

a) El llenguatge administratiu i jurídic

EL CONCEPTO DE *EXCESO DE PODER* EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS: APOLOGÍA Y DECADENCIA DE UN MITO JURÍDICO-LINGÜÍSTICO

Elisabeth y Philippe ESTEBAN

Doctores en derecho
Université Paris II - Panthéon-Assas

The abstract can be found at the end of the article.
El resum és al final de l'article.

Sumario

Introducción

- I. Una evolución lingüística del concepto de *exceso de poder* protectora de los intereses privados
 - A) Del tenebroso al limitado concepto de *exceso de poder* (del Antiguo Régimen hasta 1851)
 - B) La polisemia del concepto de *exceso de poder*: catalizador del recurso por exceso de poder (de 1852 hasta hoy)

- II. La desnaturalización actual del concepto de *exceso de poder* a favor de la Administración

- A) La desnaturalización de los fundamentos procesales del exceso de poder
- B) La desnaturalización de los efectos del exceso de poder: el fin de su individualización

Conclusión

Bibliografía

Abreviaturas

INTRODUCCIÓN

«El verdadero principio de separación de los poderes condena precisamente la existencia de la justicia administrativa» (Jacquelin).¹

Mediante esta frase rebelde se resumía parte de la doctrina francesa del principio del siglo xx. En efecto, en esta época republicana, la justificación

1. JACQUELIN, R., «L'évolution de la procédure administrative», RDP, 1903, t. XIX, p. 375.

de la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se planteaba con mucha pasión por la influencia de la profusión de las ideas nuevas de los tratadistas del derecho administrativo nacido en el final del siglo anterior. Desde luego, era muy difícil entender la combinación entre el principio de separación de los poderes y la existencia de la justicia administrativa: el primero imponía la judicialización y la sumisión de los asuntos administrativos al poder judicial, mientras que la segunda planteaba su exclusión de la esfera de los tribunales ordinarios para mandarlos juzgar por el mismo poder ejecutivo. Además, el ejemplo español confirmaba a la doctrina lo ilógico de una justicia administrativa como emanación del poder ejecutivo. En efecto, en España, la jurisdicción contencioso-administrativa ha formado parte progresivamente² del poder judicial, abandonando el poder ejecutivo. Por lo tanto, el sistema ibérico era muy claro y lógico: la jurisdicción contencioso-administrativa pertenecía al poder judicial de manera formal y orgánica, respetando rigurosamente el principio de separación de los poderes. Entonces, si en España se pudiera juzgar a la Administración por el poder judicial, los autores galos legítimamente se planteaban la causa de la divergencia francesa. Así, se enfocaron en el catalizador de la construcción del derecho administrativo: el Consejo de Estado. Esta alta jurisdicción tenía un destino muy singular. Heredero del Consejo Real del Antiguo Régimen, el Consejo de Estado nació por el Decreto de 11 de junio de 1806 y se volvió así una verdadera jurisdicción: antes, sólo formaba parte del poder ejecutivo dictando dictámenes de oportunidad a los ministros. Sin embargo, la eclosión de la jurisdicción contencioso-administrativa no ha sido fácil. En efecto, la monarquía absoluta del Antiguo Régimen provocó un odio general hacia su sistema jurisdiccional. En aquel período, no existía una tiranía sino una lucha incesante para el control del poder entre el rey y los parlamentos.³ Así, el poder judicial se inmiscuía en el poder real, ya rechazando la ejecución de los textos reales⁴ ya excediendo sus com-

2. Apareció realmente gracias a las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 asimismo la proclamación solemne del principio de la separación de los poderes en los textos constitucionales de 1812 hasta 1837. A partir de la Ley de 5 de abril de 1894, los asuntos contencioso-administrativos se trataron por la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo. Sin embargo, la jurisdicción retenida desaparecerá con el sistema armónico de la Ley de 13 de septiembre de 1888 (Ley Santamaría de Paredes) que consagró una justicia contencioso-administrativa delegada.

3. Los parlamentos eran los tribunales del Antiguo Régimen que pertenecían al poder judicial.

4. Los parlamentos tenían el derecho de discutir la ley mandando amonestaciones al rey para que la rectificara: ESMÉIN, A., *Cours élémentaire d'Histoire du droit à l'usage des étudiants de première année*, 11^a ed, Librairie de la Société du Recueil Sirey, París, 1912, p. 585;

petencias jurisdiccionales ya juzgando de manera desfavorable la Administración real. La confusión de los poderes era manifiesta. Pero los parlamentos compartían la justicia con otros órganos y en especial con el *intendant*.⁵ Este último se podía considerar como un juez contencioso-administrativo. Representaba al rey en las provincias y ejercía su justicia de manera delegada, según trámites especiales. Sus decisiones jurisdiccionales («ordenanzas») podían ser reformadas por el Consejo Real. Sin embargo, tal recurso de apelación era muy ilusorio porque las sentencias del dicho Consejo se dictaban siempre según el informe del mismo *intendant*, cuya decisión se había criticado. Por eso, por las leyes de 16-24 de agosto de 1790, se declaró la separación entre el poder ejecutivo y el poder judicial para garantizar la estabilidad del Estado y la protección del interés general.

Ahora bien, estas leyes sólo promovían la preservación de la actuación de la Administración, sin tener en cuenta sus eventuales abusos de poderes. Se tuvo que esperar a la Ley de 24 de mayo de 1872 para que se consagrara el recurso por exceso de poder. Sin embargo, esta ley sólo confirmaba la jurisprudencia del Consejo de Estado que lo creó enteramente, gracias a una interpretación extensiva del concepto de *exceso de poder*, fundamentándolo en el principio de separación entre la Administración y el poder judicial previsto por la Ley de 7-14 de octubre de 1790. El objetivo de la alta jurisdicción era muy digno: proteger los intereses particulares frente a la Administración. La invención del recurso por exceso de poder ha sido una obra de alcance mundial porque la mayoría de los países lo incorporaron en sus legislaciones para limitar la actuación administrativa. Por eso, se puede considerar la noción de *exceso de poder* como un mito porque es su genial interpretación que dio a luz al recurso por exceso de poder.

Sin embargo, el concepto de *exceso de poder* nunca se ha estudiado desde un punto de vista jurídico-lingüístico para poner de relieve la evolución de la obra magnífica del Consejo de Estado, que se aplica aún cotidianamente por los profesionales del derecho de varios países,⁶ salvo en España. En efecto, el recurso por exceso de poder no se ha individualizado en

y tenían poderes de anulación: FLOQUET, A., *Histoire du parlement de Normandie*, É. Frère, Rouen, 1840-1842, t. VI, p. 546.

5. El *intendant* es equivalente al corregidor en la España del Antiguo Régimen.

6. El recurso por exceso de poder se ha admitido en el plano nacional, por ejemplo, en la mayoría de los países iberoamericanos (BRISEÑO SIERRA, H., *El proceso administrativo en Iberoamérica*, UNAM, México, 1968 pp. 180-181), en los países de habla francesa, etc., pero también en el plano europeo: el recurso de anulación comunitario no es nada más que el recurso por exceso de poder francés.

la patria de Cervantes. Sólo se ha construido un «*recurso contencioso-administrativo*» único que incorpora en su seno el recurso por exceso de poder y el recurso de plena jurisdicción franceses. Así, mediante este estudio, el jurista y el lingüista españoles podrán valorar la evolución del mito del exceso de poder cuyo origen se queda borroso, al contrario de su objetivo inicial, muy claro: proteger al individuo.

Ahora bien, ¿se puede considerar que el concepto de exceso de poder en el derecho administrativo se ha quedado el instrumento judicial de preservación de los intereses particulares contra los abusos del poder ejecutivo?

Si la jurisdicción contencioso-administrativa francesa ha conseguido proteger los intereses privados influyendo sobre la evolución lingüística del concepto de exceso de poder (I), actualmente lo desnaturaliza para favorecer a la Administración (II).

I. UNA EVOLUCIÓN LINGÜÍSTICA DEL CONCEPTO DE *EXCESO DE PODER* PROTECTORA DE LOS INTERESES PRIVADOS

Después de haber interpretado limitativamente como un requisito del recurso de anulación el tenebroso concepto de *exceso de poder* derivado del Antiguo Régimen (A), el Consejo de Estado catalizó el nacimiento del recurso por exceso de poder fundamentándose en la polisemia de dicho concepto a partir de 1852 (B).

A) *Del tenebroso al limitado concepto de exceso de poder (del Antiguo Régimen hasta 1851)*

Aunque tuviera un origen tenebroso, el concepto de *exceso de poder* se admitió de manera explícita sólo a partir de 1818 como un sencillo y limitado requisito del recurso de anulación.

En efecto, el origen de la noción de *exceso de poder* es muy difícil de determinar.

Desde luego, la voz *exceso* aparece, en la lengua gala, en el siglo XII, procediendo del latín cristiano *excessus* que significaba: pecado, falta.⁷ Sin embargo, la noción judicial de exceso de poder, en su sentido actual, surge

7. *Dictionnaire de l'Académie française*, 9ª ed., Imprimerie Nationale, 1986, voz *Excès*.

de manera muy implícita sólo en el Antiguo Régimen, cargándose de la connotación canónica de la lengua corriente. En efecto, según Mestre, el concepto de *exceso de poder* como requisito del recurso de anulación ya existía en Provenza, de manera similar al que se conoce actualmente en Francia. En otras palabras, el famoso autor ha puesto de relieve que los elementos del concepto de *exceso de poder* fundamentando la anulación de una decisión administrativa se usaban en lo contencioso del Antiguo Régimen como el vicio de formas, la incompetencia, la violación de la ley, la desviación de poder. Así, se sancionaba, por la nulidad del acto administrativo, el vicio grave de formas que habían influido en su fondo,⁸ tanto como aquel dictado por una autoridad incompetente⁹ o infringiendo la ley en su sentido extensivo.¹⁰ La «*desviación de poder*» no se conocía, sino la «*cabale*», que era el vicio resultante del interés personal del administrador («*per sordes*») y de su intención de perjudicar («*per inimicitias*») al administrado.¹¹ Por lo tanto, en el sur de Francia, un verdadero recurso de anulación, semejante al que existe actualmente, permitía al juez controlar la legalidad y no la oportunidad del acto administrativo impugnado,¹² gracias a la importante influencia del derecho canónico que regulaba el exceso de poder de la elección de los eclesiásticos.¹³ Sin embargo, según Lebreton, el origen del concepto de *exceso de poder* procede de la doctrina de los parlamentos del Antiguo Régimen que lo manejaban en sus amonestaciones al rey sin calificarlos explícitamente, rechazando sus raíces canónicas y la influencia del recurso de casación.¹⁴ Además, la corriente contradictoria de Mestre y Lebreton, que plantean la procedencia del origen del contencioso-administrativo en el Antiguo Régimen, se opone a la española, que lo origina únicamente en el período posrevolucionario. Así, García de Enterría afirma que lo contencioso-administrativo nació gracias a las reglas de la

8. MESTRE, J.-L., *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985, p. 261; *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime: le contentieux des communautés de Provence*, LGDJ, 1976, p. 77.

9. Según la máxima «non est major defectus quam defectus potestatis»: MESTRE, J.-L., *Ibid.*, p. 75.

10. *Ibid.*, p. 87.

11. *Ibid.*, p. 82.

12. *Ibid.*, p. 97.

13. *Ibid.*, pp. 74-75; MESTRE, J.-L., *Introduction...*, *op. cit.*, p. 149, n° 100; LAFERRIERE, F., *Introduction à l'Histoire des institutions administratives: discours prononcé à l'ouverture du cours de droit administratif le 30 avril 1838*, ed. Bureau de la revue de législation et de jurisprudence, París, 1838, p. 5.

14. LEBRETON, G., « L'origine des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIIIe siècle », *RDP*, 1986, p. 1599-1634.

Constitución francesa de 1791.¹⁵ También, según María Fabié, los decretos de 11 y 22 de junio de 1806, que crearon el Consejo de Estado, constituyen indiscutiblemente el «*fundamento inmediato de lo contencioso-administrativo*».¹⁶

Si el origen del concepto de *exceso de poder*, en su sentido de derecho administrativo, se determina difícilmente, sólo se puede afirmar que nace explícitamente gracias a la Sentencia de 4 de mayo de 1826,¹⁷ *Landrin*.

Desde luego, la Sentencia de 18 de noviembre de 1818, *Egret-Thomasin*,¹⁸ por la que el Consejo de Estado imponía que «es ante nosotros, y, en nuestro Consejo de Estado, que deben ser incoados los actos administrativos impugnados por incompetencia o exceso de poder», no planteaba el concepto de exceso de poder en su sentido de derecho administrativo. Aquí, el Alto Tribunal sólo entendía el concepto de *exceso de poder* como una incompetencia jurisdiccional y no como una pretensión procesal¹⁹ como lo pone de relieve el resto de la sentencia,²⁰ al contrario de la opinión disidente de Mestre.²¹ Así, sólo la sentencia *Landrin* dio a luz el concepto de *exceso de poder*, ya enseñado desde el 25 de julio de 1820 por la Administración de carreteras.²² Los hechos de esta sentencia eran muy claros: un acto administrativo de alineación había sido otorgado a Landrin por el prefecto. Sin embargo, después de una demanda de sus vecinos dirigida a este último, el prefecto dictó tres decisiones de demolición de su construcción edificada conforme a la alineación indicada. Landrin las impugnó ante el Consejo de Estado alegando una violación de sus derechos adquiridos por la decisión inicial de alineación. El Alto Tribunal anuló de oficio por incompetencia del prefecto la alineación inicial que no había sido impugnada. El juez administrativo se volvió así un censor de la actividad puramente gubernativa de la Administración controlándola,²³ sin necesitar desde

15. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La Administración Pública y la Ley», *Revista española de Derecho Administrativo*, octubre-diciembre de 2000, n° 108, p. 571.

16. MARÍA FABIÉ, A., «Lo contencioso-administrativo», RGLJ, 1889, t. 74, p. 437.

17. Rec. p. 256.

18. SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'Etat depuis 1806*, t. V, pp. 13-14; rec., t. 2, p. 424.

19. LACHARRIERE, « Cormenin, politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif »: RDP, 1940-1941, p. 352.

20. «... y que este vicio debe ser dirigido contra todo tribunal no regularmente compuesto».

21. MESTRE, J.-L., « L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », RFDA, 2003, p. 214.

22. SANDEVOIR, P., *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1964, p. 263.

23. BIGOT, G., *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, Collection Droit Fondamental, París, 2002, p. 97.

ahora²⁴ la violación de un derecho subjetivo.²⁵ Lo contencioso de la legalidad administrativa se había creado entonces. Ahora bien, esta sentencia sólo sancionaba la incompetencia de la Administración fundamentándose en normas urbanísticas. En otras palabras, el nuevo recurso por exceso de poder se estimaba sólo por incompetencia. Así, el concepto del *exceso de poder* se entendía de manera muy reducida porque correspondía sólo a la incompetencia de la Administración.²⁶ También se justificaba por la protección de los intereses privados.²⁷ Sin embargo, esta sentencia sólo se aplicaba en materia urbanística. Por lo tanto, el Consejo de Estado buscó fundamentar el exceso de poder en un texto legal único para generalizar su control de la legalidad sobre cada rama del derecho administrativo.²⁸ Macarel, consejero de Estado, tuvo la idea de fundamentar el concepto de *exceso de poder* en la Ley de 7-14 de octubre de 1790. En efecto, la descubrió²⁹ en un asunto *Dellier et consorts*³⁰ en el que era el ponente. El artículo 3 de dicha Ley disponía que «las reclamaciones por incompetencia de los cuerpos administrativos no competen nunca a los tribunales. Se dirigirán al Rey, jefe de la administración». Ahora bien, bajo el Primer Imperio, el Consejo de Estado imponía que trataba sólo de los conflictos de atribuciones, es decir, que se entendía así: cuando el juez ordinario considera que no compete al órgano administrativo conocer de un asunto contencioso, no puede declarar la incompetencia de este último porque sólo el rey puede juzgar respecto a este conflicto. Rápidamente Macarel dio un nuevo sentido a la Ley de 7-14 de octubre 1790 para extender el recurso de casación contra actos administrativos que no se podían impugnar ante la jurisdic-

24. MESTRE, en su artículo « L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? » (*op. cit.*, p. 215), olvida en su razonamiento frágil que las sentencias anulatorias, anteriores a la sentencia Landrin, que magnífica, se dictaron sólo porque existía una violación del derecho de la propiedad (derecho subjetivo), objeto de la demanda, lo que no era el caso de la sentencia Landrin.

25. ESTEBAN, E., ESTEBAN, P., «La traducción de la voz *legitimación* al francés: ¿un concepto de derecho procesal administrativo inexistente en el derecho francés?», *Revista de Lengua i Dret*, n° 44, p. 14.

26. M.-RETORTILLO BAQUER, S., «La desviación de poder en el derecho español», *RAP*, 1957, n° 22, p. 148, nota 25.

27. MACAREL, L.-A., nota bajo la sentencia Brière: rec., 1829, p. 14, nota 1.

28. MACAREL, L.-A., *Des Tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, J.-P. Roret, París, 1828, p. 531: «los inconvenientes de esta última instancia necesitan con urgencia una disposición que repara la omisión de la ley».

29. En sus obras *Eléments de jurisprudence administrative* (1818) y *Des tribunaux administratifs* (1828), Macarel desconocía la Ley de 7-14 de octubre de 1790 porque no trataba de ellas.

30. CE, 2 de marzo de 1832, *Dellier et consorts*, rec. p. 67.

ción contencioso-administrativa.³¹ El exceso de poder correspondía a una pretensión procesal que permitía al Consejo de Estado controlar la competencia de la Administración por vía del recurso de casación. Ahora bien, la casación de un acto administrativo inducía a su anulación, el Consejo de Estado se dio cuenta de la analogía que existía entre el recurso por exceso de poder y el recurso de casación:³² cada uno se fundamentaba en el exceso de poder de la Administración que dictó incompetentemente un acto recurrible o no recurrible, y ambos tendían a su anulación por el juez del fondo o de casación que analizaban de la misma manera la pretensión de incompetencia.³³ Por eso, en su Sentencia de 22 de marzo de 1833, *Dailly et consorts*, la Alta Jurisdicción fundamentó legalmente la noción administrativa de *exceso de poder* «considerando que según las disposiciones de la Ley de 14 de octubre de 1790, a nosotros pertenece fallar, en el Consejo de Estado, sobre las reclamaciones por incompetencia y exceso de poder de las autoridades administrativas».³⁴ Al contrario de la tesis de unos investigadores,³⁵ la Ley de 1790 se interpretaba entonces en este sentido: el rey podía anular los actos administrativos emanados de entidades administrativas incompetentes.³⁶ Sin embargo, Cormenin notó, con mucha razón, que la Ley de 7-14 de octubre 1790 no usaba los términos de *exceso de poder* sino sólo el de *incompetencia*.³⁷ El concepto pretoriano de *exceso de poder* era así una nueva institución jurídica y correspondía a una pretensión de incompetencia de la Administración que inducía, la anulación del acto administrativo. Pero la doctrina no entendió este novato concepto del exceso de poder considerándolo como una excepción procesal sin calificarlo de vicio anulatorio³⁸ o como una sencilla pretensión de casación.³⁹ Por eso, gracias a ella,

31. Por ejemplo las decisiones de los tribunales de revisión de la Guardia nacional: CE, 15 de julio de 1832, Préfet de la Seine, rec. p. 91; Préfet du Calvados, rec. p. 382; las decisiones de la Comisión de liquidación de Saint-Domingue: CE, 24 de agosto de 1832, Thevenard, rec. p. 513; decisiones de la Guardia nacional de París: CE, 28 de diciembre de 1832, rec. p. 736.

32. Entre los miembros del Consejo de Estado, Zangiacomí era uno de los más importantes que influyó sobre este análisis porque antes había sido magistrado en el Tribunal supremo de casación: PAILLART, M., *Eloges de M. le baron Zangiacomí*, Mémoires de l'Académie de Stanislas, Nancy, 1855 (año 1854), pp. 18-21.

33. AUCOC, L., *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Imprimerie E. Colas, Orleans, 1878, p. 34.

34. Rec. p. 175.

35. SANDEVOIR, P., *op. cit.*, pp. 101-113; VÉLLEY, S., *Les origines du principe de légalité en droit public français*, Tesis, París X, 1988, pp. 154-157.

36. Como lo confirmaron investigaciones en los archivos provinciales de la Haute-Saône: MESTRE, J.-L., « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, n° 43, 1991, pp. 281-298.

37. CORMENIN, L.-M., *Droit administratif*, 5ª ed., 1845, t. I, pp. 208-209.

se forjó la falsa teoría del nacimiento del concepto de *exceso de poder* que lo originaba de la sentencia *Egret-Thomassin*.⁴⁰ Por lo tanto, según el Consejo de Estado, el exceso de poder se confundía con la incompetencia.⁴¹ Sin embargo, el Consejo de Estado extenderá, durante la Monarquía de Julio, el concepto de *exceso de poder*, para proteger a los particulares, imponiendo que correspondía también a un vicio grave de forma.⁴² Sin embargo, la violación de la ley no se incluía en el concepto de *exceso de poder* salvo si existía un texto legal explícito y especial,⁴³ mientras que la desviación de poder quedaba desconocida.⁴⁴ Por lo tanto, la noción de *exceso de poder* se definía, en la primera parte del siglo XIX, en el derecho administrativo, como todo tipo de ilegalidad externa, tanto como su homóloga copiada del derecho procesal privado.⁴⁵

Esta restricción del concepto de exceso de poder desaparecerá a partir de 1852 gracias a su polisemia, que permitirá catalizar el recurso por exceso de poder.

B) *La polisemia del concepto de exceso de poder: catalizador del recurso por exceso de poder (de 1852 hasta hoy)*

La Constitución francesa de 14 de enero de 1852 restableció el prestigio del Consejo de Estado considerándolo como una ayuda para administrar el Imperio. En este sentido, el Gobierno imperial no quiso frenar el de-

38. CORMENIN, L.-M., *Questions de droit administratif*, 4ª ed., 1837, t. 1, p. 36, nota 4.

39. *Ibid.*, 3ª ed., 1826, t. 1, p. 30; 5ª ed., 1840, t. 1, Introducción p. XXXIII; p. 27, nota 4; informe Persil de 30 de marzo de 1835, *ibid.*, 4ª ed., t. 1, p. 285, nota 3; 5ª ed., t. 1, p. 208, nota 4; JACQUELIN, R., *op. cit.*, p. 445.

40. Como hemos visto, esta sentencia no trataba de la anulación de un acto administrativo sino de un acto jurisdiccional.

41. El Consejo de Estado anulaba por «*incompetencia y exceso de poder*». Aquí, la conjunción copulativa «y», en francés sólo «*serve para añadir algo sobre lo que se insiste*»: *Dictionnaire Littré*, 2ª ed., 1872-1877, voz *Et*.

42. FOUCAIT, E.-V., *Éléments de droit public et administratif*, 3ª ed., 1843, t. III, p. 384; LAFERRIERE, E., « *Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir* » en GONOD, P., *Edouard Laferrrière*, PUF, 1999, pp. 149-150; CE, 19 de febrero de 1840, Ville de Saint-Etienne, rec., p. 42.

43. JACQUELIN, R., *op. cit.*, p. 445; CE, 27 de agosto de 1840, d'Aleçon, rec., p. 329; CE, 13 de agosto de 1851, commune de Montesquieu, rec., p. 615.

44. LAMPUE, P., *Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle*, Bruxelles: Edition de la librairie. encyclopédique, 1954, p. 17.

45. *Ibid.*, pp. 17-18.

sarrollo jurisprudencial del concepto de *exceso de poder* porque la alta jurisdicción permitía limitar el odio de los ciudadanos dirigido contra él, eliminando los abusos de la Administración. Entonces, este alto tribunal era la «válvula de seguridad»⁴⁶ del Estado. Sin embargo, el Decreto de 25 de marzo de 1852 de desconcentración confirió nuevos poderes a los prefectos. Pero los abusos de esta autoridad administrativa violaron los intereses privados. Frente a esas infracciones y para limitar el número de recursos de casación, el Consejo de Estado siguió defendiendo a los particulares ampliando el concepto de exceso de poder.⁴⁷ Para ello, el juez supremo se inmiscuyó aún más en la esfera gubernativa, controlando la aplicación de las normas de fondo por la Administración, además de las formas y de la incompetencia, mediante la violación de la ley y de la desviación de poder.

En efecto, rápidamente, el Consejo de Estado ha impuesto que la «violación de la ley» constituía un exceso de poder que se tenía que sancionar por la anulación del acto administrativo dictado.⁴⁸ El alcance de esta nueva interpretación de la noción de *exceso de poder* había influido directamente sobre los poderes del juez porque controlaba ahora la legalidad intrínseca o de fondo del acto administrativo, además de su legalidad formal. Entonces, la Administración cometía un exceso de poder cuando infringía la ley. Sin embargo, «la violación de la ley» tenía un sentido muy limitativo porque correspondía, en un primer tiempo, a la violación de una norma de fondo: se podía criticar los nombramientos, la imposición de oficio. En un segundo tiempo, el Consejo de Estado extendió su definición a los «*derechos individuales*», es decir, el derecho de propiedad, la libertad del comercio y de la industria y a todos los derechos de los particulares. De todos modos, sólo se consideraba que se había violado un derecho individual si la ley lo previera explícitamente. Por eso, al final del siglo XIX, la «violación de la ley» se volverá a llamar «*violación de la ley y de los derechos adquiridos*».⁴⁹ Sin embargo, la nueva interpretación del concepto de *exceso de poder* que incluía «la violación de la ley» no se entendió por la doctrina de la época.⁵⁰

46. AUCOC, L., *op. cit.*, p. 36.

47. LAFERRIERE, E., « Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir », *op. cit.*, pp. 159-160.

48. CE, 15 de diciembre de 1853, Biennais, rec. p. 175; 27 de marzo de 1856, Berlaër, rec. p. 228; 27 de mayo de 1863, Drillet de Lannigou, rec. p. 470; 13 de marzo de 1867, Bizet, rec. p. 271.

49. LANDON, P., *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, tesis, París, 1942, pp. 122 y s.

50. DUCROCQ olvidó en su obra la existencia de la violación de la ley: DUCROCQ, T., *Cours de droit administratif*, E. Thorin, París, 1881, t. I, pp. 236-237.

Por ejemplo, para justificar esta nueva interpretación, Laferrière indicaba que existía dos recursos diferentes: un «*recurso contencioso-administrativo*» sin nombre y un recurso por exceso de poder. Por lo tanto, el primer recurso sólo se hubiera fundamentado en la violación de la ley y no inducía a la anulación del acto impugnado, al contrario del recurso por exceso de poder, que no podía además fundamentarse inicialmente en ésta. Y al final, según el famoso jurista, este recurso *sui generis* fusionó con el recurso por exceso de poder: por eso, se podía alegar de la violación de la ley en este último.⁵¹ Ahora bien, esta explicación era puramente teórica⁵² y no se aplicaba en la práctica.⁵³ no existía un recurso *sui generis* sino una interpretación extensiva del concepto de *exceso de poder*.⁵⁴ A principios del siglo xx, el Consejo de Estado desarrolló el concepto de *exceso de poder* ampliando la noción de *violación de la ley*, al anular actos administrativos por interpretación errónea de la ley⁵⁵ o por calificación incorrecta de los hechos que los fundamentaban.⁵⁶ Así, el poder discrecional de la Administración se anihila para proteger a los particulares contra sus abusos gracias a la polisemia del concepto de *exceso de poder*. Sin embargo, el legislador confirió explícitamente a la Administración poderes discrecionales para calificar jurídicamente los hechos. Para no violar el principio de legalidad, el Consejo de Estado tenía que conformarse a ellos. Ahora bien, para proteger a los particulares y limitar los errores de derecho no recurribles de la Administración, el juez administrativo extrajo del concepto de *exceso de poder* una nueva noción: el «error manifiesto de apreciación». En efecto, por la sentencia Denizet,⁵⁷ el alto tribunal cambió su jurisprudencia anterior⁵⁸ y decidió controlar la apreciación jurídica de los motivos de hecho del acto administrativo. Pero el Consejo de Estado no quería controlar todo tipo de

51. LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1ª ed., 1888, t. II, pp. 379 y s.

52. DUGUIT, L., *Les transformations du droit public*, A. Colin, París, 1913, p. 185.

53. GEORGIN, A., *La violation de la loi, cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, tesis, París, 1915, pp. 219 y s.; BRISEÑO SIERRA, H., *op. cit.*, p. 183.

54. DUCROCQ, T., *op. cit.*, pp. 236-237: el autor reconoce que el concepto de *exceso de poder* abarca todo tipo de vicios; LECHALAS, G., *Manuel de droit administratif, services des ponts et chaussées et des chemins vicinaux*, Baudry (Gauthier-Villars), París, 1889-1898, t. I, p. LXXXIX; BATBIE, A., *Introduction générale au droit public et administratif, Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Cotillon, París, 1861, t. I, p. 411.

55. CE, 31 de enero de 1902, Grazietti, S. 1903. 3. 113.

56. CE, 4 de abril de 1904, *Gomel*, rec. p. 488; S. 1917. 3. 25 nota Hauriou.

57. CE, 13 de noviembre de 1953, rec., p. 489.

58. CE, Asamblea, 27 de abril de 1951, Mélamédie, rec., p. 226, conclusiones Delvolvé; D. 1953.453 nota PLJ.

errores sino los más evidentes y flagrantes. Por eso, la Sección de esta alta jurisdicción limitó su control a los errores «manifiestos».⁵⁹ Hubo que esperar al año 1962 para que el juez supremo decidiera anular un acto administrativo por «error manifiesto de apreciación» gracias a la interpretación *a contrario* de sus decisiones denegatorias anteriores.⁶⁰ El control limitado del error manifiesto de apreciación se volvió a llamar «control restringido o mínimo» de la legalidad, que excluía la verificación de la calificación jurídica de los hechos, al contrario del «control normal». Este nuevo derivado del concepto de *exceso de poder* se ha interpretado de manera bastante confusa. En efecto, la doctrina estaba de acuerdo para definir «el error manifiesto de apreciación» como un error flagrante de la calificación jurídica de los hechos⁶¹ que pudiera llamar la atención *in abstracto* y sin dificultad al «*buen padre de familia*». Ahora bien, el Consejo de Estado precisó que este error se cometía también cuando una sanción disciplinaria de un funcionario no estaba proporcionada con la gravedad de su falta.⁶² Por lo tanto, el juez administrativo controló, por vía del error manifiesto de apreciación la proporcionalidad entre los hechos probados (la falta) y el derecho (la sanción disciplinaria). Sin embargo, la adecuación entre los hechos y el derecho no es nada más, por definición, que una calificación jurídica. Por lo tanto, una calificación jurídica «*desproporcionada*» sólo es una calificación jurídica «*severa*» pero «*correcta*». En otras palabras, el Consejo de Estado no controló lo erróneo de la calificación jurídica de los hechos sino la gravedad de sus consecuencias, mientras que sólo hubiera debido parar su razonamiento en el análisis de los hechos, como imponía el régimen jurídico del control mínimo. De nuevo, esta actitud de la alta jurisdicción sólo se podía justificar por la salvaguardia de los particulares contra los abusos de la Administración. En este sentido, el Consejo de Estado aumentó aún más los poderes del juez controlando las ventajas de la declaración de utilidad pública de las expropiaciones. En efecto, la propiedad privada tenía que protegerse contra la Administración yendo más allá de la calificación jurídica de los hechos. Por eso, el alto tribunal consagró la

59. CE, Sección, 15 de febrero de 1961, Lagrange, rec., p. 121; AJDA, 1961. 200 chronique Galabert et Gentot.

60. CE, 9 de mayo de 1962, Commune de Montfermeil, rec., p. 304.

61. FRIER, P.-L., *Précis de droit administratif*, 3ª ed., Domat droit public, Montchrestien, 2004, pp. 460-461, n° 804.

62. CE, Sección, 22 de febrero de 1963, Maurel, rec., p. 119 ; 9 de junio de 1978, Lebon, rec., p. 245; AJDA. 1978. 573, conclusiones Genevois, note S.S.; D.1978.IR.361, observaciones Delvolvé; D. 1979.30 nota Pacteau; JCP. 1979.II.19159 nota Rials; *Revue Administrative* 1978. 634 nota Moderne; RDP, 1979. 227 note Auby.

teoría del balance (coste/beneficio) disponiendo que «una operación sólo se puede legalmente declarar de utilidad pública si las consecuencias respecto a la propiedad privada, el coste financiero y eventualmente los inconvenientes de índole social no son excesivos respecto al interés que presenta». ⁶³ Por lo tanto, la oportunidad de una expropiación se controlaba bajo criterios muy limitativos, al contrario de la jurisprudencia consolidada anterior que rechazaba toda pretensión de inoportunidad del acto impugnado. ⁶⁴ Así, el juez administrativo sin duda somete casi todos los actos administrativos a su control mediante el error de derecho para proteger las personas.

Paralelamente a la creación de la pretensión de la violación de la ley, el Consejo de Estado consideró que la noción de *exceso de poder* incluía también «*la desviación de poder*». Aucoc forjó esos términos. En efecto, según este famoso consejero del Estado, la desviación de poder existe cuando la Administración usa sus poderes discrecionales para un asunto o por motivos ajenos a aquellos que los fundamentan normalmente, conformándose a los trámites legales y actuando en el ámbito de sus competencias. ⁶⁵ La alta jurisdicción empezó a crearlo gracias a su Sentencia de 26 de diciembre de 1862, Larbaud. ⁶⁶ Sin embargo, apareció claramente en su Sentencia de 25 de febrero de 1864, Lesbats. ⁶⁷ Los hechos de ésta eran sencillos: el prefecto había usado sus poderes fundamentados en una ordenanza legislativa de 1846 para prohibir el aparcamiento, en el patio de la estación de tren, a los taxistas que no habían contratado con la compañía de ferrocarriles, con vistas a facilitar a los viajeros sus correspondencias con los trenes de las otras estaciones. El Consejo de Estado anuló por desviación de poder las decisiones del prefecto porque la Ordenanza de 1846 sólo le permitía regular el orden público y no la competencia entre los taxistas. Sin embargo, los términos de *desviación de poder* no se emplearon claramente hasta el principio del siglo xx, y quedó el nombre de su fuente: *exceso de poder*. ⁶⁸ Por lo tanto, existía un exceso de poder cuando se violó el espíritu de la ley a sabiendas. ⁶⁹ Así, la extensión de la noción del *exceso de poder*

63. CE, Asamblea, 28 de mayo de 1971: *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., n° 103, p. 647.

64. ESTEBAN, P., *Le contentieux de l'urbanisme du XVIIIe siècle à nos jours*, tesis, París II, 2004, p. 123.

65. AUCOC, L., op. cit., p. 40.

66. Rec., p. 862.

68. DUGUIT, L., « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », RDP, 1906, t. 23, p. 67. Rec., p. 209.

69. AUCOC, L., op. cit., p. 43.

«hacia penetrar el control jurisdiccional en zonas hasta entonces prohibidas». ⁷⁰ Frente al nuevo concepto jurisprudencial de *exceso de poder*, el legislador lo consagró expresamente ⁷¹ por el artículo 9 de la Ley de 24 de mayo de 1872. ⁷²

Aprovechándose de esa nueva base legal de su recurso por exceso de poder, el Consejo de Estado siguió confiriendo un sentido polisémico a la noción de *exceso de poder*. En efecto, el «error de hecho» se incluyó en el concepto de *exceso de poder*. Ya en ciertas materias, el juez administrativo controlaba la existencia de los hechos o los valoraba para apreciar indivisiblemente la legalidad del acto impugnado: por ejemplo, verificaba la distancia entre los cementerios y una ciudad en materia de higiene, apreciaba si determinadas obras pudieran calificarse de confortativas en materia de servidumbre urbanística. ⁷³ Sin embargo, de manera general, el Consejo de Estado no controlaba los hechos del acto impugnado: consideraba como constantes e indiscutibles los hechos elegidos por los administradores. En otras palabras, el juez administrativo no quería sustituir a la Administración en su control exclusivo de los hechos. Además, el juez sólo podía examinar las cuestiones de derecho, sobre las cuales la existencia de los hechos no influía. Por eso, la jurisprudencia imponía que el error de hecho «no podía constituir un exceso de poder aunque se estableciera». ⁷⁴ Por sus sentencias de 23 de febrero de 1906, Bénédicins de Poitiers, ⁷⁵ y de 18 de junio de 1907, Monod, ⁷⁶ el juez supremo admitió controlar los hechos, como lo confirmará en su Sentencia de 14 de enero de 1916, Camino. ⁷⁷ La justificación era muy lógica. Por un lado, la competencia de la Administración no excluye la del juez. Por otro lado, las cuestiones de hecho no son ajenas a las de derecho: si una decisión no puede ser jurídicamente fundamentada sólo en un hecho, la inexistencia de este hecho impide a esta decisión co-

70. GEORGIN, A., *op. cit.*, p. 242.

71. ESTEBAN, E., *Le permis de construire du XVIIIème siècle à nos jours*, Tesis, París II, 2004, pp. 238-239.

72. LECHALAS, G., *op. cit.*, p. LXXXIX.: «El Consejo de Estado juzga soberanamente los recursos y las demandas de anulación por exceso de poder interpuestos contra los actos de diversas autoridades administrativas».

73. CHALVON-DEMERSAY, E., *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, tesis, París, 1922, pp. 35 y s.; IMBERT, L., *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Dalloz, 1952, pp. 177 y s.

74. CE, 18 de marzo de 1910, Hubersen, rec., p. 259.

75. Rec., p. 178.

76. Rec., p. 616.

77. Rec., p. 15; S. 1922.3.10, conclusiones Corneille; RDP, 1917.463, conclusiones Corneille, nota Jèze.

rresponder al derecho.⁷⁸ Sin embargo, la doctrina no sabía si el error de hecho derivaba de la interpretación extensiva del concepto del *exceso de poder* o de la violación de ley.⁷⁹ Jèze⁸⁰ y Hauriou⁸¹ admitieron que dicho error se incluía directamente en la violación de la ley, al contrario de la mayoría de la doctrina.⁸² Por lo tanto, la polisemia del concepto de *exceso de poder* permitió crear nuevas pretensiones como el error de hecho, de derecho, la desviación de poder para que el juez administrativo limitara los poderes discrecionales de la Administración a beneficio de los particulares. Dicho concepto era así una quimera⁸³ lingüístico-jurídica y se ha vuelto desde ahora implícito en las sentencias.⁸⁴

Sin embargo, actualmente el juez administrativo opera una desnaturalización de dicho concepto para favorecer a la Administración en detrimento de los particulares.

II. LA DESNATURALIZACIÓN ACTUAL DEL CONCEPTO DE *EXCESO DE PODER* A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN

Al contrario de su objetivo inicial y para favorecer al poder ejecutivo, el Consejo de Estado desnaturaliza tanto los fundamentos procesales del exceso de poder (A) como sus efectos consagrando así el fin de su individualización (B).

78. LONG, M., et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11ª ed., Dalloz, 1996, p. 173.

79. Este problema tenía un alcance muy importante porque su solución condicionaba la admisión del recurso por exceso de poder: si se alegara de la violación de la ley se necesitaba un derecho adquirido infringido mientras que en los otros supuestos del exceso de poder (vicio de forma, incompetencia, desviación de poder) sólo se necesitaba la violación de un interés: CE, 11 de noviembre de 1887, Lefebvre, rec., p. 696.

80. JEZE, G.: CE, 13 de mayo de 1910, Dessay, RDP. 1911, p. 286.

81. HAURIOU, M.: CE, 4 de abril de 1914, Gomel, S. 1917. III. 25.

82. BONNARD, R., *Précis de droit administratif*, 4ª ed., LGDJ, 1943, pp. 97 y s. y p. 256; RIVERO, J., WALINE, J., *Droit administratif*, 20ª ed., Dalloz, 2004, p. 540-541.

83. En su sentido mitológico, como lo define el *Diccionario de la Real Academia*: «Monstruo imaginario que, según la fábula, vomitaba llamas y tenía cabeza de león, vientre de cabra y cola de dragón».

84. El Consejo de Estado ya no emplea expresamente los términos *exceso de poder* en sus sentencias por su obligación de motivarlas precisamente, sólo sirven para resumir al final lo antes fallado: CE, 5 de julio de 1995, Ville de Rennes, rec. n° 135156.

A) *La desnaturalización de los fundamentos procesales del exceso de poder*

Mediante la interpretación extensiva del concepto, el objetivo del Consejo de Estado ha sido siempre muy claro: proteger a los particulares contra los abusos de poder de la Administración. Lógicamente, la evolución de la noción de *exceso de poder* hubiera debido conducir a la sobreprotección de éstos. Ahora bien, ocurrió todo lo contrario: sintiéndose como un órgano de la Administración más que un defensor de los particulares, la alta jurisdicción ha fracasado su interpretación inicial del concepto de *exceso de poder* destruyendo la clasificación clara de las pretensiones anulatorias y previendo a cambio un exceso de poder «legalizable».

Por un lado, la jurisdicción contencioso-administrativa ha rematado toda la evolución de la noción de *exceso de poder* demoliendo toda la clasificación clara de las pretensiones anulatorias. En efecto, la tipificación estricta de los vicios de incompetencia, de formas, de violación de ley y la desviación de poder ha explotado por el descubrimiento del vicio de fraude y por la práctica.

En este sentido, la Sentencia de 30 de julio de 1997, SNC Fimopar, ha puesto literalmente de relieve la fragilidad de la lógica del exceso de poder creando una nueva pretensión anulatoria: el fraude.⁸⁵ Así, el Consejo de Estado consideró que «la solicitud entregada por la SNC Fimopar el 2 de junio de 1989 sí declaraba la construcción de un inmueble [...], de obras de cambio de bastidor [...] asimismo la creación de una escalera exterior no cerrada, de un tejadillo, no indicaba la creación de la superficie de ocupación bruta que generaban, que por lo tanto la licencia de 24 de julio de 1989, dictada según el expediente cuyo contenido tendía a mandar cometer un error por parte de la Administración respecto a la importancia de las obras, objeto de la solicitud, las cuales inducían de hecho la creación de una superficie de ocupación bruta superior a veinte metros cuadrados,⁸⁶ es ilegal». Desde luego, un acto administrativo dictado gracias al fraude no puede conferir ningún derecho.⁸⁷ Sin embargo, aquí, el exceso de poder de

85. Rec. n° 121846.

86. El petitionerario había disminuido las superficies declaradas para no necesitar una licencia para construir sino una sencilla licencia de obras, que se regulaba por un régimen jurídico diferente y más favorable que aquel de la licencia para construir (imposición reducida, documentación del expediente más sencilla, etc.).

87. MAILLOT, J.-L.: CE, 30 de julio de 1997, SNC Fimopar, *Petites Affiches* 17 de diciembre de 1997, pp. 14-18.

la Administración sólo resultaba del fraude del peticionario porque sólo se ha declarado ilegal la solicitud, y por ende, el acto administrativo correspondiente. Por lo tanto, el vicio de fraude no ha nacido del concepto del exceso de poder porque la Administración también es la víctima del fraude cometido. Este vicio sólo tiende a castigar al declarante de mala fe y no el *exceso de poder* de la Administración. Entonces, la anulación del acto impugnado ahora se puede alcanzar por dos vías: el exceso de poder y el fraude. Sin embargo, la formación de esas dos vías se puede justificar por la salvaguardia del principio de legalidad que se tiene que respetar por el acto administrativo. Desde el punto de vista del derecho procesal y de la lingüística, el fraude no hubiera podido inducir a la anulación del acto administrativo sino al exceso de poder. A lo mejor, la única sanción del fraude hubiera debido ser la *inexistencia* del acto administrativo dictado: como la solicitud fraudulenta no ha generado el derecho otorgado por la decisión administrativa, se tiene que considerar, gracias a una ficción jurídica, que ésta resultó de otra solicitud legal totalmente ficticia y por ende, el acto administrativo impugnado y nacido de la solicitud legal ficticia, no existe retroactivamente respecto de la solicitud fraudulenta. Lamentablemente, tal razonamiento no se ha admitido en la sentencia SNC Fimopar y jurídicamente el vicio de fraude es ahora una pretensión anulatoria. Sin embargo, esta novedad tiene, sin duda, su fuente de aspiración en el fraude que existe en materia de abrogación del acto administrativo irregular no creador de derechos, que podía abrogar en cualquier momento la autoridad administrativa.⁸⁸ Siendo una autoridad administrativa con poder de «abrogar» el acto impugnado, el Consejo de Estado consideró que podía «anularlo» *a fortiori*. Sólo había olvidado el exceso de poder de la Administración...

La teoría del exceso de poder empieza así a declinar, gracias también a la práctica.

En efecto, la interpretación extensiva del exceso de poder dio a luz a la incompetencia, el vicio de formas, la desviación de poder, la violación de ley, pero en sí el exceso de poder no puede ser una pretensión autónoma sino un conjunto de pretensiones anulatorias. En efecto, en la práctica, el exceso de poder por violación de la ley se entiende muy difícilmente, porque no se sabe por qué la violación de una ley de competencia o de una ley que regula los trámites no puede constituir una violación de la ley sino

88. CE, Sección, 17 de junio de 1955, Silberstein, rec., p. 334; 12 de diciembre de 1986, Tshibangu, rec., p. 279; RFDA, 1987. 469, conclusiones Bonichot; AJDA, 1987. 86. chronique Azibert et M. de Boisdeffre, *Revue Administrative* 1987. 34 observaciones Terneyre.

sólo un vicio de incompetencia o de forma. Esta distinción es fundamental, porque cuando el recurrente sólo pretende, por ejemplo, en su demanda que la Administración cometió sólo una violación de la ley de competencia y que después del plazo de dos meses, alega un vicio de incompetencia, este último se rechaza de oficio por resultar de una causa jurídica diferente: el segundo pertenece al ámbito de la legalidad externa mientras que el primero al de la legalidad interna del acto impugnado.⁸⁹ Entonces, si el concepto unitario de exceso de poder hubiera tenido eficacia, habría podido evitar tal dificultad procesal, porque se hubiera considerado que la violación de la ley y el vicio de incompetencia pertenecían a la misma causa jurídica: el exceso de poder. Al final, aquella dificultad procesal beneficia a la Administración, mientras que el exceso de poder había sido creado para proteger a los particulares. Por lo tanto, desde el punto procesal el concepto de *exceso de poder* es sólo una pura ficción lingüística sin alcance por sí mismo.

El juez administrativo desnaturaliza así dicho concepto, forjándolo como un arma contra los intereses privados, tal como pone de relieve también sus diferentes tipos de control. Como hemos dicho antes, la jurisdicción contencioso-administrativa reduce los supuestos de exceso de poder cuando el legislador confirió expresamente poderes discrecionales a la Administración: ejerce un «control restringido» rechazando la verificación de la calificación jurídica de los hechos, salvo cuando existe un «error manifiesto de apreciación». Ahora bien, este tipo de error no se aprecia de manera clara por el juez. En efecto, por definición, lo «manifiesto» del error sólo depende de los hechos del asunto. Normalmente, el juez hubiera debido deducir dicho error de las circunstancias del litigio: el error manifiesto hubiera debido ser una inadecuación flagrante, apreciada *in abstracto*, entre los hechos constatados en el acto administrativo y el derecho aplicado. Ahora bien, el juez no lo determina así. En efecto, el error manifiesto de apreciación, en la práctica, resulta del desequilibrio entre la calificación jurídica litigiosa de los hechos y las otras decisiones anteriormente dictadas al respecto.⁹⁰ Por lo tanto, el exceso de poder por error manifiesto de apreciación se queda en una pura utopía si no existen situaciones anteriores idénticas. Así, en vez de apreciar *in abstracto* aquel error para extender su

89. CE, Sección, 20 de febrero de 1953, Intercopie, rec. p. 88.

90. Por ejemplo, existe un error manifiesto de apreciación, si no se califica como zona natural un valle que vincula dos zonas naturales: CE, Sección, 23 de marzo de 1979, Comune de Bouchemaine, rec. n° 09860, rec. p. 127.

91. LONG, M., y *alii*, *op. cit.*, p. 27-30.

92. ESTEBAN, P., *op. cit.*, p. 130.

control, el juez prefiere de hecho reducir la importancia del exceso de poder por error manifiesto de apreciación para limitar los recursos de los particulares contra el poder discrecional de la Administración.

También el Consejo de Estado ha anihilado totalmente en la práctica el exceso de poder por desviación de poder. En efecto, la desviación de poder sólo puede resultar de un acto administrativo ajeno a cualquier interés público o si se ha dictado con vistas al interés público pero sin corresponder con el que se confirieron los poderes usados.⁹¹ La prueba de la desviación de poder se extendió al principio del siglo xx porque se admitió la prueba indirecta resultante de la instrucción y no sólo del expediente:⁹² tal como presunciones suficientemente consolidadas e indicios suficientemente serios,⁹³ alegaciones suficientemente precisas si no se pudieran contradecir ni por la documentación del expediente ni por la Administración misma⁹⁴ o cuando permitían constatar la existencia de presunciones serias⁹⁵ resultante de las circunstancias del asunto⁹⁶ o de la manera de dictar el acto impugnado.⁹⁷ En defecto de esos elementos de prueba, el Consejo de Estado ha instaurado una presunción de meta legal a favor de la Administración para eliminar el exceso de poder por desviación de poder.⁹⁸ También, para reducir su alcance, consideró que la desviación por exceso de poder no existía cuando la Administración usó entre sus poderes uno que correspondía en parte a un interés público al respecto.⁹⁹ Por lo tanto, en la práctica, la pretensión de desviación de poder es muy aleatoria e ilusoria. Sin embargo, aprovechándose de los límites y jerarquía confusos entre la violación de la ley y de la desviación de poder, el juez administrativo ha favorecido a la Administración, rechazando discrecionalmente la pretensión de desviación de poder por ser una violación de la ley cuando el poder Ejecutivo dictó un acto administrativo con una meta ajena al interés general, pero sin fundamento legal¹⁰⁰ o por error manifiesto de apreciación.¹⁰¹ Como decía

93. CE, Sección, 3 de marzo de 1939, Dame Laurent, rec., p. 138.

94. CE, 23 de octubre de 1957, Chailloux, rec., p. 548.

95. CE, 22 de marzo de 1961, Enard, rec., p. 202.

96. CE, Sección, 13 de noviembre de 1970, Lambert, rec., p. 665; AJDA 1971. 33, chronique Labetoulle et Cabanes.

97. CE, 13 de enero de 1995, Syndicat autonome des inspecteurs de l'administration, rec., p. 23; RDP, 1995. 1091, nota Prétot.

98. CE, Sección, 27 de mayo de 1949, Blanchard et Dachary, rec., p. 245.

99. CE, 20 de julio de 1971, Ville de Sochaux, rec., p. 561; AJDA 1972. 227 nota Homont.

100. CE, Asamblea, 28 de mayo de 1954, Barel, rec., p. 308, conclusiones Letourneur.

101. CE, Asamblea, 16 de diciembre de 1988, Bléton, rec., p. 451, conclusiones Vigouroux.

Labetoulle, la censura por desviación de poder es la última arma del juez cuando quiere sancionar actitudes particularmente escandalosas de la Administración y cuando no existe otro motivo de sanción.¹⁰² Creando así una jerarquía discrecional entre las pretensiones anulatorias por exceso de poder y limitándolo, el juez lo ha desnaturalizado.

Sin embargo, el Consejo de Estado ha eliminado y ha desnaturalizado literalmente el concepto de *exceso de poder* permitiendo su legalización durante la instancia. En efecto, por una Sentencia de la Sección del Consejo de Estado, de 6 de febrero de 2004, *Mme Hallal*,¹⁰³ se ha impuesto que la Administración podía operar una sustitución de los motivos de hecho o de derecho de su decisión ante el juez del fondo siempre y cuando se respetaran las garantías del proceso. El comisario del Gobierno De Silva había indicado que esas garantías correspondían a las que resultaban del principio contradictorio: la sustitución solicitada por la Administración se debía comunicar al recurrente.¹⁰⁴ Así, la teoría según la cual el juez no debía ser administrador era anticuada.¹⁰⁵ Por lo tanto, el juez se vuelve el defensor de la Administración y desequilibra¹⁰⁶ demasiado el proceso a favor del poder ejecutivo, violando el principio europeo de igualdad de armas. El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa desaparece totalmente porque el exceso de poder puede eliminarse en cualquier instancia¹⁰⁷ y también, por primera vez, en apelación, si se reclama la sustitución de motivos.¹⁰⁸ Por lo tanto, el exceso de poder se ha vuelto un concepto manejable porque ya no se queda cristalizado a partir de la demanda.

Así, creando un nuevo concepto de *exceso de poder* legalizable, el Consejo de Estado ha puesto fin tanto al interés de la polisemia de la noción inicial de exceso de poder como a su individualización, desnaturalizando también sus efectos.

102. LABETOULLE, D., conclusiones: CE, Sección, 23 de marzo de 1979, Commune de Bouchemaine, rec., p. 127.

103. Rec. n° 240560; RFDA, 2004, p. 749.

104. DE SILVA, I., conclusiones: CE, Sección, 6 de febrero de 2004, Mme. Hallal, RFDA, 2004, p. 747.

105. *Ibid.*, p. 746.

106. DONNAT, F. y CASAS, D., nota: CE, Sección, 6 de febrero de 2004, Mme. Hallal, AJDA, 2004, 439.

107. La sustitución de fundamentos se ha extendido también a los procedimientos cautelares contencioso-administrativos («référé»): DE SILVA, I., « Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence Hallal », AJDA, 3 de abril 2006, n° 13, p. 690.

108. YEZNIKIAN, O., « La substitution des motifs devant le juge d'appel », RFDA 2004, p. 751.

B) *La desnaturalización de los efectos del exceso de poder: el fin de su individualización*

Al contrario de España, en Francia, a partir del siglo XIX,¹⁰⁹ el recurso de plena jurisdicción se desvela claramente como un tipo de recurso autónomo del recurso por exceso de poder, complicando así la admisibilidad de la demanda del particular. En efecto, tanto su admisibilidad como su objeto tienden a proteger un derecho subjetivo del recurrente. El recurso por exceso de poder sólo defiende la legalidad objetiva, sin necesitar la violación de un derecho sino de un interés. Sin embargo, para saber qué régimen jurídico se tiene que aplicar al recurso incoado, hay que referirse a la demanda del recurrente. En efecto, si el demandante solicita la anulación del acto administrativo, se aplica el régimen jurídico del recurso por exceso de poder que depende de la prueba de dicho exceso en el momento de la expedición del acto administrativo dictado y que sólo permite al juez anularlo sin dictar uno nuevo. Si el recurrente solicita la reforma de una decisión administrativa, se le aplica el régimen jurídico del recurso de plena jurisdicción, en el que el juez puede tomar una decisión en lugar de la Administración en el momento de fallar.¹¹⁰ Por lo tanto, en el recurso por exceso de poder, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede modular retroactivamente la anulación del acto impugnado, porque indirectamente sería reformarla dejando surtir algunos efectos pasados o futuros. El concepto de *exceso de poder* permite justamente la eliminación radical del acto administrativo ilegal en vez de su modificación.

Sin embargo, ahora, el fin de la individualización del exceso de poder resulta del poder pretoriano del Consejo de Estado y de su apoyo legislativo.

Por una sentencia de la Asamblea¹¹¹ del Consejo de Estado de 11 de mayo de 2004, *Association AC! et autres*,¹¹² requerida por parte de la doctrina,¹¹³ se ha fallado por primera vez que el juez podía aplazar los efectos

109. Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873, Blanco, *Grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 1, p. 1.

110. RIVERO, J., WALINE, J., *op. cit.*, p. 521-522.

111. La Asamblea del Consejo de Estado es una formación muy solemne que reúne al vicepresidente del Consejo de Estado, los presidentes de las seis subsecciones del Consejo de Estado (Contencioso, Finanzas, Obras Públicas, Social, Informes y Estudios), tres vicepresidentes de la Sección de lo Contencioso, del presidente de la subsección que instruyó el asunto, el ponente y el comisario del Gobierno.

112. Rec. n° 255886, rec. p. 197; AJDA, 2004. II. p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica; RFDA, 2004, p. 454, concl. C. Devys.

113. SEILLER, B., « L'illégalité sans annulation », AJDA, 2004. I. pp. 963 y s.

de la anulación retroactiva del acto administrativo impugnado «si aparece que este efecto retroactivo genera consecuencias manifiestamente excesivas tanto por los efectos que han surtido el acto y situaciones que han podido resultar cuando estaba en vigor como por el interés general». Por lo tanto, se consagraba el poder de reformar actos administrativos por el recurso de exceso de poder.¹¹⁴ El criterio para determinar lo manifiestamente excesivo resulta del desequilibrio entre, por un lado, los inconvenientes de la limitación temporal de la anulación y, por el otro, las situaciones o efectos nacidos a favor del demandado o interés general. En breve, esta sentencia aplica la teoría del balance (coste/beneficio). En otras palabras, «implícitamente el poder de modulación del juez resulta del balance entre el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica».¹¹⁵ Por lo tanto, el concepto de *exceso de poder* ya no surtía efectos de anulación, es decir, la eliminación del acto administrativo ilegal. Así, el juez administrativo se ha vuelto un verdadero administrador. Y lo peor de todo, para fundamentar y crear ese nuevo poder de la jurisdicción contencioso-administrativa, el Consejo de Estado usó la teoría del balance que sólo servía para evaluar el exceso de poder, confundiendo el objeto del litigio con sus efectos. Así, la valoración del concepto de exceso de poder sirvió para anihilar el recurso que había generado. Tal sentencia ha sido confirmada por una sentencia de Sección del Consejo de Estado¹¹⁶ que aclaró que el aplazamiento de la anulación podía también resultar de la demanda de una de las partes después de haber analizado todas las otras críticas del recurrente.¹¹⁷ De todos modos, la fecha de aplazamiento de los efectos retroactivos de la anulación la determina discrecionalmente el juez administrativo del fondo. Entonces, ese último puede aplazar la anulación durante la instancia eligiendo una fecha que permite al poder ejecutivo legalizar el acto impugnado. En efecto, ni nada ni nadie puede impedir a la Administración rectificar su decisión ilegal después de una demanda anulatoria. De tal manera, aplazando los efectos de la anulación, se puede legalizar el acto administrativo ilegal, eliminando así el exceso de poder. En otras palabras, la desnaturalización de los efectos anulatorios y retroactivos del exceso de poder ha permitido anihilarlo.

114. LANDAIS, C., LENICA, F., « La modulation dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », AJDA, 2004, II, p. 1197.

115. *Ibid.*

116. CE, Sección, 25 de febrero de 2005, France TELECOM, rec. n° 247866; AJDA, 2005, II, p. 997.

117. LANDAIS, C., LENICA, F., « Modulation dans le temps des effets de l'annulation d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications », AJDA, 2005, II, pp. 997 y s.

Recientemente, en materia urbanística, influido por esta jurisprudencia, el legislador ha ayudado al juez contencioso-administrativo en su objetivo de proteger a la Administración permitiéndole anular parcialmente el acto impugnado,¹¹⁸ como ya hace la Corte de casación respecto a la sentencia criticada: es decir, limitar la anulación. Por lo tanto, el juez tiene el poder de evaluar la gravedad del exceso de poder para eliminar sus efectos anulatorios, desencadenándose del principio de unicidad de la decisión. En otras palabras, el recurso de exceso de poder se ha vuelto un recurso de plena jurisdicción porque se puede modular el exceso de poder y sus efectos anulatorios, tanto como la condenación correspondiente de la Administración. Ahora, la noción tradicional de exceso de poder, inductor de anulación total, no es nada más que un tipo excepcional de falta grave del poder ejecutivo, que desaparecerá sin dificultad en la práctica.¹¹⁹ Entonces, la «coherencia» y el «particularismo»¹²⁰ del derecho administrativo dicotómico francés ya no existen. En efecto, la desnaturalización del concepto de *exceso de poder* resulta únicamente del cambio de objetivo del juez contencioso-administrativo: favorecer a la Administración para no impedir su acción y limitar los litigios.

CONCLUSIÓN

El concepto de *exceso de poder* siempre ha sido interpretado para defender al individuo contra los abusos de la Administración. Así, el Consejo de Estado confirió a esta noción una polisemia para ofrecer al recurrente un conjunto de pretensiones anulatorias contra el acto administrativo impugnado. Era una quimera lingüístico-jurídica. Sin embargo, el concepto de *exceso de poder* se ha desnaturalizado: se puede legalizar por sustitu-

118. Artículo L. 600-5 del código urbanístico creado por el artículo 11 de la Ley n° 2006-872, de 13 de julio de 2006, de compromiso nacional para el alojamiento (JO n° 163 de 16 de julio de 2006, p. 10662): «cuando constata que sólo una parte de un proyecto de construcción o de reforma habiendo sido objeto de una licencia urbanística es ilegal, la jurisdicción contencioso-administrativa puede dictar una anulación parcial de esta licencia [...]».

119. Ninguna disposición legislativa o reglamentaria impone requisitos al juez para imponer una anulación parcial o total. Por lo tanto, para ayudar a la Administración, siempre considerará que la anulación debe ser parcial porque, en materia urbanística, los actos administrativos se fundamentan en varias disposiciones independientes de normas urbanísticas (por ejemplo una licencia para construir debe respetar diferentes disposiciones del plan urbanístico).

120. FERRARI, B., « Le déclin du droit administratif français: entre chimère et réalité », AJDA, 22 de mayo de 2006, n° 19, p. 1021.

ción de los fundamentos del acto criticado. Además, el juez se aprovecha de la clasificación rígida de las pretensiones anulatorias y de la modulación de la anulación para eliminar el exceso de poder cometido. Por lo tanto, el concepto de *exceso de poder* se ha vuelto un arma contra los intereses privados, mientras que la sencilla instauración de un «recurso contencioso-administrativo» unitario, sin concepto explícito de *exceso de poder*, como ya existe en España, los hubiera protegido perfectamente.

BIBLIOGRAFÍA

- AUCOC, L., *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Imprimerie E. Colas, Orléans, 1878.
- BATBIE, A., *Introduction générale au droit public et administratif, Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Cotillon, Paris, 1861.
- BIGOT, G., *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, collection Droit fondamental, Paris, 2002.
- BONNARD, R., *Précis de droit administratif*, 4ª ed., LGDJ, 1943.
- BRISEÑO SIERRA, H., *El proceso administrativo en Iberoamérica*, UNAM, México, 1968.
- CHALVON-DEMERSAY, E., *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, tesis, París, 1922.
- CORMENIN, L.-M., *Droit administratif*, 5ª ed., 1845.
- CORMENIN, L.-M., *Questions de droit administratif*, 3ª ed., 1826, t. 1; 4ª ed., 1837, t. 1; 5ª ed., 1840, t. 1.
- DE SILVA, I., conclusiones: CE Sección, 6 de febrero de 2004, Mme. Hallal, RFDA, 2004, pp. 740 y s.
- DE SILVA, I., « Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence Hallal », AJDA, 3 de abril de 2006, nº 13, pp. 690 y s.
- Dictionnaire de la Real Academia.*
- Dictionnaire de l'Académie française*, 9ª ed., Imprimerie Nationale, 1986. Voz *Excès*.
- Dictionnaire Littré*, 2ª ed., 1872-1877.
- DONNAT, F., CASAS, D., nota: CE, Sección, 6 de febrero de 2004, Mme. Hallal, AJDA, 2004, p. 436.
- DUCROCQ, T., *Cours de droit administratif*, E. Thorin, Paris, 1881.
- DUGUIT, L., *Les transformations du droit public*, A. Colin, Paris, 1913.
- DUGUIT, L., « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », RDP, 1906, t. 23, p. 421.

- ESMEIN, A., *Cours élémentaire d'Histoire du droit à l'usage des étudiants de première année*, 11^a ed., Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1912.
- ESTEBAN, E., *Le permis de construire du XVIIIe siècle à nos jours*, Tesis, Paris II, 2004.
- ESTEBAN, E., ESTEBAN, P., «La traducción de la voz *Legitimación* al francés: ¿un concepto de derecho procesal administrativo inexistente en el derecho francés?», *Revista de Llengua i Dret*, n° 44, pp. 11 y s.
- ESTEBAN, P., *Le contentieux de l'urbanisme du XVIIIe siècle à nos jours*, tesis, Paris II, 2004.
- FERRARI, B., « Le déclin du droit administratif français: entre chimère et réalité », *AJDA*, 22 de mayo de 2006, n° 19, pp. 1021 y s.
- FLOQUET, A., *Histoire du parlement de Normandie*, É. Frère, Rouen, 1840-1842.
- FOUCART, E.-V., *Éléments de droit public et administratif*, 3^a ed., 1843, t. III.
- FRIER, P.-L., *Précis de droit administratif*, 3^a ed, Domat droit public, Montchrestien, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La Administración pública y la Ley», *Revista Española de Derecho Administrativo*, octubre-diciembre de 2000, n° 108, p. 571.
- GEORGIN, A., *La violation de la loi, cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Tesis, Paris, 1915.
- HAURIUO, M., nota: CE, 4 de abril de 1914, Gomel, S. 1917. III. 25.
- IMBERT, L., *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Dalloz, 1952.
- JACQUELIN, R., « L'évolution de la procédure administrative », *RDJ*, 1903, t. XIX, p. 375.
- JEZE, G., nota: CE, 13 de mayo de 1910, Dessay, *RDJ*, 1911, p. 286.
- LABETOULLE, D., conclusiones: CE, Sección, Commune de Bouchemaine, rec., p. 127.
- LACHARRIERE, « Cormenin, politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif »: *RDJ*, 1940-1941, p. 352.
- LAFERRIERE, E., « Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir » en GONOD, P., *Edouard Laferrière*, PUF, 1999, pp. 143-161.
- LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^a ed., 1888, t. II.
- LAFERRIERE, F., *Introduction à l'Histoire des institutions administratives: discours prononcé à l'ouverture du cours de droit administratif le 30 avril*

- 1838, ed. Bureau de la revue de législation et de jurisprudence, Paris, 1838.
- LAMPUE, P., *Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle*, Bruxelles: Edition de la librairie. encyclopédique, 1954, pp. 17 y s.
- LANDAIS, C., LENICA, F., « La modulation dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA*, 2004. II, pp. 1197 y s.
- LANDAIS, C., LENICA, F., « Modulation dans le temps des effets de l'annulation d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications », *AJDA*, 2005. II, pp. 997 y s.
- LANDON, P., *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Tesis, Paris, 1942.
- LEBRETON, G., « L'origine des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir d'après les remontrances des Parlements au XVIIIe siècle », *RDP*, 1986. 1599-1634.
- LECHALAS, G., *Manuel de droit administratif, services des ponts et chaussées et des chemins vicinaux*, Baudry (Gauthier-Villars), Paris, 1889-1898.
- LONG, M. et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^a ed., Dalloz, 1996.
- M.-RETORTILLO BAQUER, S., «La desviación de poder en el derecho español», *RAP*, 1957, n° 22, p. 129.
- MACAREL, L.-A., *Des Tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, J.-P. Roret, Paris, 1828.
- MACAREL, L.-A., nota en la sentencia Brière: rec., 1829, p. 14.
- MAILLOT, J.-L., nota: CE, 30 de julio de 1997, *Petites Affiches*, 17 de diciembre de 1997, pp. 14-18.
- MARÍA FABIÉ, A., «Lo contencioso-administrativo», *RGLJ*, 1889, t. 74, p. 437.
- MESTRE, J.-L., *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985.
- MESTRE, J.-L., « L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », *RFDA*, 2003, pp. 211 y s.
- MESTRE, J.-L., « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, n° 43, 1991, pp. 281-298.
- MESTRE, J.-L., *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime: le contentieux des communautés de Provence*, LGDJ, 1976.
- RIVERO, J., WALINE, J., *Droit administratif*, 20^a ed., Dalloz, 2004.
- SANDEVOIR, P., *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1964.
- SEILLER, B., « L'illégalité sans annulation », *AJDA*, 2004. I, pp. 963 y s.
- VELLEY, S., *Les origines du principe de légalité en droit public français*, Tesis, Paris X, 1988

YEZNIKIAN, O., « La substitution des motifs devant le juge d'appel »,
RFDA, 2004, pp. 750 y s.

ABREVIATURAS

AJDA: Actualité Juridique Droit Administratif; CE: Sentencia del Consejo de Estado; RAP: Revista de Administración Pública; RDP: Revue de Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger; Rec.: Recueil Lebon; Rec.: recurso; RFDA: Revue Française de Droit Administratif; RGLJ: Revista General de Legislación y de Jurisprudencia; S.: Recueil Sirey.

—abstract / resum—

THE CONCEPT OF *EXCESS OF POWER*
IN FRENCH ADMINISTRATIVE LAW:
APOLOGY AND THE DECLINE OF
A JURIDICAL-LINGUISTIC MYTH

Elisabeth and Philippe ESTEBAN

This article examines a very important notion of French administrative law: the excess of power. This concept was interpreted very extensively by the Conseil d'État to allow individuals to act against government abuse. Nevertheless, thanks to the discovery of its polysemy, the French administrative court system has totally distorted it. Consequently, this paper traces the complete juridical-linguistic development of the concept of excess of power and explains how it became a legal weapon used against individuals, thus depriving them of the efficaciousness of the corresponding remedy that had been generated in a new way starting in the 19th century: the action for excess of power.

EL CONCEPTE D'*EXCÉS DE PODER* EN EL
DRET ADMINISTRATIU FRANCÈS:
APOLOGIA I DECADÈNCIA D'UN MITE
JURIDICOLINGÜÍSTIC

Elisabeth i PHILIPPE ESTEBAN

Aquest article planteja una noció molt important del dret administratiu francès: l'*excés de poder*. Aquest concepte va ser interpretat de manera molt extensiva pel Consell d'Estat per permetre als particulars actuar contra els abusos de l'Administració. Tanmateix, gràcies al descobriment de la seva polisèmia, la jurisdicció contenciosa administrativa francesa l'ha desnaturalitzat totalment. Per això, aquest estudi presenta tota l'evolució juridicolingüística del concepte d'*excés de poder* i explica com es va convertir en una arma jurídica contra els particulars, privant-los així de l'eficàcia del recurs corresponent que s'havia generat de manera nova des del segle XIX: el recurs per excés de poder.