

LA JURISIDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA FRANCESA : EVOLUCIÓN Y REFORMAS

por Gilles J. Guglielmi
Catedrático de Derecho Público
Universidad de Paris II (Panthéon-Assas), Francia

La presentación que sigue se propone adoptar un punto de vista que sirva de punto de partida para reflexiones de derecho comparado. Por lo tanto, se limitará a una revista muy general de las principales cuestiones estructurales. De ninguna manera pretende ser exhaustiva ni objetiva, pues la identificación de un problema que debería figurar en una agenda de reformas constituye un verdadero desafío que depende de posiciones y posturas en el debate político y social.

La justicia administrativa francesa es un conjunto heterogéneo de jurisdicciones de diversos grados, unas de derecho común y otras de excepción, que podemos considerar muy fuertemente unificadas por su corte suprema: el *Conseil d'Etat* – Consejo de Estado. Este ejerce una verdadera dirección del conjunto jurisdiccional, no sólo por el papel que desempeña en el fondo del derecho, sino por su influencia sobre, por una parte, la gestión de las carreras de todos los magistrados del orden administrativo (tribunales administrativos, cortes administrativas de apelación) y, por la otra –en razón de su función consultiva–, sobre la producción de las leyes y los decretos relativos al conjunto de la justicia administrativa.

En su forma actual, el Consejo de Estado es una institución bicentenaria, incluso en su función jurisdiccional que empezó en 1806, pero sus orígenes se arraigan en el *Conseil du Roi* (Consejo del Rey) del Antiguo Régimen. Por lo demás, el Consejo de Estado ha sobrevivido a numerosos intentos de supresión y, en este sentido, posee una enorme legitimidad psicológica y legendaria dentro del aparato de Estado, aunque es apenas conocido por el público en general y los ciudadanos. A título de ejemplo: en la última campaña presidencial de 2007, un solo candidato (François Bayrou, de centro) presentó una propuesta sobre la justicia administrativa y el Consejo de Estado¹, la cual, por lo demás, no tuvo ninguna repercusión significativa en el debate electoral.

¹ « Es necesario que el Estado también encuentre su justicia. El Consejo de Estado, que no está compuesto por magistrados, no puede ser juez y parte, asociar las funciones de juez y de consejo del gobierno. Es un gran tema para la cumbre del Estado en Francia, indisociable de la voluntad de independencia de la sociedad francesa ».

Como toda institución pública –y quizá más que cualquier otra–, el Consejo de Estado secreta una estrategia de supervivencia y aumento de su legitimidad y su poder. Es una estrategia normal que proviene de una constante en los análisis de ciencia administrativa. Sin embargo, ésta presenta un inconveniente: los miembros que dirigen el Consejo la callan o el conjunto de los consejeros de Estado directamente la niegan.

Por otra parte, y muy a mi pesar, en el mundo académico puede constatararse una notable ausencia de pensamiento crítico sobre dicha institución, ausencia que a veces roza el conformismo social o la deferencia interesada.

En tanto corte suprema de un orden jurisdiccional, el Consejo de Estado hace como si se atenera a un equilibrio jurídico que sería garante de su neutralidad. Ahora bien: si su neutralidad política no se cuestiona (por razones que dependen de las sucesivas olas de nominaciones por los distintos presidentes y del nombramiento mediante clasificación con diploma de la ENA), no sucede lo mismo con su neutralidad sociológica, que es puramente mítica, ya que los miembros del Consejo forman parte del “mismo mundo” que la alta administración. Por lo tanto al Consejo de Estado le cuesta disfrazar su pretensión de encarnar la continuidad del Estado más allá de gobiernos y legislaturas. Digamos que en cierto modo podría ser calificado de *soberanista*, en cuanto considera que debe dominar sin compartir y sin control democrático sobre su acción todo aquello que, de cerca o de lejos, concierne a la actividad jurídica de los poderes públicos, con el motivo de que detenta una legitimidad histórica y una verdad jurídica que nadie estaría habilitado a matizar.

La acción actual del Consejo de Estado sobre la sociedad civil se ha orientado hacia dos direcciones principales. La primera consiste en producir él mismo los trabajos históricos relativos a su propia existencia y su evolución desde hace doscientos años. En este sentido, la creación en 2001 de un Comité de Historia del Consejo de Estado y de la jurisdicción administrativa y, más aún, la organización del coloquio del bicentenario del Consejo de Estado, en 2000, han sido ejemplares. La segunda consiste en desarrollar la difusión de su jurisprudencia más conectada con los problemas de sociedad. Para lograrlo, una política de comunicación muy voluntarista hace sistemática una conferencia de prensa luego de cada fallo determinante, conferencia donde el juez responsable de la gestión jurisdiccional, vicepresidente del Consejo de Estado, en ocasiones ha presentado él mismo los aportes del fallo, como el 18 de julio de 2007 respecto de un cambio de jurisprudencia relativo al derecho de los contratos.

Cuando una corte suprema que pretende la neutralidad jurídica comienza a investir el campo de la comunicación hacia el público en general, tal vez esté dando la señal de que coloca sus propios intereses institucionales muy por encima en la jerarquía de sus valores. Porque, en realidad, en la actualidad el problema esencial que plantea el Consejo de Estado no es jurídico, sino institucional y político. Podemos ilustrarlo con el hecho confeso de que el Consejo de Estado posee una red de ocupación y de intercambio de todos los puestos estratégicamente importantes² del aparato administrativo e incluso de los poderes públicos constitucionales. Tradicionalmente, la secretaría general del gobierno, que en cierto modo es la memoria del Estado, que establece la orden del día del Consejo de Ministros y asegura la comunicación entre el gobierno y el Parlamento, siempre se atribuye a un miembro del Consejo de Estado, el cual a menudo sólo deja ese puesto para ser nombrado vicepresidente del Consejo de Estado. Las funciones de secretario general del Consejo Constitucional y de ponente en el órgano superior de control de constitucionalidad –que preparan la redacción de los proyectos de decisión para miembros titulares que en su mayoría no son juristas– se atribuyen a miembros del Consejo de Estado. En el último nombramiento de miembros del Consejo Constitucional, el vicepresidente del Consejo de Estado, que estaba por jubilarse, fue designado miembro del Consejo Constitucional. El único juez francés en funciones en la Corte de Justicia de la Comunidad Europea es consejero de Estado (y lo mismo sucede en el Tribunal de Primera Instancia). El presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos es un consejero de Estado honorario. El juez francés de la Corte Internacional de Justicia también, al igual que el director de asuntos jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, etcétera.

Por otra parte, basta con leer en una gran revista jurídica las declaraciones del actual vicepresidente del Consejo de Estado³ para ver cómo trasluce su voluntad de dominar el orden administrativo en todas sus jurisdicciones, para no mencionar su amplia conciencia de ser el guía experto de la buena jurisdicción, de la buena legislación, de la buena normativa y de la buena administración.

Veamos cómo (reportaje a J.-M. Sauvé, actual vicepresidente del Consejo de Estado):

“Junto con la cooperación del gobierno, es necesario que el Consejo pueda contribuir mejor a la calidad de la normativa. Es un desafío esencial.

² Cf. tribuna del Prof. Fabrice Melleray en *Actualidad jurídica del derecho administrativo* 2007, n° 11.

³ *Actualidad jurídica del derecho administrativo* 2007, n° 11.

Implica que el gobierno asuma todas las consecuencias de nuestro informe de 2006.” En términos directos, el gobierno debe entonces plegarse a las observaciones del Consejo de Estado.

“Quiero tratar de manera global y coherente el conjunto de los problemas que se plantean a [la jurisdicción administrativa en todos los grados].” En otras palabras, administrar las jurisdicciones es asunto mío y no del Ministerio de Justicia.

Veamos qué dice respecto de la contratación lateral que actualmente permite que el presidente de la República elija y designe una pequeña fracción de los miembros del Consejo de Estado: “Me parece necesario reestructurarla, implementando procedimientos de selección de aquellas personas que deseen unirse al Consejo de Estado”. Esto podría ser el anuncio de nuevas medidas respecto de “concursos especiales” que no se llaman por su nombre, o bien de una aprobación por parte del propio Consejo de Estado de los miembros llamados a integrarlo: ¿podríamos seguir hablando entonces de “poder” de designación del presidente?

Para no extendernos más en cuanto a la percepción “social” del Consejo de Estado, sería conveniente recordar a algunos que, incluso en materia institucional, la consanguinidad es un factor que aumenta los defectos del cuerpo, y que el autismo no es la mejor pignoración de comunicación con el mundo real que los rodea.

Para explicar cómo, bajo la dirección del Consejo de Estado, la justicia administrativa llegó a esta privilegiada posición de influencia en la esfera pública, pero también para mostrar cuáles son los disfuncionamientos internos que amenazan la calidad innata de sus decisiones y la integración del ideal democrático, es necesario: desambiguar su propia denominación (primera parte); caracterizar sus estructuras (segunda parte); señalar la única reforma amplia que permitiría conceder al Consejo de Estado la naturaleza plenamente jurisdiccional de una corte suprema que evite todo riesgo de contrariedad con las exigencias del derecho europeo (tercera parte). Finalmente, en una última parte los cambios de jurisprudencia más destacados de 2006 y 2007 permitirán mostrar, por ejemplo, cómo el Consejo de Estado intenta crearse una imagen positiva en la opinión pública, dando prioridad a los temas “seguros” sin por ello mejorar considerablemente el contenido de las garantías de las libertades de los requirentes.

1. ¿A qué se llama justicia administrativa en Francia?

1.1. Una denominación polisémica

El término *justicia administrativa* utilizado en Francia puede designar en forma global un grupo de instituciones muy heterogéneas o bien, en forma limitada, uno de sus elementos en particular. Esta ambigüedad se explica esencialmente por motivos históricos. A partir de la Revolución Francesa se separan dos órdenes de jurisdicción realmente autónomos, cuya diferencia radical ha sido cultivada por las reformas del siglo XIX y por la jurisprudencia de la Corte Suprema del orden administrativo: el *Conseil d'Etat* (Consejo de Estado). Por otra parte, en Francia el control de constitucionalidad fue confiado tardíamente en 1958 a una Corte constitucional, sin que anteriormente se hubiese establecido ninguna tradición notable de control difuso de constitucionalidad por parte de los órdenes de jurisdicciones precitados.

El conjunto de la jurisdicción contencioso administrativa ha recibido recientemente un estatuto constitucional que pone el principio de su separación del orden judicial fuera del alcance de la ley ordinaria. Dicho estatuto constitucional ha sido esbozado por una decisión del Consejo Constitucional (CC, 22 de julio de 1980, Loi de validation – Ley de validación –, Rec.46, *AJDA* 1980.602, nota Carcassonne, *RD publ.* 1980.1658, *D.* 1981.IR.356, obs. Hamon), que basa la independencia de la jurisdicción administrativa sobre un principio fundamental reconocido por las leyes de la República. Fue confirmado por otra decisión que reconoce que, “conformemente a la concepción francesa de la separación de poderes”, el principio según el cual “la anulación y la reforma de las decisiones tomadas, en el ejercicio de las prerrogativas de poder público” por parte de las autoridades administrativas pertenece a la jurisdicción administrativa, es en sí mismo un principio fundamental reconocido por las leyes de la República (CC, 23 de enero de 1987, Conseil de la concurrence – Consejo de la Competencia –, Rec.8, *AJDA* 1987.345, nota Chevallier, *RD publ.* 1987.1341, nota Gaudemet, *RFD adm.* 1987.287, nota B. Genevois, *D.* 1988.117, nota Luchaire).

Se confiere así a la jurisdicción contencioso administrativa una esfera de competencia de principio que le está constitucionalmente reservada. La decisión “Consejo de la competencia” precisa las excepciones a dicha competencia: se trata de las materias que pertenecen “por naturaleza” a la autoridad judicial (justicia judicial, estado civil, libertades individuales y, llegado el caso, los litigios provocados por las decisiones del Consejo de la Competencia). Sin embargo, estas excepciones precisas y limitadas al

reparto clásico de competencias son estrictamente interpretadas (CC, 28 de julio de 1989, *Police des étrangers*, Rec.81, *AJDA* 1989.619, nota Chevallier, *RFD adm.* 1989.619, nota Genevois, *D.* 1990.161, nota Prétot, no conformidad a la Constitución de una disposición legislativa que da competencia a los tribunales judiciales para entender en los recursos entablados contra las órdenes gubernamentales que establecían la expulsión de los extranjeros en situación irregular).

Esta base, radicalmente distinta de la que caracteriza al orden judicial, es tardía respecto del nacimiento de la jurisdicción contencioso administrativa bajo el Primer Imperio. Pero la autonomización del derecho administrativo realizada por el Consejo de Estado durante dos siglos y el rol de gestión en la carrera de los miembros de las jurisdicciones administrativas son antiguos y se encuentran firmemente establecidos. Deseando cierta simplificación administrativa, a principios de la década de 1990, y en beneficio del Ministerio de Justicia, sólo se agruparon los medios inmobiliarios y humanos de las jurisdicciones administrativas (locales, personal de escribanía), que antes administraba el Ministerio del Interior.

1.2 La jurisdicción contencioso administrativa no participa en Francia de un “poder” constitucional, porque la Justicia en sí misma no constituye un “poder” semejante.

En Francia, la Justicia no es el tercer poder del que hablaba Montesquieu y que luego teorizaron ciertos juristas. No es un poder en el sentido de la “separación de poderes”. En efecto, la Constitución de 1958 incluye dos títulos dedicados a los dos poderes ejecutivo y judicial, pero no menciona ningún tercer poder, cualquiera sea su denominación. Por otra parte, son pocas las disposiciones constitucionales relativas a las diferentes jurisdicciones.

La jurisdicción contencioso administrativa no está directamente regida por la Constitución, salvo en un punto menor desde una reforma constitucional reciente relativa a la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado sobre ciertos actos de las colectividades territoriales de ultramar (art. 74 surgido de la ley constitucional del 28 de marzo de 2003). Es lo que hizo necesaria una interpretación del Consejo Constitucional al respecto – realizada en las decisiones “Ley de validación” y “Consejo de la competencia” precitadas– para que se afirmara su estatuto constitucional de jurisdicción. No obstante, es menester constatar que, en estas decisiones, el Consejo Constitucional no hace sino precisar el alcance de la competencia del legislador (art. 34 ap. 2) y no asienta directamente el orden

jurisdiccional administrativo en la noción de separación de poderes, como lo demostró Georges Vedel (*RFD adm.* 1990, sobre el bicentenario de la ley del 16-24 de agosto de 1790 que establece la separación de poderes).

2. Los principales problemas de la jurisdicción contencioso administrativa: la confusión de géneros y el contencioso de masa

Desde su aparición progresiva y autofundada a lo largo de todo el siglo XIX, la jurisdicción contencioso administrativa sufre de una confusión de géneros en el más alto nivel. En efecto, el Consejo de Estado, que la construyó pacientemente, es una institución única que acumula la calidad de Corte Suprema del orden jurisdiccional administrativo y, a la vez, la de consejo del gobierno. Esta confusión de géneros no puede sino generar dudas acerca de la independencia, no individual de sus miembros, sino institucional del Consejo de Estado en tanto jurisdicción. Y es tanto más notable cuanto ha recibido una consagración en el plano orgánico: todo miembro del Consejo de Estado está afectado a la vez a una formación de consejo (sección administrativa) y a una formación contenciosa (subsección de la Sección del contencioso), y es llamado regularmente para cumplir uno u otro rol según las necesidades del servicio.

Si nos limitamos solamente a los aspectos contenciosos, existen dos particularidades al respecto, que resultan simbólicamente representativas. La primera es la institución del Comisario del Gobierno ante las formaciones contenciosas. Contrariamente a su denominación actual (ord. del 2 de febrero y del 12 de marzo de 1831), este miembro de la jurisdicción administrativa expresa “con total independencia sus conclusiones, su apreciación, que debe ser imparcial, sobre las circunstancias de hecho particulares y las reglas de derecho aplicables, así como que su opinión sobre las soluciones que requiere, a su buen entender, el litigio” (CE Ass., 10 de julio de 1957, Gervaise, Rec.467, *AJDA* 1957.2.394, cr.; art. L.7 CJA). Pertenece a la jurisdicción y participa en la función de sentencia; por lo tanto, sus conclusiones no deben ser objeto de un debate contradictorio (CE, 29 de julio de 1998, Esclatine, *Rec.*320, *AJDA* 1999.69, nota Rolin). En su principio, la institución del Comisario de Gobierno no es contraria al derecho europeo de la CESDH – Tratado Europeo de Salvaguarda de los Derechos del Hombre – (CEDH, 7 de junio de 2001, Kress c/Francia), ni al de los Tratados relativos a la Comunidad Europea y la Unión Europea (por analogía con las atribuciones del abogado general ante la CJCE: ord. del 4 de febrero de 2000, Emesa Sugar, *RFD adm.* 2000.415, nota Devolvé). En cambio, debería excluirse su presencia

en las deliberaciones, al tratarse de casos relativos a acusaciones en materia civil y penal en el sentido de la Corte (fallo Kress precitado), pues la apariencia de imparcialidad de la Justicia resulta, según ella, afectada por la reunión en deliberaciones del Comisario de Gobierno y de la formación que dicta la sentencia. En Francia hay un debate muy rico sobre el tema. En 2005 se tomó un decreto bizantino para minimizar las contrariedades entre el funcionamiento real y los principios de la Convención EDH. Pero en 2006 la Corte reiteró y precisó su jurisprudencia (Corte EDH, nº 58675/00, 12 de abril de 2006, *Martinie c/ Francia*), haciendo entonces que las semi-medidas fueran muy poco útiles. En consecuencia de una “saisine” del Consejo Constitucional por el gobierno, se sabe que la denominación actual no tiene valor legislativa (CC, núm. 2006-208 L, 30 novembre 2006, *Naturaleza jurídica de disposiciones del código de la justicia administrativa*) y podría ser modificada por decreto, pero hasta ahora no se establece el consenso en cuanto a la nueva denominación (¿Ministerio público?, ¿Comisario del derecho?).

La segunda particularidad es la existencia de la teoría jurisprudencial de la “ley pantalla”. Cuando un acto administrativo ha sido tomado en aplicación conforme de una ley, es imposible cuestionar su legalidad ante el juez administrativo alegando la excepción de inconstitucionalidad de la ley que lo fundamenta. La ley inconstitucional “se interpone” entre el acto administrativo y la Constitución. La jurisdicción administrativa (o judicial) no se declara competente para apreciar la conformidad de una ley a la Constitución (CE Sect, 10 de julio de 1954, *Fed. Nac. de Consejos de Padres de Alumnos*, *Rec. 449, D. 1955.330*, concl. *Jacomet*, nota *Virally*; CE Sect., 15 de octubre de 1965, *Unión fed. de Magistrados y Reliquet*, *Rec.515, AJDA 1965.590*, crón.). Es evidente que se trata de una autolimitación de misma índole y misma consecuencia que aquella que impide al Consejo Constitucional estudiar la conformidad de la ley a un tratado. De ello resulta que la aplicación de la jerarquía de normas por parte de la jurisdicción administrativa es sólo parcial, y que en el orden jurídico deja subsistir normas que se contradicen.

Si consideramos luego el conjunto de la jurisdicción contencioso administrativa, es decir las jurisdicciones de primera y segunda instancia, el problema principal también aparece claramente. Se trata del aumento del número de demandas o, para ser más precisos, de las soluciones que se han adoptado sucesivamente para afrontarlas. Desde hace unos veinte años – comenzando con la creación, por ley del 31 de diciembre de 1987, de las cortes administrativas de apelación–, el aumento del volumen contencioso fue compensado mediante la atribución de un número creciente de litigios a la competencia de un único juez administrativo. En una etapa posterior, la

vía de la apelación fue cerrada a ciertas categorías de litigios. Paralelamente, la intervención de letrado, cuyo contencioso administrativo era ampliamente dispensado por tradición democrática, se hizo obligatoria para diversas acciones.

El recurso a un único juez no es criticable en su principio mismo, pero la amplitud del movimiento hoy hace temer un verdadero abandono de la colegialidad en las jurisdicciones administrativas. Es innegable que ello plantea un problema en cuanto a la imagen que podemos tener de la justicia en el orden jurisdiccional contencioso administrativo. Por otra parte, y sobre todo, debemos ser vigilantes sobre al efecto acumulativo de tales medidas, pues la supresión de la colegialidad, de la apelación y de la dispensa de letrado pueden reunirse bajo la categoría de “pequeños” litigios. Ahora bien: aunque se los considera los menos importantes, estos conciernen a los requirentes de menos recursos; su gran número traduce un disfuncionamiento de las autoridades administrativas que tal vez merecería un trato más solemne.

3. ¿Existen reformas para la jurisdicción contencioso administrativa?

Comparada con el orden judicial, la jurisdicción contencioso administrativa francesa trabaja en condiciones cuantitativas mucho más favorables: 12.000 casos para el Consejo de Estado, 21.000 para las cortes administrativas de apelación y 172.000 para los tribunales administrativos, el total para un cuerpo de 1.200 “magistrados”. No obstante, la “cultura de jurisdicción” tiende a priorizar un *savoir-faire* colegial y controles cruzados en la lista para la vista de los expedientes que, a su vez, requieren tiempo de reflexión y priorizan el análisis jurídico minucioso. De ello se desprende claramente que existe la voluntad de mantener una exigencia de calidad y deliberación. Sin embargo, el modo de tratamiento privilegiado de casos ante el juez administrativo tiene su reverso: el (largo) tiempo que llevan los expedientes, por el cual Francia ha sufrido varias condenas por parte de la Corte EDH. Por esta razón en los últimos cinco años el esfuerzo se ha concentrado en los procedimientos de urgencia. Sin embargo, el innegable éxito de la ley del 30 de junio de 2000 sobre los procedimientos de urgencia no debe disfrazar el hecho de que los recursos de fondo siguen padeciendo la misma lentitud.

En el seno de la jurisdicción contencioso administrativa también existe una estratificación histórica de las vías de recurso que termina convirtiendo al Consejo de Estado –que detenta la función jurisdiccional de casación– en un juez que acumula competencias de excepción en primer grado y en

apelación. La simultaneidad es tal que, en una misma tarde de audiencia de la sección del contencioso o de las subsecciones, ante el mismo colegio de magistrados reunidos puede llegar a presentarse en el repertorio una serie de litigios que dependen alternativamente de uno u otro grado de jurisdicción. Asimismo, en su función de juez supremo de casación, el Consejo de Estado tiene el poder de resolver directamente el caso en el fondo sin remitir a una jurisdicción de apelación: y no se priva de hacerlo, ejerciendo entonces sobre la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinarias una influencia que excede notablemente el oficio de unificación del derecho por parte de la casación.

De la misma manera, es necesario destacar que los magistrados del orden administrativo a menudo son llamados, de forma institucional o personal, a agregar distintos cargos a sus funciones jurisdiccionales: presidencia o participación en comisiones, representación del Estado en órganos colegiales, etcétera. Esto sucede especialmente con el Consejo de Estado: más allá de la participación en el papel consultivo de las secciones administrativas, sus miembros dejan periódicamente sus funciones para ejercer otras en la alta administración y sobre todo en los gabinetes ministeriales. Así, el personal de las jurisdicciones en realidad no se encuentra totalmente afectado a la función jurisdiccional: lejos de ello.

Es por eso que, más allá de la necesaria adecuación de la organización jurisdiccional administrativa a los principios de la Convención EDH, ha llegado el momento de plantear la cuestión de la separación orgánica y simbólica de las funciones de consejo del gobierno y de juez administrativo supremo. Sin cuestionar otra vez y de ninguna manera la independencia de la jurisdicción administrativa ni de su Corte suprema, la función jurisdiccional administrativa y el resto de las actividades que actualmente tienden a mantener una confusión de roles con los de altos funcionarios del Estado deberían ser exclusivas una de la otra, y orgánicamente distintas. Asimismo, el oficio del juez de casación debería estar claramente separado de las demás funciones jurisdiccionales.

Si hubiese que elegir una sola reforma, esta sería entonces dicha separación de las funciones contenciosas y consultivas, brevemente mencionada por un candidato que finalmente no resultó electo en las últimas presidenciales. Va de suyo que semejante reforma no tiene ninguna posibilidad, teniendo en cuenta la coyuntura política actual, que muestra otras prioridades, y teniendo en cuenta la influencia administrativa del Consejo de Estado, que hará todo lo posible para desacreditar la idea.

4. Las principales evoluciones de la jurisprudencia entre 2006 y 2007

4.1. La seguridad jurídica

Como el Consejo Constitucional persistió en su negativa a calificar la seguridad jurídica de principio constitucional⁴, el Consejo de Estado encontró en ello un medio para regalarse una imagen positiva sin demasiado esfuerzo, dando a entender que la consideraba como un “principio”, formulación de la que se deduce clásicamente en términos de jerarquía de normas que se trata de un “principio general del derecho”, de valor inferior a la ley pero que se impone a la normativa. No obstante, el Consejo de Estado sigue siendo reticente a consagrar una nueva jurisprudencia sobre un principio del derecho francés basándose en un contexto europeo. Fue también por eso que dictó un fallo respecto de un caso puramente francés y cuyo sentido, curiosamente, fue extrapolado por el comunicado de prensa del Consejo como consagrando un principio general.

La ley del 1º de agosto de 2003, llamada “de seguridad financiera”, introduce en el código de comercio ciertas disposiciones relativas a la deontología y la independencia de los interventores de cuentas, y remite a un decreto la preocupación de aprobar el código de deontología de la profesión. Por una decisión del 24 de marzo de 2006, KPMG, la *Assemblée du contentieux*⁵, a la que recurrieron cinco gabinetes de interventores de cuentas, rechazó las críticas de fondo del derecho que se formularon contra el propio código de deontología, pero consideró que el decreto del 16 de noviembre de 2005 que aprobaba este último era ilegal, al no haber previsto medidas transitorias para su aplicación en los contratos en curso.

Siempre rechazando los medios de fondo del derecho, el Consejo de Estado « simplemente » consideró, entonces, que las disposiciones del Código de Deontología no podían aplicarse directamente a los contratos en curso sin que una disposición del decreto habilitara un régimen transitorio.

Sin embargo, no podemos dejar de advertir que el texto mismo del fallo no define con precisión el principio de seguridad jurídica y que no lo convierte, en la estructura de razonamiento del juez o en la determinación de las fuentes del derecho, en un principio *de naturaleza* jurídica caracterizado por un contenido general. La verdadera coacción normativa

⁵ CC, núm. 96-385 DC del 30 de diciembre de 1996, Rec. 145 y 97-391 DC del 7 de noviembre de 1997, Rec. 232.

N del T. Sala del Consejo de Estado ante la cual se recurre para que falle en calidad de órgano jurisdiccional y asegure la unidad de la jurisprudencia contencioso-administrativa.

interpretada en el fallo es mucho más estrictamente una obligación presentada a la potestad reglamentaria que relega la seguridad jurídica en el orden de los motivos: “incumbe a la autoridad investida de la potestad reglamentaria el ordenar, por motivos de seguridad jurídica, las medidas transitorias que implica, si hubiera lugar, una normativa nueva.” Significativamente, el comunicado menciona el “pleno efecto” del principio de seguridad jurídica sin detenerse ni en la novedad ni en los contornos de un principio que, no obstante, es anunciado como más general.

A pesar de estas ambigüedades que dan a pensar que el Consejo de Estado ahora da prioridad a los imperativos de la comunicación por sobre los de la arquitectura de las construcciones jurisprudenciales, la mayoría de los comentaristas –que sólo esperaba eso- consideró el fallo como un cambio de jurisprudencia mayor y como la afirmación de un principio general de seguridad jurídica. Ahora bien: aunque es cierto que el Consejo de Estado anuló el decreto atacado, lo hizo en razón del carácter excesivo en cuanto al objetivo perseguido, de las perturbaciones que el código de deontología aportó a las relaciones contractuales legalmente instituidas. Por lo tanto, es necesario mucho para que dicho principio pueda ser invocado en todos los casos donde resulta afectada la estabilidad de una situación jurídica. Por otra parte, la jurisprudencia ulterior comienza a limitar las pretensiones de los requirentes y a definir ciertos aspectos de la seguridad jurídica a través de condiciones muy particulares (CE, 13 de diciembre de 2006, Madame Lacroix). Además, otorga amplios poderes de apreciación al juez administrativo para pesar la seguridad jurídica y los principios fundamentales de la entrada en vigor de los actos administrativos que él mismo habría suspendido (CE sect., 27 de octubre de 2006, SA Techna).

4.2. La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes

Hace mucho tiempo que se ha admitido que un acto administrativo que desconozca una convención internacional es ilegal y, en consecuencia, constitutivo de una falta que puede comprometer la responsabilidad del Estado. En cambio, hasta el fallo Gardedieu nunca se había reconocido expresamente, en el caso de una ley que desconoce una convención internacional, que el Estado debía, por ese solo hecho, reparar los perjuicios nacidos de dicho desconocimiento. Ahora la cuestión está resuelta: teniendo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado de garantizar el respeto de las convenciones internacionales por parte de todas las autoridades públicas, debe reparar el conjunto de los perjuicios que resultan de la única intervención de una ley que sería adoptada en

desconocimiento de los compromisos internacionales de Francia, y en especial del derecho europeo.

El señor Gardedieu había solicitado ante el Tribunal de Casos de Seguridad Social (*TASS en francés*) que se lo liberara de los aportes efectuados en una caja de jubilación debido a la ilegalidad, constatada por el Consejo de Estado, del decreto que fijaba dichos aportes. No obstante, una ley (denominada por este motivo “de validación”) había validado las solicitudes de aportes efectuados en aplicación del decreto, lo cual había llevado al tribunal a rechazar el pedido. Gardedieu se dirigió entonces a la justicia administrativa con el fin de obtener reparación del perjuicio que le había causado la intervención de esta ley de validación, que él sostenía como contraria al artículo 6§ 1 de la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que protege el derecho a un juicio equitativo.

Por su decisión del 8 de febrero de 2007, el Consejo de Estado efectivamente constató que la ley de validación en cuestión, que no se basaba sobre un imperioso motivo de interés general, como lo exige la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, era contraria al artículo 6 de la Convención. En razón de ese desconocimiento, condenó entonces al Estado a indemnizar al señor Gardedieu del perjuicio que había sufrido por la intervención de la ley de validación, es decir a abonarle el monto de los aportes cuyo reembolso hubiera podido obtener sin la intervención de dicha ley.

4.3. La apertura de un nuevo recurso contra los contratos administrativos

Únicamente las partes contratantes pueden ejercer un recurso relativo a la ejecución del contrato. Sólo pueden ejercerlo ante el juez del contrato, y mediante el solo recurso denominado *de plein contentieux* (“de pleno contencioso”)⁶. En consecuencia, los cocontratantes no pueden utilizar el recurso por exceso de poder contra los actos de ejecución, pues estos últimos generalmente no son considerados separables al respecto (salvo excepción cf. *infra*). Por lo tanto, las partes contratantes sólo pueden entrar en un contencioso contractual.

Por otra parte, el principio desde el siglo XIX es que los terceros no son admisibles a cuestionar los contratos administrativos por la vía del recurso por exceso de poder (CE, 29 de junio de 1869, Comuna de Aix-en-Othe:

⁶ N.del T. Recurso contencioso administrativo incoado por el recurrente con vistas a la indemnización o reparación de un perjuicio causado por la Administración.

Rec.644 ; CE Sect., 9 de noviembre de 1934, Cámara de Comercio e Industria de Tamatave, Rec.1034).

Para atemperar las consecuencias extremas de esta jurisprudencia, que a veces termina privando a los terceros de recursos contra algunos contratos administrativos ilegales que, sin embargo, atentan contra sus derechos subjetivos, el Consejo de Estado admitió muy tempranamente que los actos unilaterales que sirvieran de base al contrato eran separables del contrato y, por lo tanto, atacables por la vía del recurso por exceso de poder (CE, 11 de diciembre de 1903, Comuna de Gorre: Rec.771 — CE, 4 de agosto de 1905, Martin: Rec.249 ; *RD publ.* 1906, p. 249, concl. Romieu, nota Jèze; S. 1906, III, p. 49, nota Hauriou).

Pero la compartimentación entre el contrato, por una parte, y los actos separables, por la otra, con el transcurso del tiempo ha demostrado que presenta serios inconvenientes en términos de ejecución de las sentencias de anulación. En efecto, la anulación del acto separable no tiene, por ella misma y en sí misma, ningún efecto jurídico directo sobre la validez del contrato, aunque la jurisprudencia haya admitido recientemente que existen sutiles matices.

Por último, una vía de recurso, el *référé*⁷ precontractual, creada en 1992 y mejorada por la reforma del Código de Justicia Administrativa en 2000, se ha desarrollado mucho en estos últimos años, y permite a toda persona que desee concluir un contrato administrativo pedir al juez que haga cesar un incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de puesta en competencia, pero no puede ser ejercida después de la firma del contrato

Para solucionar el conjunto de estos problemas, los teóricos del derecho esperaban ver entonces que la jurisprudencia administrativa abandonara próximamente la interdicción hecha a un tercero de ejercer un recurso por exceso de poder contra los contratos administrativos, con riesgo de que las condiciones de apertura del recurso fuesen reforzadas en términos de interés en actuar y de plazo, para evitar que se fragilizaran todos los contratos administrativos.

El Consejo de Estado no respondió a estas expectativas. Hizo más y menos a la vez.

Por una decisión del 16 de julio de 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, la Asamblea del contencioso administrativo del Consejo de Estado hizo más que adecuar la frontera entre el recurso contractual “de

⁷ N. del T. procedimiento judicial contradictorio, de tramitación abreviada y urgente, cuyo fallo provisional no abarca el fondo del litigio.

plena jurisdicción” y el recurso por exceso de poder de terceros relativo al contrato. Creó un nuevo recurso, sobre la naturaleza teórica del cual los comentadores se preguntarán sin duda durante mucho tiempo, y que permite a los competidores despojados de concluir un contrato administrativo el cuestionar directamente ante el juez administrativo, luego de la firma de ese contrato, su validez. Este recurso puede estar acompañado de un pedido para que el juez de los *référé*s ordene, a título preventivo, la suspensión de la ejecución del contrato.

Se apreciará la audacia del Consejo de Estado. Los procedimientos de urgencia fueron objeto de una ley en 2000, la creación de vías de recurso es en general el hecho de textos reglamentarios y la distinción de recursos entre pleno contencioso y exceso de poder no está lejos de ser la *summa divisio* del contencioso administrativo francés, pero el juez administrativo supremo se considera legitimado, como entre 1872 y 1889, cuando los poderes ejecutivos y legislativos miraban hacia otra parte, a crear por cuenta propia nuevos recursos, y a atribuirse la competencia de los mismos.

Pero el Consejo de Estado hizo menos de lo que hubiera permitido la admisibilidad de un recurso ya existente -el recurso por exceso de poder- contra el acto contractual mismo.

El nuevo recurso sólo está abierto a los competidores despojados, y no a toda persona que pudiera considerarse perjudicada por el contrato. Así, los beneficiarios no son muy numerosos. Por otra parte, no se trata de una innovación total. Ya hace mucho tiempo que la jurisprudencia admitía que los actos unilaterales que sirvieran de fundamento al contrato, separables del contrato, fueran atacados por esos terceros un poco especiales que son los competidores desafortunados despojados en la atribución de un mercado público o de una delegación de servicio público. Para caracterizar su interés contencioso la jurisprudencia ya exigía que éstos hubieran efectivamente presentado su oferta (en los procedimientos abiertos: CE, 30 de marzo de 1906, Ballande, Rec.279, concl. Romieu) o que hubieran sido seleccionados (en los procedimientos restringidos: CE sect., 6 de diciembre de 1995, Depart. de Aveyron y Soc. Decaux, Rec.428, *AJDA* 1996.120, crón.; *CJEG* 1996.225, concl. Fratacci).

Ahora bien: precisamente, la creación de este nuevo recurso lleva, en los propios términos del fallo Tropic, a prohibir –a partir de la conclusión del contrato- que los competidores despojados puedan cuestionar los actos previos a concluir el contrato y que se desprenden del mismo. Además, el nuevo recurso contractual (¿“recurso de los despojados”?) debe ser ejercido

en un plazo de dos meses a partir de la fecha de publicación de la conclusión del contrato.

Por último, el Consejo de Estado se remite al juez, cuando constate la existencia de vicios en el contrato, para extraer las consecuencias que luego apreciará soberanamente en función de los intereses en presencia. El juez podrá decidir la rescisión del contrato en el futuro, o la modificación de algunas de sus cláusulas, o la prosecución de su ejecución bajo reserva de medidas de regularización, o también limitarse a conceder indemnizaciones al demandante. Sólo si los vicios constatados lo justifican, y luego de haber verificado que dicha anulación no atente excesivamente contra el interés general o los derechos de los cocontratantes, podrá decidir si anula este contrato total o parcialmente y, llegado el caso, con efecto diferido.

Conclusión :

Al término de un panorama necesariamente selectivo de los problemas y las reformas de la jurisdicción contencioso administrativa en Francia, permitamos a su autor formular dos deseos. El primero sería que el Consejo de Estado, que simplemente se ha convertido en una institución demasiado poderosa, recupere algo de modestia, adoptando, por ejemplo, los principios siguientes:

- inscribir el Consejo de Estado y sus competencias someramente enumeradas en el texto de la Constitución;
- separar orgánicamente la función consultiva de la función jurisdiccional;
- abrir una vía de acceso –mayoritaria en número– a las formaciones jurisdiccionales del Consejo de Estado mediante promoción de los consejeros de tribunales administrativos y de cortes administrativas de apelación;
- limitar a tres años no renovables –antes de una duración igual- la duración de los destinos y las puestas a disposición de los miembros del Consejo fuera de éste;
- prohibir que un miembro del Consejo de Estado sea destinado o puesto a disposición en un puesto anteriormente ocupado por otro miembro del Consejo.

El segundo deseo sería que los disfuncionamientos sectoriales de la jurisdicción contencioso administrativa, incluso cuando no son mediáticos, no nos hagan olvidar el carácter universal de la aspiración a un verdadero tercer poder constitucional.

(Traducido del francés por María Valeria di Battista)