivado en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de cada competencia pública (97).

(97) El derecho positivo español vigente no contiene mención directa alguna sobre desviación de poder. Las hubo en el artículo 101 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 y en los 85 y siguientes del Decreto de 6 de abril de 1935.

Igualmente, al producirse la discusión parlamentaria de la Ley de Bases del Régimen Municipal, de 10 de julio de 1935, se suscitó el tema de su admisibilidad en el seno del recurso contencioso administrativo de anulación frente a los actos de los Ayuntamientos. Sin embargo la tendencia no llegó a prosperar y la desviación de poder no fué recogida ni en la base XXVII ni en el artículo 223 del texto articulado de 31 de octubre del mismo año.

En tal precepto se hablaba de «violación material» de disposición administrativa; expresión que se quiso contraponer a la desviación como violación moral o espiritual.

En la actualidad el apartado b) del número 3 del artículo 386 de la Ley de 24 de junio de 1955, preceptúa que contra los actos y acuerdos de las Autoridades y Corporaciones Locales podrá ser formulado recurso contencioso administrativo de anulación por incompetencia, vicio de forma o *cualquier otra violación* de leyes o disposiciones administrativas. Redacción que si es cierto queda margen para una aplicación jurisprudencial en nuestro Derecho administrativo de la teoría de la desviación de poder—por cuanto en sí misma no implica y encierra de correctora de la de la norma de 1935—creemos que no autoriza a interpretar el ánimo del legislador en sentido favorable a la susdicha admisibilidad, habida cuenta de que, en un orden estricto de ideas, sobre la expresión *cualquier otra violación de leyes o disposiciones administrativas* cabe considerar, de un lado, que está referida a que la incompetencia y el vicio de forma se estiman incursos en la predicha idea de violación de leyes o disposiciones administrativas y, de otra parte, que no resultaría lógica la actitud legislativa de introducir subrepticamente un instituto que tan concreta virtualidad ha adquirido en el ordenamiento jurídico administrativo de otros países e introducirlo además mediante bases esencialmente sometidas a polémica, como es el hecho de que la desviación constituya o no una violación de normas. En consecuencia, parece correcto predecir que, a salvo de cualquier alteración del Derecho constituido, la desviación de poder no habrá de tener eco en el ámbito de la revisibilidad jurisdiccional de los actos de la Administración pública española.

VII

Bibliografía

En esta nota bibliográfica, que no pretende ser exhaustiva se prescinde, en principio, de la mención de los Tratados de Derecho Administrativo y de los estudios generales sobre Justicia Administrativa, Potestad discrecional y Acto administrativo, así como de los dedicados a los elementos de éste.

- AUCOC, «Etude sur les recours pour excès de pouvoir», Academie des Sciences morales et politiques, 1878.
 «Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif», 3.^a ed., 1885.
- ARTUR, «Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions», en *Revue du Droit Public*, 1903.
- AUBRY, «Etude sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de détournement de pouvoir», Nancy, 1920.
- ALIBERT, «Le contrôle juridictionnel de l'Administration par moyen du recours pour excès de pouvoir», París, 1926.
- APPLETON, «Traité elementaire du contentieux administratif», 1927.
 «Les progrès recents des recours pour excès de pouvoir», 1917.
- ALESSI, «In torno ai concetti di causa giuridica, illegittimitá, eccesso di potere», Milán, 1934.
- ARIAS DE VELASCO, «El recurso por exceso de poder», *Revista de Derecho Público*, Madrid, 1934.
- ALVAREZ GENDIN, «Nociones sobre la jurisdicción contencioso administrativa», en *Revista de Derecho Público*, 1935 y 1936.
 «Garantías jurídicas de los ciudadanos frente a la Administración local», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1945.
- BODDA, «La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel Diritto Amministrativo», Torino, 1933.
 «Opinioni sulla causa nell'atto amministrativo», en *Studi in onore Romano*, vol. II, pág. 59.
- BOURQUIN, «La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative», Bruxelles, 1912.

- BAUMGART, «Les garanties juridictionnelles du Droit Public moderne», Paris, 1914.
- BOUCHARD, «Des limites du contentieux administratif», Paris, 1905.
- BERARD, «La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir», Paris, 1932.
- BEUDOIN, «La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir», Paris, 1904.
- BEURDELEY, «Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier et patrimonial de l'Administration», Paris, 1928.
- BONNARD, «Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir», en *Revue du Droit Public*, 1923.
- BONNARD, «Le contrôle juridictionnel de l'Administration», Paris, 1934.
- BONNARD, «Précis de Droit Administratif», 4.^e ed., Paris, 1943.
- BIONDI, «La teoria generale della discrezionalità nella dottrina dello Stato moderno», en *Nuovi Studi di Diritto, Economia e Politica*, 1933, IV.
- BAHUET, «Le détournement de pouvoir», Paris, 1912.
- BONNARD, «Le détournement de pouvoir en matière de délibérations du conseil municipal», en *Revue du Droit Public*, 1930, pág. 345.
- BENVENUTI, «Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione», en *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1950, págs. 1 y sigts.
- BADENES GASSET, «Del recurso de ilegalidad o exceso y desviación de poder», en *Revista de Derecho Público*, 1935, págs. 223 y sigts.
- BALDI PAPINI, «Spunti per uno studio sulla estensibilità del concetto di eccesso di potere», en *Rassegna di legislazione per i comuni*, 1940.
- CAETANO, «Notas sobre a jurisprudencia administrativa: O desvío de poder», en *O Direito*, añ 71, pág. 194.
- CREHUET, «La garantía jurídica del artículo 101 de la Constitución de la República», Madrid, Góngora, 1932.
- CADOUX-TRIAL, «La charge de la preuve devant le Conseil d'Etat», en *Etudes et documents, Conseil d'Etat*, Paris, 1934.
- CHEVALIER, «L'instructions de service et le recours pour excès de pouvoir», Nancy, 1924.
- CHALVON-DEMERSAY, «De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir», Paris, 1922.
- COCATRE-TILGIEN, «Recours pour excès de pouvoir et contrat dans la jurisprudence du Conseil d'Etat Français», en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1956, págs. 87 y sigts.
- DARESTE, «La justice administrative en France ou traité du contentieux administratif», Paris, 1862.
- DARESTE (P), «Les voies de recours contre les agents de la puissance publique», Paris, 1914.
- D'ALESSIO, «Sull'insinducibilità del potere discrezionale», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1928, I, pág. 413.
- DELBEZ, «L'excès de pouvoir comme source de responsabilité», *Revue du Droit Public*, 1932, pág. 441.
- DUGUIT, «Las transformaciones del Derecho Público», Madrid, 1926, pág. 283.
- DUGUIT, «L'Etat, les gouvernements et les agents», Fontemoing, 1903, págs. 492 y 532-550.
- DUEZ, «La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat», 1927.

- DE SOTO, «Recours pur excès de pouvoir et interventionisme économique», en *Etudes et Documents, Conseil d'Etat, Paris, 1932, págs. 64 y sigts.*
- EBREN, «Théorie du détournement de pouvoir», Lyon, 1901.
- FEZAS VITAL, «Garantias jurisdiccionais da legalidade na Administração Pública», Coimbra, 1938.
- FERRERO, «Lo sviamento di potere della pubblica amministrazione», Perugia, 1930.
- FERRARIS, «Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria», *Rivista di Diritto Pubblico, 1924, I, pág. 205.*
- GASPARRI, «La causa degli atti amministrativi», Pisa, 1942.
- GIRAUD, «Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire», *Revue Générale d'Administration, 1924.*
- GARCÍA OVIEDO, «El recurso contencioso administrativo en la nueva Constitución española», en *Revista de Derecho Público, 1932, pág. 292.*
- GOLDENBERG, «Le Conseil d'Etat juge de fait», Paris, 1932, págs. 100 y sigts.
- GEORGIN, «La violation de la loi cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir», Paris, 1915.
- GRACH, «De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'Administration», Paris, 1912.
- GASCÓN Y MARÍN, «El recurso contencioso administrativo», Ponencia General, Viena, 1934.
- GARCÍA OVIEDO, «Consideraciones acerca del recurso contencioso administrativo en el Estado totalitario», *Revista Facultad de Derecho de Madrid, 1942, págs. 72 y sigts.*
- GONZÁLEZ PÉREZ, «La pretensión procesal administrativa», en *Revista de Administración Pública, n.º 12, Madrid, 1953, pág. 77.*
- GASPARRI, «In materia di rapporti tra giudicato amministrativo e attività discrezionale della Pubblica Amministrazione», en *Il Foro Amministrativo, 1954, I, 4, 2.*
- HAURIOU, «Notes au Sirey», Paris, 1929.
- HAURIOU, «Précis de Droit Administratif et de Droit Public», 10.º ed., Paris, 1921, pág. 455.
- HAURIOU, «Police juridique et fond du Droit», *Revue Trimestrelle de Droit Civil, 1928.*
- HAURIOU, «Les éléments du contentieux», *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse, 1905.*
- JEZE, «La jurisprudence du Conseil d'Etat», *Revue du Droit Public, 1944, pág. 58.*
- JACQUELIN, «Les principes dominants du contentieux administratif», 1899.
- JACQUELIN, «L'évolution de la procédure contentieuse administrative», *Revue du Droit Public, 1903.*
- JEZE, «Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en Droit Public français», *Revue du Droit Public, 1922, págs. 377 y sigts.*
- JEZE, «Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en Droit Public français», *Revue du Droit Public, 1923, pág. 58.*
- IMBERT, «L'évolution des recours pour excès de pouvoir», Paris, 1952.
- LAFERRIERE «Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux», 2.º ed., 1895.

- LAFERRIERE (E), «Origine et developpement du recours pour excès de pouvoir», en *Revue Critique*, 1876.
- LEÓN MARIE, «De l'avenir du recours pour excès de pouvoir». *Revue Droit Public*, 1901, II, págs. 265 y sigts.
- LAUM, «Das freie Ermessen und seine Grenzen», Leipzig, 1910; especialmente págs. 175-183-203-208-216-230-265 y sigts.
- LESSONA, «Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni specializzate», en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1925, I, pág. 206.
- LANDON, «Aux sources du recours pour excès de pouvoir», París, Sirey, 1942.
- LADREIT DE LACHARRIERE, «Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle», París, 1938.
- LAPARRE, «La théorie de l'abus du Droit et la théorie du détournement de pouvoir», París, 1913.
- LÓPEZ RODO, «La discrecionalidad de la Administración en la doctrina extranjera», en *Rev. Estudios Vida Local*, Madrid, 1947, pág. 3.
- LUDOVICI, «L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire», 1937.
- LAUN, «Le pouvoir discrétionnaire», *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, 1935.
- LAUN, «Kategorische und disjunctive Normen», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 34, pág. 162.
- LAUN, «L'autonomia del Diritto», en *Studi in onore Ranelletti*, vol. II, Padova, pág. 1131, 112.
- LETOURNEUR (Maxime), «L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir», en *Études et Documents*, Conseil d'Etat, París, 1953, págs. 66 y sigts.
- LAMPUE, «Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XX siècle», en *Rev. Int. des Sciences Administratives*, 1954, págs. 359 y sigts.
- LAGRANGE, en *Revue Droit Public*, 1955, pág. 581 (sobre la desviación de poder en el tratado de la Comunidad europea del carbón y del acero).
- LA TORRE, «Le questioni fondamentali della Giustizia Amministrativa; Il potere discrezionale e l'apprezzamento sindacabile delle pubbliche amministrazioni», Milano, 1926.
- MORTATI, «La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge». Roma, 1935.
- MACAREL, «Des tribunaux administratifs ou introduction a l'étude de la jurisprudence administrative», 1928.
- MACABEL (L), «Eléments de jurisprudence administrative» (extraits des décisions rendues par le Conseil d'Etat en matière contentieuse). París, 1918.
- MARE NOEL, «Les motifs dans les décisions des juridictions administratives», *Revue Droit Public*, 1924.
- MICHOUD, «Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration», en *Annuaire de l'Université de Grenoble*, 1913, págs. 429 y sigts 1914, págs. 19 y sigts.
- MIRANDA Y ALCÁNTARA, «El recurso contencioso administrativo y las potestades discrecional y reglada de la Administración», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 105, pág. 90.
- MARTÍNEZ USEROS, «La doctrina del abuso del Derecho y el orden jurídico administrativo», Madrid, Reus, 1947.

- ORTÍZ DÍAZ, «El recurso contencioso administrativo en la nueva Ley de Régimen Local», Madrid, I. E., Ad. Local, 1953.
- PHILIBERT, «Le but et le motif dans l'acte administratif», Bordeaux, 1931.
- PAPPALARDO, «L'eccesso di potere amministrativo», en Studi in occasione del centenario del Consiglio di Stato, Roma, 1932, II, págs. 429 y sigts.
- PELLETIER, «L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif», París, 1954.
- PÍ SUÑER, «Lo contencioso administrativo», Barcelona, 1928, págs. 190 y sigts.
- ROVELLI, «Lo sviamento di potere», en Scritti in onore Vacchelli, 1938, pág. 447.
- REGLADE, «Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité», en Revue du Droit Public, 1924.
- RODRIGUES QUEIRO, «Reflexoes sobre a teoria do desvio de poder», en Direito Administrativo, Coimbra, 1940.
- RENAULT, «Des actes discrecionnaires», París, 1899.
- RESTA, «La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi», en Studi in onore Cammeo, vol. II, Padova, 1933, pág. 383.
- RIBOLZI, «Documentabilità dell'eccesso di potere attraverso lettere di pubblici funzionari», de Il Foro Amministrativo, 1954, I, I, 341.
- ROYO VILLANOVA, «Lo contencioso administrativo en los Estados totalitarios», en Rev. de Leg. y Jurisprudencia, 1941, vol. 170, pág. 307.
- ROYO VILLANOVA, «Problemas del régimen jurídico municipal», Madrid, 1944, págs. 140 y sigts.
- ROYO VILLANOVA, «Reformas en lo contencioso administrativo municipal», en Boletín del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de la Administración Local, n.º 34, Madrid, 1947, pág. 442.
- SERRA PIÑAR, «El recurso por desviación de poder», en Revista Facultad de Derecho de Madrid, 1942, pág. 181.
- STIER-SOMLO, «Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung», Festgabe für Paul Laband, 1908, t. II, pág. 455.
- THIERRY (J.), «Les actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir», Lille, 1912.
- TOURNYOL DE CLOS, «Essai sur le recours pour excès de pouvoir», París, 1905.
- TEZNER, «Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde», en Jahrbuch des öffentlichen Rechts, vol. 5.º, 1911, págs. 67 y sigts.
- TEISSIER, «De la responsabilité de la puissance publique», 1906.
- TEZNER, «Zur Lehre von freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte», 1888.
- TEZNER, «Die Verwaltungsrechtspflege un die Ermessenssachen», en Verwaltungsarchiv, tomo IX (1900-1901), págs. 515 y sigts.
- TENTOLINI, «La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato», Milano, 1942, cap. II, págs. 7 á 32.
- VEDEL, «Essai sur la notion de cause dans le droit administratif», Toulouse, 1934.
- VITTA, «La giurisdizione amministrativa e il diritto obbiettivo», Rivista Diritto Pubblico, 1921, pág. 352.
- VIDAL, «L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative», en Revue de Droit Public, 1952.
- WALINE, «Le pouvoir discrecionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel», en Revue de Droit Public, 1930.
- WELTER, «Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative», París, 1929.

WODTKE, «Der recours pour excès de pouvoir», 1912.

WEI-TENG-LIN, «Le pouvoir discretionnaire de l'Administration et le contrôle juridictionnel en Droit francais», Lyon, 1944.

WODON, «Le contrôle juridictionnel de l'Administration», Bruxelles, 1920.

WEIL, «Les conséquences de l'anulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir», Paris, 1952.

ZAMORA MENDOZA, «El desvío de poder», México, 1949.

