

EL EXCESO DE PODER COMO VICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO (*)

Por SEBASTIÁN M.-RETORTILLO BAQUER

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia

«Observar... las palabras materiales de la ley, maleando el fin de ella, es una prevaricación de la misma.»

DOMINGO SOTO, *Tratado de la Justicia y el Derecho*, I, 6.^a, 8.^o

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: 1. *Finalidad específica del planteamiento histórico*. 2. *El exceso de poder hasta la ley de 2 de junio de 1889*. 3. *Significado del artículo 24 de la ley de 2 de junio de 1889*. 4. *El exceso de poder entre los vicios de legitimidad del acto administrativo, en la vigente ley de 1924*: a) *Iden-*

(*) Elaborado este trabajo sobre el derecho positivo italiano, que de forma tan diversa al francés ha construido la figura del exceso de poder, hemos preferido mantener en el mismo su construcción directamente relacionada con aquél, que no realizar una configuración genérica de este vicio de los actos administrativos que, sin duda alguna, hubiera pecado, bajo una supuesta pretensión de universalidad, de ficción. Experiencia interesante y a valorar dentro del derecho comparado. Ella adquiere además entre nosotros actualidad práctica, sobre todo dado el planteamiento recogido por la reciente ley jurisdiccional de lo contencioso. En la sistemática que seguimos, donde, por otra parte, recogemos también algunas brevísimas referencias comparativas al derecho español, tras una parte histórica imprescindible para su estudio, analizamos la distinta tipología que integra el exceso de poder para desarrollar en la última parte algunos aspectos de carácter más general y dogmático.

La doctrina italiana ofrece, en relación con la figura que analizamos, abundante literatura sobre dos puntos concretos: en cuanto a la elaboración conceptual y genética del exceso de poder —FERRERO, ROVELLI, BOBBA, RESTA— y en razón de supuestos muy particulares de decisiones jurisprudenciales, a través de cuyo análisis y comentario, se han ido resaltando nuevos tipos o figuras que aquél adquiriría. De las elaboraciones unitarias, directamente realizadas sobre la jurisprudencia, la de mayor interés es la de PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, «El Consiglio di Stato», *Studi in occasione del Centenario*, Roma, 1932, II, y a la que con frecuencia habremos de referirnos. En las notas adoptamos las siguientes abreviaturas: «Revista de Administración Pública» = RAP; «Giurisprudenza Italiana» = GI; «La Giustizia Amministrativa» = GA; «Il Foro Italiano» = FI; «Il Foro Amministrativo» = FA; «Rivista di Diritto Pubblico» = RDP; «Revue du Droit Public» = R. Droit P.; «Massimario completo della giurisprudenza del Consiglio di Stato», Roma, 1955, de la colección «Il Consiglio di Stato» = Massimario. Advertimos que esta publicación, debe tenerse como plenamente diferenciada de la propia revista «Il Consiglio di Stato», que citamos por su título.

Como es costumbre, todas las decisiones del Consejo de Estado italiano las recogemos no sólo precedidas de la referencia a la Sección del mismo de que proceden, sino también acompañadas de la correspondiente indicación de la revista o colección jurisprudencial de donde han sido recogidas. Por el contrario, las sentencias de nuestro

tividad terminológica y significación distinta. b) Fórmula enumerativa de los vicios de legitimidad. Criterio unitario de la ilegitimidad. c) Diferenciación tradicional de los vicios de legitimidad. d) Referencia a la doctrina del acto político: acto político y exceso de poder. —III. ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL: CONTENIDO. 1. Desviación de poder. a) Valoración teleológica de la actividad administrativa, b) La desviación de poder y la motivación. c) Silencio administrativo y desviación de poder. 2. Tergiversación de los hechos. 3. Error de hecho. 4. Contradicción del acto administrativo con otro precedente. a) Contradicción en el juicio de la autoridad administrativa sobre un mismo hecho o sobre una misma conducta. b) Contradicción entre un acto administrativo y otro anterior emanado en circunstancias análogas: violación del precedente. 5. Illegitimidad del acto administrativo. 6. Injusticia manifiesta. 7. Contradicción con los criterios a seguir, previa y expresamente determinados. a) Violación de circulares. b) Quebrantamiento de los criterios previamente fijados en concursos y oposiciones. c) Violación de la praxis administrativa.—IV. CONSTRUCCIÓN UNITARIA DEL EXCESO DE PODER. 1. El exceso de poder como vicio de la causa del acto administrativo. Valoración teleológica de esta última. 2. El exceso de poder, violación de los principios generales del Derecho. 3. Exceso de poder, moralidad administrativa y mérito.

I.—INTRODUCCIÓN.

Se comprende que pueda parecer alarmante el aumento evidente de la actividad del Estado. El fenómeno, por otra parte, no entraña sólo una multiplicación heterogénea de las actividades estatales, sino que significa ciertamente algo más hondo e intenso. En su última esencia puede explicarse diciendo que el Estado simplemente ha adquirido conciencia de su misión actual —verdadero deber jurídico—, de perseguir un reequilibrio de las situaciones dispares y de ejercitar, por lo tanto, una verdadera y propia *reformatio* de la comunidad social (1). Este hecho cierto, quera-

Tribunal Supremo son recogidas exclusivamente con las fechas de las mismas, bien entendido, por otra parte, que al referir estas últimas, en modo alguno hemos pretendido realizar una exposición exhaustiva de los distintos puntos que estudiamos en relación con el Derecho español, sino tan sólo resaltar la posible significación que para nuestro ordenamiento administrativo presentan aquellos puntos más importantes.

Por último, olvido injustificable por nuestra parte sería no agradecer al Profesor Silvio LESSONA, de la Universidad de Bologna, las orientaciones de él recibidas, bajo cuya dirección y guía se realizó este trabajo, así como también al doctor E. CAVALLARI, de la misma Universidad, y al Profesor G. ROEHRSEN, Presidente de Sección del Consejo de Estado italiano, la positiva ayuda que me prestaron para poder llevarlo a término.

(1) La formulación de esta tesis encuentra su origen en la figura profética de von STEIN, para el cual tal función es asumida por el Estado como fin primario del mismo y objetivamente con valor jurídico. (Una crítica a esta pretendida juridicidad, en ORLANDO-LESSONA, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952, págs. 370 y *passim*). Siguiendo en general la misma línea marcada por von STEIN, vid., especialmente, entre otros, FORSTHÖFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, 1956; DOSSETTI, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, y AMORTH, *Nuove strutture dello Stato*, los dos en el vol., *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, Roma, 1953, págs. 18

mos o no, aparece, por otra parte, sancionado por una incontenible realidad histórica universal. Gráficamente nos lo dirá ORLANDO. Mientras la doctrina científica disputaba sobre la utilidad de la ingerencia del Estado en la vida social, tal ingerencia, mediante un proceso gradual, pero continuo y seguro, se extendía y se afirmaba en todos los pueblos. Es un proceso que se realiza desde hace tres cuartos de siglo, inadvertido primero, silencioso y tolerado después, y ahora triunfante e incontrastable. También esta vez, como siempre, la poderosa energía de las necesidades efectivas del medio ha tenido razón sobre las elucubraciones doctrinales, y mientras la ciencia, impenitente en su orgullo, pretendía señalar la vía más adecuada para el progreso humano, la Historia seguía imperturbable su ruta propia; de ahí que la ciencia, más de acuerdo con su papel, se vea ahora forzada, no ya a abstractas y vagas formulaciones de lo que debe ser, sino precisamente al análisis de aquello que es y concretamente del origen, el sentido y las peculiaridades de tal ser (2); sólo desde esta humilde posición previa, es capaz la teoría en alguna medida de valorar y dirigir un fenómeno humano.

Frente a este fenómeno no cabe el deshacerse en lamentaciones o en románticas añoranzas de tiempos pasados. Junto a la ineficacia de toda delectación melancólica, se incurre además en un profundo error que implica asimismo una grave injusticia para con el Estado con-

v ss., y 156 y ss.; también, en relación con este planteamiento, MIELE, *Esperienze e prospettive giuridiche della pianificazione*, en el vol., *La pianificazione economica e i diritti della persona umana*, Roma, 1955, págs. 127 y ss.

(2) ORLANDO-LESSONA, *Principi*, cit., pág. 371. Es, en parte, la misma formulación que el propio ORLANDO, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, s. f., recogiera ya en 1897 en la *prefazione* del mismo, cit., XII-XIII, señalando además el doble cambio que se verificaba en la propia estructura del Estado, pues si por una parte el centro de gravedad de los problemas políticos tendía a pasar del campo constitucional al administrativo, por otra la mayor importancia de este último recaía fundamentalmente sobre la faceta económico-social del mismo. Sin embargo, entonces, tras el enunciado recogido en el texto, no podía ORLANDO dejar de insinuar ciertas dudas, tanto en torno a la valoración de aquellas posiciones como a su posible afianzamiento: «Si sea un bien o un mal; si el futuro reserve una definitiva afirmación de la ingerencia del Estado en todas las relaciones sociales o se trate de un fenómeno relativamente transitorio; si las formas de ingerencia deben cambiar más o menos radicalmente y en qué sentido, son todos problemas gravísimos, ciertamente los más importantes que preocupan a pensadores y críticos», si bien —señala más adelante— que tal importancia no deja de ser un tanto relativa para el jurista. El silencio que sobre estas consideraciones, más o menos dubitativas, guarda posteriormente ORLANDO (vid. la ed. cit., de sus *Principi*) es por demás significativo: innegablemente que sus posibles dudas han sido eliminadas por el desarrollo de los hechos.

temporáneo. Y no sirve —indiquemos esto incidentalmente tan sólo—, buscando un remedio a toda costa a dicha expansión, el propugnar una proliferación de entidades autárquicas que ejerciten descentralizadamente las funciones públicas. Ello podrá ser medida muy conveniente en cuanto una concreta organización administrativa o política pueda exigirlo y en cuanto a la propia valoración ontológica de tales entes intermedios. Pero ciertamente el pretendido remedio carece de virtualidad para la finalidad que con tanta frecuencia se invoca, pues establecidas ya ónticamente las funciones administrativas, no supondría sino una multiplicidad de delegaciones por parte del Estado, un control que éste deberá ejercer sobre aquéllas y una pluralidad de sujetos de naturaleza pública —pequeños Estados— ante los que el particular se encontrará. Por otra parte además, asignar primordialmente tal fin de defensa a las sociedades intermedias, no es sino el camino más eficiente y seguro para una evasión de los derechos y obligaciones públicas, obstaculizando la acción positiva y real del Estado. Frente al crecimiento, ciertamente grande, en intensidad y en amplitud, de la actividad administrativa, no cabe imponer sino una sola y única exigencia: la juridicidad sustancial de la misma.

Acabo de indicar cómo esa posición a que nos referíamos, que valora de un modo radicalmente negativo el Estado actual —nuevo Leviathán de nuestros días, como se le llama—, comporta un grande olvido y una grave injusticia. Porque no se trata sólo de que el cercenamiento de las libertades políticas individualizadas se ha operado en vista de construir una libertad realmente articulada en el orden de la comunidad (3) y contrapasada por un aumento innegable de posibilidades de *aprovechamiento* (4) por el particular de las utilidades positivas dimanantes de la actividad administrativa, sino que además, también aun prescindiendo de este aspecto, el Estado actual ha sabido ofrecer al administrado un conjunto de medios de defensa y de garantía en relación con la actuación pública, totalmente desconocidos con anterioridad. En definitiva, no se persigue sino mantener el equilibrio esencial, ciertamente posible, entre facultades de la Administración y derechos personales, lo que no es sino imponer y exigir, cada vez con mayor sutileza y eficacia, la legalidad de la actividad

(3) AMORTH, *Nuove stutture dello Stato*, cit., pág. 151.

(4) Vid., sobre este punto, CLAVERO ARÉVALO, *Libertad política y libertad administrativa*, «Arbor», núm. 95, págs. 244 y ss. También VILLAR PALASI, *Administración y planificación*, Madrid, 1952, págs. 115 y ss.

administrativa. De esta forma, este principio, expresión a su vez del de juridicidad, ha pasado a ser el fundamental de todo ordenamiento público. De esta imposición de la legalidad a la Administración, el exceso de poder es quizá la técnica más significativa: es en esencia el arbitrio más efectivo para la lucha contra la arbitrariedad y la injusticia, en favor de una legalidad no solamente formal, sino sustancial. Máxima actividad, máxima garantía. Demostración —y el estudio histórico ayuda no poco— de cómo precisamente a medida que han ido aumentando la extensión y profundidad de la actividad pública, casi correlativamente, se han ido actualizando medios y formas de control de la misma, para aumentar no sólo la eficiencia de la gestión administrativa, sino también la seguridad de los particulares (5).

(5) Es obvio que este fenómeno histórico de correlación no se refiere sustancialmente, claro es, a los sistemas administrativos de regímenes colectivistas o totalitarios. En los otros casos, sin pretensión, por otra parte, de establecer una ley histórica, esta correlación, incluso en lo que atañe a la *correlatividad temporal*, entre el aumento extensivo e intensivo de la actividad de la Administración pública y la eficiencia del control sobre la misma, que comporta mayores garantías para el administrado, es innegable y cierta. Podrá quizá objetarse que se trata de una compensación pendular realizada por los Tribunales; tal afirmación, sin embargo, en nada se opone a la realidad que este hecho incontrovertible representa. Es el doble matiz del Derecho administrativo, que hace posible la simbiosis y coordinación de estos dos principios. Al mismo tiempo que el Estado conforma a la sociedad, sustituye la posible relación de arbitrio entre él y el súbdito, por una relación sustancialmente jurídica, como ya ha señalado GARRIDO FALLA, *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, RAP, núm. 7, págs. 37 y ss., vid., fué HAURIUO quien originariamente desarrollara este principio, clave para nuestra disciplina, del equilibrio necesario que ella exige entre autoridad y libertad: vid., un desarrollo del pensamiento del Decano de Toulouse sobre este punto en RUIZ DEL CASTILLO, Estudio preliminar, a la trad. de HAURIUO, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, 1927, XIV. En relación con esta exigencia para la Administración pública de la legalidad y justicia, no sólo formal, sino sustancial, así como con todas las consecuencias derivadas de la dialéctica autoridad-libertad, vid., también de GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1954, especialmente en su primera parte, y asimismo GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, págs. 47 y ss. También GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1956, págs. 37 y ss., recoge esta doble perspectiva. Es conocido el fenómeno, ratificando la afirmación que señalamos de verdadera coincidencia histórica, que últimamente nos manifiesta la jurisprudencia francesa del Consejo de Estado, en la que tan palpablemente aumentan los medios y formas de protección del administrado que se articulan paralelamente con el régimen jurídico intervencionista que viene caracterizando a la Administración francesa durante la última postguerra. Por otra parte, no deja de ser igualmente indiciario que fuese en Inglaterra el Gobierno laborista el que sepultase definitivamente el viejo principio de inmunidad de la Corona; vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., pág. 157, quien señala además, al referirse al problema de

Es ya conocida la afirmación que señala cómo la dogmática acerca del acto administrativo —al menos tal y como hoy se nos ofrece— es consecuencia obvia de la sumisión de la Administración pública al Derecho, y más en concreto al control de esta sumisión por parte de la jurisdicción contenciosa (6). No es por ello una casualidad que desde un principio la casi totalidad de la doctrina estudiase la doctrina del acto administrativo dentro del engranaje de la justicia administrativa (7). Así, desde tal posición será lo mismo hablar de un vicio intrínseco del acto que de un motivo de impugnación del mismo (8). En definitiva, no son sino dos perspectivas distintas que se articulan sobre un mismo eje. Hay, sin embargo, además de este planteamiento, otro problema, si se quiere no estrictamente jurídico en su esencia, sino de teoría general del Estado. No por ello habremos de omitirlo. Sería muy interesante, sin duda alguna, el estudiar la posible configuración de toda la justicia administrativa como expresión y articulación formal de ese derecho de resistencia que ya HELLER (9) recogiera en relación con el propio Derecho, y que podría ser transplantado también en relación con el Estado. No se trata de reconocer y proclamar tan sólo un derecho de resistencia, desde una valoración ética. KANT lo negará frente de Derecho, incluso desde esta última perspectiva ética, dando carácter absoluto al propio derecho positivo, lo que en definitiva, aun en oposición con los supuestos jurídicos racionales de su propia doctrina, significaría el negarlo también frente al Estado. El derecho de resistencia al Poder público tiene innegablemente unos cimientos éticos. Sin embargo, debe cristalizar en formas jurídicas concretas. De otro modo aboca en la anarquía, y admitirlo de tal forma representa enton-

la responsabilidad civil de la Administración pública, cómo no es una casualidad el hecho de que el afianzamiento y extensión de aquélla haya tenido lugar en el momento mismo en que el incremento de la actuación administrativa se ha desenvuelto y afirmado. Vid. también, CLAVERO ARÉVALO, en el prólogo a la obra de ORTIZ DÍAZ, *El recurso contencioso-administrativo y la nueva ley de Régimen local*, Madrid, 1953.

(6) Por todos, FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1927, pág. 70.

(7) Esta es, entre todas, la principal significación que en la doctrina española ha supuesto el libro de GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, al plantearse de forma completa la doctrina del acto administrativo, en la dinamicidad de su impugnación.

(8) Tal es la configuración de GARRIDO FALLA, *Régimen*, cit., págs. 195 y ss.

(9) HELLER, *Teoría general del Estado*, México, 1947, págs. 251 y ss. Una configuración técnica del derecho de resistencia al Estado, en toda su amplitud: recientemente, desde una perspectiva política, CONDE, *El hombre animal político*, Madrid, 1957, 57 y ss. Tal derecho de resistencia deja de ser específicamente tal desde el momento en que se le consagra y articula jurídicamente: vid., *infra* en el texto.

ces el camino más inmediato y seguro para la exención de toda responsabilidad pública. El reconocer a las instituciones sociales, al Estado en este caso, como plena y única razón objetiva, significa anular la función de la propia razón en la sociedad misma (10). Entre las concreciones jurídicas de tal derecho de resistencia no es, desde luego, la de menor importancia la justicia administrativa. Se le otorgará a la Administración pública, a lo más, la presunción de legalidad de sus actos: la seguridad jurídica así lo exige. No puede dejarse al hombre de la calle en cada caso concreto hacer depender su obediencia, de su apreciación personal respecto a si el órgano estatal ha obrado bien o mal. Si así fuese, fatalmente se llegaría a la disolución del orden jurídico (11). Pero aquella legitimidad que se reconoce a la conducta de la Administración no pasará de ser una presunción con una significación marcadamente formal. Y será el propio Estado quien articule medios jurídicos con los que pueda ejercer el súbdito ese derecho que si en un principio puede ser de *resistencia* en función de una reparación individual, más tarde será además de propia y verdadera colaboración a la buena marcha de la función pública (12).

(10) HOBHOUSE, *The metaphysical Idea of the State*, 1924, pág. 91 (cit. por HELLER, *Teoría*, cit., pág. 253).

(11) HELLER, *Teoría*, cit., pág. 253.

(12) Reframos, tan sólo en su enunciado, otro problema. La propia evolución de la justicia administrativa atestigua palpablemente el giro de ciento ochenta grados que ha recibido en su mismo planteamiento. No cabe duda que en el núcleo central de la misma se mantiene tal y como fué en sus orígenes la idea primordial de garantía de los derechos personales. Esta y no otra fué, por ejemplo, la estructura básica que campea en las primeras construcciones científicas francesas, cuyos títulos son, por otra parte, harto expresivos, y cuyo eje inspirador será, a diferencia de los que más tarde asumirán la dogmática alemana e italiana, el planteamiento pragmático de la relación Administración-administrado, con una preocupación manifiesta por las garantías de los derechos de este último. Vid., por todos, MACAREL, *Elements de jurisprudence administrative extraits des décisions rendues par le Conseil d'Etat en matière contentieuse*, 2 vols., París, 1818. Hoy día, sin embargo, matizando esta perspectiva, se unen a ella dos notas más en la valoración que de la justicia administrativa puede hacerse. En primer lugar, su determinación, no como simple sistema de garantías individuales con función eminentemente reparadora en su individualidad, sino como restablecedora de un orden jurídico, unitaria y colectivamente considerado, aunque siempre, claro es, con una innegable referencia personal. Hay, usando la expresión de IMBERT referida al derecho francés —*L'évolution du recours pour excès de pouvoir de 1872 à 1900*, París, 1952, páginas 111 y ss.—, una eliminación de la ilegalidad subjetiva que es sustituida por la extensión de la legalidad objetiva. En segundo lugar, la función de la justicia administrativa, al haber asumido la Administración pública como criterio determinante de su obrar la realización sustancial de la justicia, es innegablemente también de rectificación, vale decir, de íntima y profunda colaboración de la marcha de aquélla. Este sistema

De ahí que en el Estado de derecho sea superfluo reclamar un derecho de resistencia apriorístico y con significación ética contra los actos legalmente irregulares, porque el propio Estado ha ofrecido ya a los administrados medios y formas para ejercerlo jurídicamente. Para nosotros, ésta es la gran aportación del llamado Estado moderno: frente al absolutismo del poder o al intangible providencialismo que jamás yerra, la consideración por el mismo de que su propia conducta no sólo puede ser equivocada, sino también injusta. Y consecuentemente a esta autovaloración, el establecimiento a favor del administrado de los medios jurídicos de reacción.

Estos dos aspectos que hemos recogido —construcción de la doctrina del acto administrativo desde la perspectiva jurisdiccional, y planteamiento de la justicia administrativa como cristalización jurídica de un derecho de reacción frente al Estado, se manifiestan hondamente en la figura que estudiamos. El exceso de poder ha supuesto, por una parte, el planteamiento virtual de uno de los propios elementos del acto administrativo, la causa: por otra, la consagración en su máxima intensidad de la exigencia de una posible reacción frente a las determinaciones de la Administración pública. En su origen es una creación legislativa francesa. Su virtualidad y eficacia, sin embargo, las adquirirá posteriormente merced a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Su nacimiento no es sino producto de la aplicación de aquel primer postulado de la separación de poderes, estructurado como garantía de la tripartición de MONTESQUIEU, cuando ésta, incólume todavía doctrinalmente, existía en todo su vigor aplicativo: no se busca, pues, sino el mantener determinados los límites y definido el ámbito de cada uno de los poderes del Estado. La consagración legal del exceso de poder surge, por lo tanto, como propia y verdadera sanción jurídica de la división de aquéllos, y como violación de la norma constitucional que tal división reconoce y afirma.

es el que, por ejemplo, ha asumido en buena parte la ley española de 27 de diciembre de 1956, cuya Exposición de motivos es, por lo demás, harto significativa en este punto. «Y así —se señala—, [que] la necesidad de una jurisdicción contencioso-administrativa eficaz, trasciende de la órbita de lo individual y alcanza al ámbito colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración. Y de ahí la certeza del aserto de que cuando la jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública.»

Como es sabido, el exceso de poder lo recibe el derecho italiano del francés: partimos, pues, de este hecho cierto, totalmente aceptado por la doctrina, sin detenernos, por lo tanto, salvo en las obligadas referencias, a un estudio más detallado en el país de origen. En ambos derechos —francés e italiano— se ha desarrollado por vías diversas y paralelas: la judicial y la administrativa. Se puede afirmar ciertamente que en las dos prevaleció en origen la misma razón de ser que ya hemos indicado, si bien caracteres distintivos y diferenciadores surgieron pronto en su posterior desarrollo (13). Nosotros, sin embargo, hemos de prescindir en este trabajo, reducido exclusivamente al exceso de poder administrativo, no sólo de su aspecto judicial, sino también, dentro de aquél, de aquella otra faceta sociológica que indudablemente presenta —con una referencia a las estructuraciones políticas condicionantes estudiadas históricamente en los distintos momentos y fases en que el exceso de poder va desarrollándose—, y de aquella otra fundamentalmente procedimental que lo estudia y perfila en cuanto recurso. Nuestro análisis, pues, mucho más modesto se reducirá, por lo tanto, al estudio exclusivo del exceso de poder, morfológicamente considerado, en cuanto vicio del acto administrativo.

II.—EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

1. Finalidad específica del planteamiento histórico.

El exceso de poder fué establecido en el ordenamiento administrativo italiano, por primera vez, y con carácter general, en la Ley de 2 de junio de 1889. En ella se atribuía a la IV Sección del Consejo de Estado, espe-

(13) ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, en el *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., III, Milano, 1901, págs. 802 y ss.; RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, «Annali della Reale Università di Macerata», 1932, pág. 134. En la legislación italiana actual no se recoge ya el término exceso de poder en relación con el orden judicial, por haber sido sustituido en el Codice di Procedura Civile, art. 632, por el de «motivos referentes a la jurisdicción», sancionado más tarde en la actual Constitución en el art. 111, con fórmula análoga. Al establecer el paralelo que recogemos entre el sistema francés y el italiano, nos referimos a su enfoque originario, pues, por otra parte, es ciertamente evidente la no coincidencia ni análoga significación entre el *excès de pouvoir* y el *eccesso di potere*. Sobre ello habremos de insistir más adelante; vid., GIANNINI, *Lezioni*, cit., pág. 390, quien, por su parte, insiste en el marcado sentido procesalista que en el derecho francés tiene el término *excès de pouvoir*.

cialmente creada para ello, la decisión sobre los recursos por incompetencia, exceso de poder o violación de ley, relativos a actos o disposiciones de una autoridad administrativa, cuando dichos recursos no fueran ni de la competencia de la autoridad judicial —que conocía ya de las lesiones de derechos—, ni se tratase tampoco de materia correspondiente a la jurisdicción contenciosa de órganos especiales.

Interesa señalar, ya inicialmente, cómo el significado que al exceso de poder le viene atribuido en esta ley, no es sino el que ya había acogido la doctrina de verdadera incompetencia absoluta. En él no se incluía, pues, todo ese contenido amplio y complejo que actualmente se engloba en este vicio de los actos administrativos. Integrarlo, en todas sus facetas, ha sido la obra exclusiva del Consejo de Estado. Hay en este hecho la demostración de una enseñanza que conviene ahora resaltar: la exigencia insustituible de la aportación jurisprudencial en el sistema de Derecho administrativo, y esto no sólo con una virtualidad interpretativa o incluso integradora, sino, más aún, fundamentalmente constructiva. La conclusión tiene una importancia extraordinaria, y es en sí misma, en efecto, innegable; aunque sea adelantar todo el sentido del estudio histórico que ahora emprendemos, bueno es establecer desde ahora que el recurso por exceso de poder en Francia y en Italia, países donde ha adquirido su máxima sustantividad, ha sido la obra exclusiva de su jurisprudencia. Respecto a Francia, es comúnmente admitido; no así, como veremos más adelante, en relación con Italia, donde se ha sostenido que en el concepto *legal* estaba ya comprendida toda la amplitud de contenido que luego la jurisprudencia ha revelado.

Junto al estrecho texto francés de 1791 de que «las reclamaciones de incompetencia respecto de los cuerpos administrativos no incumben en ningún caso a los Tribunales, debiendo ser llevadas ante el Rey, jefe de la Administración general», la fórmula italiana, posterior en casi cien años, no es más generosa en su verdadero sentido. Que el legislador italiano conoció ya desarrollado el exceso de poder francés, comprendiendo ya el *detournement*, parece cierto. Sin embargo, no lo es menos que, pese a los intentos hechos, a la ley de 1889 no pasa sino el exceso de poder con su primaria significación de incompetencia absoluta, significación que ya tenía en el campo judicial.

En el fondo hay una razón íntima que determina este fenómeno histó-

rico y que ya hemos recogido en otra ocasión (14). En el recurso por exceso de poder, la fiscalización de la actividad administrativa llega al máximo; fiscalización que, dada la primacía, queramos o no, de la Administración pública y del Gobierno en el Estado contemporáneo, jamás ellos o un Parlamento con cuya confianza en principio cuentan sancionarán en una norma o articularán en un sistema. Ha sido necesario, por lo tanto, que el juez, al decidir en concreto sobre la legalidad de la conducta administrativa, la verificase, gradualmente con mayor intensidad, a lo largo del tiempo. No puede prescindirse, por lo tanto, al analizar este vicio del acto administrativo, del elemento cronológico. Para estudiarlo, es preciso no perder la perspectiva histórica a través de la que sutilmente se ha ido matizando; su elaboración, lenta y constante, ha sido, sin duda alguna, la que le ha facilitado la flexibilidad que ofrece, y en su progresivo ensanchamiento de captación cuenta, como elemento integral de su propia esencia, el haberse desarrollado durante siglo y medio en Francia y durante ya más de sesenta años en Italia.

2. *El exceso de poder hasta la Ley de 2 de junio de 1889.*

Incompetencia y exceso de poder representan en un primer momento dos aspectos distintos de un idéntico fenómeno, que inicialmente tiene su efectiva consagración únicamente en el campo judicial. El exceso de poder no es sino un supuesto de incompetencia agravada. Así se deriva claramente de la originaria concepción que en el ordenamiento francés tuviera. Y con el mismo significado es acogido en los primeros textos legislativos italianos. Se puede ciertamente afirmar que, según la primera configuración legislativa francesa, el exceso de poder no es sino la incompetencia absoluta con rango constitucional; es la incompetencia que se manifiesta a través de los actos que ponen en peligro el ordenamiento fundamental del Estado, atentando contra el principio de la división de poderes. Con este significado, el exceso de poder pasa al ordenamiento judicial italiano, como verdadero y propio exceso de una autoridad perteneciente a un órgano de un poder distinto. Así, podía escribirse (15) en 1846,

(14) Nos remitimos a nuestro trabajo *La desviación de poder en el derecho positivo español*, RAP, núm. 22, 134.

(15) FERRARO, *Nuovo analisi del contenzioso amministrativo*, Napoli, 1846, pág. 39.

como verdadera síntesis de la doctrina más significativa de entonces, que «los miembros del Poder ejecutivo y aquellos del Poder judicial pueden... determinarse sobre asuntos cuyo conocimiento pertenece a otra clase de órganos, pero que están en la línea de un mismo poder, y esto constituye incompetencia; pueden también, superando los límites de la acción gubernativa, invadir aquellos de la justicia, y viceversa, esto es exceso de poder. En vista de ello, no hay exceso de poder en el acto, aunque sea el más inicuo, el más incompetente, el más ilegal, siempre que aquél pertenezca y haya recaído sobre un objeto que por su naturaleza incumbía a la esfera del poder de donde ha sido emanado». Esta es, en síntesis, la configuración en la que jurisprudencia y doctrina (16) permanecieron en principio también de acuerdo. Por otra parte, tal planteamiento no ha de ser abandonado en toda la legislación del siglo XIX: con la expresión exceso de poder, todos y cada uno de los textos legales del siglo pasado designan con claridad inequívoca hipótesis de verdadera incompetencia absoluta (17).

De entre las normas positivas, interesa mencionar expresamente la Ley de 31 de marzo de 1877, que al reglamentar las jurisdicciones especiales indica en el núm. 3, artículo 3, que las Secciones de Casación creadas en Roma podían conocer de las decisiones de aquellas jurisdicciones especiales cuando se tratase de nulidad de las mismas, por *incompetencia* o *exceso de poder*. Exceso de poder que aquí, una vez más, debe entenderse también en su sentido tradicional de incompetencia agravada —aunque

(16) PISANELLI, *Della competenza. Nozioni generali*, en el *Commentario del Codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, de MANCINI y otros, Torino, 1855, I, pág. 18; GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di Diritto Pubblico Amministrativo*, Firenze, 1881, II, página 645; RAGNISCO, *L'eccesso di potere*, «Legge», 1906, págs. 1747 y ss.

(17) Así, por ejemplo, viene recogido, tanto en las decisiones judiciales que se enlazan directamente con el Estatuto de 1848, como también en aquellas otras que, aun refiriéndose a leyes que no hacen expresa consagración de esta figura jurídica, al regular las relaciones entre los diversos órganos y autoridades, la presuponen. Idéntico también es el significado que puede deducirse del Código Sardo de 1859, que, por otra parte, ofrecía la novedad de considerar al exceso de poder y a la incompetencia como figuras específicas de violación de ley, distintas solamente por su gravedad, y que a su vez eran determinadas por la diversa intensidad de la usurpación que ellas representaban (arts. 587 y 588, núm. 2). También en la ley sobre el Tribunal de Cuentas de 14 de agosto de 1860 (art. 43). Vid., sobre este punto concreto, referencias en CODACCI-PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, separata de GA, Roma, 1892, pág. 16, nota 2. (Este trabajo ha sido también recogido en *Scritti di Diritto Pubblico*, Città di Castello, 1900, págs. 249 y ss. La indicación bibliográfica del mismo viene referida en lo sucesivo a la primera de estas dos publicaciones.)

existen ya ciertas tendencias a ampliar su contenido a hipótesis de mal uso de poder—. Sin embargo, es aquélla la significación del concepto a que se atiende la jurisprudencia relacionada con esta ley (18).

Nos venimos refiriendo, ya lo hemos señalado insistentemente, al exceso de poder relativo a las decisiones judiciales. No obstante, este fenómeno, lejos de ser ajeno a nuestra materia, ofrece innegable importancia administrativa. En primer lugar, tales decisiones comprendían en muchos casos, dado el sistema jurisdiccional, materias específicamente administrativas. Por otra parte, hay en cierto sentido un evidente paralelo, como en ocasiones ya ha sido notado (19), entre la decisión jurisdiccional y el acto administrativo. En tercer lugar, y esta es la razón principal que exige esta referencia, no puede olvidarse que la Ley de 20 de marzo de 1865 abolió la jurisdicción contenciosa establecida con anterioridad a la Unidad en algunos Estados italianos (20). Esta ley llevaba parte de las materias de que antes conocían los Tribunales contenciosos a la jurisdicción ordinaria; parte, al conocimiento de la autoridad administrativa,

(18) Esta interpretación, en razón del exceso de poder como vicio de las decisiones de las jurisdicciones especiales, es casi unánime en la doctrina. Entre otros, vid., ORLANDO, *La giustizia*, cit., pág. 802; LESSONA, *Il vizio di eccesso di potere delle sentenze delle giurisdizione speciale*, Torino, 1925, pág. 50. La jurisprudencia relativa a la ley de 1877 tiene, incluso en su desarrollo, cuidado sumo en mantener distinta la figura del exceso de poder, en el sentido que hemos señalado de incompetencia absoluta, de aquellas otras, más o menos afines. No se olvide que es elaborada por el Tribunal de Casación. Son muchas las decisiones en las que la violación de la ley, la falsa interpretación o aplicación de la misma, el abuso de las potestades concedidas, las violaciones de formas esenciales, la incompetencia relativa, el error de hecho o de derecho, son claramente diferenciados del exceso de poder. Por otra parte, el exceso de poder relativo a las sentencias de las jurisdicciones especiales habrá de permanecer por mucho más tiempo en su originario significado que el relacionado directamente con los actos administrativos. En tal sentido, hasta la innovación que hiciera la sentencia, Cas., 11 de abril de 1927, «*Rivista di Diritto Commerciale*», 1927, II, pág. 570. Vid., el comentario a la misma de ZANOBINI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, recogido también, además de en la Revista anterior, en sus *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milano, 1955, págs. 473 y ss.

(19) Entre otros, MAYER, *Le droit administratif allemand*, París, 1903, I, págs. 120 y siguientes.

(20) Sobre la significación de la reforma de 1865 aboliendo el contencioso administrativo y su valoración crítica, SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, 1949, páginas 72 y ss.; con carácter más estrictamente jurídico, RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella Pubblica amministrazione*, Milano, 1934, págs. 85 y ss., donde, tras un detenido análisis de la jurisdicción contenciosa preunitaria, recoge cómo la reforma abolutiva tendía a implantar en Italia una estructuración análoga a la que la legislación belga había ya establecido en su Constitución de 1831. No puede omitirse, sin embargo, para dar idea exacta de lo que la jurisdicción suprimida representaba, el indicar tan sólo cómo

permaneciendo en vigor todavía algunas jurisdicciones especiales. En este estado de cosas hay que tener muy presente la relevancia que estas jurisdicciones tienen en el sistema italiano, cuestión ésta, incluso hoy día, un tanto caótica de su ordenamiento (21). Tales jurisdicciones especiales desarrollan en no pocos casos una verdadera y propia actividad formalmente administrativa, al estar encuadradas en ocasiones dentro de la propia Administración pública. Así, ellas conocen, por ejemplo, de materia fiscal, de aguas, de reclutamiento militar, etc. (22). Baste, pues, recordar que el exceso de poder referido a las decisiones de estas jurisdicciones especiales, como hace la ley de 1887, ofrecía, además de la posible perspectiva jurisdiccional bajo la que se regula, un indiscutible matiz administrativo como lo tendría entre nosotros una decisión del Tribunal económico-administrativo o de una Confederación hidrográfica.

Hay, por último, un aspecto muy interesante que pudo haber marcado una pauta en sentido totalmente distinto. Sin embargo, esta posibilidad no ha sido, a nuestro parecer, resaltada lo suficiente; ella hubiese permitido afianzar un desarrollo ampliativo del exceso de poder, superando su configuración de incompetencia absoluta, con admisión plena de la desviación, muchos años antes de que esto fuera iniciado en sede jurisdiccional por el Consejo de Estado. Regulando sus funciones consultivas, el núm. 4, artículo 9, de la ley de 1865 sobre el mismo Consejo de Estado, prescribía que el Gobierno habría de pedirle su parecer en los recursos presentados ante el Rey, contra la ilegitimidad de las disposiciones administrativas, una vez que se hubiese agotado o no se pudiera proponer demanda de reparación en vía jerárquica. En el desarrollo de esta función, no faltan en la jurisprudencia consultiva referencias, ciertamente claras, que reconocen la desviación de poder como forma típica de ile-

tales Tribunales contenciosos eran órganos administrativos, articulados dentro de la propia Administración, dentro de cuyos límites formales se desarrollaba, por lo tanto, toda la posible impugnación de sus actos: vid., por todos, LESSONA, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 1953, pág. 6.

(21) LESSONA, *Introduzione al Diritto amministrativo e suoi principi*, Firenze, 1952, págs. 157 y ss.

(22) Baste recoger la existencia y problemática que tales jurisdicciones especiales plantean en el derecho italiano, sin entrar, por otra parte, en su estudio específico. A ellas se refirieron expresamente ya, entre nosotros, MARTÍNEZ USEROS, *Conflictos de jurisdicción*, separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», noviembre de 1948, Madrid, 1949, págs. 13 y ss.; y GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, I, Madrid, 1955, pág. 407, nota 6.

gitimidad. Es especialmente en materia de expropiación por causa de utilidad pública, en la que el Consejo de Estado estima en sus dictámenes como ilegítimos actos administrativos con los cuales se expropiaba no para realizar específica y directamente una obra de utilidad pública, sino para enmascarar en una disposición edilicia una especulación financiera o una medida inspirada en la utilidad económica del ente expropiante. De igual manera se calificó de ilegal el caso en que la declaración de utilidad pública, ante la que la propiedad privada debe sin duda ceder, no estuviese directamente conectada con la específica obra a realizar, sino establecida tan sólo buscando una disminución de los gastos necesarios para su realización. El más alto Colegio administrativo establecía ya, en sede consultiva, con una inteligente valoración del elemento teleológico, que los fines para los que el poder expropiatorio le viene concedido a la Administración pública, lo son para aquellos precisamente determinados por la ley y no para un fin privado y ni siquiera para un fin público no atribuido por la norma para el acto en cuestión. La importancia de estas decisiones es grande, ya que viene a demostrar que la desviación de poder y la valoración teleológica que implica no eran ajenas al Consejo de Estado italiano, si bien esta tendencia, que permaneció recogida en los límites de su función consultiva, la abandonase más tarde (23).

3. *Significado del artículo 24 de la ley de 2 de junio de 1889.*

Hemos recogido ya, al iniciar el estudio de la evolución legislativa, el artículo 24 de la ley de 2 de junio de 1889, que por primera vez sancionaba el exceso de poder en relación directa y completa con los actos administrativos, estableciendo en tal caso recurso ante el Consejo de Estado. La fórmula que establece los vicios del acto administrativo es tripartita: incompetencia, exceso de poder y violación de la ley. Un año más tarde de esta ley, completándola, se promulga la que regula las funciones jurisdiccionales, en primera instancia, de la Junta Provincial Administrativa (24):

(23) SABBATINI, *Legge sull'espropriazione per causa di utilità pubblica*, I, págs. 110 y ss., y 261; CODACCI-PISANELLI, op. cit., pág. 18. Fué también en este mismo campo de la actividad municipal donde el Consejo de Estado francés elaboró, en sus orígenes, el *détournement*, especialmente en relación con algunos supuestos de expropiación forzosa; vid., BAHUET, *Le détournement de pouvoir*, París, 1912, págs. 53 y ss.; IMBERT, op. cit., págs. 155 y ss.

(24) La junta provincial administrativa tiene en el sistema italiano cuatro atribuciones fundamentales: atribuciones de control de mérito, para la aprobación de determinados tipos de actos de los entes autárquicos territoriales; atribuciones de control sus-

ley de 1 de mayo de 1890, que recoge también, en su artículo 2, el exceso de poder entre los vicios del acto administrativo. Y en el artículo 19 indica cómo contra las decisiones de la Junta Provincial Administrativa podía recurrirse ante la IV Sección del Consejo de Estado, por motivos de incompetencia y de exceso de poder —*no comprendidos ya en la ley de 31 de marzo de 1877*, referente a las decisiones de las jurisdicciones especiales—, y por violación de ley. Tenemos, pues, hasta ahora, por una parte, dos tipos de actos susceptibles de recurso por exceso de poder: los actos y disposiciones administrativas y las decisiones de las jurisdicciones especiales, también administrativas. Por otra parte, hemos visto que son tres los órganos investidos de competencia para resolver sobre el exceso de poder: el Consejo de Estado, la Junta Provincial Administrativa y, finalmente, la Corte de Casación, cuando se trate de recurso contra decisiones de las jurisdicciones administrativas especiales.

El problema frente al que nos encontramos ahora es el siguiente: ¿cuál es el sentido que la ley asigna al exceso de poder? ¿Permanece en él su significado, tradicional ya en el orden judicial, de incompetencia agravada, absoluta, o por el contrario, puede permitirse, por influencia francesa, una interpretación más amplia de su contenido?

La cuestión viene con frecuencia resuelta en esta segunda dirección (25).

titutivo, en relación con los mismos entes; funciones consultivas, y, finalmente, funciones estrictamente jurisdiccionales. En relación, pues, con esta última, actúa como Tribunal jurisdiccional en primera instancia, pero no con competencia general de legitimidad, como sucede con el Consejo de Estado, sino sólo en relación con aquellas materias, ciertamente escasas, que la ley le señala. Vid., LESSONA, *Introduzione*, cit., páginas 108 y 185. También BOŠI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1934, pág. 177, quien al estudiar la Junta provincial administrativa como órgano local de la jurisdicción administrativa, analiza detalladamente la evolución que tal órgano provincial ha sufrido, hasta cristalizar en su actual estructura.

(25) CODACCI-PISANELLI, op. cit., págs. 19 y ss.: quizá el argumento más sutil para apoyar una interpretación amplia de la fórmula legal lo establece este autor al relacionar coordinadamente la ley sobre el Consejo de Estado con aquella otra sobre la Junta provincial administrativa. En esta última se preceptúa, lo hemos visto, el recurso ante el Consejo de Estado contra las decisiones de dicha Junta por motivos de exceso de poder *no comprendidos* en la ley sobre las jurisdicciones especiales de 1877. Parece obvio, señala, que si el legislador no desarrollase una noción de exceso de poder cualitativamente distinta y cuantitativamente más amplia de aquella acogida en la ley de 1877 —en la que ya señalábamos su contenido como de incompetencia absoluta—, no podría establecerse un recurso por motivos de exceso de poder no comprendidos en la misma. Pero a la aparente evidencia de esta argumentación se opone una razón fundamental. Los casos de exceso de poder no comprendidos en la ley de 1877 no son sino aquellos que afectan a los posibles vicios de decisiones con las que la Junta provincial administrativa —órgano que, por otra parte, no existía en 1877— estatuía sobre un interés por primera vez tute-

entendiendo que el contenido del artículo 24 es totalmente distinto de aquella su significación tradicional. Desde tal tesis se señala cómo precisamente la significación puramente objetiva ha sido ya sustituida en la ley por la de un incorrecto o mal uso del poder concedido a la Administración pública. Sin embargo, a pesar de las tentativas realizadas para apreciar esta valoración, y a pesar también del precedente que en la jurisprudencia consultiva del Consejo de Estado pudiera encontrarse, creemos que en el texto legal —y no falta parte de la doctrina que así lo sostiene (26)—

lado en el artículo 24 de la ley de 1939. También llega a análoga conclusión ORLANDO, *La giustizia*, cit., pág. 804, de que fuera el propio legislador quien determinase el contenido del exceso de poder en su sentido más amplio. Aun sin admitir plenamente los razonamientos de los dos autores anteriores, sostienen la misma tesis PRESSUTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, pág. 71; y FERRERO, *Lo sviamento di potere della pubblica amministrazione*, «Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia», 1929, pág. 286. ORLANDO se fundamenta en los siguientes puntos: Primero, el nexa histórico con el exceso de poder francés, ya desarrollado en aquella época, como específico *détournement*, y que, por otra parte, no era desconocido en Italia ni ajeno al propio Consejo de Estado. Segundo, que no tendría razón ni finalidad, frente a la explícita admisión de la violación de ley y de la incompetencia, mantener el exceso de poder con su significado de incompetencia absoluta. Tercero, en los precedentes parlamentarios preparatorios de la ley. FORTI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1950, II, pág. 190, defiende también esta misma tesis, en relación con la cual no argumenta en concreto, sino precisamente refutando los argumentos aducidos por ORLANDO: cuando la fórmula exceso de poder fué usada en la ley de 1837 —señala—, se trataba de indicar ya algo distinto de la violación de un derecho constitucional, algo diverso de la incompetencia absoluta; a favor de tal afirmación, sin embargo, ninguna argumentación útil ofrecen, ni los trabajos parlamentarios preparatorios, ni el reflejo que la fórmula haya podido recibir de la de análoga denominación del derecho francés.

(26) Esta tesis contraria, que es la que seguimos, viene articulada sobre la base de la permanencia en las tres leyes en que aparece recogido el exceso de poder, de su significado originario. Las afirmaciones de los autores que sostienen esta posición son, sin embargo, escuetas. El más explícito, GAZZILLI, op. cit., pág. 377. También ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, «Raccolta di scritti di diritto in onore di G. Vacchelli», Milano, 1938, pág. 449, quien, por su parte, atribuye plenamente al Consejo de Estado el mérito de; superando el límite legislativo, extender también el control de legitimidad a los actos discrecionales; sobre este punto concreto, vid., en el texto, *infra*, II, 4, b); ALESSI, *In torno ai concetti di causa giuridica, illegittimità ed eccesso di potere*, Milano, 1934, pág. 85, y en su *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, pág. 303; LESSONA, *Nullità ed annullabilità degli atti amministrativi nelle reazioni giurisdizionali*, «Foro Padano», 1950, I, 34, y también en *La giustizia*, cit., pág. 99. Hemos recogido ya la inconsistencia de la posición de CODACCI-PISANELLI: de los otros fundamentos expuestos por ORLANDO, nada determinan en concreto sobre la cuestión que debatimos, pues los dos primeros no entrañan precisamente sino el contenido de lo que se trata de demostrar, es decir, si la estructuración francesa fué ajena o no al legislador italiano; en cuanto al tercero, creemos que precisamente de las labores preparatorias de la ley, determinantes, a nuestro parecer, como medios de interpretación, no puede

permanece como único contenido del exceso de poder aquel de incompetencia absoluta. El ejemplo francés fué expresamente rechazado, y la valoración teleológica de la actividad administrativa habría de ser realizada más tarde exclusivamente por obra jurisprudencial. Precisamente por obra de la benemérita IV Sección del Consejo de Estado.

4. *El exceso de poder entre los vicios de legitimidad del acto administrativo en la vigente ley de 1924.*

El texto actual de la ley del Consejo de Estado recoge, en relación con los vicios del acto administrativo, la misma fórmula tripartita y enumerativa que apareciera en su primera y originaria formulación: incompeten-

deducirse sino un significado opuesto, es decir, de permanencia del viejo significado del exceso de poder. Interesa concretar este último punto, definitivo a nuestro parecer, y recoger para ello una breve referencia histórica.

La situación en que quedara el régimen jurídico administrativo italiano tras la abolición del contencioso fué ciertamente precaria. La reforma se había realizado con la intención de dar unidad a un sistema jurisdiccional en una futura estructuración que ciertamente no llegaba. La necesidad de realizarla fué nervio de discusiones políticas y parlamentarias: se llevó incluso a los debates y comicios públicos. Este hecho no puede extrañar en un pueblo de tanta sensibilidad jurídica como el italiano, que todavía hoy somete, como argumento de discusión y polémica en debates públicos, una ordenanza municipal o prefecticia y la posible revocación o confirmación que de ella haya podido hacer el Consejo de Estado. El fenómeno es interesante, y hay que relacionarlo con lo que indicábamos al comienzo de este trabajo. Se trata de dar efectividad a las garantías del administrado: y el partido liberal italiano, la *destra*, verdadero artífice de la unidad nacional, que había abolido el contencioso sin preocuparse, por otra parte, de restablecerlo en sus primeros dieciséis años de gobierno, cuidó muy mucho de exigir su restablecimiento cuando en el poder fué sustituido. Se convierte entonces en el más acérrimo defensor de la justicia en la Administración, y como figura central de todo este intento, SPAVENTA. El fenómeno que recogemos explica, más de lo que pudiera pensarse, el pensamiento y la actuación de JACINI, MINCHETI y del propio SPAVENTA. La reforma de la justicia administrativa se plantea así como una lucha contra una Administración clasista, la gobernante; pues las clases no se establecen y estructuran únicamente por condiciones económicas o ideológicas, sino también por su relación con el poder. Queda de este modo planteada la reforma de la justicia administrativa: «que la Administración —nos dirá SPAVENTA— debe ser según ley y no según el arbitrio e interés de partido». Sin embargo, el péndulo político haría —contrastes de su naturaleza— que las mismas exigencias en razón de la juridicidad de la actividad administrativa alegadas por SPAVENTA contra el gobierno de *sinistra* fuesen más tarde aducidas por éstos, una vez perdido el poder. Es célebre el discurso en Bérghamo de SPAVENTA, donde plantearía, desde su problemática liberal la contención del crecimiento de la Administración pública precisamente en el plano de la legalidad administrativa y declarando también la insuficiencia para la fin de los entes autárquicos e intermedios. No es, por lo tanto, de extrañar la influencia que hacía una total apertura de la jurisdicción administrativa, pudo derivarse del hecho de ser nombrado el mismo SPAVENTA, más tarde, primer Presidente de la

cia, exceso de poder y violación de ley (art. 26, párrafo 1.º). Aunque en una ordenación sustantiva del estudio que realizamos quizá fuera más lógico, para poder alcanzar la valoración efectiva de la vigente fórmula legal, el estudiar el significado del exceso de poder en la ley actual, después de haber analizado previamente la forma en que cronológicamente el Consejo de Estado había ido integrándolo a través de la jurisprudencia, preferimos, sin embargo, reagrupar en esta primera parte el estudio de los textos le-

entonces creada IV Sección del Consejo de Estado. Vid., su discurso en Bérnago, *Giustizia nell'amministrazione*, y también el esbozo para el que había de pronunciar en la inauguración de la IV Sección, que no fué finalizado por realizarse aquélla en forma privada y no solemne, el 13 de marzo de 1890. Todos ellos recogidos en el vol., SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, cit., así como también el estudio preliminar del mismo de Paolo ALAIRI.

Estudiando los trabajos parlamentarios de la ley del 89, se llega ineludiblemente a la posición que sostenemos, contraria a la valoración extensiva en cuanto al significado legal del exceso de poder. La propuesta presentada al Senado por el Ministro DEPRETIS en su proyecto, el 18 de febrero de 1884, señalaba en el artículo 20, refiriéndose a los actos discrecionales, que «quedaban excluidos del conocimiento del Consejo de Estado los actos en los que el Gobierno del Rey está investido por la ley de un poder discrecional, en la medida en que este poder le es conferido». Discrecionalidad, sinónimo de incontrolabilidad. Ante el proyecto, en la Comisión central del Senado se dividen las opiniones. Admitir plenamente esta restricción, que excluía del conocimiento del Consejo de Estado los actos discrecionales, significaba no secundar los deseos mínimos exigidos de reforma. Por otro lado, sin embargo, una buena parte de la Comisión estimó que sería ciertamente inoportuno extender en toda su amplitud a los actos discrecionales el remedio contencioso. Por estas razones, el referido artículo 20 habría de sufrir una modificación sustancial. Se le añadía, en su comienzo, una excepción. Quedaba, pues, redactado en la forma siguiente: *fuera de los casos de incompetencia o de abuso de poder*, quedan excluidos del conocimiento del Consejo de Estado los actos discrecionales. Por lo tanto, sólo para estos supuestos, de incompetencia y abuso de poder, se establecía el control de la actividad discrecional de la Administración pública.

Sin embargo, los trabajos para realizar la reforma han de quedar por un tiempo paralizados. En este intervalo se acentúa el sentimiento de cambiar aquel estado de cosas. Y si ciertamente el proyecto DEPRETIS no devino ley, dejó señalado el camino para cuando la iniciativa de la reforma fué de nuevo recogida por el Ministro CRISPI. Éste acogió en el proyecto por él presentado al Senado la posibilidad de recurrir contra los actos de una autoridad administrativa relacionados con un interés de los administrados. La fórmula era amplia. No solamente por *exceso de poder* y por *violación de ley o reglamento*, sino también por *abuso de poder* y por *injusticia manifiesta*. La relación ministerial habría de señalar más adelante la excepción de los actos políticos que permanecerían sin control. Una vez más, sin embargo, la Comisión Central del Senado realiza un cambio trascendental. No deja de extrañar este juego alternativo entre el Gobierno y los órganos parlamentarios, de control, al ser precisamente éstos los que cercenan los amplios intentos de reforma por aquél expuestos. La modificación que ahora se va a realizar supone cancelar expresamente de la fórmula ministerial *el abuso de poder* y la *injusticia manifiesta*, precisamente porque no se quería *sottoporre a controllo il potere*

gales para analizar después el contenido objetivo que el exceso de poder ofrece. ¿Qué significado tiene, por lo tanto, el exceso de poder en la vigente ley de 1924? La respuesta definitiva a esta pregunta nos la facilitará, en su concreción y sentido material, la propia jurisprudencia a la que más adelante habremos de referirnos.

a) *Identidad terminológica y significación distinta.*

Interesa señalar ahora que, aun permaneciendo el mismo texto, aparece ya aquí el exceso de poder como figura integrativa de los varios vicios de legitimidad, que no entran en los otros dos de incompetencia y violación de ley. Estos, por su parte, ofrecen una delimitación evidentemente más clara y precisa. La fórmula permanece la misma; sin embargo, la jurisprudencia ha contribuido de tal forma a determinar su significado, que actualmente es opinión pacífica —aunque sean variadísimos los matices y supuestos que cada autor haga entrar en el exceso de poder—, que en la formulación legal del mismo hay que encontrar ya todo un verdadero manojó de formas de ilegitimidad que pueden ofrecer los actos

discrezionale, giacchè sarebbe mutata la strutturazione dell'ordinamento amministrativo. Además, «en aquella parte que en el mismo [ordenamiento] domina el ejercicio de un poder discrecional que no está sujeto a otros vínculos que aquellos del prudente arbitrio del buen gobierno, no permanezca la Administración pública gravemente comprometida, y pues, por efecto de estos inesperados y en gran parte indeterminados vínculos que se le impondrían a la Administración pública, la acción de ésta pueda hacerse tardía, lenta e incierta». De nuevo, la discrecionalidad al margen de todo control. Las declaraciones para excluir de verificación la actividad discrecional no pueden ser más explícitas. La realización de la reforma, dejando la fórmula que la ley expusiera, no pudo objetivamente defraudar más las esperanzas que en ella se habían puesto. Frente a estas determinaciones tan taxativas en razón a excluir de control jurisdiccional la actividad discrecional, no creemos pueda sostenerse ni la tesis de ORLANDO ni la de CODACCI-PISANELLI. Y éstas, todavía aparecen más lejos de la realidad, si consideramos la propia ponencia del relator COSTA al Senado, en la que se afirma cómo el proyecto que se presenta ha querido dejar fuera el ejemplo francés. Vid., *Atti parlamentari del Senato del Regno. Discussioni*, 1882-1884, II, 1946, y *Atti parlamentari del Regno. Atti interni*, 1882-1886, III, 93, y 1886-18878, II, 6-A, y 1887-1888, I, 6-A. Además, vid., *infra*, nota 43. Doctrinalmente, sobre la valoración de los trabajos preparatorios de una ley, y la articulación jurídica de la misma, con distinto significado: negando todo valor a aquéllos, RADBRUCH, *Modes d'interpretation en Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, París, 1934, II, 218, y *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1944, 148; reconociéndoles, por el contrario, autoridad a tales trabajos preparatorios dentro de ciertos límites: GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1925, 523, y CAPITANT, *Les travaux préparatoires*, en *Recueil*, cit. en esta misma nota, II, 524.

administrativos. No creemos, por lo tanto, cierta la opinión (27) según la cual sigue en el texto vigente el significado que en las leyes de 1877, 1889 y 1890 tuviera de incompetencia absoluta. La argumentación que se emplea no deja de ser, por lo demás, ciertamente ingeniosa. El párrafo 2 del artículo 26 de la ley vigente del Consejo de Estado —se dice— establece el recurso por exceso de poder ante el mismo, y no ante la Casación como correspondería al tratarse de jurisdicciones especiales, en las controversias aduaneras y de reclutamiento militar (28). Estas actividades son realizadas, respectivamente, por los Ministerios de la Finanza y de Defensa en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Se trata de jurisdicciones especiales administrativas. Este recurso, el del párrafo 2 del artículo 26, es indiscutiblemente de la misma naturaleza que aquellos que se pueden presentar contra las decisiones de las jurisdicciones especiales en virtud de la ley de 1877 y en los que su significado, como ya vimos, era de incompetencia absoluta. En estos casos y en los dos del párrafo segundo del artículo 26, no puede tener el exceso de poder una significación distinta: y si en el segundo párrafo de este artículo 26, tiene el exceso de poder la significación de invasión de atribuciones, también en el primer párrafo del mismo artículo, al establecer los recursos generales de la legitimidad contra los actos administrativos, permanecerá sin duda la misma significación. No cabe admitir, que el legislador haya hecho uso en un mismo artículo de la misma expresión con significados distintos. A esta argumentación, debemos oponer, en primer lugar, la posición contraria de toda la doctrina y jurisprudencia. Además hemos de señalar en contra de tal tesis, que no peca ciertamente de falta de agudeza, cómo una norma no puede considerarse aislada en cuanto a su expresión e interpretación (29). Y que, aún manteniéndose en su contextualidad gramatical idéntica, puede tener distintos significados en diversos momentos. Las normas vienen encuadradas formando parte integrante de un ordenamiento jurídico que

(27) ROVELLI, *op. cit.*, pág. 455.

(28) El párrafo 2 del artículo 26 de la vigente ley sobre el Consejo de Estado señala que «el recurso que no implique incompetencia o exceso de poder, no es admitido contra las decisiones referentes a controversias aduaneras o a cuestiones de reclutamiento militar».

(29) La argumentación de ROVELLI ha perdido, por otra parte, su aplicabilidad en cuanto también el exceso de poder de la ley de 1877 aparece integrado por aspectos subjetivos, de verdadero mal uso de poder, que rebasan ahora ya su posible configuración exclusiva como incompetencia absoluta. Sobre este punto, *vid.*, lo que ya hemos recogido en la nota 18.

como Santi ROMANO ya demostrara (30), no puede determinarse exclusivamente como un conjunto de aquéllas, y menos por una valoración aislada de las mismas, sino coordinadamente en la unidad institucional que indiscutiblemente entraña. Es por eso perfectamente explicable un diverso y vario contenido —aún a pesar de mantenerse la misma fórmula contextual—, que permite dar un nuevo significado, no sólo para adaptar el contenido normativo a exigencias prácticas surgidas posteriormente, sino también en cuanto exige que toda interpretación o examen de una norma venga realizada no aisladamente en función de su exclusiva expresividad gramatical, sino tomando en consideración todo el ordenamiento (31), en el que se integran también la labor y la obra realizada por los jueces. Este y no otro es el «misterio» de la interpretación evolutiva, que algunos tribunales parecen desconocer en ocasiones: que con las mismas palabras, invariables, se puedan *decir* cosas distintas,

b) *Fórmula enumerativa de los vicios de legitimidad. Criterio unitario de la ilegitimidad.*

La fórmula enumerativa de los vicios de legitimidad de los actos administrativos que emplea la ley, comprende ciertamente todas las formas que de ellas pueden darse. Este principio nos parece de valor esencial. En definitiva, cualquier intento clasificatorio que de tales vicios quiera hacerse, pecará siempre de insuficiente y artificial. Así se explica cómo la moderna posición doctrinal y jurisprudencial abandona el criterio clasificatorio, para señalar genéricamente, en razón de un acto concreto impugnado, su ilegitimidad o no; es decir, su adecuación o no al ordenamiento jurídico general. Está así justificado que la nueva ley española de lo Contencioso, con marcado acierto, haya rehusado cualquier fórmula enumerativa que de las formas viciadas de los actos administrativos se pretendiese hacer. Tal intento pugna incluso, como se señala, en la Exposi-

(30). Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, especialmente págs. 27 y siguientes.

(31) Vid., las finísimas consideraciones que sobre la base sociológico-institucional formuló Santi ROMANO en la voz *Interpretazione evolutiva* de los *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, pág. 123. También sobre este punto, LESSONA, *Il vizio*, cit., pág. 55, y la primera parte de nuestro trabajo *La desviación*, cit., con la bibliografía en él recogida. Desde la perspectiva genérica que tal evolución, admitida, representa y la funcionalidad que puede ofrecer en un planteamiento hermenéutico, vid., por todos, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pág. 286, cuando señala que «no sólo la interpretación puede evolucionar, sino que lo que no puede es dejar de hacerlo».

ción de Motivos de la ley española, con cualquier criterio científico. Intérese, sin embargo, señalar cómo el simple hecho de establecer este planteamiento entraña una indiscutible valoración de la función jurisdiccional a la que, en definitiva, quedará la tarea específica de enmarcar en cada caso concreto tales posibles violaciones del ordenamiento jurídico. Estas y no otras, son las razones que han determinado también (32) la posición crítica de la doctrina francesa sobre los motivos particulares del recurso por exceso de poder, demostrando así, una vez más, la unidad jurídica del control jurisdiccional, si bien sea preciso «reconocer que hay quizá demasiada jurisprudencia y tradición» para abandonar en Francia la fórmula clásica enumerativa.

Para llegar, pues, a una configuración unitaria de la ilegitimidad se sirvió el Consejo de Estado italiano inicialmente del exceso de poder, encuadrando en los otros dos vicios, aquellos aspectos ya más determinados de la ilegitimidad, para en una fase posterior y sucesiva, que es la actual, propugnar abiertamente el carácter unitario de la misma. El camino se-

(32) GONZÁLEZ PÉREZ, *Consideraciones sobre el contencioso francés*, RAP, núm. 15, pág. 64. A este respecto, señala la Exposición de motivos de la ley española cómo da gama de las ilicitudes posibles es mucho más amplia y variada de lo que suponen las categorías elaboradas por el ordenamiento jurídico francés; la diferenciación de «motivos» que constituye su contenido responde a un fundamento de división artificioso y falta de rigor lógico, premisa inexcusable para la certeza de toda clasificación, y con la misma razón, para propugnar se incorpore definitivamente a nuestro Derecho, podría defenderse también la recepción en el mismo de las clasificaciones que han levantado otros ordenamientos jurídicos, semejantes y tan avanzadas... *En definitiva, la Ley no considera que el fundamento de la procedencia de la acción contencioso-administrativa sea distinto según los casos. Esencialmente es siempre el mismo; que el acto no sea conforme a Derecho. Tanto la incompetencia como el vicio de forma, la desviación de poder o violación de ley —causa que propiamente comprende las anteriores— (el subrayado es nuestro), pueden servir de fundamento a las pretensiones de anulación y a las de plena jurisdicción, y, en cualquiera de las hipótesis, la sentencia estimatoria siempre contiene idéntico pronunciamiento básico: la declaración de ilicitud del acto...». Las mismas razones alegadas por GONZÁLEZ PÉREZ, en razón del sistema francés, son sin duda alguna las que impulsan a mantener en Italia la fórmula enumerativa en el reciente proyecto de Ley general sobre la acción administrativa, separata de *Stato dei lavori per la riforma della pubblica amministrazione*, Roma, 1953, pág. 29, pues aun adhiriéndose tal proyecto a un concepto unitario de ilegitimidad del acto administrativo, se mantiene la vieja formulación enumerativa, que, por otra parte, aparece necesaria en razón con las características propias de los vicios mismos, «tal como han sido elaboradas durante sesenta años por la jurisprudencia y doctrina». Vid., sobre este anteproyecto de ley, encuadrado en el sistema de reforma administrativa italiana, ENTRENA CUESTA, *La reforma de la Administración pública en Italia*, RAP, núm. 20, págs. 213 y ss. Hay, además, es innegable —vid., *infra*, notas 51 y 52—, un elogiable sentido práctico en el criterio descriptivo*

guido para esto, fracasada la tentativa en las labores parlamentarias de la ley de 1889, fué sintéticamente el siguiente: Primero, separarse poco a poco de los dos principios hasta entonces imperantes, y que de forma tan palpable se habían tenido presente en la redacción de la ley: el viejo sentido judicial del exceso de poder y la rigidez del principio divisionístico. Segundo, existe, analizando la jurisprudencia del Consejo de Estado, un doble fenómeno de progresión y regresión, que, al mismo tiempo que va aumentando el contenido del exceso de poder con nuevos aspectos, traslada de él a la incompetencia los casos que en aquél originariamente se recogían. Tercero, actualizar paulatinamente la necesidad sentida de controlar los actos discrecionales de la Administración Pública, evitando una evasión al control jurisdiccional de los mismos, y superando así incluso, los márgenes estrechos que el texto legal ofrecía. Insisto en este último aspecto. No se trató solamente de admitir un nuevo motivo de impugnación y un distinto *cas d'ouverture*. Fué ni más ni menos, que *establecer jurisprudencialmente el control de los actos discrecionales y la posibilidad de recurso contra los mismos*. Cuarto, la forma ingenida fué, claramente derivada en su concepción del sistema francés, la de considerar también sometida a la ley la actividad discrecional, estimando que si aquélla ciertamente en su ejercicio no podía violar un derecho subjetivo perfecto, podía generar una situación sustancialmente ilegítima, no adecuada al ordenamiento jurídico. Quinto, aparece en este constante dinamismo, una característica permanente, continua. Ella preside su desenvolvimiento jurisprudencial y sin ella no puede explicarse lo mismo. Es la clara y constante tendencia que determinó a la IV Sección a ir extendiendo el ámbito de su control, reduciendo los casos en que el mismo no fuese actualizable, al menor número posible: valoración en su debido punto de los derechos e intereses privados en su integridad, que era necesario respetar en su particular relación con la creciente actividad administrativa, precisamente para una más justa y eficiente realización de esta última.

A esta primera fase —agrupación en el exceso de poder de aquellos casos de ilegitimidad no encuadrables en los otros dos tipos de la misma—, apunta en su continuación la consideración unitaria de la ilegitimidad o legitimidad del acto administrativo. Hay, además, en el propio derecho positivo italiano base legal suficiente para esta estructuración unitaria de la ilegitimidad. En el artículo 16 de la misma ley, se sustituye el criterio

enumerativo. Se trata de los «recursos presentados al Jefe del Estado contra la *legitimidad* de los actos administrativos...», estructurando el recurso extraordinario al Jefe del Estado, verdadero legado de la justicia retenida, de carácter alternativo, y en cierto sentido análogo con el jurisdiccional ante el Consejo de Estado, una vez agotada la vía jerárquica (33).

Por tanto, frente a los inconvenientes, ya señalados, de toda fórmula enumerativa que se estructure sobre una técnica dogmática, puede propugnarse (34) una estructuración de la misma por la más genérica de vicios de ilegitimidad, o simplemente por la de violación de ley, a la que en definitiva pueden reducirse todos los casos. Siempre, claro es, que la ley la hagamos sinónimo a norma. No puede negarse que todo vicio jurídico comporta una violación de ley. Ésta es, la ley, la que, por ejemplo, regulando la competencia administrativa, determina la específica de cada órgano. De ahí que todo vicio de incompetencia, relativa o absoluta, puede reducirse en última instancia a una verdadera violación de aquélla. Asimismo, es también la ley, en su más sutil apreciación, la que determina los fines de las potestades concedidas a la Administración, así como los medios, formas y supuestos en los que aquéllas deben actuarse. La ley ofrece una indiscutible unidad y no hay por qué no hacer entrada en la violación de la misma la violación de su espíritu, pues no cabe dissociar espíritu y letra, ya que es ésta, en definitiva, la que determina aquél (35).

c) *Diferenciación tradicional de los vicios de legitimidad.*

Poca importancia tiene, pues, tras su establecimiento unitario, el determinar jurisdiccionalmente cada uno de los vicios de legitimidad. Tal problema, además, ha venido a perder buena parte del interés que pudiera derivarse del hecho de que algunas normas específicas admitiesen solamente recursos por determinados vicios de legitimidad, al establecer la Constitu-

(33) Como referencia al recurso extraordinario al Jefe del Estado, vid., en síntesis, LESSONA, *Introduzione*, cit., págs. 168-171. La construcción unitaria de la ilegitimidad apoyada en la posibilidad que presta el recurso extraordinario al Jefe del Estado, fué ya referida por ROVELLI, *Lo sviamento*, op. cit., pág. 456.

(34) ROVELLI, op. cit., pág. 456, que da al exceso de poder el significado que hemos visto, engloba acertadamente todos los posibles vicios de los actos discrecionales en la fórmula unitaria de ilegitimidad. Vid. también, ALESSI, *Sistema*, cit., pág. 303; LESSONA, *La giustizia*, cit., pág. 96; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, pág. 21.

(35) ORLANDO, *La giustizia*, cit., pág. 806; MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1917, pág. 98, ha insistido también en cómo la violación del espíritu de la ley es un verdadero y propio supuesto de violación de la misma.

ción en su artículo 113 el principio de la impugnación general, no limitativa (36). Sin embargo, porque la ley en su establecimiento y la jurisprudencia en su elaboración los estableciera separadamente, debemos distinguir en sus líneas generales el exceso de poder de los otros dos vicios de legitimidad.

La cuestión inicial que surge y se nos plantea, es la de las posibles relaciones y diferencias que en tal tarea de delimitación pueden establecerse entre el sistema italiano y su precedente, el francés.

No se puede olvidar, en primer lugar, que este último admite el recurso por exceso de poder en las cuatro formas ya conocidas, de incompetencia, vicio de forma, violación de ley y *detournement*. Exceso de poder es, por tanto, el género que comprende diversas especies. En Italia, por el contrario, el planteamiento es totalmente diverso. Primera salvedad; aquí el género no es exceso de poder, sino ilegitimidad, y considerando el vicio de forma como un caso de violación de ley, tenemos casi expresamente recogida en la fórmula del artículo 26, los cuatro tipos del sistema francés, tal y como hoy los estructura, pero correspondiendo inicialmente el exceso de poder al *detournement*. Sin embargo, no existe tal identidad, pues sobre esta relación —segunda salvedad— el Consejo de Estado italiano ha enriquecido el contenido de aquél, haciendo entrar en el mismo, junto a figuras típicas que correspondían, al menos en su enunciado, a la desviación de poder francesa —*sviamento di potere*—,

(36) Así, R. D. de 19 de mayo de 1927, artículo 4; R. D. de 26 de enero de 1928, núm. 199, artículo 1; R. D. de 5 de febrero de 1928, núm. 577, artículo 206, limitan por su parte el recurso a concretos vicios de legitimidad: el primero y el segundo, por ejemplo, tan sólo lo admiten por incompetencia y violación de ley; el tercero, por violación de ley y exceso de poder. Actualmente, como señalamos, tal especificación desde la perspectiva jurisdiccional no tiene mayor importancia en virtud del artículo 113 de la Constitución. Sobre la valoración que esta distinta especificación pudiera ofrecer con anterioridad a esta última, vid., ROVELLI, op. cit., pág. 464. Sin embargo, no puede decirse que desde otros ángulos sea improcedente del todo tal distinción, al ser posible que el legislador trate de modo distinto los diferentes vicios y sus efectos, por ejemplo, en relación con la posible responsabilidad de los funcionarios, etc. Vid., TREVES, *La presunzione*, cit., *infra*, nota 62, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1955, pág. 265. Sobre este punto de la posible responsabilidad de los funcionarios que emanan actos viciados por desviación de poder, me he referido en *La desviación*, cit., y aprovecho ahora para rectificar una errata tipográfica, visible por otra parte. Cuando analizando la conducta de la autoridad administrativa en tal caso, se pregunta en la última línea del mismo, sobre la posible determinación de tal conducta, donde dice si tal comportamiento no entraña en cierto sentido una conducta dolorosa, debe decir, claro es, *dolosa*.

otras varias y distintas que imposibilitan por su parte toda impostación paralela que con el sistema del derecho francés se intentase establecer.

Afrontando ya esta tarea de especificación concreta de los vicios de legitimidad, no podemos sino consignar como casi cada autor —con más diferenciaciones formales que reales ciertamente—, ha establecido tales distinciones en forma personal y distinta (37). Sin embargo, sobre la tesis tradicional y clásica, puede perfilarse la diversidad. La incompetencia,

(37) Son muchos los autores que realizan construcciones doctrinales diferenciadoras de los distintos tipos de ilegitimidad, especialmente entre el exceso de poder y la incompetencia. Hoy, sin embargo, estos problemas, tan esclarecidos por el Consejo de Estado, aparecen como verdaderas piruetas conceptualistas, carentes en gran parte de interés. Vid., CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, «Rivista di Diritto Processuale Civile», 1924, I, págs. 33 y ss., que establece una incompatibilidad esencial y ontológica entre el exceso de poder y la incompetencia en cualquiera de sus formas, a pesar incluso del significado tradicional que aquél hubiera podido tener. El exceso de poder es siempre manifestación de un poder que existe, que se tiene. Su propio significado terminológico jamás puede usarse, ni se ha usado, para indicar algo que no existe, cómo representa la incompetencia. Así concebido el exceso de poder, es consecuencia extensiva de una actuación legítima en sus funciones, pero que se ejercita *oltre la misura*. Supone, pues, algo esencialmente antitético de la incompetencia que representa la falta del mismo. FERRERO, *Lo sviamento*, cit., pág. 297, traslada los criterios de CARNELUTTI para marcar la diferenciación entre la incompetencia y la desviación de poder. Al ser éste vicio de un poder que existe, se manifiesta como un *posterius*, mientras la incompetencia propia se articula como un *prius* en cuanto a la carencia de facultades para obrar en un determinado caso. Para SALEMI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1952, pág. 269, la incompetencia atañe al elemento capacidad del órgano o agente, mientras el exceso de poder debe referirse a la dirección o *indirizzo* del contenido del acto. LESSONA, *Il vizio*, cit., págs. 41 y ss., en relación con la ley de 1877, señala frente al conceptualismo de CARNELUTTI cómo incompetencia y exceso de poder son manifestaciones unitarias, si bien analizadas desde distintos puntos de vista; la incompetencia designa el aspecto negativo-potencial del fenómeno —el *prius* posibilista que recogiera FERRERO—; el exceso de poder señala la faceta positiva-actual: la incompetencia que se traduce en acto deviene exceso de poder. Notemos, finalmente, en estas construcciones que recogemos, entre las muchas formuladas, cómo la enmarcación del exceso de poder viene recogida en razón de una consideración objetiva del mismo, faltando la referencia al elemento subjetivo, intencional, que por su parte habrá de ser característico en la determinación de esta forma de ilegitimidad. En este sentido expresamente, por todos, Santi ROMANO, *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, «Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli», cit., págs. 431-446, lo que le lleva en el § 9, al analizar el problema que estudia en relación con el vicio de legitimidad que posteriormente puede aparecer haciendo inválido un acto originariamente legítimo, a establecer que tal vicio podrá ser violación de ley e incompetencia, siendo ya más dudoso que en tal forma pueda viciar el acto el exceso de poder, pues éste implica una determinada intencionalidad en el autor del acto, por lo que el exceso de poder no puede ser sino vicio originario del acto; en sentido análogo, en relación con la subjetividad del exceso de poder, FORTI, *Lezioni*, cit., págs. 190 y ss.

en cualquiera de sus formas, es el vicio atinente al sujeto del acto en relación con la norma de atribución de funciones a los órganos administrativos o a los entes públicos. La violación de ley, implica una infracción por el contenido sustancial —o formal— del acto, de una precisa norma jurídica, entendida ésta en su más amplio sentido, es decir, no sólo ley formal, sino también decreto-legislativo, decreto-ley, reglamento, costumbre y convocatoria de concurso, ya que, según la expresión común, éstas constituyen «la propia ley del concurso» (38); no quedan comprendidas, sin embargo, la violación de normas internas o circulares (39). El exceso de poder aparece finalmente como el saco sin fondo, en el que el juez ha ido agrupando desde el principio todos aquellos casos de ilegitimidad sustancial, no encuadrables en los otros dos tipos recogidos por la ley (40); es la única posibilidad cierta y evidente que nos autoriza a formular la evolución jurisprudencial en su totalidad en relación con el mismo. Cualquier otro criterio peca innegablemente de abstracto e irreal. El establecimiento de criterios articuladores para la determinación del exceso de poder, surgirá más tarde, en una fase posterior de la elaboración.

d) *Referencia a la doctrina del acto político; acto político y exceso de poder.*

Del análisis que en esta parte nos hemos propuesto realizar, referido a la regulación normativa en su aspecto general, queda tan solo por hacer una última y breve consideración. En el proyecto ministerial se establecía originariamente, y así, pasando por la regulación anterior, llegó hasta la ley de 1924, que quedaban excluidos de todo recurso administrativo los actos emanados por el Gobierno en el ejercicio de su poder político.

(38) También en el derecho español; por todas, sentencia de 23 de diciembre de 1946.

(39) En contra, FRACOLA, *Gli atti amministrativi*, Torino, pág. 122.

(40) Frente a esta posición residual del exceso de poder, admitida por buena parte de la doctrina, vid., SANDULLI, *Manuale*, cit., pág. 266; GIANNINI, *Lezioni*, cit., pág. 397, que delimitan el exceso de poder en su extensión, haciendo asumir la posición que a éste damos nosotros, a la violación de ley, en la que agrupan aquellos supuestos de ilegitimidad no encuadrables en ninguno de los otros dos vicios. Análoga formulación parece establecer el proyecto de ley general sobre la acción administrativa, cit. en la nota 32, página 29, y art. 44, donde tras mantener la fórmula enumerativa —«son ilegítimos los actos viciados de incompetencia, exceso de poder o violación de ley»—, se establece cuándo existe exceso de poder —vid. *infra*, nota 52— y se determina la incompetencia tal como viene recogida tradicionalmente, para quedar «individualizada fácilmente la violación de ley, por exclusión de los otros dos vicios».

Exclusión un tanto innecesaria, en cuanto los actos políticos son una categoría distinta de los administrativos y no una subespecie de los discrecionales (41), pero acogida, sin embargo, para evitar ya inicialmente toda incertidumbre. Nada hemos de añadir en relación con la teoría general de los actos políticos. No obstante, hay que señalar, cómo su dogmática se ha replanteado recientemente sobre su posible control jurisdiccional, precisamente en función del exceso de poder. Si los actos políticos responden a las exigencias de una inmediata y directa relación con los supremos intereses del Estado, tal relación debe buscarse precisamente en cada caso concreto, y en función también con la potestad atribuida a

(41) Es generalmente bastante desconocida la construcción jurisprudencial que de los actos políticos se ha realizado en Italia. En este ordenamiento, precisamente quizá por su fundamentación dogmática, ha adquirido una especial firmeza y un desarrollo que en cierto sentido no tiene en otros países, ni siquiera en Francia, donde, como sabemos, en forma jurisprudencial tuviera su origen aquella construcción. En el derecho francés ha podido hablarse de toda una crisis de la teoría de los actos políticos, del *inencontrable* acto de gobierno, y de su significación como reducto del Estado absoluto al control jurisdiccional. Ello se debe, creemos, a dos causas evidentes: primera, a su estructuración enumerativa, «señalada por el paso de una definición racional a una concepción puramente empírica del acto de gobierno» (DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, 1953, pág. 235); y segunda, a que su configuración ha venido obsesivamente establecida en razón de su exclusión del conocimiento de la jurisdicción contenciosa. Así, en tal sentido, no deja de ser significativo que DUEZ, cuya significación es notoria en esta materia, en su (DEBEYRE), *Traité de Droit Administratif*, París, 1952, pág. 486, incluya los actos de gobierno entre «los límites generales al control jurisdiccional». En Italia, por el contrario, el planteamiento ha sido distinto. Quizá pueda tachársele de excesivamente teórico, nota que vincula a toda su doctrina científica tradicional; sin embargo, ha permitido tal desarrollo una continuidad excepcional de la doctrina de los actos de gobierno: considerados como de naturaleza distinta de los administrativos —en contra, GUICCIARDI, op. cit., pág. 201—, la formulación explícita de su exclusión del conocimiento del Consejo de Estado aparece un poco como innecesaria. Este desarrollo, al fundamentar en líneas generales la naturaleza de los mismos en razón al móvil, al fin —criterio que en su origen también la jurisprudencia francesa estimara—, ha basado la problemática central de los mismos en otro punto distintos: facultades concedidas al juez administrativo para que al analizar el acto pueda precisamente determinar su naturaleza. Por eso, entre tales facultades van comprendidas las de determinar si en ocasiones no se trata de un verdadero acto administrativo, viciado de exceso de poder, y no de un acto político, en su apariencia, que lo es solamente en su aspecto formal, y que intenta sustraer al control del Consejo de Estado una medida sustancialmente administrativa. De esta forma, sin fijar enumerativamente los tipos de actos políticos, sino manteniéndolos únicamente en su enunciado genérico, mediante el exceso de poder, y para determinar, junto a la calificación de su naturaleza, la posible existencia de tal vicio de los actos administrativos, la amplitud de la jurisdicción del Consejo de Estado queda considerablemente aumentada.

los órganos de la Administración que en abstracto la tienen. Sin embargo, aunque no es susceptible de valoración jurídica el interés político actuado por la autoridad, esto no implica necesariamente que el Tribunal *deba dejar de conocer el fondo del asunto* para ver si en el caso concreto se trata de ejercitar *verdaderamente* una potestad política; podría darse el caso, que tras esta actuación, no existiese sino el ejercicio de una común y normal actividad administrativa, que intentase sustraerse al rigor de las disposiciones para ella expresamente previstas en relación con el control por exceso de poder, adoptando para ello la forma de un acto político (42). Y similar desarrollo, articulado en Italia en relación con la figura que estudiamos, puede, análogamente, referirse a todos los demás supuestos de ilegitimidad. Las importantes consecuencias que este planteamiento generalizado ofrece, pueden vislumbrarse fácilmente.

III.—ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL: CONTENIDO.

Al iniciar el análisis de cuál ha sido el significado dado por la jurisprudencia al exceso de poder, no podemos sino recoger de antemano el principio que ha presidido aquella elaboración y que ya hemos establecido: la labor conscientemente ampliativa de su contenido, llevada a cabo por el Consejo de Estado. De otra forma, si no nos situamos en tal perspectiva, no sólo difícilmente lograríamos alcanzar en su certeza la verdadera significación y funcionalidad de esta figura, sino que muchas

(42) SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, «Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione», 1946, II, 517, comentando dos decisiones del Consejo de Estado en las que se consigna expresamente la necesidad de analizar también jurisdiccionalmente aquellos actos que, al menos en su enunciado formal, aparecen como actos políticos, para determinar si pueden especificarse como tales en su contenido sustantivo. Esta tesis es también la que aparece contenida en algunas decisiones de nuestro Tribunal Supremo, que, a pesar del carácter excluyente de los actos políticos en la jurisdicción contenciosa, ha entrado en ocasiones en el fondo del asunto para poder así analizar y determinar el móvil de los mismos, y con ello su naturaleza: vid., la jurisprudencia recogida por GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación*, cit., pág. 116. Sobre este punto, también GUAITA MARTORELL, *Los actos políticos o del gobierno en el Derecho español*, «Revista del Instituto de Derecho Comparado», núm. 4, pág. 80. El criterio recogido por nuestra jurisprudencia, similar al establecido en Italia, debe mantenerse también en relación con la ley de 27 de diciembre de 1957, a pesar de la reducción que sobre un criterio subjetivo la misma ha establecido acerca de los actos políticos o *del gobierno*, siempre y cuando exista una identidad subjetiva, en cuanto a un órgano que pueda emanar tanto actos políticos como administrativos.

de las notas que la matizan, no dejarían de parecernos un tanto incongruentes, e incluso, formalmente ilegales.

En una primera fase, que podemos determinar como originaria, la jurisprudencia acoge el exceso de poder en su significado más propio, tal como la ley del 89 lo estableciera. Son diversas las fórmulas empleadas, que, no obstante, indican ya una cierta diversidad. Indistintamente se habla de incompetencia absoluta, *straripamento di potere*, falta absoluta de potestad (43), etc. Así, y quede el ejemplo como característico de esta primera articulación, se anula por exceso de poder la disposición ministerial que prescribía realizar una inspección administrativa en una sociedad anónima bancaria, pues al no estar ésta bajo el control gubernativo, carecía el ministro de la facultad de ordenar la inspección de un establecimiento, no colocado por la ley bajo su vigilancia (44).

(43) Esta última, era la expresión ya usada en la relación Costa al Senado —vid. nota 26—, en la que se definía el exceso de poder como el vicio que «hace nulo el acto por total carencia de la facultad de emanarlo». ALESSI, *Intorno*, cit., pág. 88, encuentra por su parte una diferenciación sustantiva entre la falta de potestad y la incompetencia. Para este autor, la distinción se basa sobre la fórmula siguiente: la incompetencia existe en el caso de no atribución de la norma al órgano actuante de la facultad de realizar el acto; la falta de potestad, sin embargo, cuando la realización del acto concreto, que excede de sus límites, no viene determinada *in specie* a ningún otro órgano administrativo. Vid., asimismo, la posible aplicación de estas estructuras en algunas de las sentencias del Tribunal Supremo recogidas en nuestro trabajo *La desviación*, cit., nota 35, e *infra* en este mismo, nota siguiente; además, la de 16 de octubre de 1954, en la que se señala que para que la incompetencia pueda dar lugar a la nulidad del acuerdo se precisa indispensablemente la caracterización de aquélla mediante la existencia de una disposición legal concreta que la vincule a otro órgano.

(44) IV Sec., 7 de octubre de 1891, FI, 1891, II, 35. Siguiendo esta misma línea anula el Consejo de Estado una decisión de la Junta provincial administrativa, pronunciada sobre el licenciamiento de empleados municipales, que condenaba al Ayuntamiento al pago de los estipendios debidos y de los daños causados, estimando que tal condena, tratándose de un derecho patrimonial, era de la competencia de la autoridad judicial, IV Sec., 14 de junio de 1895. Y la de IV Sec., 8 de julio de 1899, en la que se anula una decisión de la Junta provincial electoral al haber estatuido en materia cuya competencia legalmente estaba atribuida a la Junta municipal: estas dos últimas, en RAGNISCO, op. cit., 2073. Con distinta formulación, si se quiere, pero el Tribunal Supremo ha sancionado también la ilegitimidad del acto administrativo —bajo la expresión terminológica, indistintamente de abuso o *exceso de poder*— tanto en los casos de incompetencia absoluta —3 de julio de 1922, 8 de marzo de 1928, 13 de enero de 1933, 25 de octubre de 1933—, como relativa —10 de enero de 1922, 27 de enero de 1922, 9 de octubre de 1922—, así como también en los de extralimitación material por parte de la Administración —4 de julio de 1921, 17 de junio de 1932, 25 de octubre de 1935, 14 de mayo de 1940, 7 de julio de 1941, 21 de enero de 1942 y 16 de diciembre de 1953. No en balde, como ya ha sido observado reiteradamente, el Tribunal Su-

Tras esta fase inicial, lógica, vinculada en su totalidad al texto legal, la jurisprudencia no va a seguir en su desarrollo un orden cronológicamente evolutivo. En el análisis de la misma puede verse cómo, junto a nuevas posiciones que se van acogiendo, se reitera por otra parte una valoración del exceso de poder de acuerdo con su delimitación tradicional. Pudiéramos decir que la apertura definitiva y total, en bloque, con total influencia ya del Consejo de Estado francés, no se verifica sino al apuntar el presente siglo. No obstante, ello, creemos que ya con anterioridad, cuando la IV Sección llevaba muy pocos años ejerciendo sus funciones jurisdiccionales, aparecen síntomas claros y determinantes de esta trayectoria que comienza, y que por su parte le aproximan al *detournement*. Son, desde luego, casos aislados y reducidos. Concretamente nos referimos a las decisiones de 7 y 28 de enero de 1892 (45): en la primera de ellas se estima viciado por exceso de poder un acto administrativo cuando, aún sin violar ninguna ley, sea ilógico, irracional o contrario el espíritu de aquella; en la segunda, más explícita, convocadas por la Comisión municipal, según permitía la ley, algunas de las Secciones electorales en que el término estaba dividido, se establece que el acto de aquella Comisión será anulable y producirá como consecuencia la nulidad de las operaciones electorales, si tal determinación fué inspirada no en el justo motivo de favorecer la más completa y libre manifestación de voluntad de los electores, sino por aquel otro ilícito, de poder ejercitar una influencia partisana en la competición electoral (46).

Este va a ser, igual que en el sistema francés, el punto de partida: la valoración teleológica de la conducta administrativa. El camino queda abierto. La formulación con la que desde ahora se expresa el Consejo de Estado, anulando por exceso de poder, va a ser distinta: falsear y tergiversar el fin de la ley, contradecir los criterios de la misma, inspirarse en

premo, sin apoyo legal, había de elaborar jurisprudencialmente las tres primeras de las cuatro formas con que el amplio recurso por exceso de poder apareciera en Francia; y de ellas, la incompetencia, en cualquiera de sus facetas, es la primera.

(45) En GA, 1892, I, 1, y GI, 1892, III, 74. En contra, GIANNINI, *Lezioni*, cit., pág. 390, estimando que todavía no pude hablarse propiamente de desviación en tales decisiones del Consejo de Estado.

(46) Queremos hacer notar, en relación con este segundo fallo del Consejo de Estado, cómo no es mera casualidad el que la jurisdicción administrativa, ya desde su comienzo, aparezca en Italia como verdadera salvaguardia contra determinaciones políticas de parte; vid. también, *supra* nota 20.

principios distintos de los por ella determinados, fundamentarse en un fin distinto del de favorecer el interés público, sobrepasar la discrecionalidad administrativa, alterar —aun manteniéndose en la órbita de la no violación— el espíritu de la norma, etc. (47).

La posición de la doctrina frente a esta construcción jurisprudencial se especifica en dos etapas distintas, a las que corresponden dos estructuraciones también sustancialmente diferenciadas. En la primera de aquéllas la doctrina se limita a enunciar, sin ulterior pretensión, de modo más o menos completo, las formas que integran el exceso de poder. *Más tarde*, sin embargo —y es importante lo subrayado—, sin abandonar este matiz enumerativo en razón del contenido, ha tratado además de buscar y establecer una solución de significado unitario que, abstrayéndose del particularismo empírico, permitiese establecer una construcción más o menos genérica del exceso de poder. Nos referimos ahora al primer aspecto. La base de la elaboración que en tal sentido se realiza, exclusivamente jurisprudencial, característica que le imprime indudablemente una falta de fijeza, explica, y justifica por otra parte, el distinto desarrollo que todos los autores hacen cuando intentan determinar tanto el contenido como las manifestaciones que el exceso de poder reviste. Se puede afirmar casi que cada uno de ellos establece una enumeración distinta de las formas que el exceso de poder reviste, movido sin duda alguna por el deseo de consagrar como tipo o característica independiente dentro del mismo, cualquier nuevo matiz o cualquier peculiaridad suya un tanto diferenciada (48). Determinar, por lo tanto, cuáles sean las formas concretas que se reagrupan dentro del exceso de poder, para analizarlas con finalidad clasificatoria, no puede hacerse sino conscientes de que es imposible esta-

(47) PAPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, «Il Consiglio di Stato», *Studi in occasione del Centenario*, Roma, 1932, II, pág. 440. Sobre este punto, en relación con la terminología semejante, usada en el derecho positivo español, vid., nuestro trabajo *La desviación*, cit., y la jurisprudencia en él recogida; también la sentencia de 11 de enero de 1928 establece la necesidad, por parte de la Administración, de mantener el más escrupuloso respeto a la legalidad vigente, *sin salirse del espíritu que la informa*.

(48) Pueden verse los distintos autores; entre otros: cuatro formas de exceso de poder admite GAZZILLI, op. cit., pág. 360, e igual número BORSI, op. cit., pág. 44; cinco, FORTI, *Lezioni*, cit., pág. 191; seis, RANELLETTI, op. cit., pág. 96, y ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1954, I, pág. 314, y II, págs. 194 y ss.; siete, LESSONA, *La giustizia*, cit., pág. 100, e igual número, GUCCIARDI, op. cit., pág. 21; ocho, RAGNISCO, op. cit., 2071, y dieciséis, MAZZEI, *L'eccesso di potere*, GA, 1907, IV, 68.

blecer unos criterios determinados y con carácter absoluto. Además, es innegable que en la clasificación que podamos adoptar, cualquiera que sea la que se establezca, influye fundamentalmente el punto de vista adoptado por el juzgador en su razonamiento: una violación de circulares internas, por ejemplo, puede ser encuadrada, además de como tal, como una verdadera contradicción; una diversidad de comportamiento por parte de la Administración pública puede asimismo sistematizarse como ilogicidad del acto con otro precedente.

Tras esta primera fase, de determinar las formas que el exceso de poder adopta, en un período posterior la problemática central en relación con el mismo cambia. Porque, además de continuar individualizando su contenido en forma enumerativa, se busca primordialmente establecer ese criterio único que señale la esencia del propio exceso de poder, de la que, por otra parte, las figuras recogidas no son sino síntomas o expresiones. Porque si reducimos exclusivamente la valoración de aquél a una simple enunciación de su contenido —violación de circulares, ilogicidad del acto, tergiversación de los hechos, etc.—, cometemos el error fundamental de cambiar por los síntomas que denuncian el vicio, el vicio mismo: es como confundir en la diagnosis, la fiebre con la enfermedad. Aquéllas no son sino expresiones, necesarias por otra parte, para determinar la ilegitimidad del acto, porque atañendo el exceso de poder a la máxima intimidad del mismo, su diagnosis, señala CARNELUTTI (49) al establecer el razonamiento que seguimos, no puede realizarse casi nunca —y el propio autor confiesa cómo viene tentado a suprimir también el casi— de forma directa, sino tan sólo por medio de aquellos síntomas (50).

Este planteamiento de determinar un tanto dogmáticamente el exceso de poder es relativamente moderno. Tiende a superar la simple enumeración de las formas de ilegitimidad y la propia casuística jurisprudencial, para consignar así la entidad sustancial que el mismo representa. Se trata, por lo tanto, de una construcción *a posteriori*, realizada sobre las decisiones previamente aportadas durante muchos años por el Consejo de Esta-

(49) CARNELUTTI, *L'eccesso*, cit., pág. 33.

(50) Que no se trata sino de síntomas, la propia jurisprudencia lo ha sancionado en ocasiones: vid., la recogida por ALESSI, *Intorno*, cit., pág. 98. Entre la posterior a la obra de ALESSI, V Ccc., 14 de abril de 1937, RDP, 1937, II, 439; V. Sec., 26 de mayo de 1937, RDP, 1937, II, 437; IV Sec., 12 de diciembre de 1945; RDP., 1944-46, II, 115; IV Sec., 14 de enero de 1948, FA, 1948, I, 1, 174; VI Sec., 10 de junio de 1952, FA, 1953, I, 3, 22.

do. De ahí que nos encontremos en esta segunda fase también con la misma dificultad que recogíamos al establecer la artificiosidad de un exclusivo programa clasificatorio. Porque la consecuencia fundamental a la que este segundo desarrollo conduce es ni más ni menos que la de tender a englobar, bajo una etiqueta comprensiva, buen número de infracciones del ordenamiento jurídico un tanto dispares. Ahora bien, cualquiera que sea el principio que adoptemos sobre el que en esencia se haga girar el exceso de poder —no interesa por ahora determinarlo—, ya sea como vicio de la causa, o del fin, o de los motivos del acto, no cabe duda que, dada la particularidad del Derecho administrativo, carente hasta ahora de una ordenación positiva que establezca y estructure los elementos del acto administrativo, prescindir tanto del análisis como de la consideración de las fórmulas concretas, aun partiendo de la unidad sustancial de toda ilegitimidad, puede ser un tanto peligroso. Es decir, podrá establecerse, por ejemplo, que el exceso de poder es un vicio de la causa del acto administrativo. Pero ¿qué es la causa? La polémica doctrinal y el silencio normativo impiden la efectividad práctica en su totalidad de una labor que parta exclusivamente de estos postulados. Bien está, repetimos, sancionar criterios unitarios; ello es necesario en su enunciado más general. Sin embargo, creemos conviene una articulación normativa si se quiere, un tanto a modo de ejemplo, que actualice frente a situaciones concretas, lo que, por otra parte, no son sino programas más o menos abstractos: violación del ordenamiento jurídico, conculcación del bloque de la legalidad, violación del orden normativo en su objetividad, etc. (51)

Estas consideraciones, fundamentalmente prácticas, han sido recogidas en el proyecto de la ley general sobre la acción administrativa, que tanta

(51) Vid., de nuevo, nuestro trabajo *La desviación*, cit., pág. 173, dando por producidas las consideraciones que en el mismo hacemos. Tanto en él como en las presentes líneas he insistido acerca de cómo la configuración unitaria de la ilegitimidad me parece uno de los puntos más avanzados de nuestra Ley jurisdiccional, desconocido como contenido, incluso en los sistemas más progresistas. Sin embargo, reitero la conveniencia de que tal ley debió quizá especificar más concretamente este punto, a no ser que *desplazase* tal enunciado a una posible y necesaria ley sobre la acción administrativa. El ejemplo italiano, repito, es significativo; vid., seguidamente, en el texto. Y la propia experiencia jurisprudencial española pudo haber dado que pensar un poco. Un criterio realista, pragmático si se quiere, nos lleva a asociar en ignaciana «composición de lugar», presupuesto incontrastable de lo que decimos, cualquier fascículo de jurisprudencia administrativa del ALCUBILLA antes del 27 de junio de 1957, con esa «cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico» de nuestro artículo 83.

importancia puede tener al intentar establecer una normatividad positiva en buena parte de la llamada parte general del Derecho administrativo. Por ello que no ha podido menos, aun partiendo de la proclamación expresa de la configuración unitaria de la ilegitimidad, de consignar sustantivamente no pocos particulares. Y así, el art. 44, párrafo 3.º, especifica un tanto a modo de ejemplo que se comete exceso de poder cuando la autoridad administrativa usa de un poder discrecional para fines distintos de aquellos por los que le fué atribuido, o cuando un vicio del procedimiento de formación de la voluntad de la Administración resulta de la tergiversación de los hechos, o de ilogicidad manifiesta, o de contradicción no justificada del acto con otro precedente, o con el contenido de circulares u otras normas internas, o por contradicción intrínseca del mismo acto, o por otros elementos (52).

Nosotros intentamos ahora especificar en esta tercera parte de nuestro trabajo las diversas formas en que se manifiesta el exceso de poder. La sistematización recogida de las decisiones del Consejo de Estado la articulamos en principio desde un plano expositivo. El criterio que para ello hemos adoptado es, en líneas generales, el que podemos considerar más común en la doctrina. Esto es, el recoger que el exceso de poder puede adoptar las formas de desviación de poder, tergiversación de los hechos, error de hecho, contradicción con un acto precedente, ilogicidad del mismo, violación de circulares internas e injusticia manifiesta. Puede observarse inicialmente que esta enumeración agrupa supuestos que responden a una doble trayectoria. En síntesis, es la misma orientación que en parte recoge el proyecto de ley sobre la acción administrativa: en primer lugar, la desviación de poder, específica y directamente considerada; después, determinados vicios de la voluntad del agente del acto (53). Por otra parte, tratando de establecer las distintas perspectivas a adoptar en la clasificación, queda por señalar cómo el contenido sustancialmente patológico que el exceso de poder representa quedará en ocasiones evidenciado por el mismo acto, *in se*. En otras, mediante determinadas referencias extrínsecas al mismo. En el primer caso la ilegitimidad se deduce del acto y de

(52) *Separata de Stato dei lavori*, cit., pág. 58. Vid., *supra*, nota 32. La expresión que el proyecto de ley recoge, por otra parte, no ha hecho sino referir la fórmula enumerativa, casi con expresión análoga a la ya empleada por la propia jurisprudencia. Por ejemplo, Sec. un. de la Cas., 18 de mayo de 1923, en LENTINI, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1948, pág. 32.

(53) Sobre el carácter sintomático de tales formas, reiteramos *supra*, nota 50.

sus elementos —desviación de poder, tergiversación de los hechos, error de hecho, injusticia manifiesta—. En el segundo, es consecuencia derivada de la relación que el acto en sí puede tener encuadrado en la total actividad administrativa, en cuanto entraña una divergencia en un sentido o en otro, con la voluntad administrativa ya manifestada en otros supuestos y ocasiones (54).

1. *Desviación de poder.*

a) *Valoración teleológica de la actividad administrativa.*

Con lo *sviamento*, el Consejo de Estado italiano alcanza las posiciones adquiridas en su *iniciación* por el sistema francés. Si bien ya lo hemos reiterado expresamente, no pueda hacerse un paralelo entre el *sviamento* y el *detournement* en su contenido actual.

La construcción genérica de la desviación de poder aparece clara en su planteamiento: ejercicio de su actividad por parte de la Administración pública con fines distintos de los establecidos por la ley. Y precisamente *la separación* respecto a tales fines es lo que representa y constituye *la desviación* de poder. Partiendo de esta afirmación primera, se ha podido determinar que tales fines constituyen el *límite inicial* (55) de toda actividad administrativa: su rebasamiento y superación es lo que precisamente implica la desviación de poder.

La facultad conferida a la Administración para emanar un determinado acto administrativo le viene conferida precisamente en razón de su pro-

(54) CASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Padova, 1956, pág. 153, aunque con soluciones distintas, articula un criterio un tanto semejante en relación con los síntomas —intrínsecos o extrínsecos— reveladores de lo que él llama la «disfunción».

(55) ALESSI, *Sistema*, cit., pág. 260, e *Intorno*, cit., págs. 9 y ss. Tendríamos, según este criterio, a toda la Administración y, por ende, a su actividad, como encerrada dentro de unos límites cuyas fronteras exteriores estuvieran constituidas por los propios fines que le son impuestos. El respeto de tales límites sería lo que condicionaría la propia legitimidad de aquel obrar. Sin oponernos a esta construcción, pues no deja de ser, desde su perspectiva, cierta, creemos que más que la estructuración *a posteriori* que todo límite lleva consigo —el límite no se funcionaliza hasta que se rebasa—, y que entraña además algo ajeno y distinto de lo que se limita —en este caso, la conducta de la Administración, vale decir, el acto administrativo—, es necesario analizar esta cuestión en relación causal con la propia potestad administrativa. Entendemos aquí el término potestad en su sentido genérico, no específico.

pia función y estructura para la realización de un fin administrativo (56). Por lo tanto, desde esta premisa general aparecen ya los primeros y más palpables casos de desviación de poder en aquellos supuestos en que, faltando tal fin administrativo, son *posti in essere* —y la causalidad que esta expresión lleva consigo no deja de ser significativa— determinados actos inspirados en un interés personal del agente que los emana, ya sea de carácter patrimonial, o de venganza o de diversidad del pensamiento político (57). La desviación de poder existirá, por lo tanto, siempre que se olvide la primera característica que matiza su propia teleología, es decir, el carácter público de la misma.

Sin embargo, en el ejercicio de la función administrativa aparece además una posterior concreción, en relación también con su propia causalidad. Aquélla, dentro del ordenamiento general del Estado, recibe en su diversidad su específica razón de ser, no sólo para la satisfacción de un interés administrativo, sino precisamente de aquel concreto y propio determinado por la específica actividad de que se trate. Toda ley que imponga dentro del sistema genérico de fines un obrar a la Administración, determina a ésta a una finalidad concreta y particular. Ello implica la

(56) Damos por reproducidas las consideraciones que en la *desviación*, cit., página 137, hacíamos al justificar el término recogido —fin administrativo— y no el más genérico de fin público, a fin de evitar la posible confusión inicial con la incompetencia absoluta, pues cuando en tal supuesto se actúa se virtualiza también un fin público.

(57) Este último aspecto proporciona abundante materia a la desviación de poder en sus primeros desarrollos. Así también ocurrió en Francia, donde recordaremos cómo fueron anulados por el Consejo de Estado aquellas disposiciones municipales emitidas en la primera época de reacción antirreligiosa que prohibían las procesiones o el toque de campanas, bajo un pretendido motivo de orden público; este criterio no fué aceptado lógicamente por el Consejo de Estado al estimar que no había verdadera razón para tal prohibición, sino que tales disposiciones, verdadero obstáculo al principio de la libertad religiosa, estaban inspiradas en motivos de parte, no públicos: vid. BAHUET, op. cit., págs. 47 y ss. Sobre jurisprudencia francesa en este sentido general, por todos, IMBERT, op. cit., pág. 152. En Italia, clarísimos ejemplos de desviación de poder en esta línea de actualización de un fin no administrativo: IV Sec., 7 de marzo de 1902, GI, 1902, III, 113; IV Sec., 5 de junio de 1903; GI, 1903, III, 407; IV Sec., 23 de julio de 1915, GI, 1915, III, 396, decisión esta última por la que fué estimado ilegítimo el licenciamiento de un funcionario al final del período de prueba, motivado por el mandato imperativo que en tal sentido pudo recibir la autoridad administrativa que lo realizó del cuerpo electoral en las elecciones generales; IV Sec., 22 de mayo de 1926, FA, 1926, I, 1, 313. Recientemente, IV Sec., 23 de enero de 1953, Massimario, 334, 52, donde expresamente se señala que subsiste el vicio de exceso de poder «*se la pubblica Amministrazione, preoccupandosi dell'interesse privato, abbia trascurato il pubblico interesse*».

necesidad de la adecuación total entre el interés concreto a satisfacer y el que el acto asuma en su realidad. Una divergencia en tal situación expresa una situación de ilegitimidad obvia. Habrá, si se quiere, un interés administrativo; podrá ser incluso cuantitativamente bastante, pero no será el específicamente exigido para la situación concreta de que se trate. En tal caso la desviación de poder radica, por lo tanto, en la divergencia cualitativa del elemento teleológico establecido por la ley para cada actuación administrativa (58).

Sería excesivamente ingenuo, aparte de innecesario, que, aceptada la problemática anterior, se exigiese por otra parte la determinación explícita, por ejemplo, de la finalidad de cada ley, y que ésta a su vez fuera sancionada en una de sus normas. Tal ley tiene tal finalidad. La finalidad específica (59) de toda normatividad positiva puede claramente deducirse mediante la más elemental regla de interpretación —y este es el caso común— de los propios principios de la misma, de su propia Exposición de motivos o del encuadramiento que ella ocupe en el sistema jurídico positivo.

No cabe duda que no ofrece gran dificultad la determinación de la desviación de poder en su primera forma, en cuanto el interés efectivamente asumido por la Administración pública no sea un interés administrativo. El contraste se evidencia y resalta con una indiscutible objetividad. No ocurre, sin embargo, lo mismo en el segundo supuesto cuando la Administración hubiera trastrocado el fin administrativo típico por otro también administrativo. En resaltar esta alteración disociativa ha de ayudar no poco el examen de los motivos concretos del acto, entendidos éstos, en su más elemental significado, como las razones que influyen sobre el sujeto en la determinación de la voluntad. De aquí, pues, que sea preciso el estudio y

(58) Así, por ejemplo, se anula el acuerdo de un Consejo municipal en el que el nombramiento de maestros, sobre terna, se realiza en base a una elección no determinada por razón alguna de orden escolástico, siendo así que la facultad discrecional que para tales elecciones les fuera concedida a los Ayuntamientos por el art. 7 de la ley de 21 de octubre de 1903, núm. 431, lo era exclusivamente por intereses de naturaleza escolar inherente al servicio: IV Sec., 30 de junio de 1922, GI, 1922, III, 348. Es innegable que los poderes concedidos por la ley de seguridad pública lo son por razones de orden público y no sanitarias; aquellos de la de expropiación, con fines sociales, urbanísticos, etc., pero no con fines fiscales. Las facultades para el traslado discrecional de funcionarios por necesidades del servicio lo son en razón del reordenamiento o de concretas necesidades del mismo, pero no con fines disciplinarios, etc.

(59) Vid., por todos, CARNELUTTI, *Teoría*, cit., 247, en razón de la relevancia que establece de la finalidad específica de cada norma.

el análisis de los mismos, como medios de conocimiento de la verdadera finalidad perseguida al manifestar su voluntad el órgano administrativo; sin embargo, no por ello, al asumir una función instrumental, puede prescindirse de su valoración y planteamiento.

Esta es, esquemáticamente, la doctrina de la desviación de poder. Recojamos, al menos en su enunciado, dos cuestiones con ella relacionadas. Es evidente, en primer lugar, que, tal como hemos referido su especificación, basados en las tradicionales notas diferenciadoras establecidas en el sistema italiano, tal figura puede mantenerse con una cierta sustantividad propia. Por ello el que no nos parezca del todo defendible la construcción formulada, sobre todo por parte de la doctrina francesa (60), de considerar a la desviación de poder como una forma de incompetencia. Bien es cierto, por otra parte, que en definitiva no se trata sino de aprehender desde otra perspectiva toda la problemática que la desviación de poder entraña. Concedida a un determinado sujeto, sostiene aquella posición, la facultad de emanar un acto —competencia—, se entiende que lo es únicamente para que lo haga de acuerdo no sólo con las condiciones de hecho exigidas, sino también que lo realice para la finalidad típica requerida para ello. En caso contrario, cuando los límites que la competencia enmarca subjetivamente se desbordan, existe sin duda alguna, una verdadera y propia situación de incompetencia. Esta argumentación, una más, en definitiva lo que trasluce es la tantas veces referida unidad de las infracciones del ordenamiento jurídico, articulada ahora desde un ángulo distinto. Con ella, claro es que todos y cada uno de los vicios del acto administrativo podrían también reconducirse como verdaderas figuras de incompetencia. Incluso la propia violación de ley; que no cabe duda que cuando un órgano administrativo la comete, actúa fuera de su competencia *material*, al menos modalmente.

El otro punto al que queremos referirnos es a la posible relación de

(60) REGLADE, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité*, R. Droit P., 1925, pág. 426; ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926, página 236. Entre nosotros, como «modalidad originalísima» de la incompetencia, configura la desviación de poder MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del Derecho*, cit., pág. 95, y en *La desviación de poder*, «Anales de la Universidad de Murcia», 1955-56, D-39 [*Enciclopedia jurídica Seix*, Barcelona, vol. VII], pero no sin antes hacer hincapié justamente en los aspectos internos y externos de la competencia, pues sólo en relación con el primero —facultad de producir un acto únicamente en los casos queridos y previstos por la norma— puede hablarse de incompetencia en relación con la desviación de poder.

la misma desviación de poder, así entendida en su máxima simplicidad, con la doctrina civil de los actos de emulación y del fraude de la ley. Baste recoger como principio, sin estudiar su propio y directo desarrollo, la inaplicabilidad de tales construcciones al Derecho administrativo a través de la figura de la desviación de poder. En relación con los actos de emulación (61), es difícil de configurar la desviación de poder como un caso de los mismos. En ésta no hay como la doctrina civilista exige, con mayor o menor detalle, el daño para una parte y el no beneficio positivo para el sujeto agente por otra (62) (63) (64).

(61) Vid., ROTONDI, *Prode alla legge e sviamento di potiere*, en *Studi vari di diritto romano ed attuale*, 1922, III, 366 y ss., como referencia general, rebatiendo, con la argumentación que recogemos, determinadas sentencias que parecían admitir tal configuración semejante. Parece que, en contra, taxativamente, FRACOLA, *Gli atti*, cit., pág. 126. También ROTONDI, op. cit., pág. 385, en relación con la no aplicabilidad de la doctrina del fraude de la ley a la desviación de poder. Distinta es la relación que surge cuando se trata de configurar la desviación de poder y la doctrina del abuso del derecho; vid., para ello, MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina*, cit., págs. 54, 141 y *passim*.

(62) Reiteramos en este punto, finalizando el estudio directo de la desviación de poder como una de las formas por las que se manifiesta el exceso de poder, la relatividad del criterio expositivo que hemos seguido y que en modo alguno pugna con la configuración unitaria del mismo, pues, como podrá observarse, todas las otras formas asumidas por él no son en esencia sino verdaderos síntomas que denuncian tal desviación. Por todos, TRÉVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, pág. 37.

(63) Recogemos también, en nota, otro problema relacionado con la desviación de poder, siguiendo nuestro intento de resaltar los distintos matices particulares que ofrece. Se trata de relacionarlo con los efectos del acto administrativo, especialmente con aquellos entendidos como efectos reflejos del mismo y cuya nota determinante es su involuntariedad y su automatismo en relación con su eficacia. Ya FORTI, *In tema di eccesso di potere*, FI, 1937, III, 123, había indicado cómo un acto administrativo puede ofrecer relevancia jurídica no sólo en relación con los efectos ligados a la voluntad del agente, sino también para otros efectos a la misma totalmente extraños. Pues bien, FRACOLA, *Eccesso di potere per riflessione degli atti amministrativi*, FI, 1948, 74, ha aplicado este planteamiento genérico en relación con el exceso de poder, para determinar que siempre que la búsqueda de un efecto reflejo sea asumida por la autoridad administrativa con carácter primario, existe en la conducta de aquella, desviación de poder.

(64) Creemos oportuno también el recoger, además de las ya consignadas, la referencia específica a algunas decisiones del Consejo de Estado en materia de desviación de poder, que pueden quedar como características. No se trata, sin embargo, de una sistematización formal de la jurisprudencia, sino tan sólo de una referencia sustantiva de algunas de sus decisiones. Señalemos sobre este punto, por otra parte, cómo, a diferencia de lo que ocurre en el sistema francés, en el italiano no existen, salvo la ya recogida de PAPPALARDO, op. cit., sistematizaciones jurisprudenciales, mientras que por su parte abundan los planteamientos dogmático-conceptuales. Antes que ninguna otra,

y entrando ya en el análisis directo de la jurisprudencia, habré de recordar la vieja decisión —IV Sec., 2 de mayo de 1902, GA, 1902, I, 230—, ligada en su significado a la más característica tradición francesa, declarando que el exceso de poder viciaba el acto administrativo por el que se establecía el cambio de una estación ferroviaria, con el aparente pretexto de facilitar las comunicaciones y transportes, pero con el verdadero propósito de favorecer y beneficiar intereses particulares de unos pocos. En esta misma trayectoria, el Consejo de Estado anula aquellos decretos de expropiación que efectivamente no respondieran, no sólo a una utilidad pública concreta, sino a la específica exigida por la ley: IV Sec., 7 de marzo de 1902, GI, 1902, III, 113; IV Sec., 22 de mayo de 1926, FA, 1926, I, 1, 313. Lo mismo cuando el acto administrativo fué inspirado en el odio político —IV Sec., 5 de junio de 1903, GI, 1903, III, 407—; o cuando la Administración, preocupándose del interés privado, haya actuado al margen del interés público —IV Sec., 23 de enero de 1953, Massimario, 334, 52—: o si el traslado de un funcionario, bajo el pretexto del interés del servicio, en el fondo no oultaba sino una verdadera sanción disciplinaria —sobre este punto concreto, vid., numerosa jurisprudencia en PAPPALARDO, op. cit., pág. 450, nota 6—, interesa señalar cómo quizá la más sólida tradición jurisprudencial en materia de desviación de poder existe en materia de funcionarios públicos. Ello creemos es lógico, dada la delicadeza de la materia, en la que con tanta frecuencia un pretendido y más o menos vago interés público cubre medidas de favoritismo, por una parte, o de sanción personal, por otra: se estima viciado por exceso de poder el acto discrecional de la autoridad que disponga la disolución de determinados cuerpos organizados cuando aquél esconda una sanción disciplinaria que intente perjudicar a determinadas personas, o cuando con análogo sentido se establezca la supresión de determinados puestos mediante la reducción de plantillas: IV Sec., 29 de diciembre de 1897, GA, 1897, I, 517; IV Sec., 15 de junio de 1900; GA, 1900, I, 292; IV Sec., 15 de noviembre de 1912, GI, 1913, III, 100; V Sec., 27 de noviembre de 1926, FA, 1927, I, 1, 27; se anula el traslado de un profesor, dispuesto de oficio e inspirado en consideraciones personales a favor de aquél —IV Sec., 13 de julio de 1929, GI, 1929, III, 175—. Todavía una más estrecha verificación de la actividad administrativa se realiza en la determinación concreta y específica del fin público a satisfacer en cada caso: no es lícito a los Ayuntamientos imponer, bajo la apariencia de derechos y tasas por servicios públicos, formas particulares de exacciones que, no estando expresamente previstas por la ley, no responden sustantivamente a aquéllos, IV Sec., 21 de julio de 1905, GA, 1905, I, 339. Tampoco, aun faltando normas legales y reglamentarias que disciplinen la concesión de permisos especiales a los estudiosos para examinar el material que se conserva en los museos, tienen los funcionarios del Ministerio o aquellos encargados de los mismos, la facultad ilimitada y arbitraria de conceder o negar permisos, ya que esa potestad encuentra necesariamente un límite y un criterio de realización en el fin público al cual deben servir, IV Sec., 16 de junio de 1911, GI, 1911, III, 323. Estructurado, como sabemos, sobre una base ampliamente autonómica, en el régimen municipal italiano el control ejercitado por los Prefectos viene generalmente determinado por el orden y coordinación de los intereses de los entes autárquicos con aquellos otros del Estado, no pudiendo actualizar tal control, en forma más o menos encubierta, como protección económica: negada la aprobación gubernativa a determinados contratos municipales por considerarlos no beneficiosos económicamente al Municipio, se anulaban tales actos prefecticios denegatorios, ya que la facultad de no conceder por parte de éstos el visto, lo era por naturaleza distinta de la económica del ente autár-

b) *La desviación de poder y la motivación* (65).

El estudio de la motivación en el acto administrativo, y más concretamente la posible exigencia de la misma con carácter genérico y obligatorio, se realiza en general por la doctrina (66) desde la perspectiva del control jurisdiccional de aquél. La funcionalidad que la motivación ofrece puede deducirse de su propio significado al tratarse del camino normal y ordinario para exteriorizar los motivos o razones que en cada caso concreto han impulsado a obrar a la Administración pública (67). Importancia que adquiere acentuado interés, desde el momento en que los motivos

quico, y que, por lo tanto, esta última debía permanecer extraña a la valoración hecha por la autoridad gubernativa, IV Sec., 31 de octubre de 1919, GI, 1920, III, 26. SANDULLI, *Manuale*, cit., pág. 260, recoge el supuesto de desviación de poder en que incurriera la Comisión establecida para decidir sobre un concurso convocado para la provisión de un puesto civil y en el que la valoración máxima de puntos se establecía, no para los títulos profesionales, sino en razón de méritos militares o de conocimiento de lenguas extranjeras. Igualmente se considera ilegítimo el acto prefecticio de suspensión de las liquidaciones de un recaudador de contribuciones, porque la facultad discrecional de suspender tales actos ejecutivos del recaudador, le viene concedida al Prefecto con la finalidad de atemperar el excesivo rigor del procedimiento fiscal, cometiendo, sin embargo, exceso de poder el Prefecto que de ello se valga para paralizar por tiempo indefinido la virtualidad de tales actos ejecutivos, IV Sec., 15 de abril de 1904, GA, I, 343.

(65) El presente desarrollo viene inspirado por el hecho de que algún autor establece entre las formas específicas, como categoría independiente del exceso de poder, la del defecto en la motivación; vid., por todos, PAPPALARDO, op. cit., pág. 431. Nosotros, sin embargo, no la recogemos como tal no sólo por mantener las líneas tradicionales y más comunes de este desarrollo, sino también por las razones que más adelante recogemos. Conviene tener presente, no obstante, que buena parte de los argumentos que intentamos establecer a continuación van referidos, claro es, a los que comúnmente se consideran actos discrecionales, pues el juego que tanto en éstos como en los reglados ofrece la motivación, es abiertamente distinto.

(66) Nos remitimos, por todos, a LA TORRE, *Sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, FA, 1930, IV, 44 y ss.; STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratives*, Athènes, 1954, págs. 198 y ss., y a GARRIDO FALLA, *Régimen*, cit., pág. 269, si bien en el caso de este último autor sea ésta precisamente la perspectiva que corresponda a la motivación, dado el criterio específico que la obra asume.

(67) Seguimos, pues, con tal concepto, la posición que podemos considerar predominante: ROEHRSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, RDP, 1951, pág. 121, y GARRIDO FALLA, *Régimen*, cit., pág. 269. Característica en este punto es la distinción, más o menos práctica, que IACCARINO, *Studi sulla motivazione con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933, pág. 49, establece, entre motivación y justificación, y que de forma más o menos directa ha sido recogida por la doctrina: por todos, BODDA, *Lezioni*, cit., pág. 166, y CIANNINI, *Lezioni*, cit., págs. 337 y ss.

en ella contenidos pueden ser medio sintomático para determinar una concreta situación de ilegitimidad (68). Ahora bien, el problema frente al que nos encontramos es el siguiente: ¿pueden efectivamente los defectos o vicios de la motivación propiamente tal constituir desviación de poder?

El significado instrumental de la motivación de que hemos partido, característicamente formal en relación con la manifestación de la voluntad administrativa, no implica en modo alguno una minusvaloración de la misma, su consideración como algo meramente superpuesto (69). No obstante ello, creemos, sin embargo, que este último matiz instrumental resalta más todavía si partimos de una funcionalidad de la motivación, condicionada a la facilitación por ella de un posible y ulterior control. Ello nos obliga a determinarnos específicamente sobre cuál sea la verdadera razón que impone la obligación de motivar: ¿facilitar exclusivamente la determinación de la legalidad del acto? No negamos que tal función pueda ser cumplida (70); sin embargo, creemos que la motivación, en cuanto a la exigencia que primordialmente satisface, viene predeterminada como consecuencia de un principio lógico: el razonamiento normal de una voluntad que se manifiesta. Es ya el propio sujeto personal, cuando se expresa y se determina, el que expone, como elemental y racional norma de convivencia, los motivos que le han impulsado a su concreta determinación. Y este mismo principio lógico, de que las manifestaciones de la voluntad, como imperativo de la racionalidad social, no sean sólo tajantes valoraciones dispositivas, debe tenerse como válido tratándose de la Administración pública (71). Asume de esta forma la motivación una triple

(68) IACCARINO, *Studi*, cit., pág. 20; STASSINOPOULOS, op. cit., pág. 198, señala por su parte, cómo la expresión de los motivos del acto deviene innegablemente el índice de su legalidad.

(69) Sobre la valoración de la forma como constituyente de los actos administrativos y su debida apreciación, nos remitimos a MARTÍNEZ USEROS, *Los requisitos de forma de los actos administrativos*, Murcia, 1950, pág. 26, cuyas consideraciones damos por reproducidas. En este sentido es taxativa nuestra jurisprudencia al considerar cómo la forma es verdadera protección y garantía de todo derecho sustantivo; por todas, la sentencia de 9 de octubre de 1954.

(70) IACCARINO, *Studi*, cit., pág. 31.

(71) A este criterio responde en su segunda parte, creemos, la propia argumentación de la Orden de la Presidencia de 10 de junio de 1913 (cit., por ROYO-VILLANOVA, *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 48, pág. 101), cuando señala que resulta «inmoral e impropcedente denegar una solicitud o denegar una propuesta sin alegar razón o justificación alguna».

funcionalidad (72), que en sus tres facetas se nos aparece como igualmente condicionante: primero, como exigencia que permite un control indirecto por la opinión pública: se dispone y se ordena, pero al mismo tiempo se razona y se justifica por qué se hace ello. Hay una verdadera necesidad moral, concreción del presupuesto lógico que recogíamos, para que al exponer los motivos del acto se alejen posibles juicios no menos inexactos que temerarios. No se nos oculta que podrá objetárenos que reclamar tales valoraciones implica basar la funcionalidad de la motivación, al menos en una de sus partes, en un principio metajurídico, sociológico. Ello, sin embargo, en nada se opone ni es obstáculo para que tal fenómeno y tales categorías sean susceptibles de una valoración jurídica; pues si el Derecho no tiene en su última esencia sino un carácter instrumental, no puede extrañarse el que se establezcan como presupuestos sustantivos de aquélla, realidades metajurídicas. No en balde la aguda observación de CARNELUTTI (73) de que todo concepto jurídico presupone en su base una serie de realidades no jurídicas. Pero es que, además, que sea ésta también, y no sólo la ulterior verificación del acto, condición que exija el establecimiento de la motivación, nos lo atestigua el propio Derecho positivo al imponer en determinados sistemas la obligación expresa de motivar actos que no son recurribles ni impugnables. Segundo, la motivación permite, por otra parte, determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento particular de la voluntad manifestada, sirviendo como indudable instrumento interpretativo del acto (74). Tercero, sirve también muy directamente, como ya se ha señalado, y a lo que en nada se oponen las precedentes consideraciones, como medio para realizar el control jurisdiccional de los propios actos administrativos.

Sin disminuir, pues, el valor de esta última posibilidad, no podemos, sin embargo, sino señalar cómo ella queda dentro del juego general que la motivación satisface, que queda claro que no se limita a facilitar el control jurisdiccional, como se demuestra no sólo por la razón que ya hemos recogido —obligación de motivar actos no impugnables jurisdiccionalmente (75)—, sino también por aquélla otra que puede deducirse del supues-

(72) IACCARINO, *Studi*, cit., pág. 31.

(73) CARNELUTTI, *Teoria*, cit., VII.

(74) Vid., directamente sobre ello con referencias generales a la llamada interpretación teleológica, el excelente trabajo de GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, pág. 321.

(75) Piénsese, por ejemplo, en todos aquellos actos discrecionales, no impugnables

to en que, establecida tal obligación, el órgano jurisdiccional fuese sustancialmente irrelevante para entrar en el control de los motivos, por conocer únicamente de derechos lesionados.

Ahora bien, ¿cuándo existe tal obligación de motivar? Quede afirmada en principio la no obligatoriedad genérica de la misma (76). Tal obligación aparece establecida, sin embargo, sólo o por imperativo de la ley, o de la propia naturaleza del acto (77), teniendo presente, además, en relación con este último aspecto, que la jurisprudencia italiana ha establecido que tal obligación se atenúa y debilita a medida que aumenta la discrecionalidad (78).

antes de la reforma jurisdiccional española de lo contencioso, a los que se les imponía la obligación de motivar.

(76) Por todos, IACCARINO, *Studi*, cit., pág. 13 y *passim*, y PRESUTTI, op. cit., página 128. En contra, TRENTIN, *L'atto amministrativo*, Roma, 1915; pág. 72; ROEHRSEN, *Note*, cit., págs. 129 y ss.

(77) Por todos, RANELLETTI, op. cit., pág. 99, y IACCARINO, *Studi*, pág. 13 y *passim*, quien además, en pág. 261, señala, como síntesis, que en el ordenamiento jurídico italiano la motivación de los actos administrativos aparece, en unos casos específicamente requerida por la ley o por la naturaleza del acto, en otros, es la misma ley o igualmente la naturaleza del acto la que prohíbe toda motivación. Junto a ellos está la gran mayoría de casos en los que ni la ley ni el carácter específico del acto, ni hacen obligatoria la obligación contextual, ni prohíben realizar cualquier clase de motivación; en otros, consienten tan sólo el que pueda hacerse o no. En relación, pues, con esta última categoría, existe la obligación, no de motivar contextual y contemporáneamente, sino de suministrar la motivación o elementos que permitan deducirla, cuando ello sea necesario. Desde otro punto de vista, es común la jurisprudencia que establece la obligación de motivar en los casos en que o viene exigida por la ley, o en que tal obligación se deriva de la propia naturaleza del acto. Reducimos a estos dos supuestos la obligación genérica de motivar, pues si parte de la doctrina, específica en largas listas los casos en que tal obligación viene establecida —por ejemplo, actos de revocación, etc.—, tal obligación en estos casos creemos viene sin duda directamente establecida por la propia naturaleza del acto. Por otra parte, no parece del todo admisible la tesis de GASPARRI, op. cit., nota 76, cuando establece una verdadera presunción de ilegitimidad en los casos de falta de motivación.

(78) Vid., BODDA, *Lezioni*, cit., pág. 167; RANELLETTI, op. cit., pág. 102, y la jurisprudencia recogida por este autor en las notas 129 y 130. También, V Sec., 20 de octubre de 1953, FA, 1954, I, 2, 87, donde el Consejo de Estado establece que no es necesaria la motivación tratándose de un procedimiento ampliamente discrecional que no está destinado a producir consecuencias desfavorables en relación con los destinatarios. Y entre otras, igualmente, IV Sec., 8 de diciembre de 1952, FA, 1953, I, 1, 171, al rechazar la Administración revocar un acto administrativo precedente, aquel acto no debe ser motivado, tratándose del ejercicio de una facultad ampliamente, discrecional de la Administración. Vid., en oposición, GASPARRI, op. cit., pág. 159, nota 3, así como las observaciones hechas a las dos decisiones anteriores, estimando que no se trata de una posición definida por parte del Consejo de Estado la que vincula

Partiendo, pues, de las consideraciones anteriores, es fácil suscribir la posición inicial de TREVES (79) cuando estima que el vicio específico y propio de la motivación no puede ser configurado como exceso de poder. La motivación, sea exigida por la ley, sea porque la propia naturaleza del acto imponga su exteriorización (80), se caracteriza siempre entre los elementos formales del acto, por lo que su falta o insuficiencia (81) es extraña al exceso de poder. Puede, sin embargo, ocurrir que este último vicio resida en la ilegitimidad de los motivos que esa motivación exterioriza, si bien ésta en su estructura no aparezca viciada, en cuanto tal extrinsecación —que es en lo que precisamente consiste su funcionalidad—, la realice fielmente al ser evidente que las razones manifestadas son las que indujeron a obrar a la Administración. Si cuando se habla de que el defecto de la motivación constituye exceso de poder se quiere decir precisamente esto, es decir, que los motivos expresados son ilegítimos, no hay inconveniente en admitirlo siempre que, por una parte, no se olvide que tal ilegitimidad reside en los motivos, y por otra, que exista fidelidad y adecuación entre motivos y motivación. La diferenciación que sostenemos, no obstante, es preciso mantenerla. En modo alguno se trata de un mero conceptualismo abstracto, sino que adquiere plena virtualidad —aparte de su repercusión en relación con los efectos según aparezca viciada la motivación o lo sean los motivos— cuando aquellos de entre estos últimos que la motivación expresa no corresponden a los que efectivamente han sido asumidos por la autoridad administrativa. Disociación entonces entre la voluntad manifestada y la realmente operante; que la interioridad cierta de los actos no

en proporción inversa la obligación de motivar con la discrecionalidad, pues en el primer caso existe la falta de consecuencias desfavorables para los destinatarios, y en el segundo se da el hecho de que se trata de una decisión confirmativa de otra anterior, por lo que puede entenderse se haga referencia a la motivación de aquélla.

(79) TREVES, *Vizio della motivazione ed eccesso di potere*, separata de «Temi Emilianii», 1935, 4. Desde esta perspectiva no parecen del todo exactas las formulaciones expresadas por el Consejo de Estado en IV Sec., 2 de mayo de 1934, decisión que, por su parte, sirve de base al comentario de TREVES. Vid., igualmente, PIACENTINI, *Il difetto di motivazione del provvedimento amministrativo, configurato come eccesso di potere*, RDT, 1943, II, 124.

(80) Por todos, TREVES, *La presunzione*, cit., pág. 38. También, muy expresamente analizando los distintos supuestos posibles. GIANNINI, *Lezioni*, cit., pág. 395.

(81) Así, el Tribunal Supremo, refiriéndose a un caso típicamente discrecional, ha estimado —sentencia de 16 de abril de 1920— que la falta de motivación exigida por la ley constituye un supuesto de violación de ésta. Vid., entre otros, en relación con la insuficiencia de la motivación, TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Leipzig und Wien, 1925, pág. 58; GIANNINI, *Lezioni*, cit., pág. 339.

siempre se revela a través de la motivación (82). Un análisis más detenido para poder deducir la valoración jurídica del acto, se precisa en este caso : de él, puede resultar la legitimidad de los verdaderos motivos de aquellos, ciertamente operantes en el obrar de la Administración pública, aunque aparezcan como ilegítimos los expresados en la motivación; y también, con más frecuencia, inversamente. Pueden ser únicamente legítimos aquellos exteriorizados, mientras realmente son ilegítimos los realmente asumidos por la autoridad administrativa y que no son declarados precisamente para que no sean conocidos. En tal caso, el juez administrativo puede alcanzar esta valoración acerca de su ilegitimidad por otros medios de prueba, tal como, por ejemplo, ocurriría en el supuesto de que siendo necesario el conocimiento de los motivos, la motivación no fuese obligatoria. Aparecen, por lo tanto, en íntima unión con estos problemas, todas aquellas normas que conceden a los tribunales la facultad de pedir a la Administración interesada ulteriores aclaraciones, o de ordenarles realizar nuevas verificaciones, o, en fin, todas aquellas que les concedan la facultad de disponer distintos medios instructorios (83); por otra parte, no queda excluida la posibilidad de que sea la propia Administración la interesada en mostrar la falta de correspondencia entre los motivos expresados y los que efectivamente le impulsaron a obrar.

De esta forma, pues, quedan plenamente diferenciados los casos de violación de ley y de desviación de poder, pudiéndose no obstante plantearse además el supuesto de que el acto aparezca viciado por ambas causas : sería el caso de una motivación exigida, no realizada en forma suficiente, y que además los motivos que manifestara fueran ilegítimos. La motivación, por lo tanto, en relación con el exceso de poder no tiene otra funcionalidad que la de ser posible vehículo para que aquél pueda ser aprehendido, en cuanto exterioriza los motivos. Sin embargo, los efectos, y precisamente en relación con los mismos hemos establecido fundamentalmente la distinción, serán distintos en uno o en otro caso. Mientras el vicio de los motivos que la motivación exterioriza —exceso de poder— da lugar a la anulabilidad del acto, el vicio específico de la motivación presenta particulares circunstancias. Si ella es facultativa, sus vicios

(82) Ampliamente, GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., págs. 280 y ss.

(83) PIACENTINI, *Il difetto*, cit., 124. Sobre la significación primordial de este problema en su relación con el de la apreciación de los hechos, damos por reproducidas las consideraciones de nuestro trabajo *La desviación de poder*, cit., págs. 173 y ss. En relación con lo que seguidamente recogemos en el texto, vid., TREVES, *Vizio*, cit., 11.

son irrelevantes para la validez formal del acto; no obstante, en este caso, a pesar de no ser obligatoria y cuando es expresada justamente, permite por aquellos motivos alegados voluntariamente, el control por exceso de poder (84). Si, por el contrario, la motivación viene prohibida, es causa de anulabilidad del acto por violación de ley; si es obligatoria, su falta implica ciertamente la invalidez del acto, aunque en el caso de que sea posible una motivación sucesiva, el realizarla, puede sanar tal situación (85).

Por último, una consideración final. Es innegable que a diario se acentúa por todas partes, doctrinal y legislativamente, la tesis de extender la obligación de motivar, incluso con las salvedades oportunas (86), hasta establecerla con carácter general. Tal criterio, hecho realidad, no hay duda que puede ser medida muy oportuna y conveniente, fundamentalmente en cuanto implica y entraña una mayor *racionalización* de la actividad administrativa. No debe buscarse en ello, sin embargo, la panacea a todos los males (87), estimando que, obligada la Administración a motivar, la conducta de ésta habrá de ser más ajustada a Derecho, más fácilmente controlable. Que así pueda ocurrir no lo negamos. Pero dar a esta función una virtualidad excesiva es en extremo ingenuo. La autoridad administrativa, sabedora además de este posible control, fácilmente puede escamotearlo. Y como ejemplo de tal posibilidad, todos los supuestos de no acomodación entre motivos reales y aquellos manifestados. De aquí, ya lo hemos señalado, que haya cobrado plena efectividad en el sistema italiano la función del Consejo de Estado en determinar directamente, por

(84) GIANNINI, *Lezioni*, cit., pág. 339, y más expresamente todavía, pág. 395.

(85) TREVES, *Vizio*, cit., 14.

(86) Vid., una síntesis de tales tendencias en GARRIDO FALLA, *Régimen*, cit., especialmente págs. 260 y ss. Por su parte, el proyecto de ley sobre la acción administrativa delimitando, por otra parte, lo que ya puede ser la situación actual, en el art. 37 señala que «exceptuados los casos en los que la ley excluya la motivación o exija la sola referencia de la causa genérica del acto, aquellos que rechacen peticiones acerca de las cuales la Administración está obligada a proveer o aquellos que de alguna manera restrinjan la esfera de la libertad y de los derechos individuales, deben ser motivados». No se recoge, por lo tanto, como expresamente se sanciona en la relación previa, la obligación general de la Administración de motivar todos los actos administrativos, en cuanto existen actos eminentemente discrecionales en los que tal obligación no es exigida ni siquiera por su misma naturaleza. Sobre la significación de tal proyecto, vid., expresamente ENTRENA CUESTA, op. cit., págs. 213 y ss.

(87) GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., págs. 320 y ss., con una ajustada valoración crítica del criterio configurador de la motivación como verdadero «instrumento infalible».

encima incluso de las apreciaciones que hayan podido ser hechas por la Administración, no sólo la realidad de los hechos, sino incluso de los propios motivos asumidos como inspiradores de la conducta de aquélla. Por ello, una vez más, la necesidad de dotar a los Tribunales de tales medios de apreciación; y que luego, claro es, ellos los usen con la debida agilidad (88).

c) *Silencio administrativo (89) y desviación de poder.*

También la teoría del silencio administrativo ha sido en Italia confrontada, más o menos directamente, con la construcción de la desviación de poder (90). Apuntando tan sólo la problemática que ella representa, indiquemos cómo tal teoría surgió (91), frente a la claridad del actual artículo 26 que parece no dejar lugar a dudas en cuanto a la posibilidad del acto impugnabile, para asegurar al particular un control sobre ese com-

(88) De nuevo nos remitimos a nuestro trabajo *La desviación*, cit., págs. 173 y ss., y *supra* nota 79.

(89) Nos referimos al problema del silencio administrativo, de entre las distintas acepciones que éste puede tener, entendiéndolo en su significado estricto, como originado en vía de recurso por la pasividad de la Administración frente a las solicitudes del particular: vid., ROYO-VILLANOVA, *El silencio positivo de la Administración y su interpretación en materia municipal*, «Revista de Estudios de la Vida Local», 48, 825 y ss.; GARRIDO FALLA, *La llamada doctrina del silencio administrativo*, RAP, págs. 97 y ss. Suscribimos ya en el texto la opinión de estos autores de cómo el silencio administrativo se explica exclusivamente en función de una jurisdicción revisora, y sólo a la vista de ésta ha podido construirse a posteriori la tesis de su valor negativo. No se olvide, por otra parte, que la elaboración del silencio recurrible surgió en el sistema italiano —sin sanción legislativa en su generalidad, que tan sólo se especificó en casos concretos—, como extensión analógica de estos últimos, con las condiciones que más adelante recogemos. Por ello, para centrar las observaciones que aquí formulamos, será preciso aclarar que nos referimos a aquellos casos en que no existan disposiciones que atribuyan un determinado valor al silencio: vid., LESSONA, *La giustizia*, cit., págs. 109 y ss.

(90) RAGNISMO, op. cit., 2077; SANDULLI, *Questioni recenti in tema di silenzio della pubblica Amministrazione*, FI, 1949, III, 126; ORLANDO, *La giustizia*, cit., págs. 930 y ss.; GAZILLI, op. cit., pág. 375; MONTAGNA, *Il silenzio della pubblica Amministrazione*, «Il Consiglio di Stato», *Studi in occasione*, cit., II, págs. 363 y ss., si bien con valoraciones distintas entre ellas. RAGNISCO, op. cit., recoge, por su parte, Sec. un., 5 de noviembre de 1903, en la que se establece cómo «la tardività nell'emettere un provvedimento può, per se medesima, costituire un eccesso di potere».

(91) Vid., la primera decisión que reconociera valor al silencio, IV Sec., 2 de marzo de 1894, cit., en MONTAGNA, op. cit., que señalaba la admisibilidad del recurso en relación con el acto negativo, al cual equivalía el silencio, y que por su parte era verdadera expresión de una voluntad negativa de la Administración pública.

portamiento administrativo que ciertamente el silencio lleva consigo. Admitida normativamente en principio, sólo la impugnación de los actos administrativos en sentido estricto, la jurisprudencia (92) estableció la posibilidad de recurrir también *el silencio*, ampliando de esta forma el ámbito objetivo del recurso y permitiendo así controlar también las verdaderas conductas materiales que aquél implicaba, sobre las que *a posteriori* se configuraría la doctrina del *atto-rifiuto*. Por otra parte, sin embargo, en cuanto a la valoración que a estos últimos demos, es necesario andar con un tanto de cautela, pues existe el innegable peligro político de construir, por vía de presunción, una voluntad pública dotada de todos los atributos propios de la específica manifestación de voluntad de la Administración (93). De ahí que, según constante jurisprudencia, se exijan para hacer posible tal valoración dos requisitos fundamentales: primero, que el silencio sea interpretado unívocamente (94) en relación con las particulares circunstancias del caso; segundo, que se trate de un acto debido, es decir, que la Administración pública estuviese obligada a realizarlo (95).

Planteado así, genéricamente, el fenómeno del silencio en su contenido negativo, ¿puede el mismo concretarse en una forma de desviación de poder en relación con el modo de hacer uso la Administración pública de su potestad administrativa? No se trata de determinar la ilegitimidad de una concreta manifestación de voluntad, en este caso establecida por el contenido negativo que se le concede al silencio, sino de referir la ilegitimidad de una conducta en cuanto a la forma en que ésta se lleva a cabo,

(92) La jurisprudencia es pacífica en este sentido: expresamente, entre otras, IV Sec., 13 de abril de 1928, FI, 1928, III, 105, que establece la posibilidad de impugnar «gli atti negativi compiuti col silenzio»; IV Sec., 31 de marzo de 1948, FI, 1948, III, 178, que entiende impugnabile el no comportamiento que aquél lleva consigo.

(93) LUCIFRERI, *Silenzio-rifiuto senza messa in mora?*, FI, 1941, III, 226 y ss.

(94) Por todos, LESSONA, *La giustizia*, cit., pág. 109. De entre las decisiones jurisprudenciales, entre otras, taxativamente, V Sec., 17 de enero de 1941, FI, 1941, III, 226; «Il silenzio serbato dall'Amministrazione sulle ripetute istanze dell'interessato... può considerarsi equivalente a rifiuto, se dal lungo tempo decorso e dal complesso del comportamento dell'Amministrazione, incompatibile con la volontà di accogliere le istanze medesime, chiara e non equivocabile, risulti la volontà dell'ente.»

(95) Así, de esta forma, queda salvaguardado el administrado, permitiéndole un ulterior recurso jurisdiccional, y garantizada a su vez la Administración de posibles exigencias improcedentes, al distinguirse plenamente el ejercicio de la simple petición, del ejercitado en un procedimiento administrativo, pues sólo frente a este último puede hablarse en principio de una verdadera obligación a proveer por parte de la Administración.

es decir, precisamente porque, siendo debida, no se realiza. ¿Podría, pues, señalarse una situación de ilegitimidad por parte de la Administración pública por el simple hecho de que estando ésta verdaderamente obligada a determinarse no lo hiciese, independientemente de la legitimidad o ilegitimidad que pueda implicar lo que con el acto negativo que el silencio entraña se establezca? En tal caso, podría distinguirse una ilegitimidad extrínseca, limitada al aspecto formal, esto es, a la no respuesta, y una legitimidad o ilegitimidad sustancial, establecida por el contenido del silencio.

No creemos, en principio, que doctrinalmente exista ningún inconveniente para esta construcción, teniendo siempre muy en cuenta que nos movemos frente a actos que la Administración ha debido emanar, y excluyendo también todos aquellos supuestos, aquí no referidos, en que la valoración del silencio viene determinada normativamente. En estos últimos casos, es obvio, resulta totalmente impropio el hablar de ilegitimidad por el no responder, pues es el propio ordenamiento el que configura tal conducta.

El silencio, por lo tanto, comporta, en los casos a que nos referimos, un uso, por parte de la Administración pública de sus funciones, no adecuado a los fines para los que le son concedidas. Sin embargo, los resultados prácticos de este planteamiento no ofrecerán en ocasiones mayor significación, pues el no actuar de la Administración pública habrá de quedar en su mayor parte subsumido en la valoración sustancial, sobre su legitimidad o no, que el significado negativo ofrezca. Perderá casi toda su posible relevancia cuando en relación con éste se reconozca al mismo como sustancialmente correcto. Agravará, por el contrario, la ilegitimidad interna en el caso que ésta existiese. No obstante ello, puede en cierto sentido fundamentar una posible independencia de la ilegitimidad formal el simple fenómeno que el silencio entraña de por sí, al originar en ciertos casos, por su solo hecho, determinados procedimientos disciplinarios, e implicar en ocasiones el gravamen del pago de las costas procesales (96).

(96) MONTAGNA, op. cit., pág. 400. En relación con el derecho positivo español, específicamente también con la posible responsabilidad que del silencio administrativo puede derivarse para la Administración, así como las reglamentaciones que en este punto establecen tanto la ley jurisdiccional de lo contencioso como la de Régimen jurídico de la Administración del Estado, T. R. de 26 de julio de 1957, GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*. II, Madrid, 1957. 361 y ss.

2. La tergiversación de los hechos.

Repetidamente nos hemos referido a la influencia francesa en la configuración del exceso de poder en el sistema italiano. Sin embargo, hemos señalado también cómo en ocasiones —al menos estableciendo el desarrollo, comparativamente, en las distintas fases de su evolución— el derecho italiano fué más allá del que por modelo tomara. Tal afirmación cuadra especialmente con esta forma de controlar la actividad administrativa, por tergiversación de los hechos. El Consejo de Estado italiano la admitió en toda su amplitud, casi inicialmente, asumiendo en su elaboración un criterio fundamentalmente vanguardista. Tal diferencia entre los sistemas francés e italiano, en última instancia, no es sino la consecuencia lógica de la diversidad normativa establecida en relación con las facultades reconocidas a los órganos jurisdiccionales en materias que afectan directamente a esta cuestión de apreciación de los hechos (97).

La tergiversación de los hechos existía ya como causa específica de impugnación de las sentencias judiciales antes de hacer su ingreso en el campo administrativo. En relación con aquéllas, había adquirido particular importancia al ser individualizada especialmente por la jurisprudencia toscana, como el vicio de *falso supuesto* (98). Pues bien, esta misma característica es la que va a tener en parte en las decisiones del Consejo de Estado, que va a anular los actos administrativos por exceso de poder mediante la figura de la tergiversación de los hechos, siempre que la Administración pública emane un acto falseando el lógico y verdadero presupuesto del mismo (99). La tergiversación será además admitida no

(97) ORLANDO, *La giustizia*, cit., pág. 813. En su redacción actual el art. 44 párrafo 1.º, de la ley vigente sobre el Consejo de Estado, señala que si una Sección, al conocer de un recurso, entiende que la instrucción del asunto está incompleta, o que los hechos afirmados en el acto o procedimiento impugnado están en contradicción con los documentos, puede exigir a la Administración interesada nuevas aclaraciones o la presentación de nuevos documentos: o bien ordenarle realizar nuevas verificaciones, autorizando a su vez a las partes a intervenir, así como también a aportar determinados documentos. En relación con el derecho positivo español, vid., la generosa configuración del art. 75, párrafo 1.º, de la ley de 27 de diciembre de 1956.

(98) FORTI, *La rinvocazione nei ricorsi amministrativi*, GI, 1908, III, 270.

(99) O, desde otra perspectiva, sustancialmente no es sino la aplicación de la ley a una hipótesis realmente diversa de aquella prevista en ella: TREVES, *La presunzione*, cit., pág. 41. Es ilegítimo el acto fundado sobre falso presupuesto de hecho: VI Sec., 27 de septiembre de 1952, Massimario, 335, 78; o que se funda sobre presupuestos en con-

sólo en el caso extremo de que el acto se funde sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resulten inexistentes o existentes (100), sino que también basta con que en su realidad tales hechos sean sustancialmente distintos a como son aprehendidos por la autoridad administrativa (101); es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no considere debidamente elementos esenciales o dé, por el contrario, excesiva importancia a elementos accesorios (102).

No cabe duda que el acto así emanado, si pudiéramos considerarlo aisladamente escindido de la realidad, aparecería en sí mismo como legítimo: a los hechos que en él se establecen corresponde un pronunciamiento como el que la Administración realiza. La ilegitimidad, sin embargo, estriba en que esos hechos no son tal y como aparecen aprehendidos presu-

traste con la verdad de los hechos, Consejo de Justicia administrativa de la Región siciliana, 7 de mayo de 1954, *Massimario*, 335, 77.

(100) Vid., la jurisprudencia originaria en tal sentido, recogida en FORTI, *La revocazione*, cit., 268. IV Sec., 6 de julio de 1955, «*Il Consigli di Stato*», 1955, 842; IV Sec., 12 de mayo de 1943, RDP, II, pág. 239. La referencia en un acto de un hecho inexistente no lo vicia si tal hecho es irrelevante y el acto mismo aparece suficientemente justificado por otras premisas en él contenidas, IV Sec., 20 de septiembre de 1950, «*Il Consiglio di Stato*», 1950, 231; el exceso de poder por tergiversación de los hechos puede establecerse solamente cuando el acto ha sido emanado sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que de modo cierto resultan inexistentes o subsistentes, o sea cuando el acto ha sido emanado sobre hechos no correspondientes a la verdad; vid., jurisprudencia en *Massimario*, 334, 63; también es común la jurisprudencia considerando ilegítimo el acto cuando uno de los presupuestos sobre los que el mismo se funde resulte inexistente, VI Sec., 25 de enero de 1956, «*Il Consiglio di Stato*», 1956, 60.

(101) Por todos, ZANOBINI, *Corso*, cit., II, pág. 147; FORTI, *Lezioni*, cit., pág. 192.

(102) BORSI, op. cit., pág. 35; LESSONÁ, *La giustizia*, cit., pág. 100. PAPPALARDO, op. cit., pág. 477, nota 1, recoge la decisión, IV Sec., 8 de agosto de 1924, en la que se establecía que «para que un acto administrativo pueda ser anulado por tergiversación de los hechos es necesario que el hecho principal sea presentado diversamente de como efectivamente existe». En este sentido, de alteración en la aprehensión de los elementos fácticos esenciales, la reiterada declaración de ilegitimidad de disposiciones de urgencia, cuando esta condición falta: IV Sec., 27 de septiembre de 1892, GI, 1892, III, 244; IV Sec., 14 de marzo de 1913, GI, 1913, III, 239, y IV Sec., 16 de diciembre de 1921, GI, 1922, III, 138; o la de aquellos actos que sancionaban el escaso rendimiento o ineptitud de los funcionarios, no siendo ciertas estas afirmaciones, IV Sec., 5 de marzo de 1920, GA, 1920, I, 51; IV Sec., 13 de enero de 1928, GI, 1928, III, 94; IV Sec., 30 de junio de 1928, GI, 1928, III, 369, y V Sec., 1 de julio de 1933, GA, 1933, GA, 1933, II, 409. Podrían incluirse aquí también las ciertamente numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que establecen la invalidez de los actos administrativos por una falsa o no completa valoración de los hechos; por todas, sentencias de 16 de diciembre de 1920 y 15 de noviembre de 1927.

puestamente en el acto, sino que realmente ofrecen una sustantividad distinta. Y esta no correspondencia es la que determina su invalidez. En vez del hecho cierto en su objetiva y real identidad, se establece otro, falsa proyección de aquél. Verificar, por lo tanto, estas circunstancias valorativas es algo que cae dentro del control jurisdiccional de legitimidad. Si se trata de una actividad reglada, la tergiversación de los hechos no adquiere como principio una independencia propia de la de la violación de la ley; su verdadera relevancia, sin embargo, se particulariza en relación con la actividad discrecional, bien entendido, además, de que no se trata de determinar la apreciación o conveniencia que de los hechos haya podido hacer la Administración pública, sino que su encuadre no rebasa la jurisdicción de legitimidad.

Hay en estos casos en que los hechos son alterados, además de un falseamiento de los presupuestos que para el ejercicio de la actividad discrecional se requieren —lo que comporta necesariamente que los fines que para los que ésta deba realizarse aparezcan alterados en cuanto a su efectiva realización—, la innegable conculcación de un principio lógico (103): se trata de la violación de un deber que incumbe a la propia Administración, impuesto no sólo por unas más o menos abstractas exigencias de justicia, sino ínsito en el fin esencial de todo su comportamiento, por cuanto innegablemente está implícito en todas las leyes; esto es, que aquéllas sean aplicadas a los hechos tal cual realmene son.

Esta forma de tergiversación de los hechos que reviste el exceso de poder tiene, por lo tanto, como una de sus notas características la divergencia objetiva entre la realidad verdadera y aquella otra *realidad no real* que la Administración toma como punto de partida. Esto es innegable; mas no puede, articulando únicamente tal característica, determinarse en su totalidad esta forma del exceso de poder. Hay un innegable matiz subjetivo que es preciso tener muy en cuenta. Sin embargo, la particularidad de ciertas decisiones jurisprudenciales en la que la expresión de esta figura se usa más o menos confusamente con otras, ha permitido a algún autor (104) establecer, casi con carácter exclusivo, como esencia propia de esta forma del exceso de poder, aquella divergencia objetiva. Por el contrario, creemos que ese elemento subjetivo (105), que no asume ni mu-

(103) FORTI, *La rivocazione*, cit., 269.

(104) PAPPALARDO, op. cit., págs. 476 y ss.

cho menos la figura del dolo, ayuda en no pocas ocasiones a establecer la diferencia entre la tergiversación de los hechos y el error de hecho, diferencia que de otra forma desaparece, acogiendo en su totalidad la opinión anterior, radicalmente objetivista. Es necesario configurar la tergiversación de los hechos matizada con una innegable intencionalidad volitiva por parte de la Administración; por eso ha podido observarse (106) que no deja de ser significativo el fenómeno de que, en razón de su mayor gravedad, el Consejo de Estado admitiese ya en origen (107) taxativamente la tergiversación de los hechos, mientras el error de hecho había de tardar en hacer su aparición. Por otra parte, el propio órgano jurisdiccional ha señalado expresamente como «il falso supposto di fatto non potrebbe formare oggetto di impugnativa, se non per travisamento dei fatti fino al risultarne manifesto il proposito dell'arbitrio», respondiendo de tal forma a la necesidad de la valoración intencional, que, por el contrario, no puede predicarse del error de hecho.

3. Error de hecho.

El error de hecho consiste en el falso conocimiento de la realidad; en el caso que nos ocupa, en el falso conocimiento de los presupuestos de hecho para que el acto pueda legítimamente emanarse. No cabe duda que el control de legitimidad puede inferir los actos viciados por error de hecho, tanto por violación de ley (108) como por exceso de poder. El primer

(105) FORTI, *La revocazione*, cit., 269; ALESSI, *Intorno*, cit., pág. 98, nota 75.

(106) ALESSI, *Intorno*, cit., *ibidem*.

(107) Por su parte, PAPPALARDO, op. cit., pág. 476, reconoce que la posición que él sustenta acoge ya la elaboración verdaderamente ampliativa del Consejo de Estado, aunque éste verdaderamente en una primera etapa adoptase la posición subjetivista defendida por ALESSI, que él, por el contrario, cree ya sobrepasada. Igualmente, sobre las posibles diferencias entre la tergiversación y el error de hecho, vid., BENEDECENTI, *L'errore come vizio dell'atto amministrativo*, Cagliari, 1935, págs. 53-63, y DI LORENZO, *L'eccesso di potere dipendente da errore essenziali di fatto*, «Rivista del pubblico impiego», 1942, II, 172.

(108) En este punto, la orientación ya sancionada por la jurisprudencia española cuyos límites, por otra parte, han permanecido también dentro de los originariamente señalados en el texto: bien entendido, sin embargo, que no se trata sólo de error en los presupuestos fácticos que por ley son exigidos —la jurisprudencia es abundantísima, vid., entre otras, las sentencias de 7 de octubre de 1944, 21 de noviembre de 1951—, sino también cuando en la aprehensión de aquéllos juegan elementos cuya determinación es más o menos discrecional; vid., por todas, sentencia de 7 de junio de 1956.

caso encuentra su desarrollo cuando se trata de una exigencia presupuestaria establecida por la ley, mientras que el exceso de poder tiende a acoger aquellos casos de error de hecho en que, obrando la Administración pública en el ejercicio mismo de su actividad discrecional, se trata de presupuestos no necesarios por ley, pero sí esenciales para la determinación de la voluntad del órgano administrativo. Así viene establecido casi generalmente por la doctrina, no faltando, sin embargo, quienes (109) hagan emigrar en su totalidad los supuestos de error de hecho del exceso de poder, para sancionarlos en su totalidad dentro de la violación de ley. La característica del error, se señala, es la falsa noticia; el exceso de poder, por el contrario, implica en todas sus formas un cierto elemento intencional, volitivo, consciente, que no se da en los supuestos de error.

No hay duda, sin embargo, que el propio Consejo de Estado, actualizando ese principio que tantas veces hemos señalado, eludiendo incluso cualquier manifestación que en relación con el problema anterior pudiera exigírsele, no ha vacilado en anular por exceso de poder actos viciados por error de hecho que de otra forma, de no encuadrarlos aquí, escaparían en su particularidad del control de legitimidad.

4. *Contradicción del acto administrativo con otro precedente.*

Los síntomas que revelan la ilegitimidad concreta del acto administrativo hemos visto pueden venir determinados también al relacionar el mismo acto con una conducta precedente de la Administración. Para evidenciarla, no basta en este caso el acto en sí; es preciso su encuadramiento dentro de la compleja conducta administrativa para poder inferir así la ilegitimidad de aquél. Sin embargo, es preciso sistematizar un tanto el análisis de esta forma del exceso de poder, dada la complejidad de figuras que en la misma aparecen.

(109) FORTI, *Lezioni*, cit., pág. 197. Nos remitimos, especialmente, a los estudios particulares sobre este punto: ZANOBINI, *Dell'errore di fatto negli atti amministrativi* en *Scritti*, cit., pág. 218; CAMMEO, *Sui caratteri dell'errore essenziale negli atti amministrativi*, separata de GI, 1923, 2 y ss. También DI LORENZO y BENEDECENTI, ops. cit., en nota 107, aunque este autor, al tratar de individualizar la figura del error de hecho, crezca una argumentación por demás abstracta y confusa.

a) *Contradicción en el juicio de la autoridad administrativa sobre un mismo hecho o sobre una misma conducta.*

Se trata de una divergencia en el juicio formulado por la Administración en relación con otro establecido con anterioridad sobre el mismo hecho o sobre la misma conducta acerca de la que ahora se determina. Un primer supuesto aparece cuando tal formulación ha sido realizada por el mismo órgano: surge de tal forma un evidente contraste en los juicios, del que puede inferirse en ocasiones una típica manifestación del exceso de poder. Así, el Consejo de Estado anuló el acuerdo municipal que disponía el cese por escaso rendimiento de un empleado, no funcionario, y al que precisamente poco tiempo antes había felicitado por su gestión, sin que existiera en tal intervalo ninguna alteración de la misma; en tal caso aparecía clara la ilegitimidad del acuerdo, salvo que la Administración pública no indicara expresamente las razones de su cambio de juicio (110).

Pero es que también, en ocasiones, tal diversidad en los juicios por parte de la autoridad administrativa ha venido establecida igualmente en relación con valoraciones que órganos distintos han podido realizar sobre los mismos hechos cuando siendo varios los que conozcan de estos últimos, si bien con finalidad distinta, lo hagan *por razones análogas*. La inadmisibilidad teórica de distintos actos administrativos, más o menos autonómicos o relacionados, ocasionados por un mismo hecho, no encuentra en principio más límite que la competencia material de los órganos que los emanan. Ahora bien, para configurar sobre tal contraste un posible caso de exceso de poder, es preciso que aquellos órganos conozcan de los hechos en función de una misma causa, pues si no, admitida una

(110) V Sec., 11 de febrero de 1955, «Il Consiglio di Stato», 1955, 144. Con anterioridad, IV Sec., 18 de julio de 1902, en RAGNISCO, op. cit., 2076, se declara ilegítimo un acto del Ministerio de la Guerra, el cual, después de haber sancionado con retroceso de grado a un coronel, lo reintegra en su grado tras la solicitud de aquél, pero al mismo tiempo lo coloca en disponibilidad, sin manifestar una verdadera y lógica razón para actos entre sí sustantivamente diversos. También se declara ilegítimo el acto que establecía el «collocamento a riposo» de un funcionario por razones de servicio, por faltar las verdaderas razones objetivas para ello, e incluso porque en el período inmediatamente anterior al acto la conducta y comportamiento del funcionario habían sido particularmente apreciadas por los mismos órganos, IV Sec., 17 de marzo de 1954, FI, rep., 1954, 1227, 453.

diversidad de puntos de vista, ésta puede conllevar actos distintos y contrastantes. En este último caso, si se quiere, habrá una falta de criterio y de coordinación administrativa, pero en modo alguno podrá hablarse de ilegitimidad. Piénsese, por ejemplo, en un contraste entre una autorización del Ministerio de Industria, otorgada en todos sus particulares para establecer una industria, y otra negativa del de Comercio, que, en un momento dado, puede denegar en régimen intervencionista la facilitación de determinadas divisas necesarias para el establecimiento de aquélla. En este caso, como decimos, no cabe hablar de ilegitimidad: hay ni más ni menos que una dualidad de puntos de vista que conlleva a soluciones distintas. Ahora bien, cuando dos órganos administrativos distintos conocen, por ejemplo, de una misma conducta en razón de una misma causa y emanan actos contradictorios, es innegable que no puede hablarse de contradicción con un acto precedente desde el momento en que no es el mismo órgano el que lo emana; sin embargo, no es menos cierto que una de las dos calificaciones que se hacen permanece viciada (111). La aplicación máxima de esta figura se particulariza especialmente frente al deber genérico de moralidad personal que sanciona escándalos y conductas irregulares de los funcionarios, y a los juicios que sobre ella la Administración emita, cuando aquél se halle ligado a ésta por una doble relación de servicio que requiera además aquella conducta moral con idéntica intensidad.

b) *Contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias análogas: violación del precedente.*

La contradicción entre dos actos administrativos podemos referirla también no a la que existe frente a un hecho o a una conducta, sino frente a dos supuestos que, si bien son distintos y diferenciados, son análogos. Esto nos conduce al problema del precedente, es decir, a la posibilidad

(111) V Sec., 14 de febrero de 1947, y el comentario a la misma de IACCARINO, *Il tema di contrasto di valutazione*, FI, 1947, III, 57, quien, partiendo del carácter administrativo de la depuración, plantea y desarrolla el problema de la posibilidad de coexistir varios juicios depuratorios en relación a la misma persona y en orden a los mismos hechos, pero emanados por órganos distintos. También referida a la contradicción, si ciertamente en supuesto distinto, IV Sec., 14 de enero de 1948, y el comentario a la misma de ARDIZZONE, *Sull'eccesso di potere per contraddittorietà di giudizio*, «Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione», 1948, III, 938 y ss.

de estimar la ilegitimidad de un acto en relación a otro distinto que, pronunciado en situación análoga, lo es de forma diversa.

No creemos deje lugar a dudas que la valoración que el precedente proporciona no tiene mayor relevancia tratándose de actividad reglada, en la que el valor que un acto anterior puede ofrecer viene directamente establecido en razón exclusiva de la posible conformidad del mismo a la ley (112). En estos casos, expresamente ha eludido el Consejo de Estado de valorar el precedente, pues constante jurisprudencia ha sostenido que la Administración debe únicamente aplicar la ley (113). La específica virtualidad del precedente aparece, por lo tanto, en aquellos actos en los que la Administración se determina de forma más o menos discrecional; no obstante, antes de considerarlos, es necesario establecer dos puntos límites, que enmarcan en su totalidad la consiguiente valoración que el precedente puede ofrecer. Primero, la no unicidad de criterios con carácter absoluto en las posibles determinaciones de la Administración pública. Segundo, la necesidad innegable, primordial, de que para desumir cualquier punto de apoyo en un acto precedente en relación con la legitimidad de otro posterior se precisa una identidad de circunstancias tanto objetivas como subjetivas (114). Es esta condición la misma que posteriormente desarrollaremos al tratar de la violación de las circulares propias, como posible manifestación del exceso de poder.

El punto central en torno al cual se estructura el valor del precedente, en la perspectiva en que aquí lo analizamos, no es sino el principio de igualdad que la Administración debe observar frente a todos los adminis-

(112) En relación con el derecho español, que ofrece no escasa materia sobre este punto, nos remitimos a la jurisprudencia recogida por BALLBÉ en sus comentarios a la *jurisprudencia contenciosa*, en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», en varias partes, especialmente, 1942, pág. 433, y por ORTIZ DÍAZ, *El precedente administrativo*, inédito todavía.

(113) IV Sec., 13 de enero de 1950, FA, 1950, I, 166; Sec. plen., 14 de enero de 1952, «Il Consiglio di Stato», 1952, 2; V Sec., 27 de septiembre de 1955, «Il Consiglio di Stato», 1955, 1085; IV Sec., 23 de marzo de 1956, «Il Consiglio di Stato», 1956, 273. Más aún, expresamente, V Sec., 9 de marzo de 1937, la situación de ilegitimidad deducida de tratamiento desigual no es admisible cuando la Administración pública no tenga en la materia en concreto facultad discrecional.

(114) Es constante la jurisprudencia; vid. IV Sec., 18 de enero de 1950, FA, 1950, I, 1, 174; VI Sec., 19 de octubre de 1953, Massimario, 332, 22; IV Sec., 4 de abril de 1954, «Il Consiglio di Stato», 1954, 511; V Sec., 17 de febrero de 1956, «Il Consiglio di Stato», 1956, 172; V Sec., 16 de mayo de 1956, «Il Consiglio di Stato», 1956, 313.

trados (115), consecuencia, por su parte, del principio de igualdad de estos últimos ante el Estado y ante la ley, y entendido, por otra parte, tal principio en su valoración jurídica, y no como simple norma de buena administración (116) o de moralidad administrativa. Ello requiere, claro es, por una parte, la legitimidad del acto primero que se toma como comparativo, pues es obvio que en caso contrario no puede en modo alguno alegarse el mismo como precedente (117), y por otra, la especificación de los casos concretos a que se alude, que es preciso invocar en su particular y no genéricamente (118).

No hay duda que, actualizada, esta forma de control ofrece máximas posibilidades, pues la Administración, frente a supuestos idénticos, no debe sino incidir, en forma también idéntica, entendiéndolo, sin embargo, que el precedente no vincula a la Administración con el rango de fuente de Derecho, sino que no viene sino a resaltar la articulación, fundamentalmente indiciaria, en razón de la ilegitimidad, de todas estas figuras que estamos recogiendo; si admitiéramos tal vinculación directa derivada del propio acto en sí mismo, tendríamos que un acto sustantivamente individualizado determinaría a la propia Administración directamente el contenido de una interminable cadena de actos administrativos, ajenos totalmente y desconocidos a su voluntad en aquel momento (119). Pues bien,

(115) Por todos, STASSINOPOULOS, op. cit., pág. 213, que parte de la articulación del límite constitucional que la igualdad ofrece. Recientemente, CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, «Rivista trimestrale di Diritto Pubblico», 1957, pág. 315, ha recogido el problema en toda su amplitud, desde la perspectiva de la imparcialidad, señalando que, de aceptar la tesis de ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, págs. 42-43 y 249-250, que configura aquélla como derecho propio y explícito, tendríamos que sería la jurisdicción ordinaria la que de la violación de tal derecho conocería. También, considerando el principio de imparcialidad como principio jurídico no escrito, recientemente, FOURRIER, *La liberté d'opinion du fonctionnaire*, París, 1957, páginas 314 y ss.

(116) STASSINOPOULOS, op. cit., págs. 214-5, a pesar de desarrollar parte de estos problemas bajo el epígrafe de «aplicaciones del principio de igualdad», a la pregunta de «si l'autorité administrative a exercé son pouvoir discrétionnaire non pas simultanément, mais successivement dans plusieurs cas, est-elle obligée de procéder toujours de la même façon?», responde positivamente señalando que es «la notion de *bonne administration* la que impose la réponse affirmative» [El subrayado es nuestro].

(117) IV Sec., 16 de marzo de 1954, FA, 1954, I, 3, 261.

(118) IV Sec., 28 de enero de 1950, FA, 1950, I, 174; IV Sec., 28 de abril de 1954, «Il Consiglio di Stato», 1954, 372; IV Sec., 13 de mayo de 1955, «Il Consiglio di Stato», 1955, 599.

(119) Así, por ejemplo, si bien propiamente desde otro ángulo, DI LORENZO, op. cit.,

la jurisprudencia italiana (120) ha matizado este punto estableciendo que la Administración pública viene obligada a una conducta consecuente, no sólo como indudable garantía para los administrados, sino en no pocos casos también como exigencia de la propia eficacia de su gestión, revisiendo tal contradicción mayor gravedad cuando aquélla es referida en relación a actos realizados simultáneamente o a personas intervinientes en una misma situación y cuya graduación comparativa en ocasiones ha llegado a establecerla no sólo en los supuestos extremos —concesión o denegatoria en relación con el precedente—, sino también como verdadera medida comparativa entre hechos que, aun diferenciados entre sí proporcionalmente, requieren un tratamiento también proporcional (121) (122).

177, establece que si un órgano administrativo ha formulado ya determinadas manifestaciones de juicio, encuentra en ellos un límite necesario para su actividad posterior, «perchè non può pretendere di potersi legittimamente discostare, e senza apposita dichiarazione della già manifestate direttive della sua volontà».

(120) La jurisprudencia española es sobre este punto escasamente generosa. Llega a calificar incluso —tratándose de específica actividad discrecional y alegada la igualdad de tratamiento a funcionarios de análoga situación a los que se había beneficiado— como de verdadera gracia en la forma y medida que estimó oportuno la Administración, a lo por ella realizado. En este punto, una interpretación un tanto avanzada del artículo 102, párrafo b de la ley de lo contencioso, puede permitir una sustitución de tal criterio, si bien en forma indirecta si se quiere, ya que expresamente no aparece sino referida al orden jurisdiccional. La norma referida señala, en relación con las sentencias de los tribunales contenciosos, que podrá utilizarse el recurso extraordinario de revisión si «hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí, respecto a los mismos litigantes u otros distintos en igual situación», acerca del propio objeto y en fuerza de idénticos fundamentos». Esa exigencia en relación con el segundo supuesto, de una referencia al propio objeto, ¿implica una unidad material, o basta, por el contrario, una simple analogía también sustantiva? Si la interpretación fuera la primera, ¿no parece ser que la ley hubiera dicho entonces, acerca del mismo objeto? Creemos que con el texto de la ley en la mano esa referencia al objeto no representa sino la concreta exigencia de la articulación objetiva semejante, que hemos visto que el precedente requiere, teniendo cabida en función de la realización jurisdiccional la aplicación de la doctrina del precedente, cuya violación permite y facilita el recurso extraordinario de revisión.

(121) GASPARRI, op. cit., pág. 168. Las mejoras y beneficios concedidos a un funcionario corresponden a los de igual grado y antigüedad, IV Sec., 30 de diciembre de 1914, GA, 1914, I, 588; en materia de Administración económica son numerosos los ejemplos: negada la autorización de venta al público a un solicitante porque eran ya bastantes los establecimientos abiertos, y por su parte ampliamente suficientes a las necesidades de la población, y más tarde otorgada la misma autorización a otro solicitante sin que las circunstancias objetivas justifiquen el cambio; vid., abundante jurisprudencia en LESSONA, *La giustizia*, cit., pág. 101, nota 4.

(122) Una aplicación del principio de igualdad en el tratamiento ha sido realizada

5. *Ilogicidad del acto administrativo.*

Cuando ya el Consejo de Estado admitiera por primera vez la desviación de poder, en aquella decisión a la que con anterioridad (123) nos hemos referido, señalaba que el acto aparecía viciado cuando fuese «lógico e irracional». Por lo tanto, lo que se intenta recoger por medio de esta forma del exceso de poder no es sino consecuencia de ese principio tantas veces reiterado que impone a la Administración una actuación lógica, congruente (124). No obstante, al tratar de sistematizar en este punto las de-

por PAPPALARDO, op. cit., pág. 462, en relación con la posible extensión de tal criterio, al campo de la eficacia de las decisiones jurisprudenciales, en relación con aquellas personas que, aun no tomando parte en el juicio, se encuentren en la misma situación de aquellas otras que alcanzaron la anulación de un determinado acto administrativo. Establecido el principio de la no eficacia *erga omnes* de las decisiones jurisdiccionales administrativas, la única tutela dada a aquellos interesados sería que la Administración, aun no estando obligada a aplicar en relación a terceros la decisión del juez administrativo, cometería exceso de poder por violación del principio que impone una igualdad de tratamiento, cuando no se acomode aquella aplicación a tales criterios de perecuación. El Consejo de Estado ha establecido —IV Sec., 6 de julio de 1954, FI, rep., 1954, 1155, 453— que la Administración no está obligada a extender la determinación establecida por el juez administrativo a quienes no han participado en el precedente juicio, aunque las situaciones que les conciernan sean afectas del mismo vicio que tenía el acto anulado; pero, sin embargo, aparecerá viciada por exceso de poder la no extensión, cuando la Administración haya aplicado los principios de la decisión jurisdiccional a las situaciones jurídicas de otras personas que han permanecido ajenas al juicio.

(123) Vid. *supra* nota 45, con las consideraciones que allí recogemos, que damos por reproducidas.

(124) Por su parte, DI LORENZO, op. cit., 177, señala «cómo no puede existir legitimidad donde no existe coherencia; y todavía más, donde no existe armonía y proporción lógica ni racionalidad». Por mi parte, sobre la significación de la lógica como determinante de la conducta administrativa, vid., *La desviación*, cit., pág. 138. En este punto la jurisprudencia española ofrece una valoración por demás expresiva, que no ha sido lo suficientemente realizada: la Administración está obligada a decidir concreta y congruentemente —31 de abril de 1920—, incluso cuando las pruebas no sean necesariamente vinculantes y se trate, a falta de ellas, de simples informes —4 de febrero de 1928—. Congruencia que, por su parte, debe armonizar todas las partes del acto administrativo; así, resulta nula una Orden cuando un apartado de la misma, «dejos de apoyar lo resuelto», faculte la presente solicitud del actor —23 de diciembre de 1946—, o un acuerdo municipal, adoptado con olvido de los preceptos recogidos en los vistos —18 de mayo de 1949—. La sentencia de 8 de mayo de 1930 señala cómo es notoria y evidente la incongruencia que existe en una R. O. que *confirma* el acuerdo de expulsión de un empleado, tomado por una Cámara de la Propiedad Urbana, *fundándose en causas distintas* de las mencionadas en dicho acuerdo. Y la de 7 de abril de 1953 establece cómo

cisiones jurisprudenciales, no podemos sino reiterar de nuevo la innegable artificiosidad que esta tarea presenta, acentuada en concreto, al delimitar de entre esos síntomas uno de otro. Nosotros nos referimos en este punto a una ilogicidad del acto autonómicamente considerado, sin relacionarlo, como posible punto de comparación para establecer tal ilogicidad, con otros de los que integran la genérica actividad administrativa. Por otra parte, además, esta forma del exceso de poder la configuramos desde una perspectiva un tanto formal, es decir, que de ella excluimos, para encuadrarlos principalmente en la injusticia manifiesta, aquellos actos ilegítimos que, si ciertamente entrañan también una incoherencia objetiva —idéntica valoración en un concurso de un título universitario y otro de estudios secundarios, por ejemplo—, se relacionan más con el contenido sustantivo del acto que con la lógica consecuencia que éste sanciona y recoge (125). Excluimos también aquellos supuestos de ilogicidad de la motivación —ya entre los distintos elementos que la integran, ya entre ella y el dispositivo— cuando ésta es exigida por la ley (126).

si el expediente de destitución del Secretario de una Diputación no revela ante su examen objetivo y razonable ninguna transgresión contraria a la honradez o integridad moral, ni muestra ningún acto que pueda originar una concepción pública menos cabada o deficiente, el acuerdo destitutorio carece de fundamento y debe quedar sin efecto. Por otra parte, la congruencia aparece recogida en ocasiones como verdadera exigencia establecida por la necesidad de aprehender al acto administrativo concreto en toda su certeza, sentencia de 27 de noviembre de 1945. Tal obligación de decidir congruentemente se le impone a la Administración, por supuesto, no sólo desde la perspectiva que recogemos, sino también desde aquella otra, si se quiere procedimental, que reclama la proporcionalidad y congruencia entre lo resuelto por la Administración y lo solicitado por el administrado: por todas, la sentencia de 7 de enero de 1918: «que si bien la Administración no está obligada a guardar en sus acuerdos las inflexibles reglas de congruencia impuestas para los juicios civiles, según esta Sala tiene ya declarado, es indudable que se halle en el deber de adoptar determinación sobre cuantas reclamaciones se le sometan, por exigencia del orden procesal..., [exigencias] que aluden a la resolución que proceda adoptar, a la preparación de ella y a la que haya de poner término al expediente viciado». Llamo la atención, volviendo a la problemática anterior, cómo buena parte de las sentencias del Tribunal Supremo aquí recogidas, así como también de las que venimos refiriéndonos, se refieren a aspectos típicamente discrecionales de la actividad administrativa.

(125) Por todos, DE VALLES, *Elementi*, cit., pág. 164; LESSONA, *La giustizia*, cit., pág. 101; ZANOBINI, *Corso*, I, pág. 314. RANELLETTI, op. cit., pág. 99, por su parte, buen número de las decisiones que aquí recogemos las estructura bajo la forma de injusticia manifiesta.

(126) La obligación de motivar impuesta por la ley exige no sólo que ésta se realice y que se haga de forma suficiente, sino también, creemos, congruentemente. Por

La ilogicidad del acto aparece, pues, como una falta de consecuencia y de nexo lógico entre las distintas partes que lo forman, siempre que no sea la ley la que determine su estructura (127), y por ende, la congruencia de la misma. Tres formas, en síntesis, podemos distinguir en esta figura (128). Primero, ilogicidad por contradicción en la propia motivación o en el propio dispositivo. Supone ciertamente que de dos afirmaciones contrarias allí contenidas, una, al menos, sea falsa (129). Segundo, no correspondencia entre la motivación y el dispositivo, aunque tampoco queda excluido, sin embargo, el que las propias expresiones usadas en aquella puedan ser equivocadas, y que, por el contrario, el dispositivo corresponda perfectamente a los hechos; o inversamente (130). Tercero, *desproporción* entre la motivación y el dispositivo, aunque macroscópicamente puedan aparecer adecuadas tales partes del acto administrativo en razón de la naturaleza del mismo; se trata no de incongruencia cualitativa

esto que en tales casos la inadecuación pueda aprehenderse más propiamente desde la perspectiva de la violación de ley.

(127) IV Sec., 29 de marzo de 1895, GI, 1895, III, 148. GASPARRI, op. cit. página 161, distingue muy agudamente la simple contradicción en los motivos con la *sobrebundancia* de los mismos, cuando no sean sustancial y ontológicamente incompatibles entre sí, aunque sí diversos.

(128) Seguimos en este punto, en líneas generales, a GASPARRI, *ibidem*; vid., en este autor, jurisprudencia, y en LESSONA, *La giustizia*, cit., pág. 101.

(129) Así, por ejemplo, si en una motivación, tratándose de una sanción disciplinaria a un empleado, se habla no sólo de negligencia, sino también de incapacidad como términos sinónimos, siendo manifiesta la diferencia que hay entre uno y otro concepto, sobre todo en relación con la posible sanción que de ellos pueda derivarse: si en el caso particular es correcto hablar de negligencia, no hay duda que cae fuera de lugar la referencia a la incapacidad; y viceversa: vid., GASPARRI, op. cit., pág. 161.

(130) IV Sec., 11 de diciembre de 1953. FA, 1954, I, 132, estimando ilegítimo el acuerdo de la Comisión municipal juzgadora de la idoneidad de un funcionario para el paso al grupo B, que después de un juicio plenamente favorable, sin ninguna reserva sobre el funcionario, declara su inidoneidad. Tal caso es distinto, como puede observarse, del que con anterioridad hemos recogido, pues en éste la contradicción se relacionaba con otro acto precedente, y no con el mismo, como es el supuesto que aquí referimos. También la disposición prefecticia que después de haber manifestado los motivos por los que un consorcio exactorial debía mantenerse inalterado, excluya en el dispositivo del acto uno de los Ayuntamientos que integraban el mismo Consorcio, quedando claro que el Prefecto había concretado con nota posterior al acto, que la exclusión no había sido realizada por omisión material, sino por propósito, IV Sec., 20 de agosto de 1897, GA, 1897, I, 390. Esta forma de ilogicidad es característica en materia de licenciamiento de funcionarios: IV Sec., 19 de agosto de 1904, GA, 1904, I, 21; VI Sed., 10 de mayo de 1954, y V Sec., 27 de agosto de 1954, las dos en Massimario, 333, 38 y 39.

—declara en los motivos su buen comportamiento y sanciona—, sino de simple proporcionalidad cuantitativa: la máxima aplicación de lo que decimos surge cuando es la propia ley la que deja a la discrecionalidad del agente la valoración sustancial de hechos y consecuencias en razón con las circunstancias concretas (131).

6. *Injusticia manifiesta.*

La flexibilidad que el carácter jurisprudencial imprime a toda construcción ha hecho que en ocasiones el Consejo de Estado, bajo el control de legitimidad, superándolo, verificase también sustancialmente el acto administrativo en razón del mérito. Y es precisamente esta forma del *exceso de poder*, la *injusticia manifiesta*, que aparece con características un tanto híbridas, en torno a la cual se articulan sustantivamente, en ocasiones, ambas jurisdicciones, la de legitimidad y la de mérito. Ello explica que buena parte de la doctrina acoja con abundantes reservas la tipificación independiente de esta forma del *exceso de poder*, pues es fácil, no hay duda, que el juicio que sobre la justicia o injusticia de un acto puede emitirse implique también en ocasiones la determinación sobre la oportunidad o inoportunidad del mismo (132).

(131) GASPARRI, op. cit., pág. 163. No puede hablarse en este caso en modo alguno de una violación de los límites del poder discrecional, ya que la autoridad administrativa obra y se mueve dentro de ellos. Este criterio, por ejemplo, sería plenamente aplicable al derecho español en el caso de correcciones disciplinarias a los funcionarios de Administración local, siendo todavía más evidente en relación con la legislación anterior. Al corresponder, por ejemplo, a la falta grave, una sanción que oscila entre la suspensión y la destitución, sería anulable la disposición municipal que recogiendo cómo los hechos, *aun constituyendo falta grave, ya tipificada normalmente*, no entrañan una máxima gravedad, aplicase después como sanción la máxima; es decir, la destitución. Este planteamiento es virtualmente válido para las correcciones, cuya graduatoria en su gravedad es manifiesta, que el Reglamento de funcionarios de 30 de marzo de 1952, art. 108, establece, en relación con la ley de Régimen local, art. 336, párrafo 2. El Tribunal Supremo, sin embargo, ha mantenido en repetidos fallos, tipificada la falta, la plena discrecionalidad de la Corporación al imponer libremente la sanción dentro de los límites legalmente recogidos; así, la sentencia de 11 de mayo de 1956.

(132) Vid., *supra*, en nota 26, cómo se suprimió del originario proyecto de la ley sobre el Consejo de Estado que expresamente lo recogía la *injusticia manifiesta*. Por su parte, LESSONA, *La giustizia*, cit., pág. 102, recoge también este problema señalando cómo la posibilidad de la *injusticia manifiesta* como forma del *exceso de poder* fué ya recogida en la moción que propugnara aquella supresión, y en la que, por su parte, se manifestaba que «la querela d'ingiustizia che non costituisca eccesso di potere o violazione di legge, è sempre querela di merito».

Ahora bien, enmarcando tales diferencias, se trata de reagrupar aquí, siguiendo la propia elaboración del Consejo de Estado, aquellos casos en que, siendo manifiesta la injusticia, aun con el peligro de invadir la propia jurisdicción de mérito, repercute aquélla directamente sobre el juicio discrecional de la autoridad administrativa, de forma que altere la propia validez del acto en concreto. Todo ello hace que la misma jurisprudencia use el término con harta cautela; en ocasiones lo refiere terminológicamente a supuestos que no entrañan sino una diversidad de tratamiento (133); otras, aun sin referirlo expresamente, controla mediante tal figura determinados supuestos que de otro modo escaparían de verificación jurisdiccional (134). El núcleo central de las decisiones que aquí se agrupan viene referido, sin embargo, tratando de evitar esta «fuga», a aquellos supuestos de aparente legalidad —no se olvide—, pero que sustantivamente abocan en situaciones injustas como exigencia, específica y concreta, de la «justicia del caso concreto». Es significativa, entre ellas, la decisión ya citada, por la que un Tribunal atribuía análoga valoración a un título universitario que a otro de estudios secundarios (135), y más todavía aquella otra que anulaba el acto administrativo de separación por escaso rendimiento de un ferroviario, cuya capacidad había sido notablemente disminuida a causa del servicio (136).

La injusticia manifiesta nos ofrece como forma del exceso de poder, y por encima incluso de su propio casuismo jurisprudencial, dos posibilidades fundamentales, que enunciarnos. Primera, la posibilidad clara de

(133) VI Sec., 24 de julio de 1953, «Il Consiglio di Stato», 1953, 705; VI Sec., 16 de marzo de 1954, FA, 1954, I, 3, 261.

(134) Es ilegítimo el acto administrativo por el que a quien en una oposición o concurso había logrado puesto anterior, en la designación discrecional de cargos, se le atribuye uno de inferior importancia, VI Sec., 20 de julio de 1953, «Il Consiglio di Stato», 1953, 719, supuesto que creemos puede también analizarse desde la perspectiva de la ilogicidad.

(135) IV Sec., 8 de abril de 1921, GA, 1921, 60. Igualmente se estima que comete exceso de poder la Comisión juzgadora de un concurso que atribuya al título de estudio indispensable para presentarse al concurso, un número de puntos superior al mínimo preliminarmente fijado por la misma Comisión como suficiente para la elegibilidad, V Sec., 30 de junio de 1928, FA, 1929, I, 2, 257. Con análoga valoración, IV Sec., 17 de marzo de 1954, FI, rep., 1954, 1227, 453.

(136) IV Sec., 5 de junio de 1925, FA, 1925, I, 1, 271. También de injusticia manifiesta, IV Sec., 3 de mayo de 1950, FA, 1950, I, 1, 320; IV Sec., 18 de marzo de 1952, «Raccolta completa della giurisprudenza del Consiglio di Stato», 1952, 362; V Sec., 7 de junio de 1952, *ibidem*, 877.

configurarla como violación de los principios generales del Derecho: principios de justicia sustantiva —piénsese en el caso del ferroviario— y de imparcialidad que, deducidos del concreto ordenamiento jurídico, deben presidir toda la actividad de la Administración (137). Segunda, la consagración más sustancial de la juridicidad, aun chocando con los postulados de un *legalismo* formal; punto este último que, por su parte, conlleva todavía numerosas consecuencias.

La injusticia manifiesta recoge además, para dentro de sí, parte de la doctrina (138), aquellos casos que la propia jurisprudencia ha calificado como *de uso intempestivo ai una facoltà altrimenti legittima*, y que en definitiva aparecen como verdadero corolario de esa exigencia de lo concreto que hacia una justicia sustantial se impone a la Administración pública. Es decir, se trata de limitaciones impuestas al interés privado, legalmente incluso si se quiere desde una perspectiva normativista, pero sin una razón suficiente exigida por el interés público; los casos más frecuentes en que tales supuestos se dan, aparecen sin duda alguna en las anulaciones de oficio. Es frecuente que, en virtud de un acto administrativo originariamente inválido, se haya consagrado a favor del particular una situación de hecho tal que merezca ser tenida en consideración, surgiendo así un verdadero contraste entre la legítima potestad de la Administración de anular el acto, por una parte, y la situación de hecho a favor del tercero, por otra. El juez que conozca de la disposición administrativa anulatoria debe valorar ciertamente con extremo cuidado si aquélla responde a un concreto interés público, analizando así especiales circunstancias en aquel caso particular que, por razón del tiempo o de la materia, harían improcedente el ejercicio del poder de anulación. En definitiva, no es sino reclamar la exigencia de un interés público, cierto y determinado, que debe unirse a la simple ilegitimidad, formalmente establecida, para que la Administración pública pueda ejercitar de oficio la anulación de aquellos

(137) RANELLETTI, op. cit., pág. 104, si bien este autor agrupa los casos de injusticia manifiesta, fundamentalmente, como supuestos de violación de ley.

(138) PAPPALARDO, op. cit., págs. 453 y ss. Así, por ejemplo, en relación con lo que decimos, anulado de oficio el nombramiento de un Secretario municipal, que había sido hecho no obstante la existencia de una condena anterior, el Consejo de Estado estimó que tal anulamiento efectuado por la autoridad municipal no aparecía sugerido por un concreto interés público en cuanto el Secretario había servido durante varios años a la Administración con óptima conducta.

actos que se estiman ilegítimos (139). Mediante ésta, es innegable que se reintegra el ordenamiento jurídico a su virtualidad, pero esto exige —y de ello no puede prescindir en cuanto a su operatividad y eficiencia, pues precisamente en ello radica— el juego y existencia de determinados intereses sustantivamente configurados (140) y entendidos, por otra parte, como situaciones jurídicamente tutelables: «el derecho, se ha señalado recientemente (141), no es un detective que corre tras los actos viciados y apenas los descubre les aplica el mecanismo propio de la nulidad y de la anulabilidad; por el contrario, el derecho jamás acciona directamente para sancionar tales actos viciados. Sólo se mueve para tutelar aquellos intereses que son merecedores de consideración. Y si considera y analiza la actividad administrativa, es sólo por llegar en tal modo a la tutela de intereses contrastantes con los actos mismos o con sus consecuencias.... La invalidez de un acto no constituye por sí, necesariamente, un problema jurídico; porque todas las veces que no exista ningún interés a eliminar el acto o a modificar las situaciones por él producidas, la invalidez permanece jurídicamente irrelevante. En tales hipótesis, abstraerse en la nulidad o anulabilidad del acto, es mera ejercitación lógica que no interesa desde el punto de vista propiamente jurídico» (142).

(139) Esta posición ha sido sancionada por doctrina y jurisprudencia. En contra, BODDA, *Osservazioni sulla potestà amministrativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi illegittimi*, en *Studi in onore di Cammeo*, I, cit., pág. 96. Desde otro punto de vista, GUICCIARDI, op. cit., pág. 89, aplica estas consideraciones al caso en que la Administración se percate de la invalidez de un acto a una distancia considerable de tiempo de la emanación de aquél, en cuyo caso deberá hacer una comparación valorativa entre el daño que deriva al interés público por la originaria invalidez del acto y aquel que al mismo interés público puede derivar del cambio de una situación ya de tiempo consolidada, pudiendo renunciar, por lo tanto, eventualmente a la actuación del autocontrol represivo.

(140) Con tal valoración, como la que aquí aducimos, y no puramente formal, ha sido recogido este problema ya entre nosotros por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, cit., 52.

(141) CAPPACIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova, 1956, página 110, posición más de valorar dada la significación judicialista del autor. En relación con el desarrollo que de los criterios establece, hace derivar al problema de la nulidad y anulabilidad, formulamos ya una valoración un tanto crítica de los mismos, en la recensión de la obra, en esta REVISTA, núm. 30, pág. 303, y recientemente, también en recensión, OTTAVIANO, «Rivista trimestrale di Diritto Pubblico», 1957, páginas 447 y ss.

(142) La posición de CAPPACIOLI, *ibidem*, responde innegablemente a una apreciación desde una perspectiva teleológica del fenómeno administrativo, enmarcándolo, por su parte, primordialmente como un juego de intereses. Es, sin duda alguna, la po-

7. *Contradicción con los criterios a seguir, previa y expresamente determinados* (143).

a) *Violación de circulares.*

No hay duda que las circulares administrativas enunciadas así, sin más concreción, constituyen un *genus* complejo que exige inicialmente determinar su contenido. Baste sin embargo señalar, como principio, que bajo tal forma se agrupan no sólo circulares propiamente tales —instrucciones de servicio, órdenes internas—, sino también verdaderas normas jurídicas establecidas por la Administración en el ejercicio de sus facultades normativas (144). La violación de estas últimas deberá ser encuadrada, por lo

sición metodológica que en el momento presente ofrece quizá máximas posibilidades para el Derecho administrativo: vid., en parté, una referencia expositiva de la misma en GONZÁLEZ PÉREZ, *El método en el Derecho administrativo*, RAP, núm. 22, páginas 67 y ss.

(143) En contra a la particularización de esta forma del exceso de poder, por todos, CASSETTA, op. cit., pág. 314. El problema, en sus orígenes, fué inicialmente planteado por CAMMEO en *Valore regolamentare di atti o istruzioni ministeriali*, GI, 1900, III, 273; *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, GI, 1912, III, 107; *A proposito di circolari e istruzioni*, GI, 1920, III, 1.

(144) La distinción que recogemos dentro de las circulares es normalmente admitida; sin embargo, AMORTH, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, «Rivista italiana di Diritto Finanziario», 1941, II, 137, señala agudamente, aunque supervalorando quizá el aspecto formal de las mismas, cómo las circulares sólo pueden vincular con la obligación derivada de la subordinación jerárquica, por lo que, aunque aquellas contengan normas jurídicas, no pueden las mismas virtualizar principios distintos de los derivados de la forma jurídica en que ellas son contenidas. Esta misma construcción bipartita dentro de las circulares viene recogida igualmente en el derecho francés, donde la jurisprudencia ha establecido las correspondientes distinciones, señalando cómo las *circulares reglamentarias* no constituyen determinaciones orgánicas de orden interior, y su violación entraña una verdadera ilegalidad, aun en relación con los administrados. Ello a su vez plantea el problema de que no pueden ser dictadas más que en la medida y en la materia en que el órgano que las emanó detente la potestad reglamentaria; vid., DE LAUBADÈRE, op. cit., págs. 170 y ss. Construcción análoga cabría sin duda hacer en el Derecho español, en el que, por ejemplo, toda la actividad intervencionista en materia industrial y de abastecimientos se ha desarrollado en buena parte por medio de circulares. El posible carácter normativo de las circulares dentro de nuestro derecho positivo, ha sido implícitamente sancionado, por la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, art. 27 del texto refundido de 26 de julio de 1957. Estas y las siguientes consideraciones que aquí tan sólo sintetizo las desarrollo en mi trabajo, todavía inédito, sobre *Las circulares administrativas*. PÉREZ HERNÁNDEZ, *El recurso de agravios*, Pamplona, 1954, pág. 103, recoge cómo mientras no se publiquen las circulares y órdenes comunicadas no tienen otro valor que el de instrucciones internas; ahora bien, aun en este caso en que obligan a los

tanto, dada su especificidad, dentro de la violación de ley; a ellas, sin duda alguna, se refiere la jurisprudencia cuando expresamente señala que «las circulares son fuente de derecho» (145), y cuya violación habrá de quedar, por lo tanto, excluida de nuestro estudio. Nosotros nos referimos únicamente a la violación de aquellas circulares propias que no constituyen fuentes de derecho (146) y que, por lo tanto, no pueden integrarse dentro de la violación de ley, ni siquiera en el más amplio sentido con que a ésta pudiéramos configurarla (147). Es decir, se trata de aquellas circulares establecidas por los órganos superiores y que señalan la conducta a desarrollar por los inferiores, con un criterio de generalidad y cuya eficacia, derivada de su innegable naturaleza jurídica (148), se concreta esencialmente en el ámbito de la propia organización administrativa. Ellas mantienen, pues, su normatividad, no en el ordenamiento jurídico general (149), sino en aquel otro, más reducido, derivado del *status* orgá-

funcionarios del servicio y no a los administrados, por lo mismo que aquéllos están obligados a cumplirlas, su infracción puede servir de fundamento a un recurso de agravios. En este punto, referido al derecho español, en el que son escasos los pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta materia, la sentencia de 9 de junio de 1956 establece los sujetos vinculados a la interpretación recogida en una circular de una Dirección General, que, por otra parte, no es texto suficiente para interpretar un decreto-ley, como no sea para el propio órgano que la dictó. Sobre la funcionalidad interpretativa de las circulares, en cuyo caso parece que no puedan configurarse como actos internos, vid., por todos, GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pág. 100, y la bibliografía citada por este autor.

(145) Cas. I Sec., 28 de julio de 1942. FI, Massimario, 1942, 525; Cas. I Sec., 14 de enero de 1943, FI, 1943, I, 675. Por su parte, DE LAUBADÈRE, op. cit., pág. 171, recoge jurisprudencia francesa en relación con las circulares reglamentarias, en la que la violación de éstas se homologa a la violación de ley.

(146) Es muy copiosa la jurisprudencia que niega el valor de fuente de derecho a las circulares propias. Entre otras, Cas. I Sec., 24 de enero de 1938; Cas. I Sec., 24 de marzo de 1941; Cas. I Sec., 27 de enero de 1941, todas ellas en FI, Massimario, 1938, 42, y 1941, 54 y 186.

(147) En contra FRACOLA, *Gli atti*, cit., pág. 122, quien defiende que la violación de ley comprende no sólo el quebrantamiento de normas internas, sino asimismo de normas no jurídicas.

(148) El problema de la juridicidad de las circulares creemos no ofrece ninguna duda partiendo de la perspectiva señalada por Santi ROMANO, *L'ordinamento*, cit., página 88, como consecuencia de su concepción orgánico-institucional del derecho y no relacionista. Afirmando expresamente tal carácter, por todos, BODDA, *Lezioni*, cit., página 42.

(149) Esta es la razón por la que CASSETTA, op. cit., pág. 314, niega valoración jurídica propia a la violación de circulares por tratarse de normas extrañas al ordenamiento jurídico general.

nico del Estado. En él, internamente, consagran su eficacia fundamentada primordialmente en un deber jerárquico de obediencia (150).

La violación de una circular significa, por lo tanto, una situación de ilegitimidad por parte del inferior (151) en razón a la conducta que le había sido señalada y que hubiera debido observar, y frente a la cual el órgano superior podrá adoptar las correspondientes medidas disciplinarias. Los efectos directos de esta violación permanecerán en el ordenamiento interno de la Administración, siendo *per se irrelevantes* en cuanto a su posible eficacia, en relación con los administrados. No obstante ello, la doctrina, cuyas posiciones admitiera casi en su totalidad la jurisprudencia en su constante tendencia a establecer el máximo control de la Administración pública, ha estructurado la violación de circulares como un supuesto del exceso de poder, si bien *no con carácter absoluto*. Para ello ha partido del estudio de la significación que las circulares tienen en el ordenamiento administrativo: mediante ellas la Administración autolimita innegablemente su potestad discrecional al mismo tiempo que integra parte del contenido de la misma. Ello significa, indiscutiblemente, la realización de una posibilidad electiva de valoración que conlleva una específica determinación dentro de los límites teleológicos que a la actividad administrativa discrecional se le ofrecen. Por las circulares, pues, la Administración particulariza, entre las posibilidades que tiene, aquella que considera la más eficaz y lógica en razón del interés público, presuponiendo siempre, claro es, la adecuación de las mismas al ordenamiento general, pues en caso contrario vendría establecida su invalidez por esta disociación que pudiera presentar. No hay duda que las autolimitaciones im-

(150) Marginamos, por el momento, la interesante problemática que puede generar la posibilidad de que estas circulares internas se establezcan cuando entre el órgano del que dimana la circular y aquel al que es dirigida exista, sí, un vínculo de *supremacía*, pero de naturaleza distinta del jerárquico, por ejemplo, de simple control o de tutela.

(151) Nos referimos, tratando del caso de violación de circulares, al supuesto en que la violación sea realizada por el órgano inferior al que emana aquella. Situación distinta se ofrece cuando la violación es realizada por el mismo órgano que anteriormente la emanara: GASPARRI, op. cit., pág. 69. ¿Cabría entender, aun vigente la circular, que esta nueva y particular determinación de la voluntad del órgano administrativo, para un supuesto determinado, representa una nueva y distinta especificación del interés público y de la forma de realizarlo? Creemos, siguiendo a GASPARRI, que, aun en este caso —en el acto que se alejase de un criterio establecido con carácter general—, si esta separación no resulta suficientemente motivada, es al menos *presumible* la existencia de un vicio, en el uso específico de la discrecionalidad.

puestas por las circulares no entrañan un criterio rígido, carente por otra parte de elasticidad suficiente para su desarrollo ante nuevas exigencias y posibilidades que a la Administración puedan presentársele, e incluso ante nuevos criterios que como preferibles pueda adoptar más tarde. Es por esto que el análisis que realizamos exige presuponer necesariamente la invariabilidad de las circunstancias, tanto objetivas como subjetivas, que condicionan y determinan la actividad administrativa (152). Partiendo, pues, desde tal punto de vista, no hay duda que entraña un contraste con tal valoración previa la conducta del funcionario inferior que emana un acto violando una circular, y con ello alterando el criterio en ésta recogido. No se trata, insistimos, de una valoración directamente jurídica en cuanto a su referencia fuera de la órbita de la organización administrativa, sino fundamentalmente fáctica. De tal violación se deriva no un *quid iuris*, que permanece exclusivamente en la esfera orgánica, sino un *quid facti*, que determina indirectamente una situación de ilegitimidad; ya que las circulares, en cierto sentido, entrañan una interpretación obligatoria del interés público (153), pues si no puede ciertamente negarse a la Administración —y así lo ha reconocido el propio Consejo de Estado (154)— la facultad de abrogar las disposiciones de una circular y estar

(152) Entre otras: no comete exceso de poder la Administración pública cuando en el ejercicio de sus propias facultades discrecionales, apareciendo cambiadas las circunstancias de hecho y de derecho que habían determinado años atrás la emanación de una circular, imparte... *provvedimenti* regulando diversamente la materia, IV Sec., 24 de marzo de 1954, FA, rep., 1954, 359, 3. Se exige, por lo tanto, para deducir la virtualidad de estas violaciones que los supuestos de hecho, así como las circunstancias condicionantes, se mantengan inalteradas.

(153) ROEHRSEN, *L'annullamento di atti di istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza contrastanti con istruzioni governative*, «Rivista dell'assistenza», 1949, I, pág. 14, de la separata. En relación con lo que recogemos en el texto, vid., también los distintos trabajos de CAMMEO, *cit.*, nota 143.

(154) IV Sec., 19 de diciembre de 1922, GI, 1923, III, 98. En este sentido, la jurisprudencia es abundantísima: IV Sec., 20 de enero de 1933, FI, 1933, III, 288; IV Sec., 16 de marzo de 1937, FI, 1937, III, 213, donde se señala cómo la propia jurisprudencia contenciosa del Consejo de Estado ha afirmado constantemente el principio de que las instrucciones contenidas en las circulares del Jefe del Gobierno no pueden ser consideradas como un reglamento formal, a pesar de la autoridad que las emana y de la finalidad a que tienden, aunque sí deben estimarse como disposiciones reguladoras de una facultad discrecional atribuida a la Administración, de las que ésta no puede prescindir generalmente sin incurrir en exceso de poder y con la consiguiente nulidad de los actos, que permanecen viciados; V Sec., 12 de marzo de 1948, FA, 1948, I, 2, 227; IV Sec., 20 de enero de 1933, FI, 1933, III, 288, donde se

de nuevo frente al ejercicio puro y simple del poder discrecional, hay que reconocer que mientras la circular permanece en vigor no puede la Administración pública sin contradicción y sin incurrir en arbitrariedad obrar con criterios distintos de los establecidos en la circular, mientras ésta sigue vigente, vale decir, mientras se mantienen los principios establecidos en ella como los correspondientes a las exigencias del servicio en el caso concreto.

Aparece así un criterio flexible, ya que no de otra forma puede articularse, para determinar el exceso de poder. Criterio que por su parte viene aceptado por la casi totalidad de la doctrina, al encuadrar la violación de las circulares entre las formas en que aquel vicio de los actos administrativos se manifiesta. Y es interesante señalar cómo, por otra parte, esta construcción se ha admitido desde cualquiera que sea la significación que se dé a la esencia y naturaleza del exceso de poder (155), aunque no hubieron de faltar oposiciones iniciales (156), reiteradas también recientemente

recoge que la violación de una circular denuncia en el comportamiento de la autoridad administrativa una clara contradicción entre la voluntad precedentemente manifestada en vía general con la propia circular, y aquella otra manifestada en el acto en concreto.

(155) Puede considerarse como consagrado el criterio formulado por CAMMEO. Queremos reiterar precisamente cómo la violación de circulares viene estimada como forma de exceso de poder, indistintamente cualquiera que sea la fundamentación que a la naturaleza de este vicio del acto administrativo se dé: entre otros, RANELLETTI, op. cit., pág. 99; GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pág. 311; AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milán, 1939, pág. 111; ALESSI, *Intorno*, cit., pág. 100; *Sistema*, cit., pág. 131; LESSONA, *La giustizia*, cit., pág. 103; DE VALLES, *Elementi*, cit., pág. 165. Independientemente de ello, el que la violación de circulares concierna en ocasiones al mérito, AMORTH, *Il merito*, cit., pág. 110.

(156) ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, RDP, 1915, II, pág. 350, aceptando la tesis que JEZE, *Nature et régime juridique des instructions et ordres de service*, R. Droit P., 1906, pág. 249, había de exponer en una de sus notas jurisprudenciales, sostuvo que la Administración no venía a determinar, ni tampoco podía hacerlo, por medio de un acto interno la especificación del interés público en relación con su posible eficacia externa, ya que precisamente ha sido la propia Administración la que, usando la forma de circular, ha querido evitar toda repercusión exterior. La circular, en relación con sus efectos fuera de la organización del Estado, no puede ser un elemento jurídico, sino simplemente de hecho. Sin embargo, esta tesis, opuesta por ZANOBINI a la de CAMMEO, no entraña ciertamente una exacta valoración de lo que este autor ha sostenido, *La violazione*, cit., 111, pues él mismo había ya considerado la posible ilegitimidad de la violación de circulares en razón de la entidad fáctica de la conducta administrativa, *indiciaria* como tal de una posible situación de ilegitimidad, como, por otra parte, el mismo ZANOBINI, líneas más adelante, señala al recoger cómo tal violación ofrece un claro indicio de ilegitimidad. Más tarde, plenamente, ZANOBINI, *Corso*, cit., I, pág. 318, expresamente señalará que la inobservancia de las circulares,

te (157), para que la violación de circulares se incluyera entre las formas del exceso de poder.

La flexibilidad de este criterio en razón de la ilegitimidad del acto administrativo que violase una circular, establece que la presunción que entraña, podrá cancelarse siempre que del contenido del acto o de otros elementos de prueba, se deduzca que en el caso concreto para la actuación efectiva del interés público era necesario separarse de los principios recogidos en la circular violada. Ahora bien, al no tratarse, como venimos repitiendo, de un vicio absoluto y admitirse, por lo tanto, la alternatividad que acabamos de exponer, que legitimaría el acto aun violando la circular, esta construcción debe ser acogida con extraordinaria cautela, muy especialmente por razón del problema de la carga de la prueba y sus posibles interferencias con la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Admitido el exceso de poder como posible vicio del acto que violase una circular, ¿tendría en tal caso que recaer la carga de la prueba sobre la Administración para que fuese ella la que demostrase el cambio de las circunstancias o de criterios a seguir? ¿Cómo habría de compaginarse esta construcción con el principio recogido por la jurisprudencia (158) de que debe ser el particular quien alegue y pruebe el exceso de poder? ¿Cómo va a poder éste valorar, desde su perspectiva, las circunstancias presupuestarias, y su posible variación, necesarias para establecer la ilegitimidad, en relación con la conducta a seguir por la Administración pública?

Análogo planteamiento al que referido a las circulares hemos señala-

«que determinan entre los posibles medios para la actuación de un determinado fin aquel que se estima más adecuado y más útil para el interés público», constituye un vicio de ilegitimidad encuadrable en la amplia figura del exceso de poder.

(157) CASSETA, op. cit., pág. 314, y la bibliografía por este autor citada.

(158) El exceso de poder del acto administrativo debe ser demostrado por el recurrente, VI Sec., 27 de octubre de 1952, Massimario, 353, 40; el vicio de exceso de poder de un acto administrativo no puede ser demostrado indirectamente por absurdo, sino que debe ser aducido, V Sec., 22 de abril de 1953, Massimario, 333, 42; no vale para anular la presunción de legitimidad de un acto administrativo, la simple enunciación de un vicio de exceso de poder, cuando el recurrente no ofrezca al menos un concreto argumento de prueba, VI Sec., 19 de octubre de 1953, Massimario, 333, 43; quien afirma que un acto que está viciado por exceso de poder debe al menos aportar un principio de prueba, por lo que, frente a la simple afirmación del recurrente, el Consejo de Estado no debe disponer procedimientos instructorios, sino rechazar el recurso como infundado, VI Sec., 17 de noviembre de 1953, Massimario, 333, 44.

do, podría establecerse también, en función de sus efectos para los administrados, en el caso de incumplimiento de las *instrucciones de servicio* emanadas para un supuesto concreto.

b) *Quebrantamiento de los criterios previamente fijados en concursos y oposiciones.*

Fundamentación semejante ofrece, que faculta el encuadramiento dentro de este mismo grupo, la consideración, como figuras del exceso de poder, de aquellos casos en los que, habiéndose fijado por los Tribunales de las distintas clases de concursos u oposiciones, en vía preliminar a la realización de las mismas, los criterios a seguir, autolimitando de tal forma la potestad discrecional, fuesen éstos violados. No se trata de la violación de las bases del concurso; ello significaría violación de ley. Sino simplemente del quebrantamiento de los criterios a seguir fijados por el propio Tribunal en vía previa. En este caso, la determinación de la conducta a realizar, por la que se valora el interés público, viene señalada no por la autoridad superior, como en el caso de las circulares, sino por el mismo órgano al que compete la realización del acto en concreto, esto es, el fallo del concurso o de la oposición (159).

c) *Violación de la praxis administrativa.*

Y por iguales razones —quebrantamiento de la forma previamente determinada, aun de modo tácito, para la más efectiva realización del interés público— se considera en ocasiones como una forma del exceso de poder la violación de la praxis administrativa (160). Esta no representa tampoco una norma jurídica. No lleva *per se*, por lo tanto, una obligación jurídica de continuar en el futuro el comportamiento por ella sancionado, pues si esto admitiéramos habríamos trasmontado la pura praxis en ver-

(159) ALESSI, *Intorno*, cit., pág. 101; vid., jurisprudencia en PAPPALARDO, op. cit., pág. 465, nota 2, y también, entre otras, IV Sec., 22 de octubre de 1954, FA, 1955, I, 1, 81.

(160) Desarrolla este punto, fundamentalmente, LEFEBVRE D'OVIDIO, *L'inosservanza della prassi amministrativa come vizio di eccesso di potere*, FA, 1936, I, 1, 102, comentando la decisión de VI Sec., 5 de febrero de 1936. Vid., también IV Sec., 27 de julio de 1948, FA, 1948, I, 1, 891.

dadera y propia costumbre (161). Ella representa únicamente una forma de obrar, establecida por la actuación consecuentemente seguida por los órganos de un determinado ramo de la Administración pública (162). La praxis, pues, en cuanto sancionada en su obrar por la conducta de una autoridad administrativa, entraña una aceptación implícita de que la ya consecuente actividad realizada de acuerdo con ella responde al interés público; aceptación que, en cierto sentido, es también sancionada por la autoridad superior que aprueba tal conducta. Al obrar en forma contraria, y no siendo la praxis fuente normativa y no imponer, por lo tanto, obligaciones ni atribuir por otra parte derechos, no puede el administrado pretender una conducta por parte de la Administración pública conforme a la misma; su violación en modo alguno puede significar un quebrantamiento de ley. Sin embargo, del valor implícito que ella representa al especificar la forma de la realización del interés público, puede deducirse una posible situación de ilegitimidad cuando la Administración obrase en contra de la misma, por no responder la particular actividad administrativa, así desarrollada, al interés público que se estima especificado por ese comportamiento tácito, quedando también a salvo, claro es, la facultad de separarse de la praxis normalmente seguida, siempre que para ello hubiera motivos justos. Sin embargo, si el criterio de las circulares pudiera ser revelador, en el caso de su violación, de una supuesta situación de ilegitimidad, este principio, en su carácter indiciario, quizá no pueda servir para establecer una articulación del todo análoga en relación con la praxis. Vemos, en primer lugar, que tal construcción (163) desorbita quizá en exceso la valoración que de una conducta tácita puede inferirse; además, no hay duda que la praxis, en su propia sustantividad, se funcionaliza mayormente sin un contenido estrictamente jurídico, en su más puro significado, y de cuya violación pudiera deducirse al menos un indicio de ilegitimidad, sino más bien como regla o principio de buena administración (164).

(161) PERGOLESSI, *Sistema delle fonti normative*. Bologna, 1949, pág. 132. BODDA, *Lezioni*, cit., pág. 42, señala cómo precisamente la importancia de la praxis radicaría en ocasiones en generar costumbres interpretativas o usos internos.

(162) MIELE, *Principi*, cit., pág. 213.

(163) Nos referimos especialmente a la de LEFEBVRE D'OVIDIO, op. cit., 103; y a la proporcionalidad que él establece según la cual la praxis es a la costumbre lo que las circulares a los Reglamentos.

(164) Por todos; AMORTH, *Il merito*, cit., págs. 44 y ss., donde nos ofrece un ajus-

IV.—CONSTRUCCIÓN UNITARIA DEL EXCESO DE PODER.

1. *El exceso de poder como vicio de la causa del acto administrativo. Valoración teleológica de esta última.*

Los intentos de determinar la línea unitaria a la que la realidad que el exceso de poder representa responde; revelan ya de por sí suficientemente no sólo la posibilidad, sino más aún la conveniencia, e incluso la realidad a que tal intento estructurador, por encima de la simple casuística jurisprudencial, responde. Se trata de determinar, en primer lugar, si existe algún principio, referible y ordenador a su vez, de toda esa multiformidad jurisprudencial que el Consejo de Estado ha agrupado dentro del exceso de poder; y hecho esto, como exigencia inmediatamente siguiente, la de establecer cuál sea precisamente tal criterio articulador.

No creemos sea necesario insistir más sobre la relatividad a la que al iniciar la estructuración sistemática de la jurisprudencia nos hemos referido; relatividad imprescindible siempre, por otra parte, para que tal tarea pueda valorarse. Más aún; reiteradamente hemos expuesto cómo las formas que del exceso de poder hemos determinado no son en esencia sino síntomas del mismo; es decir, indicios que facultan su constatación como específica figura de ilegitimidad. Sin embargo, de aquellas facetas que desde tal perspectiva hemos recogido, la primera ofrece innegablemente una sustantividad propia que en cierto sentido se proyecta sobre las demás. Esto es, la desviación de poder con la apreciación teleológica del acto administrativo que comporta, entendida en su máxima amplitud, ofrece, por una parte, una valoración sustantiva propia y directa dentro del exceso de poder; por otra, las restantes figuras que en éste aparecen, en última instancia, no hacen sino evidenciar, de una u otra forma, un comportamiento de la Administración en el que ésta conculca el principio teleológico que como verdadera exigencia positiva se le impone a toda su actividad. En resumen: en unos casos inferido directamente, en otros indirectamente, lo que realmente constituye en su totalidad el exceso de poder no es sino un apartamiento de la Administración en su obrar, de los distintos fines que en concreto le son impuestos (165).

tado concepto de la praxis, que articula fundamentalmente como principio de buena administración.

(165) Así, TREVES, *La presunzione*, cit., pág. 40 y *passim*; vid., *supra*, nota 62.

Ahora bien, asumida la tarea determinadora de establecer cualitativamente ya, y desde una perspectiva unitaria, a qué responde en última esencia el exceso de poder, nos encontramos con que la doctrina, no escasa ciertamente sobre este punto, asume como criterio general (166) para establecer tal determinación, tanto la referencia al fin del acto (167) como a los motivos del agente que lo emanó (168), como a la voluntad de este último (169), como, finalmente, a la causa del propio acto administrativo (170). Referencia que, en definitiva, no viene sino a concretar la localización que dentro de la estructura de los elementos del acto administrativo hagamos de la valoración teleológica del mismo, y que de por sí se engarza por su parte con el problema precedente y más amplio (171) de si tal valoración teleológica ofrece o no un determinado significado jurídico.

Creemos que la valoración teleológica del acto administrativo opera a través de la determinación causal del mismo, en cuanto precisamente es

(166) Formulación distinta ofrecen, sin embargo, entre otros, ALESSI, *Intorno*, cit., pág. 52 y *passim*, y SISTEMA, cit., págs. 301 y ss., y ROVELLI, op. cit., págs. 459-65.

(167) Es, en líneas generales, la articulación que la dogmática francesa ofrece. También GARRIDO FALLA, *Régimen*, cit., págs. 251 y ss., con referencias bibliográficas que damos por reproducidas.

(168) ARDIZONE, *Brevi considerazioni sulla causa degli atti amministrativi*, «Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione», 1948, III, 941; GIANNINI, *Lezioni*, cit., págs. 390 y ss.

(169) Sobre este punto, vid., referida la configuración que de la causa hacen RANELLETTI, op. cit., pág. 76, y ZANOBINI, *Corso*, cit., III, pág. 142. Expresamente, PAPPALARDO, op. cit., págs. 432 y ss., que considera en el exceso de poder dos grupos claramente diferenciados: el que responde a los vicios de la causa, y el que lo hace a los de la voluntad. También, relacionando el exceso de poder con la manifestación volitiva del agente, SANDULLI, *Manuale*, cit., págs. 216 y ss.

(170) Por todos, CAMMEO, *La violazione*, cit., 107; BORSI, op. cit., pág. 33; SALEMI, op. cit., pág. 149; RESTA, *La natura*, cit., pág. 144; BODDA, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933, página 59.

(171) GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pág. 240, señala cómo la posibilidad de acoger en el campo del derecho determinadas valoraciones teleológicas constituye el más grave problema metodológico que en el momento actual tiene planteada la ciencia jurídica, resolviéndose por una solución positiva acerca de tales valoraciones. En análogo sentido, aunque con variada significación, vid., por todos, además de la configuración tradicional de IHERING y de toda la posición metodológica de la jurisprudencia de intereses, expresamente, GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, 1919, II, pág. 51; JOSSEMAND, *Essais de téléologie juridique*, París, 1927, y BOBBIO, *Scienza e tecnica*, Torino, 1934, pág. 29. Negando toda valoración teleológica del derecho, en toda su amplitud, especialmente, KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1952. Una magnífica síntesis de esta posición, en BOBBIO, *La teoria pura del diritto e suoi critici*, reterogido en *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, 75 y ss.

aquella la que establece la razón de ser, la verdadera causa —origen generador— del acto en concreto; bien entendido, por otra parte, que para establecer en principio tal valoración es irrelevante y en nada se opone el que consideremos a la causa como elemento autonómico e independiente del acto, dentro de los que lo integran, o bien como algo a lo que el consentimiento tiende, es decir, como algo que la voluntad debe alcanzar y hacia lo que ella va dirigida (172).

De los supuestos que hemos establecido, podemos reparar, claramente diferenciados, tanto aquellos casos en que la determinación de la ilegitimidad se deduce de la conculcación del elemento teleológico, como aquellos otros en que es la voluntad del agente la que aparece innegablemente viciada: de ahí que haya podido hablarse (173) reiteradamente de que el exceso de poder consiste, en ocasiones, en un vicio de la causa, y en otras, de la voluntad del acto, pues es ésta la que, por ejemplo, al equivocar la valoración de los hechos presupuestos, aparece viciada en el exceso de poder. Este último planteamiento, cierto, es sin embargo insuficiente. Y ello porque creemos que la voluntad constituye precisamente, entendida por otra parte en su más amplia valoración (174), el núcleo central del acto administrativo (175), consecuencia innegable a su vez de la configuración de la Administración como persona, que conlleva el que toda manifestación en concreto de su actividad no pueda, en uno o en otro sentido, sino determinarse necesariamente como una voluntad que actúa, si bien emanado el acto, quede éste independizado del sujeto volitivo, del agente que lo produjo (176). Sin embargo, a pesar de esto, y

(172) Relacionando la causa con la voluntad, vid., las obras de RANELLETTI y ZANOBINI, *cits. en nota 169*.

(173) PAPPALARDO, *op. cit.*, pág. 432. Es la misma formulación que en parte recoge el proyecto de ley general sobre la acción administrativa italiana; vid., *supra*, nota 52.

(174) Nos referimos, claro es, a una configuración de la voluntad en su significado más amplia, de forma que ella puede comprender no sólo las manifestaciones negociales, sino también de conocimiento, pues tanto en unas como en otras hay innegablemente una determinación, si bien ciertamente que con intensidad varia, de la voluntad de la Administración. El concepto jurídico de acto administrativo gira por completo, en cuanto a su esencia y contenido, en torno de la voluntad: por todos, CAETANO, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, trad. y notas de LÓPEZ ROBÓ, Santiago de Compostela, 1946, 283.

(175) Parece que en contra, CASETTA, *op. cit.*, pág. 298, aunque quizá a lo que este autor se refiera no es sino simplemente a la escisión que, una vez emanado el acto, se verifica por parte de éste del sujeto volitivo que lo produjo.

(176) Por todos, RESTA, *La natura*, *cit.*, pág. 177, así como la bibliografía por este autor recogida.

precisamente por ello, no creemos que los vicios concretos de la voluntad administrativa ofrezcan una valoración independiente como tal (177), que permita independizarlos y presentarlos un tanto con carácter autonómico, como acaso en cierto sentido pudiera suceder en derecho privado. No; el acto administrativo es, antes que nada, sustancialmente, una manifestación de voluntad, un querer. Tal exteriorización de la propia personalidad, es decir, tal manifestación de voluntad requiere que sea llevada a cabo por un órgano determinado y concreto, bajo una forma particular, con un contenido que se acomode al ordenamiento jurídico en su más amplio sentido, que se realice además para la consecución de unos determinados fines, etc. Pues bien, hablar de vicios de la voluntad del acto administrativo, tratando de matizar una situación de ilegitimidad, es algo cierto, pero insuficiente en razón de su determinación, ya que esta voluntad puede aparecer viciada en su contenido, o en la forma que la determina, o en razón a la finalidad específica que mediante tal realización debe alcanzarse, etc. Por ello no negamos que en el exceso de poder aparezca la voluntad viciada, pero, completando tal enunciado, hay que indicar asimismo cómo precisamente tal voluntad aparece en los casos agrupados por el Consejo de Estado en el exceso de poder, viciada precisamente en razón de la causa del acto, haciendo asumir a ésta la determinación teleológica que en concreto a la Administración se le impone.

Puede objetárenos que hasta ahora, al determinar sustancial y unitariamente el exceso de poder, no hemos hecho sino afirmar que éste constituye un vicio de la causa del acto administrativo, sin que, por otra parte, hayamos determinado ni la funcionalidad que tal elemento asume, ni menos aún, su específica naturaleza. Por ello que *a posteriori* si se quiere, debamos concretar la atención sobre estos puntos, para de esta forma afianzar el principio que hemos enunciado.

No se trata, sin embargo, de estudiar en toda su amplitud el problema de la causa en los actos administrativos, sino tan sólo de referirlo en el aspecto que aquí puede interesarnos. Que él constituye, sin duda alguna, uno de los puntos más importantes de toda construcción jurídica, y por ende de los más debatidos, nos lo revela de por sí la afirmación de BONFANTE (178), gráfica por demás, cuando señala «que la más filosófica de

(177) Tal conclusión puede deducirse también de TREVES, *La presunzione*, cit., pág. 45, nota 2.

todas sus palabras [de las que en el Derecho se emplean] ha ejercitado en mala hora su hechizo sobre el pensamiento jurídico, ocasionado con frecuencia diversidad, e incluso confusión en el propio lenguaje de los estudiosos.» Pues bien, al plantearse el problema de la causa, creemos es frecuente incurrir en esa valoración un tanto equivocada que con carácter general se da en ocasiones en relación con buen número de figuras jurídicas, al ser éstas asumidas en el sistema administrativo. Es decir, localizando quizá el fenómeno a que nos referimos en un primer estadio de su desarrollo, al tener que asumir el derecho administrativo necesariamente determinadas figuras jurídicas, elaboradas con prioridad por el derecho civil (179), y apreciar la no coincidencia sustancial que en uno y otro sistema ofrecen cada una de ellas en concreto, no han faltado por parte de la doctrina, quienes nieguen la existencia propia y verdadera de tales figuras, dentro del ordenamiento administrativo. Así, por ejemplo, es conocido cómo cuando frente a la secular elaboración de la dogmática civil, surge la necesidad de aprehender en su certeza la realidad que representa el contrato administrativo o el dominio público o los derechos reales administrativos, diferenciados en cuanto a su sustantividad y contenido del contrato, del dominio y de los derechos reales tal y como el derecho privado los configurara, no falta ante tal diversificación la afirmación explícita de que ni aquello es contrato, ni dominio, ni derecho real. Únicamente, y es ya opinión generalizada, cuando la doctrina administrativista se percató del hecho, que ya Santi ROMANO denunciara (180), de que no son figuras institucionalmente ni civiles ni privadas, sino de la teoría general del Derecho, y que tan sólo por una primacía evolutiva aparecen en aquél desarrolladas en su amplitud positiva, es entonces, sólo entonces, cuando tras hacer asumir al contrato, al dominio y al derecho real análoga y unitaria *funcionalidad*, aunque sea diverso el contenido y su particular especificidad, se puede afirmar que el contrato administrativo es contrato y que el dominio público es dominio (181).

El mismo fenómeno, en cierto sentido, ha pasado en relación con la

(178) BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, en *Scritti giuridici*, III, página 133.

(179) Santi ROMANO, *L'ordinamento*, cit., pág. 9.

(180) Santi ROMANO, *L'ordinamento*, cit., *ibidem*.

(181) Por todos, y referido a este último punto, GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, págs. 8 y ss. Con carácter general, estudia también este mismo fenómeno que recogemos en el texto, GONZÁLEZ PÉREZ, *El método*, cit., 20.

causa. ¿Es ésta elemento del acto administrativo? Buena parte de la doctrina nos da, con un intento de generalización, una respuesta negativa, precisamente porque partiendo de un concepto privatístico le la misma (182), es decir, estructurando aquélla la razón social justificativa del cambio patrimonial que por el negocio se opera, consideran, exactamente desde luego, la inaplicabilidad de tal concepto al derecho administrativo. Pero lo que, sin embargo, ya no nos parece tan exacto es que del significado que aquel concepto entraña, no sepa trascenderse a su propia funcionalidad, para descubrir cómo en esencia existe también en los actos administrativos el mismo elemento causa, y que en ellos asume análoga función a la que en el derecho privado pueda tener. La causa, tanto en la teoría del negocio jurídico privado como en la de los actos administrativos (183), responde innegablemente al *porqué*. Esto es obvio (184). Pues bien, lo que intentamos afirmar es que en el derecho administrativo puede la causa asumir, y de hecho asume para nosotros, la misma funcionalidad teleológica que en el derecho privado tiene (185), aunque insistimos, con diferente valoración de su contenido. Por esto, que localicemos en ella la determinación teleológica del acto administrativo, a la que precisamente responde el *porqué*, apreciación que, por otra parte, no es necesario hacer emigrar del concepto de causa, para hacer asumir después la funcionalidad que el

(182) Así, ALESSI, *Intorno*, cit., págs. 4-52. Negando también el establecimiento de la causa como elemento del acto administrativo, por todos, GIANNINI, *Lezioni*, cit., página 316, y DE VALLES, op. cit., pág. 195.

(183) Vid., expresamente, GARRIDO FALLA, *Régimen*, cit., pág. 241 y *passim*.

(184) No debemos dejar de referir, sin embargo, la existencia también, dentro del derecho privado, de una posición anticausalista, si bien excepcional, que niega por su parte la consideración de la causa como elemento independiente: DABIN, *La teoría de la causa*, Madrid, 1929, en síntesis en el prólogo a la ed. española; MOTTA, *La causa delle obbligazione nel diritto civile*, Torino, 1929, págs. 130 y ss.

(185) Con una valoración teleológica de la causa en el derecho privado, entre la abundantísima literatura jurídica en tal sentido: para el derecho romano, vid., SOHM, *Derecho privado romano*, Madrid, 1928, pág. 200, que hace sinónima la causa a «*un fin jurídico determinado*»; ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, Madrid, 1947, pág. 106, recoge cómo «*el fin práctico*, común a todos los actos de un tipo de negocio, detrás del cual podrá haber toda la variedad que se quiera de motivos particulares... [es] la causa del negocio». En relación con el derecho civil, puede deducirse una valoración teleológica de CAPITANT, *De la cause des obligations*, París, 1927, pág. 20 y *passim*; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental del Derecho civil*, III, Madrid, 1924, pág. 595; ENNECCERUS, *Derecho civil*, I, 1, Barcelona, 1934, pág. 195; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1950, págs. 132 y ss.; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1954, página 79, siendo interesante señalar además cómo buena parte de los autores anteriores, desarrollan tal planteamiento sistemático en la teoría general de los actos jurídicos.

mismo ofrece, a un nuevo elemento, el fin. Si nosotros nos preguntamos, por ejemplo, el porqué de un particular acto administrativo de expropiación, y con ello buscamos la determinación de su causa, expresamente se nos ofrece la respuesta normativa en el interés público o en la utilidad social (186); de igual forma que si buscamos la determinación causal de un acto administrativo de nombramiento de un maestro —el porqué se nombra—, aquélla no puede aparecernos especificada sino en un interés público, el de la enseñanza, que en el caso concreto se trata de satisfacer.

Sin que nosotros intentemos, pues, ni exponer siquiera la doctrina sobre la causa del acto administrativo (187), sintetizaremos tan sólo, para no alargar excesivamente este trabajo, aunque sin perjuicio de un ulterior desarrollo sobre este tema, aquellos que estimamos los puntos fundamentales del mismo. Primero, la causa de los actos administrativos aparece como el interés público específico a satisfacer en el caso concreto (188). Representa, por lo tanto, el fin objetivo hacia el que actúa, o al menos hacia el que debe actuar, la Administración en sus concretas determinaciones. Así entendida la causa, viene representada como un elemento objetivo del negocio (189). Distinto de ella aparecen los motivos (190), que no son sino las varias razones, más o menos remotas e inmediatas, que impulsan el «*iter voluntatis*» del agente a emanar el acto, y que en su último desarrollo, para que el acto sea legítimo, deben coincidir con la cau-

(186) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, cit., págs. 57 y ss.

(187) Síntesis de las distintas posiciones doctrinales sobre este punto, vid., en FORTI, *I «motivi» e la «causa» negli atti amministrativi*, FI, 1932, III, 289 y ss. (recogido también en *Studi di Diritto pubblico*, I, Roma, 1931, 477; RESTA, *La natura*, cit., en toda su segunda parte; BODDA, *La nozione*, cit., págs. 9 y ss.; GARRIDO FALLA, *Régimen*, cit., págs. 236-45; MARTÍNEZ USEROS, *La desviación*, cit. Esta misma cuestión en relación con otros problemas de derecho público: vid., el excelente trabajo de VICENTE-ARCHE DOMINGO, *Configuración jurídica de la obligación tributaria*, «Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública», núm. 25, págs. 33-7, con la bibliografía recogida tanto en relación con el punto concreto a que se refiere este trabajo como con otros aspectos de derecho público, que damos por reproducida.

(188) Con formulación más o menos diferenciada, a este concepto responde todo el planteamiento teleológico de la doctrina de la causa: por todos, vid. RESTA, *La natura*, cit., pág. 174.

(189) En contra, MASTROPASQUA, *Osservazioni sulla teoria della causa dell'atto amministrativo negoziale*, RDP, 1939, I, pág. 597, que establece para el derecho administrativo una determinación subjetiva de la causa.

(190) Construcción análoga plenamente cabe en relación con el Derecho privado. Por todos, vid., BRANCA, op. cit., pág. 79.

sa. Esta, por lo tanto, aunque desde una consideración volitiva puede ser considerada como el último de los motivos, ofrece siempre, insistimos en ello, una valoración primordialmente objetiva (191): no son, pues, elementos diversos el interés público concreto a satisfacer por el acto, y el último motivo de la voluntad del sujeto, sino que no son sino aspectos de un mismo elemento, la causa, que viene considerada en dos momentos distintos y desde dos perspectivas también diferentes (192). Por una parte, especificada en su objetividad; por otra, en cuanto que tiene que ser asumida para que el acto sea legítimo como determinante de su voluntad por el sujeto que actúa. De aquí que el análisis de los motivos, entendidos en su específico significado, nos permita y facilite, siguiendo el «iter voluntatis» del sujeto, determinar sobre la licitud o ilicitud de la causa realmente asumida por la autoridad administrativa, así como también, si ésta coincide con aquella objetiva establecida por el ordenamiento jurídico. Creemos que ésta es, por encima de cualquier otra valoración, la virtualidad instrumental —no ciertamente desdeñable— que los motivos ofrecen para la determinación del exceso de poder.

Segundo, asumiendo la causa el significado de la finalidad objetiva del acto según su propia estructura, y precisamente tomada como impulso o razón de obrar por la Administración, aparece como la primera característica de la misma la de su tipicidad normativa. Esto es, aquella finalidad, más o menos genéricamente concebida, no viene determinada ni por motivos psicológicos ni lógicos (193), sino estrictamente por el propio ordenamiento (194). Más aún, la tipicidad de la causa, consecuencia innegable por su parte de la misma tipicidad del acto administrativo (195), implica una tipificación antecedente al propio acto, que conlleva la pre-determinación entitativa de la misma por el mismo ordenamiento jurídico, que dispone previamente aquellos esquemas y tipos fijos de causa que la

(191) Vid., BETTI, op. cit., págs. 138 y ss., la crítica que formula a una configuración atomística y unilateral de la causa, desde una perspectiva exclusivamente objetiva o subjetivista de la misma.

(192) FORTI, *I motivi*, cit., 296.

(193) Así, por ejemplo, DUCURT, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, R. Droit P., 1919, pág. 313.

(194) BODDA, *Nozione*, cit., pág. 49; GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pág. 246; CASSETTA, op. cit., pág. 299.

(195) Nos remitimos para este concepto, así como para la distinta formulación del mismo, a nuestro trabajo *La desviación*, cit., pág. 140.

Administración en su comportamiento no puede alterar ni modificar (196).

Tercero, esta consideración teleológica de la causa aparece, por otra parte, como hemos visto, ampliamente sancionada. A ella se opone, sin embargo, aquella otra posición que, tomando su impulso del derecho francés, sin que por otra parte en el sistema italiano aparezca especialmente articulada, ha sido recogida expresa y recientemente por parte de la doctrina española (197) y con anterioridad por nuestra propia jurisprudencia (198). Nos referimos concretamente a la configuración de la causa como conjunto de circunstancias de hecho necesarias presupuestariamente para la emanación del acto y que a través de aquélla se integran como elemento del mismo. Nuestra posición, como queda dicho, es distinta; para ello nos fundamentamos en los siguientes puntos: a) El propio nacimiento de esta tesis en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, de exclusiva valoración terminológica (199), no creemos permite un desarrollo de la misma con la amplitud con que posteriormente ha sido sancionada. b) Precisamente la causalidad en su máxima certeza que esta posición trata de resaltar nos parece que queda minusvalorada en su verdadero sentido.

(196) La tipicidad que el derecho administrativo ofrece, presenta en cuanto a su articulación técnica bastante similitud con la que el Derecho romano ofreciera, distinta sustancialmente, por otra parte, con la que en su estadio actual el Derecho privado actualiza: vid., BETTI, op. cit., pág. 152.

(197) GARRIDO FALLA, *Régimen*, cit., pág. 242.

(198) Por todas, 27 de octubre de 1920 y 24 de junio de 1922, llamó la atención sobre la coincidencia cronológica de estas sentencias, con las decisiones del Consejo de Estado francés, que más adelante recogemos. Explícitamente en la segunda de ellas, se determina como causa de un expediente disciplinario los hechos cometidos por el funcionario: «facultad que lleva implícita la de calificar el Ministerio la gravedad de la causa, que el expediente compruebe, y apreciar si perjudica al servicio la continuación del oficial incurso en ella...».

(199) Nos referimos especialmente a la decisión del Consejo de Estado francés de 20 de enero de 1922, concretamente en su segundo considerando, R. Droit P., 1922, págs. 81-90, por la que anulaba un decreto ministerial que licenciaba un prefecto afirmando que lo hacía previa solicitud del mismo, quien por el contrario había manifestado su voluntad de permanecer en el puesto, estimando que el Ministro del Interior había emanado un acto fundado sobre un hecho materialmente inexacto, es decir, que al acto administrativo le había dado una causa inexistente. A partir de entonces va ya a delimitarse la teoría de la causa del acto administrativo, o de la base fáctica del mismo, como en otras decisiones se la llama: una exposición de la misma en BODDA, *La nozione*, cit., págs. 17 y ss., y GARRIDO FALLA, *Régimen*, cit., pág. 242, nota 79. No toda la doctrina francesa sigue, sin embargo, la estructuración fáctica de la causa establecida por HAURIUO, *Précis de Droit administratif*, 1927, pág. 430; por todos, ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel*, cit. En derecho español, también críticamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, cit., págs. 62-3.

Decir que la causa de un nombramiento —el porqué se nombra— sea la existencia de un puesto vacante libre, o que la causa de una sanción disciplinaria sea la falta cometida por el funcionario, es como afirmar que la causa de cerrar una puerta sea el que ésta esté abierta. Es decir, desde una dialéctica un tanto filosófica si se quiere, tal enunciado ofrece la confusión de lo que de verdad es causa y origen, con lo que no es sino condición presupuestaria, incluso necesaria, pero condición al fin y al cabo.

c) Los hechos no son sino presupuestos del acto administrativo; requisitos fácticos previamente determinados y valorados por la ley; o por previsión de ésta, por la propia autoridad administrativa. Su existencia es necesaria para que ésta exprese una determinada manifestación de su voluntad, pero quedan siempre como tales *pre-supuestos*, independientes ontológicamente del propio acto (200).

d) La posición de que partimos permite además una homogeneidad de construcción en relación con la propia funcionalidad jurídica de la causa en toda la conducta de la Administración. Esto es, la causa, aunque típicamente sea distinta para cada clase de actos, desempeña en todos ellos la misma función, de forma que ésta no puede establecerse entitativa y sustancialmente distinta para unos y para otros actos. Es decir, no puede ser que la causa en determinados actos responda a una valoración presupuestaria de hechos, previa ontológicamente al acto, y en otros a una conducta posterior al mismo o a una finalidad a satisfacer por él. Así, por ejemplo, desde la consideración de los contratos administrativos como verdaderos actos administrativos, tendríamos que, de asumir la tesis que objetamos, los contratos administrativos tendrían como causa una determinada valoración fáctica, mientras que la causa de los contratos civiles de la Administración aparecería, en razón de lo que el derecho positivo taxativamente expone para tales figuras, no sólo sustancialmente distinta, sino incluso ontológica y funcionalmente diversa (201).

Cuarto, no se crea por otra parte que, asumiendo la perspectiva teleológica de la causa, viene ésta confundida con el efecto del acto. Ni mucho

(200) Ello no implica, ni mucho menos, que los hechos sean irrelevantes para el acto administrativo: vid., precisamente la funcionalidad de los mismos en una construcción teleológica de la causa, en RESTA, *La natura*, cit., pág. 166.

(201) Esta argumentación me la ha sugerido, aunque la desarrolla para casos distintos, DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, París, 1956, I, págs. 230 y ss. Comp., art. 11, de nuestro Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953: vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, RAP, 10, 272.

menos: las diferencias se mantienen en toda su claridad. Así, mientras la causa es la razón cierta que impulsa a obrar a la autoridad administrativa, los efectos no son sino las consecuencias posteriores al acto, que éste produce, plenamente diferenciadas en su autonomía de aquélla. Así, en los supuestos antes referidos tenemos que el efecto es, en el caso de separación del servicio por procedimiento disciplinario, que el funcionario sea expulsado de la Administración, y en el otro, de nombramiento de un maestro, el que éste asuma determinado puesto en la Administración con el *status* consiguiente, efectos que son del todo distintos del interés público concreto que existe al buen funcionamiento de la Administración y a la enseñanza en cada caso concreto, y que precisamente constituyen la causa de tales actos.

Así concebida la causa, creemos que permite, con una amplia valoración de la misma, el planteamiento del exceso de poder como vicio de aquélla. No solamente porque la Administración pública, en su obrar en cada caso, no produce sus actos para el logro del interés público típicamente establecido, sino también porque, en relación con las otras formas en que aparece viciada la determinación de la voluntad, ésta lo es precisamente en sus relaciones con el fin concreto a alcanzar por el acto, pues por otra parte es innegable que una situación patológica de la voluntad operante puede constituir, y de hecho constituye en otros casos, otras distintas formas de ilegitimidad.

2. *El exceso de poder puede también configurarse, en relación con la normatividad del ordenamiento, como violación de los principios generales del Derecho.*

Que estamos asistiendo en el momento presente a una revalorización de los principios generales del Derecho, nos parece manifiesto: la atención misma que a esta materia se dedica nos lo atestigua por demás. Justamente ello ocurre en un ordenamiento jurídico, como el administrativo, en el que la positividad es principio que lo inspira a ultranza (202), y precisamente tal fenómeno se actualiza como una necesidad de superación de la misma. Sin embargo, para que tales principios puedan tener valor

(202) El texto de RIVERO, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo*, RAP, 6, pág. 299, es por demás significativo: «el reino de la ley, con la subordinación del juez a la regla escrita que le sirve de corolario, no es un fin en sí mismo. La experiencia del derecho administrativo francés

efectivamente, ha sido necesaria su *positivación*, es decir, que sean considerados no como normas más o menos abstractas de carácter moral o filosófico, y ni siquiera como principios históricamente sancionados, sino como verdaderos principios generales del ordenamiento positivo, del que vienen aprehendidos por inducción, superando los simples criterios particulares de las situaciones aisladas e integrando de tal forma los principios (203) más esenciales en los que se inspira el ordenamiento positivo.

Entendidos de esta forma los principios generales del Derecho, y reiterando lo que antes indicábamos sobre la unitariedad de la ilegitimidad, que en esencia no significa sino una violación del ordenamiento jurídico, tenemos que si el exceso de poder, considerando analíticamente el acto administrativo concreto, puede aparecer como un vicio de la causa del mismo, en relación con la normatividad ordinal puede también configurarse como una violación de tales principios, cuyo fundamento jurídico, especialmente considerado en orden a su normatividad objetiva (204), se basa en ellos mismos y no en la voluntad explícita del legislador ni menos aún en la propia del juez que los consagra (205).

No se trata de tomar posiciones distintas entre lo que determinamos como configuración unitaria del exceso de poder, sino solamente de analizar un mismo fenómeno desde ángulos diversos: la estructura del propio acto en relación con sus elementos y la relación del mismo con el ordenamiento general. Es esta forma, por lo tanto, la que permite a las violaciones de este último, y entre ellas el exceso de poder, encontrar ge-

muestra que no es más que un medio al servicio de aquellas exigencias fundamentales de la vida social a las cuales tiene por misión el derecho responder: la estabilidad del orden, la seguridad del particular. Es necesario para la existencia del cuerpo social que esta misión sea cumplida; en ciertas circunstancias de hecho puede serlo por el reino de la ley, pero cuando estas circunstancias faltan, cuando los caracteres internos de la ley no hacen de ésta un instrumento adaptado a aquel fin, la afirmación del principio, no puede nada contra la presión de la necesidad social y se ven nacer espontáneamente otros principios que van a asegurar una función necesaria en lugar de la ley desfallecida e insuficiente: el fin le lleva más allá del medio con el cual se había creído poder confundirle».

(203) LESSONA, *Introduzione*, cit., pág. 57.

(204) CLAVERO ARÉVALO, *El recurso contencioso-administrativo y los principios generales del derecho*, «Boletín del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local», núm. 95, pág. 579. También vid., del mismo autor, *La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas de la legislación administrativa*, RAP, 7, págs. 51 y ss.

(205) RIVERO, op. cit., pág. 295.

nérica articulación en la expresión no menos unitaria de violación de ley (206). Pues si ésta, configurada en su significado normativo, comprende no sólo la ley formal, sino el propio reglamento, el decreto, la costumbre, nada se opone al ingreso dentro de tal normatividad de la peculiarmente contenida en los principios generales del Derecho (207).

Esta relación entre principios generales del derecho y exceso de poder no: la atestigua con objetividad pragmática el evidente paralelo con que la agilidad del derecho francés ha sabido configurar ambas categorías al hacer coincidir precisamente el crecimiento de esta última figura en sus más finos matices, con una afirmación del valor de aquéllos (208). Por otra parte, desde un planteamiento dogmático, tal configuración ha sido ya recogida por la propia doctrina (209). No se trata sólo de que pueda inferirse la existencia de un principio que obligue a la Administración a someterse al fin de la ley en el ejercicio de toda su actividad (210), sino que además podemos observar cómo todas y cada una de las formas que el exceso de poder reviste, responden precisamente a singulares principios concretos —que los hechos sean apreciados en su realidad, que en idénticas circunstancias deben corresponder actos análogos, que el interés privado no debe ser sacrificado sino para la satisfacción necesaria de un interés público, y precisamente en la medida de tal necesidad, etc.— derivados, por otra parte, del propio ordenamiento en ocasiones de forma directa por la jurisprudencia (211); que no en balde el concepto del exceso de poder existe inmanente en la propia realidad jurídica (212).

(206) Vid., *supra*, nota 32.

(207) Sobre ello, vid., muy expresamente, la propia Ley jurisdiccional española, especialmente en su Exposición de motivos, en relación con la normatividad de los principios generales del derecho, sobre todo, II, 1) y IV, 5).

(208) Expresamente también, LESSONA, *Luci ed ombre nelle sale della giustizia amministrativa separata*, de «L'Amministrazione Italiana», X, 3, marzo 1955, pág. 13, señala, a su vez, como precisamente a través del control por exceso de poder se le ha permitido al Consejo de Estado una precisa y explícita formulación de los principios

(209) Vid., ORLANDO-LESSONA, *Principi*, cit., pág. 430; LESSONA, *Introduzione*, cit., 176, y del mismo autor, expresamente, *Luci ed ombre*, cit., págs. 12 y ss. También CLAVERO ARÉVALO, *El recurso contencioso*, cit., pág. 581.

(210) LESSONA, *Luci ed ombre*, cit., pág. 12; CLAVERO ARÉVALO, *El recurso contencioso*, cit., pág. 581.

(211) Vid., además de las obras citadas en las notas anteriores, BAHUET, op. cit., pág. 91, y LIET-VEAUX, *Recours pour excès de pouvoir: Cas d'ouverture*, Juris classeur administratif, 660, que por su parte, al final, incluye en la violación de ley, la violación de principios no escritos del derecho.

(212) Vid., BALLBE, op. cit., pág. 436.

3. *Exceso de poder, moralidad administrativa y mérito.*

El exceso de poder aparece en su significado, al menos positivamente, como vicio de legitimidad o legalidad, que estos dos conceptos estimamos análogos (213). Tal configuración, sin embargo, ha sido con frecuencia desbordada, en cuanto a la valoración que ofrece, estimándose, por una parte —con referencia a la desviación de poder—, que lo que ésta constituye en esencia no es sino una violación de la moralidad administrativa; por otra, se ha recogido cómo desde la perspectiva jurisdiccional del sistema italiano, el Consejo de Estado, a través del exceso de poder, había realizado y de hecho realiza una verdadera jurisdicción de mérito. Quedan así relacionados con el específico del exceso de poder, los conceptos sustancialmente distintos de moralidad administrativa y mérito, cuya problemática peculiar corresponde, respectivamente, a los derechos francés e italiano.

Es frecuente, sin embargo, que cuando desde un campo extraño a tales ordenamientos, como, por ejemplo, ocurre con parte de la doctrina española, se refiere al exceso de poder, se señala textualmente cómo éste puede representar en cierto sentido una determinada superación de la legalidad para referirse sustancial y verdaderamente a la propia moralidad administrativa, a su oportunidad. Creemos, no obstante, que homologar ambas valoraciones que, repetimos, proceden de dos ordenamientos positivos distintos, tanto en relación con una supuesta moralidad del acto administrativo como de su conveniencia, no puede realizarse, así como tampoco formular como sinónimos ambos conceptos, sino que muy al contrario, representan dos valoraciones plenamente diferenciadas.

En relación con la moralidad administrativa y la posible configuración del exceso de poder como vicio de la misma, ya nos hemos referido en otra ocasión (214), apuntando precisamente no sólo la no posibilidad de tal desarrollo, sino, más aún, negando la propia existencia ontológica de un supuesto criterio de valoración en tal sentido. La Administración, como

(213) Por el contrario, una diferenciación de los mismos en REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1953, II, 169, referida a la jurisdicción ordinaria. En el campo específicamente administrativo, ALESSI, *Intorno*, cit., pág. 09, y desde perspectiva un tanto diversa, GUICCIARDI, op. cit., págs. 27 y ss.

(214) Vid., nuestro trabajo *La desviación*, cit., nota 62, así como la bibliografía y consideraciones que hacemos, que damos por reproducidas.

tal, ofrece exclusivamente una realidad jurídica, no susceptible *per se* de tener una conciencia ética. Es decir, hablar de una pretendida moralidad administrativa, indicando de tal forma un valor deontológico de ciertas categorías que, por su propia esencia y naturaleza, no son sino jurídicas, no parece del todo exacto. Más aún: ni siquiera es configurable una relación entre discrecionalidad y moralidad, pues mientras ésta opera en el campo ético, la discrecionalidad tiene su virtualidad en el jurídico, por lo que no puede servir el criterio de que, haciendo la Administración un recto uso de su poder discrecional, cumpliera ella al mismo tiempo una norma moral (215). La posición que esta tesis configura, ofrece a nuestro parecer, el valioso significado de haber intentado superar un exclusivo legalismo positivista; sin embargo, creemos que para admitir dentro de la ilegalidad al exceso de poder no es preciso trascender de la legalidad a una dudosa y problemática moralidad administrativa, sino que dentro de aquélla cabe perfectamente, siempre y cuando la aprehendamos debidamente en la valoración que ofrece y no desde una perspectiva tan solo positivista. Porque si analizamos precisamente los ejemplos aducidos por los autores franceses cuando hablan de anulación de un acto por violación de la moralidad administrativa, vemos cómo no hay ni siquiera necesidad de hablar de este concepto de moralidad, pues de lo que realmente se trata es de violación de verdaderos y propios principios legales, deducidos directamente de la recta interpretación de la misma ley. Creemos, pues, que no cabe hablar de una moralidad administrativa que la Administración pueda violar por medio de los actos viciados por exceso de poder. O se admite que la ley impone a la autoridad administrativa un fin específico en su obrar, o no; en el primer caso hay exceso de poder, y por lo tanto, vicio del acto administrativo, precisamente porque hay violación de aquella norma, sea escrita o no. En el segundo, esto es, cuando se indica que la norma no establece un fin a la Administración, no hay infracción, pero ni siquiera puede hablarse de un vicio de los actos administrativos de desviación de poder (216), en cuanto éstos tienen su propia existencia, e incluso sus efectos exclusivamente bajo una proyección jurídica. El acto administrativo solamente puede presentarse conforme a la ley o no: en el primer caso es legal; en el segundo, ilegal. Todo depende en definitiva de la extensión valorativa que al término ley demos.

(215) Vid., FERRERO, *op. cit.*, pág. 281.

(216) GARRIDO FALLA, *Régimen*, *cit.*, págs. 253 y ss.

Si el problema de la moralidad administrativa no ofrece mayores dificultades, creemos, sin embargo, que la relación entre mérito y exceso de poder aparece no poco confusa. Aunque en verdad la cuestión fundamental que en este punto existe, no es sino la delimitación conceptual del mérito, nosotros damos por establecido tal concepto (217), que, legalmente al menos, aparece distinto en cuanto a su diferenciación con el de legitimidad, pues los artículos 26 y 27 de la ley sobre el Consejo de Estado no dan lugar a dudas. Legislativamente, pues, no hay dificultad, y la valoración que el exceso de poder dentro del control de legitimidad, por una parte, y el mérito por otra, representan, se nos ofrecen como marcadamente distintas.

Sin embargo, analizando la realidad jurisprudencial, nos encontramos como en muchas ocasiones de hecho el Consejo de Estado, allí donde sólo le es posible realizar un control de legitimidad, ha ejercitado a su vez, bajo el enunciado del exceso de poder, una verdadera y propia jurisdicción de mérito (218), si bien la Casación haya anulado aquellas decisiones del Consejo de Estado, cuando éste actualiza tal control de mérito, allí donde sólo tiene jurisdicción de legitimidad (219). Sin embargo, a pesar de ello, este trasvasamiento existe y se nos aparece a su vez matizado en dos problemas distintos. En primer lugar, ¿es que el exceso de poder sustancialmente considerado, constituye desde el ángulo jurisdiccional un control de mérito en razón de la conveniencia del acto de que se trate? A defender la respuesta positiva ha ayudado bastante el análisis de la naturaleza de la jurisdicción de legitimidad realizada desde una perspectiva judicial, que, como sabemos, se actualiza sobre la base de un criterio estrictamente legal, de confrontación normativa; por ello, cuando, como ocu-

(217) Por todos, AMORTH, *Il merito*, cit.; OTTORINO TENTOLINI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, 1942, especialmente, págs. 33 y ss.; OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, en «Anuario di Diritto comparato e di Studi legislativi», XXII, 1948. Recientemente, ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956, 30 y ss., y CASSETTA, op. cit., pág. 322, con referencias bibliográficas que damos por reproducidas.

(218) Por todos, SALEMI, op. cit., pág. 150, y ORLANDO-LESSONA, *Principi*, cit., página 430; LESSONA, *Introduzione*, cit., pág. 176.

(219) Sec. un. de la Cas., 21 de enero de 1928, FA, 1928, II, 1, 63, que anula una decisión del Consejo de Estado, cuando éste teniendo solamente jurisdicción de legitimidad verificase también un control de mérito. Por su parte, el propio Consejo de Estado, V Sec., 11 de diciembre de 1925, FERRERO, op. cit., pág. 303, ha establecido taxativamente como principio, que el exceso de poder no debe degenerar en modo alguno en un vicio de mérito.

re en el sistema administrativo, el control de legitimidad procede mucho más expedito, penetrando en su análisis, bajo la forma del exceso de poder, con mayor intensidad que aquél en los hechos y actos que se le someten, se estima que, superando los límites de la legitimidad, el Consejo de Estado ejercita una auténtica verificación del mérito del acto en concreto. No creemos, sin embargo, que esta relación pueda formularse, sencillamente porque no es posible un paralelo entre la jurisdicción ordinaria, de legitimidad, y la administrativa de igual sentido: el juez administrativo, en vez de pararse, como hace el juez ordinario, en el límite que establece la determinación autonómica de la voluntad, penetra precisamente en función de esa legitimidad en la esfera de la determinación discrecional, para analizarla en toda su amplitud (220). En el derecho administrativo, además, la jurisdicción de legitimidad no excluye, sino muy al contrario, el examen de los hechos, y mientras el control estrictamente judicial permanece en cierto sentido como una simple «revisio iuris», en el administrativo de legitimidad le vienen concedidas al juez, en virtud del artículo 44, una verdadera función revisora incluso sobre los propios hechos. Por ello que creamos que no siendo esgrimible este paralelo, el exceso de poder permanece sustancialmente como vicio de legitimidad, si bien no se nos oculte que, como comúnmente se señala, ocupe el límite extremo de la legitimidad en su relación con el mérito.

A nuestro parecer, es la otra cuestión a la que nos referimos la que constituye el gran problema que el exceso de poder presenta en función del mérito. Esto es, que el Consejo de Estado controla ciertamente, en razón de la conveniencia y oportunidad del acto, por medio del exceso de poder, allí donde precisamente carece de jurisdicción de mérito. Hay para ello una primera explicación, que no es otra sino concreción del criterio tantas veces referido que le llevó al Consejo de Estado italiano, consciente y unitariamente, a ampliar más y más el ámbito de su jurisdicción. Por otra parte, no puede olvidarse que en modo alguno la legitimidad es totalmente ajena a la conveniencia u oportunidad del acto, en cuanto éstas precisamente pueden revelar una verdadera situación de ilegitimidad (221).

(220) RANELLETTI, *Legittimità e merito*, FA, 1928, II, 70.

(221) Vid., sobre ello, BODDA, *Un nuovo caso di eccesso di potere?*, «Rivista di Diritto processuale civile», 1936, II, 175, referido a un supuesto de exceso de poder por grave y manifiesta inoportunidad. AMORTH, *Il merito*, cit., pág. 98. Reiteramos, por otra parte, la afirmación que hemos recogido, *La desviación*, cit., págs. 142 y ss.,

Intentar establecer, sin embargo, una serie de reglas fijas que nos permitiesen determinar sustantivamente hasta dónde llega el control específico por exceso de poder y dónde comienza el de mérito, es casi prácticamente imposible. Y quizá no pueda encontrarse criterio mejor en el difícil intento de establecer tal línea de demarcación, entre lo que objetivamente representa la legalidad y aquello otro que a la conveniencia u oportunidad se refiere, que el de indicar que no puede existir exceso de poder como vicio de legitimidad siempre que para determinar el supuesto mal uso de poder por parte de la Administración, sea necesario examinar el acto *exclusivamente* bajo el aspecto de la conveniencia o de la oportunidad administrativa (222).

admitiendo como, aunque un acto pueda estar viciado en razón del mérito, esta misma situación puede denunciar en ocasiones un verdadero supuesto de ilegitimidad. Sobre la supuesta relevancia jurídica del deber de buena administración; vid., por todos, RESTA *L'onore di buona amministrazione*, en *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II, pág. 138. Por su parte, LESSONA, *Introduzione*, cit., pág. 176, señala cómo la violación abierta de las reglas fundamentales de buena administración, se resuelve generalmente en una violación de los principios generales del derecho, tal como resultan de la misma esencia de la función administrativa dentro del Estado.

(222) LESSONA, *La giustizia*, cit., pág. 103.

