



Panorama reciente de los principios generales del derecho administrativo francés



William Zambrano Cetina

Director de la Maestría en
Derecho Administrativo, de la
Universidad del Rosario

Introducción

A bordar, sobre todo en algunas páginas, un tema como éste, obliga a una gran humildad, tanto por el número y calidad de trabajos que en Francia le son regularmente consagrados, lo que limita los márgenes de originalidad posibles, como por la riqueza y la complejidad de los contenidos que pueden inscribirse dentro de este título. Sin embargo, dentro del objetivo de referencia a lo esencial y en la línea de los esfuerzos realizados en la Maestría a mi cargo, para promover el interés por los estudios de derecho administrativo comparado, presento a continuación la versión traducida de un ejercicio que sobre este tema me correspondió realizar recientemente en la Escuela Nacional de Administración Francesa en el marco de mi participación en los trabajos de la promoción *J'accuse -1997/1998-*.

En los últimos años el derecho administrativo ha sido objeto de profundas transformaciones tanto en Francia, su principal y tradicional cuna,¹ como en el resto del mundo, incluido el anglosajón, en el que, si bien no



¹ "El derecho civil es la obra de la antigua civilización romana. El derecho constitucional se desarrolló, de manera casi simultánea, en numerosos países como Inglaterra, Alemania, Italia y Francia. El derecho administrativo es la obra de Francia. Mejor todavía, es uno de los aportes más originales que Francia habrá dado a la civilización jurídica". CASSESE Sabino, *Une des formes de l'Etat nouveau du monde: Réflexions sur le droit administratif français*, AJDA 20 juin 1995, p. 167.

se le reconoce a este derecho una verdadera autonomía, se han desarrollado numerosos conceptos que impregnados de una tradición jurídica diferente, han terminado por influir e inducir cambios en esta disciplina, al punto que nuevamente se plantea con insistencia la idea de crisis.²

Al respecto existe sin duda un sorprendente contraste, entre la permanencia de las nociones del derecho administrativo y la inquietud que se manifiesta periódicamente en relación con él. Se ha podido así, en diferentes épocas, hablar de la crisis de las nociones de establecimiento público,³ del poder público como sustento exclusivo de la acción administrativa, del servicio público, o de la propia jurisdicción administrativa, soporte, como en nuestro país,⁴ de un derecho autónomo.

En relación con los precedentes episodios de crisis o de duda, el período actual, como nos lo recuerda Gerard Marcou, parece distinguirse por tres elementos que no podían dejar de afectar la disciplina, a saber: un clima ideológico dominado por el neoliberalismo, la globalización e integración económica que reduce los márgenes del intervencionismo clásico, así como el hecho de que el juez administrativo ya no sea en su campo el único juez supremo, pues debe tener en cuenta no sólo las decisiones del juez constitucional, sino también las de los jueces europeos.⁵

A ello, y más allá de la contestación ideológica y gestiona-ria,⁶ debe añadirse el vertiginoso y frondoso crecimiento del derecho comunitario, cuyas reglas, cada vez más se superponen a las reglas nacionales, al mismo tiempo que crece la



² "Desde hace treinta años, la crisis se convirtió para la doctrina en el mecanismo de descripción privilegiado del estado del derecho administrativo, al punto que uno estaría tentado a decir que la crisis es la expresión del derecho administrativo". J.J. Bienvenu *Le droit Administratif: une crise sans catastrophe*, Droits, N. 4, 1986, p. 93.

³ DRAGO, Roland *Les crises de la notion d'établissement public*, Pedone, 1950.

⁴ Mal conocido en Europa, el Consejo de Estado colombiano tiene el mérito de ser la referencia de sistema jurídico dualista en América Latina MOLINA Carlos, R.A., n 300, Mars 1998, p. 638. Para un panorama de las jurisdicciones administrativas en el mundo ver BRAIBANT Guy, *La jurisdicción administrativa en derecho comparado*, C.S.J. C.E., *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y América Latina*. Coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés. Temis, 1999, págs 335-345.

⁵ MARCOU Gérard, *Le droit administratif français: entre l'ordre juridique national et l'ordre communautaire dans Les mutations du droit Administratif en Europe: Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 63.

⁶ "La crítica desde la órbita de la gestión pública se fundó en la contradicción que existiría entre el derecho administrativo y el imperativo de eficacia, al cual la administración debe ahora someterse: el derecho administrativo sería un marco rígido, un verdadero lastre que limitaría la acción y sería obstáculo para el cambio" Caillosse J. *L'administration française doit elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficience?*, PMP, n. 2, 1989 p. 163. "Así la modernización administrativa está llamada a tomar atajos en relación con las categorías tradicionales del derecho administrativo. Mas allá de la crítica de su

aplicación del derecho común a la administración, en lo que se ha llamado una huída hacia el derecho privado.⁷

No debe olvidarse, de otro lado, la disminución del carácter derogatorio de sus reglas, así como la importancia cada vez mayor de las fuentes escritas y el desarrollo de instancias de regulación que tienden a reducir el papel de producción normativa del juez administrativo, con lo que se modifica así "el equilibrio de un derecho cuyo desarrollo y prestigio estuvo ligado desde Cormenin a su origen jurisprudencial".⁸

¿Todo esto significa el presagio del fin o la crónica de una muerte

anunciada del derecho administrativo francés? Nada es menos seguro. La permanencia no es sinónimo de inmovilismo, y es la "plasticidad"⁹ de las nociones **fundamentales** del derecho administrativo una de sus características **fundamentales**, las que le han permitido y que le permitirán adaptarse a las nuevas necesidades, conservando al mismo tiempo su esencia.

Aquí es necesario recordar, como lo hace el mismo Gerard Marcou,¹⁰ que entre los cambios que conoce el orden jurídico, hay en primer término, el cambio incesante de normas: es decir, el contenido material del derecho que es el más inestable y el que permite la adaptación de las normas a su objeto. Hay luego, los cambios que afectan las nocio-



contenido, es en realidad el principio mismo de su existencia el que se pone en duda: Desde el momento en que la administración es invitada a inspirarse de los principios en vigor en el sector privado, nada justifica el particularismo de un derecho específico que le sea aplicable. En la medida en que él contribuye a cristalizar y a objetivizar la especificidad administrativa pública, transcribiéndola en categorías jurídicas (interés general, poder público, servicio público) el derecho administrativo es por esencia antinómico con la visión gestiológica, que presupone la identidad de problemas a los que se enfrentan las organizaciones de cualquier naturaleza. La singularidad de los preceptos del derecho administrativo debiendo subsumirse en la generalidad de los preceptos de gestión. (...) Discutido desde el punto de vista de su eficacia, el derecho administrativo es también condenado como entinómico con los principios fundamentales del liberalismo. La contestación neo-liberal, que se desarrolló durante los 70 en relación con la crisis del Estado Providencia, retoma el contenido de viejas críticas formuladas en el siglo XIX: Se reprochaba al derecho administrativo el ser esencialmente, un derecho de desigualdad y privilegio, indeleblemente marcado por el hierro de la unilateralidad y el cual sería el instrumento de la sumisión de la Sociedad por el Estado" CHEVALLIER, Jacques *Le droit administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel, Le Droit Administratif en mutation*, C.U.R.A.P., PUF, 1993, págs 29-30.

⁷ Sobre este aspecto ver BRAIBANT Guy, DRAGO Roland, GAUDEME Yves LABETOUILLE Daniel, WAQUET Philippe, MOREAU Jacques, VEDEL Georges, *Questions pour le droit administratif*, AJDA, 20 juin 1995 spécial, p: 11 ss. En una perspectiva española y europea, GONZÁLEZ-VARAS, Santiago I. **El Derecho Administrativo privado**, Ed. Montecorvo. S.A. Madrid, 1996. Para la visión en Colombia de este tema, ver TAFUR GALVIS Álvaro *La huída del derecho Administrativo hacia el Derecho Privado*, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 1995.

⁸ CHEVALLIER Jacques, *Presentation, Le Droit Administratif en mutation*, C.U.R.A.P., PUF, 1993, p.6.

⁹ La expresión es de Daniëlle Loschak. Ver Jacques CHEVALLIER, J Daniëlle LOSCHAK. *Nationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française*, RFAP n 24, Oct dec, 1982, p. 53 ss.

¹⁰ MARCOU, Gérard *Les mutations du droit Administratif en Europe: Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 15 y ss.

nes que componen la estructura del orden jurídico y sus relaciones: las definiciones y los límites de estas nociones, los principios o los criterios que determinan su aplicación, la formulación de nociones o de principios nuevos, así como los cambios que afectan a las instituciones. Es por estos cambios que opera la adaptación del sistema. Para el derecho administrativo francés a título de ejemplo, puede evocarse la transformación del contenido de la noción de servicio público, las evoluciones en las relaciones entre el acto unilateral y el contrato, o la afirmación de un principio de transparencia. Frente a ellos, un cierto número de elementos estructurales que están en la base de la cohesión del sistema se mantienen; ellos son los elementos esenciales de permanencia, que si cambian, inducen una modificación del sistema, pero sin que ello signifique necesariamente su fin o su desaparición. Como ejemplo se podría invocar la unidad o dualidad

de la jurisdicción o el sometimiento del contencioso de los derechos individuales al derecho administrativo o al derecho civil.

Es precisamente esta diferenciación la que guiará nuestra presentación. En la primera parte nos interesaremos en esos principios de permanencia que constituyen la columna vertebral del derecho administrativo, para intentar luego, en una segunda parte, un inventario de los principios de cambio que permiten hoy al derecho administrativo francés adaptarse y mantenerse como una de las claves fundamentales del sistema jurídico.

A. LOS PRINCIPIOS DE PERMANENCIA

En necesario constatar con Guy Braibant, que en la historia reciente, al menos tres características principales de ese "monumento construido en varias etapas",¹¹ que es el derecho administrativo francés, se han mantenido e incluso acentuado. A saber: la sumisión de la ad-

¹¹ "A través de cerca de 15 Constituciones y de numerosas alternancias políticas, este monumento fue edificado en tres etapas que, en parte, se interrelacionan. La primera que duró más de un siglo y que se termina con la primera guerra mundial, es la de la constitución de un derecho autónomo construido por lo esencial alrededor de un principio de fondo y de una técnica de procedimiento: la noción de servicio público, con sus corolarios en materia de responsabilidad y de contratos y el recurso por "exceso de poder". La segunda va de una guerra a la otra: ella está marcada por el desarrollo de los servicios industriales y comerciales y por la gestión de servicios públicos por organismos privados, la doctrine evocará entonces las crisis de las nociones de establecimiento público, de servicio público y finalmente del derecho administrativo: pero estas crisis revelan en realidad un enriquecimiento y lograrán superarse con simples ajustes del sistema. La tercera, mucho más corta, corresponde a los diez años que siguen a la liberación. Ella se caracterizó, de una parte, a nivel legislativo, por la adopción del estatuto general de funcionarios y por las medidas de intervención económica y social tales como las nacionalizaciones y la seguridad social, y de otra parte desde el punto de vista jurisprudencial, por la teoría de los principios generales del derecho" BRAIBANT, Guy *Du simple au complexe: quarante ans de droit administratif (1953-1993)*, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1993, p 409 y ss.

ministración al derecho, la dualidad jurisdiccional, y la especificidad del derecho administrativo, aun cuando ésta última sea hoy todavía objeto de discusión.

La sumisión de la administración al derecho o el fortalecimiento del principio de legalidad

El principio de legalidad según el cual toda actividad de los órganos del Estado debe desarrollarse de acuerdo a derecho, es sin duda, como lo recuerda Allan Brewer Carías,¹² la construcción jurídica más importante del Estado de derecho. Según esta concepción, todos los órganos del Estado están sometidos al ordenamiento jurídico, constituido por todas las fuentes de derecho incluida, por supuesto, la Constitución.

Al respecto es necesario constatar que en Francia “de un derecho jurisprudencial cuya expansión no conocía otro límite que la voluntad expresa del legislador” se ha pasado a un derecho administrativo “que se nutre en todos los niveles de la jerarquía de normas, y en el que el derecho impuesto por una autoridad superior al juez no ha dejado de ganar importancia”.¹³

En este sentido, en primer término debe señalarse cómo a partir de la creación, en 1958, del Consejo Constitucional y del establecimiento del control de constitucionalidad, las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho constitucional se transformaron sustancialmente, lo que tuvo una incidencia fundamental sobre las fuentes del derecho aplicables por el juez administrativo.¹⁴

El fortalecimiento de las “bases constitucionales del derecho administrativo” no cesó de crecer de la mano con el fortalecimiento del poder del juez constitucional. Siendo sin embargo un proceso accidentado con avances y retrocesos en el que por ejemplo, como lo recordaba Roland Drago en un debate reciente, la teoría de la “loi écran” (ley pantalla), subsistía como limitante del juez administrativo en lo referente al orden interno, aun cuando en relación con las normas internacionales, ella hubiera desaparecido.¹⁵ De otro lado, y en la medida en que al Consejo Constitucional se le reconoció el poder de interpretar la constitución en última instancia, su jurisprudencia ha necesariamente desbordado o modificado la juris-



¹² BREWER CARIAS, Allan R. *Les principes de la procédure administrative non contentieuse: Etudes de droit comparé (France, Espagne, Amérique latine)*, Économica, Paris, 1992, p.21.

¹³ MARCOU, Gérard p. 66.

¹⁴ Ver CHAPU, René *Droit Administratif general*, tome 1, pags 27-49, Montchrestien, Paris, 8 Ed. 1994.

¹⁵ DRAGO, Roland *Questions pour le droit administratif*, **AJDA**, 20 juin 1995 especial, p: 14.

prudencia del Consejo de Estado relativa, por ejemplo, a algunos principios generales del derecho, sobre los cuales fijó definitivamente su valor legislativo¹⁶ o constitucional.¹⁷

Las relaciones entre uno y otro derecho no han estado marcadas, sin embargo, por una lógica de absorción o de empobrecimiento del uno al otro, sino por una lógica de complementariedad.¹⁸ "Ni constitucionalización del derecho administrativo, ni administrativización del derecho constitucional", ha dicho George Vedel.¹⁹

Tan importante o más, ha sido en este campo, la incidencia del derecho comunitario sobre el derecho administrativo. Así, el juez administrativo en una jurisprudencia bastante célebre²⁰ en la que se invocaba la contradicción entre la ley nacional y una disposición del Tratado Constitutivo de la Comunidad, abandonó la interpretación duramente criticada adoptada en otra jurisprudencia no menos célebre,²¹ en la que se señalaba que una

ley posterior podía prevalecer sobre un tratado, a pesar del artículo 55 de la Constitución, cuando la interpretación conforme a éste, en cuanto a las disposiciones litigiosas, no era posible. Se estableció así la primacía de las normas comunitarias sobre el ordenamiento interno, que vino simplemente a confirmar la famosa decisión Alitalia,²² dictada a propósito de un reglamento declarado ilegal, por ser contrario a una directiva comunitaria posterior.

Como puede apreciarse, la necesidad de incorporar en el derecho interno las normas comunitarias o de aplicar o adaptar sus principios, ha transformado necesariamente las fuentes aplicables por el juez administrativo. Sin embargo, nos dice Gerard Marcou, el derecho administrativo francés no ha sufrido de manera pasiva la influencia del derecho comunitario. "El juez administrativo siempre ha adoptado, frente al derecho comunitario, las soluciones que le parecían dictadas por su propia jurisprudencia y por las concepciones fundamentales del derecho administra-

¹⁶ Ex. Principio de no-retroactividad en materia no penal 57L, 24 Oct; 1969, rec p.32.

¹⁷ Ex. Principio de continuidad del servicio público 105 DC, 25 Juil 1979, rec, p.33.

¹⁸ Sobre el estado de la cuestión en Colombia y los debates que ella suscita, ver: PEDRAZA DE ARENAS, Dolly *Las relaciones del Juez Administrativo y el Juez Constitucional* C.S.J. C.E., **Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y América Latina**. Coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés. Temis, 1999, págs 87 ss.

¹⁹ VEDEL, Georges *Questions pour le droit administratif*, **AJDA**, 20 juin 1995 especial, p: 12.

²⁰ CE Ass. 20 Oct. 1989, Nicolo.

²¹ CE 1 mars 1968, Syndicat général des fabricants des semoules de France.

²² CE Ass. 3 février 1989.

tivo nacional; cuando la aplicación del derecho comunitario ha impuesto soluciones nuevas, el Consejo de Estado ha tenido el cuidado de elaborarlas respetando la coherencia del sistema y su tradición".²³

Paralelamente, y como lo recuerda Guy Braibant, las bases establecidas desde comienzos de siglo, a saber: los principios de legalidad y responsabilidad, reforzados luego de la Segunda Guerra Mundial por los principios generales del derecho, no cesaron de fortalecerse tanto en lo referente a su contenido, como a los poderes del Juez.²⁴

La legalidad se ha consolidado a través de diversos instrumentos jurisprudenciales como la teoría del balance, que impone a la administración la obligación de comparar las ventajas y los costos financieros, sociales, económicos y culturales antes de tomar una decisión en campos tan variados como la expropiación de un terreno o la expulsión de un extranjero,²⁵ pasando por el control del error manifiesto de apreciación,²⁶ o por la extensión del recurso de pleno contencioso al control de las sanciones administrativas. En materia de responsabilidad, en diferentes campos la jurisprudencia ha pasado del

principio de irresponsabilidad, al reconocimiento de la responsabilidad por una falla manifiesta de particular gravedad, luego a la responsabilidad por falta grave y finalmente a la responsabilidad por falta simple, sin contar las hipótesis de presunción de falta y de responsabilidad por riesgo. Siendo el caso de la medicina y de los hospitales, al que fue consagrado un reciente informe del Consejo de Estado, uno de los campos más interesantes y ricos en novedades.²⁷

La búsqueda de la eficacia del derecho en materia administrativa tanto en la jurisprudencia como en los textos, ha sido, igualmente, de acuerdo con la doctrina, una de las líneas maestras de la evolución de este derecho durante la historia reciente. En la instrucción de los asuntos contenciosos, el juez administrativo se reconoció el poder de solicitar a los autores de las decisiones discutidas, sus archivos y sus motivos, lo mismo que para el caso del ejercicio de poderes discrecionales. De otro lado, se han tomado medidas para asegurar una mejor ejecución de las sentencias contra el Estado y las demás colectividades públicas proferidas por la jurisdicción administrativa. La creación de la "Comission du Rapport" lue-

²³ MARCOU Gérard p. 86.

²⁴ BRAIBANT, Guy 1993, p. 412.

²⁵ ver C.E. Ass 28 mayo 1971 Ville nouvelle Est.

²⁶ Ver C.E. Ass. 2 noviembre 1973 société anonyme librairie François Maspero.

²⁷ Sobre la situación en Colombia desde una perspectiva comparada, ver: HENAO PEREZ Juan Carlos *El Daño* Universidad Externado de Colombia, 1999.

go convertida en sección de informe y de estudios, ha buscado así consolidar este objetivo.²⁸

La dualidad jurisdiccional

Lo que tiene de único la jurisdicción administrativa francesa, nos dice René Chapus, se debe a la reunión de tres características: "su separación absoluta del orden judicial, fuente de independencia, de igualdad y de autoridad moral; una magistratura hecha de jueces que no son como los otros, en razón de los lazos que los unen sin someterlos a la administración y que son tales, que puede presentárseles como jueces administradores; una competencia de principio en relación con el contencioso de la administración 'puissance publique', lo que, sintetizando, le atribuye el juzgamiento no solamente de los recursos tendientes a anular los actos administrativos ilegales, sino también los que buscan condenas pecuniarias".²⁹

"Dos sistemas de derecho y dos órdenes de jurisdicción indisoluble-

mente ligados, continúa siendo entonces, otra de las características permanentes de la tradición francesa".³⁰ La existencia misma de la jurisdicción administrativa y de sus competencias esenciales, fue ratificada en 1987 por el Consejo Constitucional, quien identificó allí uno de los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república y uno de los componentes de la concepción francesa de la separación de poderes".³¹

Sin embargo, y después de un largo período de expansión, la doctrina constata un repliegue de la competencia de la jurisdicción administrativa.³² La decisión citada del Consejo Constitucional, reconoce una naturaleza constitucional solamente a la competencia del juez administrativo cuando se pronuncia sobre la anulación o la reformulación de actos administrativos dictados en ejercicio de prerrogativas del poder público.

De otro lado, diversas leyes³³ han venido atribuyendo al juez ordinario ciertos contenciosos adminis-



²⁸ Un balance en español de los avances recientes en todos estos campos se encuentra en: COMBARNOUS Michel *Progresos recientes del control jurisdiccional de la Administración en Francia* C.S.J. C.E., **Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y América Latina**. Coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés. Temis, 1999, págs 281-296.

²⁹ CHAPUS René. **Droit du contentieux administratif**, Montchrestien, París, 1998. Pág. 8.

³⁰ BRAIBANT Guy, *ibidem*.

³¹ Decisión 86-224 del 23 de enero de 1987. Conseil de la Concurrence. J.O. 25 de enero de 1987.

³² Para un panorama en español de la evolución de la Jurisdicción administrativa en Francia. Ver: MODERNE Frank "Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia" C.S.J. C.E., **Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y América Latina**. Coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés, Temis, 1999, págs 29-41.

³³ Entre otras las del 22 de enero de 1988 y 2 de agosto de 1989.

trativos: la Corte de Apelación de París es, de esta manera, competente para juzgar los recursos interpuestos contra las decisiones del Consejo de la Competencia, de la Comisión de Operaciones de Bolsa, del Consejo de Mercado a Término y del Consejo de Bolsas de Valores, a pesar de ser los dos últimos, organismos de derecho privado encargados de funciones públicas. Igualmente, no sobra recordar que el recurso a la fórmula de establecimientos públicos, industriales y comerciales, preferentemente a la de establecimientos públicos administrativos, ha tenido como consecuencia, la de encargar al juez ordinario del contencioso de todos los litigios relativos al bloque de competencia de los servicios públicos industriales y comerciales.³⁴

Si a esto se añade el debilitamiento ya evocado de la jurisprudencia como fuente del derecho administrativo,³⁵ aun cuando corresponda a una constante de estos sistemas,

podría pensarse en un debilitamiento de la jurisdicción administrativa, o en todo caso en una crisis de confianza.

La realidad es bien diferente. No solamente el juez administrativo continúa desempeñando un papel fundamental como consejero del gobierno, sino que su papel en materia jurisdiccional se ha enriquecido con una multitud de avances jurisprudenciales. "Todo pareciera como si el Consejo de Estado hubiera buscado retomar la iniciativa en el terreno de las libertades".³⁶ La jurisdicción administrativa se orienta por cierto cada vez más, hacia la garantía de los derechos de los justiciables. Varias reformas han consolidado así su magistratura; en lo referente a medidas provisionales en interés del justiciable, los poderes del juez administrativo han sido en lo esencial, alineados con los del juez ordinario. Las leyes de 1980 y particularmente, de 1995, han reforza-



³⁴ Sobre el régimen de derecho público económico, ver: VACLOS Georges *Droit public économique français et communautaire*, Armand Colin, París, 1996.

³⁵ "La jurisprudencia ha desempeñado durante un siglo y medio un papel fundamental en materia administrativa, en razón de la ausencia de código y de la centralización del contencioso. Es así como fueron establecidos los grandes principios del procedimiento administrativo, de la función pública, de la contratación administrativa y de la responsabilidad del poder público. Esta fuente se ha debilitado relativamente; un signo cuantitativo de ello se obtiene consultando el índice de las grandes decisiones de la jurisprudencia administrativa (38 decisiones de 1953 a 1972, 22 de 1973 a 1992); y en el curso de los últimos años las dos terceras partes de las decisiones escogidas se refieren al derecho europeo y a las relaciones internacionales. En el mismo período, el derecho escrito ha tomado el relevo, ya sea consolidando la jurisprudencia anterior, como en el caso de los textos sobre los funcionarios o los contratos, ya sea construyendo sobre terrenos de los que la jurisprudencia hubiera podido ocuparse, como el procedimiento administrativo, la transparencia o la ejecución de decisiones de justicia". BRAIBANT Guy p 417.

³⁶ CHEVALLIER Jaques, présentation p. 7 En este sentido vale la pena recordar aquí a título de ejemplo la decisión C.E.Ass 27 oct 1995 Commune de Morsang-Sur-Orge en el que se reconoce "el respeto de la

do los mecanismos para asegurar la ejecución de sus decisiones contra la administración.

Por último, y en la medida en que las fronteras entre el derecho privado y el derecho administrativo son menos claras día a día, "por lo que el juez administrativo no puede ya ignorar las reglas del derecho privado," no puede al mismo tiempo desconocerse que correlativamente: "Convertido fundamentalmente en derecho escrito, el derecho administrativo se aplica cada vez más en las relaciones entre particulares ante el juez ordinario".³⁷

La especificidad del derecho administrativo

Unánimemente, la cultura jurídica francesa proclama que la originalidad del derecho administrativo reside en su carácter especial, derogatorio del derecho civil. Sin embargo, la unanimidad no se logra

sobre el contenido mismo de su especificidad.

Para una parte de la doctrina, ella se justificaría todavía por la noción central de servicio público. Tal es la posición por ejemplo, de Guy Braibant, para quien "las teorías del dominio público o del contrato administrativo no tienen relación sino por su vinculación a la noción de servicio público". Según él, incluso "para el Consejo de Estado la noción de servicio público se mantiene como el único fundamento del derecho administrativo".³⁸

Sin embargo, la mayor parte de los autores coincide con Ives Gaudemet, para considerar que el único fundamento del derecho administrativo es histórico y que cualquier debate sobre su origen pertenece al pasado³⁹ o debe buscarse fuera de él, como lo propone Sabino Cassese.⁴⁰

En cualquier caso, el modelo clásico de especificidad que hacía del

dignidad de la persona humana como uno de los componentes del orden público que corresponde a los alcaldes proteger en ejercicio de su poder de policía".

³⁷ WAQUET Philippe *Questions pour le droit Administratif* AJDA, 20 juin 1995, p.16.

³⁸ BRAIBANT Guy *Questions pour le droit administratif*, AJDA, 20 juin 1995 pág. 17.

³⁹ "Yo tendría tendencia a pensar que los grandes debates del tipo servicio público / poder público, ciertamente apasionantes, pertenecen sobre todo al pasado. Y yo me pregunto si no hemos tomado conciencia progresivamente del hecho de que el único fundamento del sistema de derecho administrativo es la historia, la historia administrativa y la historia de la jurisdicción administrativa... Y yo pienso que la conclusión que se puede sacar es que para el derecho administrativo, tenemos hoy la libertad de reflexión que da la historia. Historia que por hipótesis, está fijada en el tiempo y que nos invita a dejar de lado las sistematizaciones para preferir la evolución, la adaptación, lo relativo" GAUDEMET Ives, *Questions pour le droit administratif*, AJDA, 20 juin 1995 especial, pág. 17.

⁴⁰ "Así parece que la primera razón de ser del derecho administrativo no debe buscarse en el seno mismo de ese derecho, en su juez especial o en sus poderes particulares, como lo ha hecho siempre la cultura jurídica francesa, sino más bien fuera de él, en la adquisición de una posición constitucional de la alta burocracia y en el reconocimiento del poder administrativo, como un poder autónomo en relación con el ejecutivo." CASSESE Sabino, *Une des formes de l'état nouveau du monde. Réflexions sur le droit administratif français*, AJDA, 20 juin 1995, pág. 167 ss.

juez administrativo el producto si no exclusivo, por lo menos primordial, de un derecho administrativo concebido como esencialmente jurisprudencial, ha perdido vigencia. En la búsqueda de su particularismo, lo que resulta más importante hoy, es tomar conciencia de la transformación que se vive en el contenido mismo del derecho administrativo.

El equilibrio largamente construido a través de la historia por el juez administrativo, entre las prerrogativas con las que debía estar dotada la administración, y la protección de los derechos individuales, tiende en efecto a modificarse bajo la presión de la jurisprudencia constitucional europea hacia una lógica de equilibrio en la que la unilateralidad es paulatinamente sustituida por la consensualidad y en la que la defensa del interés general se entrelaza con la vigencia de los derechos colectivos e individuales los cuales no solamente son defendidos por o contra el Estado.

B. LOS PRINCIPIOS DE ADAPTACIÓN

Más que principios, trataremos de evocar campos en los cuales una

evolución importante se ha producido. Así, según la doctrina, las tendencias fundamentales podrían agruparse arbitrariamente en tres imágenes faro: la *"descentración"* del poder, la *apertura*, y por último, la *renovación del servicio público por la competencia*.

La *"descentración"* del poder

Como lo recuerda Guy Braibant, "durante muchos años, Francia sirvió de imagen al modelo teorizado por Max Weber de pirámide jerarquizada, por lo que, para definir en una sola palabra a la administración francesa, bastaba calificarla de centralizada".⁴¹ En los últimos años, ella entró en una fase de *"descentración"*, barbarismo éste que permite cubrir, las nociones de descentralización, desconcentración, y deslocalización, a los que aquí quisiera añadir el caso de las autoridades administrativas independientes.

Desde las famosas leyes de descentralización de 1982,⁴² a las medidas de desconcentración de diciembre de 1997 adoptadas bajo el lideraz-

⁴¹ Braibant Guy op. (1993) pág 420.

⁴² "La descentralización de 1982 es ciertamente la reforma administrativa más importante de este período. Ella instauró en el orden jurídico, nuevas reparticiones de competencias y de recursos entre los diferentes niveles territoriales incluida la región. Los poderes de los representantes elegidos fueron aumentados, particularmente a nivel del departamento y de la región. El estatuto de París y de su región, caracterizado desde hace muchos siglos por una fuerte dominación del poder central, se acercó al derecho común. Por el contrario Córcega se alejó en el sentido de una mayor autonomía. La tutela administrativa clásica ha dado paso a controles jurisdiccionales ejercidos por los tribunales administrativos y por las nuevas cortes regionales de cuentas. Múltiples instituciones de cooperación entre colectividades, en particular en el marco de la intercomunalidad han sido creadas para facilitar su acción y su reagrupamiento; sindicatos de comunas,

go del Comisariado para la Reforma del Estado⁴³, las reformas a la estructura administrativa han tenido un impacto muy significativo tanto directo como indirecto sobre el derecho administrativo. Estas reformas encuentran su fuente desde comienzos de los años 70 en la crítica al exceso de centralización administrativa consagrado en realidad por la monarquía, retomado por la Revolución y consolidado en el modelo napoleónico. Ellas han provocado una profunda reorganización de la administración del Estado pero que, como lo mostró el informe final de actividades de este Comisariado, tienen todavía un vasto campo de acción para desarrollarse, particularmente, en lo referente al desmonte de este sistema paralelo en el ámbito territorial entre autoridades locales y representantes del Estado central.⁴⁴

La transformación de administraciones ministeriales en establecimientos autónomos nacionales, marcados además por una fuerte incidencia del derecho privado, ha

ido influyendo igualmente en la construcción de un modelo más amplio. El fenómeno no es nuevo, claro, pues corresponde a la línea de la tradicional descentralización por servicios. Lo que es nuevo, es su amplitud y el papel que ha desempeñado en la búsqueda de nuevas opciones para el mejoramiento de la gestión pública. Al respecto, los casos de las telecomunicaciones y del correo parecen buenos ejemplos dentro de esta perspectiva.⁴⁵

En cuanto a la deslocalización, vale la pena recordar el caso de la Escuela Nacional de Administración transferida parcialmente a Estrasburgo, dentro de una lógica, aplicada igualmente en América Latina,⁴⁶ de desplazar centros o instituciones administrativas claves, fuera de la capital tradicional con el fin de descongestionar la acción pública, induciendo correlativamente desplazamientos de otros actores como parte de una estrategia específica de ordenamiento del territorio.

convocación múltiple, distritos, convenciones interdepartamentales e interregionales, sindicatos mixtos. Los representantes elegidos locales han sido dotados de un estatuto y el personal bajo sus órdenes ha visto su situación mejorada y reforzada." BRAIBANT Guy pág. 421.

⁴³ Decretos del 19 y 24 de Diciembre de 1997 sobre desconcentración de competencias y de recursos en favor de los representantes locales del Estado central.

⁴⁴ Ver *Commissariat à la réforme de l'Etat, Rapport d'activité* 1997. La documentation française. París, marzo de 1998.

⁴⁵ Ver Número especial sobre la reforma de telecomunicaciones *AJDA*, 20 de marzo de 1997.

⁴⁶ Particularmente en el caso de Brasil y Argentina el mecanismo intentó utilizarse como factor de reordenación del territorio.

Pero más importante todavía dentro de la lógica de nuestro panorama, ha sido sin duda, el desarrollo en Francia de la figura de las autoridades administrativas independientes (AAI), como fruto de una influencia relativa de otros modelos nacionales.⁴⁷ Desde comienzos de los años 70, se multiplicaron en efecto instituciones de un nuevo tipo, encargadas de asegurar de manera autónoma, una misión de regulación sectorial, provistas para tal fin, de poderes de autoridad administrativa o bien de poderes de otra naturaleza, moral o contenciosa, sin que ellas aseguren en principio, la gestión de servicios públicos. Su tarea de regulación siendo, según F. Gazier e Y. Cannac, "la tarea que consiste en asegurar, entre los derechos y las obligaciones de cada uno, el tipo de equilibrio querido por la ley".⁴⁸

Las AAI expresan en este contexto, una "refracción" del poder estatal,⁴⁹ en la medida en que los poderes con que están investidas han sido sustraídos a las autoridades que normalmente son sus depositarias, y que son ejercidos de manera autónoma, aun cuando sea la responsabilidad del Estado la que pueda ser comprometida por sus actos.

Ya que ellas pueden dictar reglamentos o decisiones ejecutorias, están sometidas al control de legalidad ejercido por el juez administrativo, a menos que la ley haya dispuesto otra cosa, confiando su control al juez ordinario (por ejemplo, la Corte de Apelación de París, para las decisiones del Consejo de la Competencia). Al juez administrativo sin embargo no compete el control sino de una pequeña parte de la actividad de estas institucio-

⁴⁷ El cambio introducido en el Derecho Administrativo Francés por las AAI no debe nada al derecho comunitario ni a la convención europea de derechos del hombre; como en el caso de la transparencia administrativa, se trata de la respuesta dada a problemas específicos del sistema francés de protección de libertades, y no de la penetración o de la recepción de instituciones o normas extranjeras. Si ejemplos extranjeros han desempeñado un papel ellos son exteriores a la comunidad europea: se trata de ombudsman Sueco y de las agencias federales independientes de los Estados Unidos. Claro está que el desarrollo de la integración europea por el mercado ha favorecido la utilización de la fórmula de las AAI para instaurar mecanismos de regulación que no puedan considerarse como sospechosos de intervencionismo, sobre todo en un país en el que el Estado tiene una fuerte tradición en este campo. Todo ello para establecer una vigilancia rigurosa de los mercados en un contexto de internacionalización cada vez más fuerte. Al respecto puede señalarse la extensión progresiva de la comisión de operaciones de bolsa, particularmente a partir de la reforma de la bolsa de valores de 1988. Las instituciones encargadas de vigilar los mercados presentan entre ellas numerosas analogías y su número aumenta en la medida en que el Estado renuncia a sus instrumentos tradicionales de control." MARCOU Gérard, Pág. 63.

⁴⁸ *Les autorités administratives indépendantes*. Conseil d'Etat. **Etudes et Documents**, No. 35, 1983/1984, pág. 20.

⁴⁹ Según la expresión señalada por Colliard y Timsit *Les autorités administratives indépendantes: Histoire d'une institution*, en C.A. COLLIARD y G. TIMSIT **Les autorités administratives indépendantes**. P.U.F, 1988. Pág. 37.

nes, en la medida en que limita su intervención a los actos que tienen el carácter de decisión administrativa y en la medida en que los casos de anulación son raros y en general sin efectos prácticos.⁵⁰

Lo que resulta claro es que tanto en el caso de las AAI, como en los demás instrumentos señalados, la descentración expresa el deseo de la administración de adaptarse a las tareas que le son dadas hoy al Estado y a su nuevo papel de gran estrategia que actúa directamente sólo de manera subsidiaria y el cual ya no es compatible con una lógica de fortaleza centralizada, omnisciente y omnipotente, opaca e inexpugnable.

La apertura

La administración recurre cada vez más a nuevas formas de acción pública, intenta interiorizar nuevos hábitos, nuevas maneras de entender y de defender el interés general, sin imponerlo exclusivamente por vía de decisión unilateral. De la misma manera la administración busca hacer más transparente⁵¹ su acción, liberándose de ciertas estructuras, procedimientos y de un cierto culto al secreto que la habían transformado en Leviathan impredecible y misterioso.

Así, junto con la posibilidad de mecanismos contractuales para regular las relaciones entre entidades públicas que cuentan ya con una



⁵⁰ Al respecto, cabe recordar que la ley consagra la posibilidad de acción de plena jurisdicción contra las decisiones que imponen sanciones administrativas (por ejemplo sanciones pronunciadas por el Consejo Superior del Audiovisual, la comisión de Control de Seguros, por el Consejo de disciplina de los organismos de gestión colectiva de inmuebles etc.) por lo que la expansión del derecho de las sanciones administrativas parece ser una consecuencia inducida del desarrollo de las AAI. Ver: AUBY Jean *Autorités administratives et autorités juridictionnelles*, AJDA, 2^a juin 1995 spécial, p.91 ss.

⁵¹ "La introducción de la transparencia administrativa es ciertamente una de las evoluciones más importantes del Derecho Administrativo Francés moderno. Ella ha sido realizada por el legislador: la Ley del 6 de enero de 1978 relativa a la informática a los ficheros y a las libertades, la ley del 17 de julio de 1978 que introduce un derechos de acceso público a los documentos administrativos, la Ley de julio de 1979 que introduce una obligación de motivación de las decisiones administrativas desfavorables o derogatorias, cuyo campo fue ampliado por una ley del 9 de enero de 1986 a la que hay que añadir la ley del 3 de julio de 1979 que amplió el régimen de consulta de archivos, las leyes del 10 de julio de 1976 y del 12 de julio de 1983 que mejoraron las condiciones de puesta en marcha de consultas públicas, la ley del 4 de enero de 1980 relativa a la automatización del pasado judicial, que permite a toda personas consultar la integridad de los datos que le conciernen, así como el Decreto del 28 de noviembre de 1983 que introduce un procedimiento contradictorio cuando la administración pretende tomar una decisión sometida a la obligación de motivación. (...) pero si se puede así constatar una tendencia general que responde a un problema planteado a todos los estados administrativos modernos, es claro que las reformas francesas encuentran su fuente en las numerosas manifestaciones de obsolescencia de la legislación y en la insuficiencia de las intervenciones de la jurisprudencia para buscarle solución. Las intervenciones del Consejo de Europa en este campo han participado más del movimiento de conjunto que ha servido de fuente de inspiración para las reformas; sin embargo, después de la convención de 1985 sobre la protección de las personas en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, la Comisión Nacional Informática y Libertades se fundó en algunas de sus recomendaciones estipuladas en la convención." MARCOU, Gerard op cit p. 72.

larga tradición en Francia⁵² se han abierto paso, bien que tímidamente y en avance sobre el pasado,⁵³ posibilidades de asociación y formas contractuales con particulares, para el cumplimiento de tareas públicas.

Junto a ello la ampliación de los mecanismos de acceso a los documentos públicos,⁵⁴ el tratamiento jurisprudencial a la obligación de motivar las decisiones, el desarrollo de mecanismos de consulta, inicialmente en materia de urbanismo y luego en otros campos, la ampliación de los mecanismos de información de la administración frente a los representantes políticos electos y frente a los ciudadanos, constituyen avances fundamentales que han ido transformando el

carácter excepcional del derecho administrativo. Y ello, al punto que este derecho ya no puede ser mirado como un derecho que consagra la desigualdad entre la administración depositaria exclusiva del interés general frente a los particulares, representantes egoístas y recalcitrantes de sus intereses.

Es más: el objetivo confesado por las autoridades es el de lograr una acción del Estado, no solamente más eficaz, sino sobre todo más cercana de los ciudadanos. Así y dentro de la línea de los esfuerzos precedentes, el gobierno francés adoptó recientemente un proyecto de ley⁵⁵ tendiente a mejorar el tratamiento de las solicitudes de los usuarios a las diferentes administraciones, darle un estatuto jurídi-



⁵² Particularmente en materia de contratos de plan con las entidades territoriales y de contratos de gestión con las Empresas públicas.

⁵³ "La contractualización es sin duda otra tendencia profunda de la evolución de los modos de acción del poder público. Se pueden encontrar sus premisas en las prácticas de concertación que estuvieron en boga en los años 60 y al comienzo de los 70, pero entonces la concertación significaba solamente un objetivo común de entendimiento. La contractualización, en la medida en que se está realmente en presencia de contratos, va más allá pues significa la formación de obligaciones recíprocas. En el primer caso el Estado no renuncia a ninguna de sus prerrogativas, en el segundo él se compromete. En todo caso en estos campos es la acción por vía de autoridad la que se encuentra discutida. En 1983 el Primer Ministro encontraba discutible ya el que el Derecho Administrativo estuviera todavía construido sobre la idea de desigualdad entre la administración y el administrado y se preguntaba sobre el interés de conservar nociones tales como poder discrecional o acto unilateral. Esta opinión discutible claro está, en el plano jurídico, es significativa sin embargo de un estado de espíritu. La reforma de la planificación por la ley del 29 de julio de 1982 se añadió a la reforma de la descentralización para facilitar recursos a instrumentos contractuales que permitieran armonizar la acción pública. Sin duda conviene distinguir estas formas contractuales de aquellas establecidas para la atribución de ayudas públicas a particulares o en aplicación de ciertas disposiciones del código del urbanismo". Marcou Gerard Op cit p. 74.

⁵⁴ Los servicios de Internet oficiales han comenzado a transformar las condiciones de acceso a la información en términos tales que las normas existentes comienzan a estar estrechas dentro de las posibilidades que esta nueva tecnología ofrece.

⁵⁵ Adoptado por el Gobierno el 13 de mayo de 1998 y puesto en discusión en el Congreso en Marzo de 1999.

co a las "casas de ciudadanos" para facilitar la prestación de servicios públicos, reforzar los poderes del Mediador de la República y desarrollar sus agencias locales, mejorar la transparencia administrativa y el acceso de los ciudadanos a los documentos públicos, explotando hasta donde sea posible el Internet y los demás avances tecnológicos. En el mismo sentido, desarrolla programas de simplificación de procedimientos administrativos un poco más ambiciosos que en el pasado,⁵⁶ así como programas para reforzar los servicios de proximidad.⁵⁷

La renovación del servicio público por la competencia

Una última innovación, de las muchas posibles, que debe resaltarse en este panorama es la de la penetración del derecho de la competencia en el régimen de los servicios públicos. Sobre este punto es clara la influencia ejercida por el derecho comunitario en la transformación de la noción tradicional de

servicio público elaborada por la jurisprudencia francesa y la doctrina clásica, la cual se encuentra hoy enfrentada a una concepción europea centrada en la economía y fundamentada en el principio de la libre competencia.⁵⁸

En un contexto de mundialización, los servicios públicos se encuentran sometidos a la obligación de participar efectivamente en la competitividad general de la economía, y en última instancia al juego del mercado, y ello bien sea que por el momento su actividad esté sometida o no lo esté a la competencia directa de otros operadores.

Como hecho sintomático, cabe recordar que el término de servicio público no es prácticamente empleado en los textos europeos. En ellos hay que concentrarse en las nociones de servicio de interés económico general y de servicio universal, para aproximarse a la concepción comunitaria en este campo.

En particular, las nociones de servicio universal o de servicio de in-

⁵⁶ Decreto n. 97-503 del 21 de mayo de 1997 y decreto 98-989 del 2 de diciembre de 1998.

⁵⁷ Sobre todos estos puntos, ver informe del Ministerio de La Función Pública, la reforma del Estado y la descentralización. París, Diciembre de 1998. Para un inventario de las relaciones Estado / ciudadanos en Colombia a partir de la Constitución de 1991. Ver ZAMBRANO CETINA William *Les droits des citoyens vis à vis de l'administration. Le cas de la Colombie*. Revue Internationale de Droit Comparé, n.2, Paris 1992.

⁵⁸ "Hasta ahora el derecho de la creación y de la organización de los servicios públicos era competencia exclusiva del derecho administrativo; en lo que se refería a la ejecución de misiones de servicio público y de su gestión solamente en materia de procesos de adjudicación la noción de competencia desempeñaba algún papel, pero en sentido inverso a lo que el derecho de la competencia en sentido preciso que el término implica. Se trataba más de proteger la administración y los dineros públicos que de proteger las empresas o un concepto abstracto de competencia. Incluso en el campo de los servicios públicos de carácter comercial e industrial, el derecho establecía con frecuencia monopolios para proteger el servicio público y el interés general por el perseguido."

terés general se refieren en los textos europeos, únicamente al sector industrial y comercial y están ligados fundamentalmente al derecho de la competencia, mientras que la noción francesa de servicio público engloba igualmente los servicios administrativos y las funciones de soberanía del Estado.

En realidad, necesariamente se intenta llegar en Francia a un compromiso entre los valores y los imperativos de servicio público construidos por la doctrina y la jurisprudencia (igualdad, continuidad, adaptabilidad, etc.) y los imperativos económicos (rentabilidad, libre acceso, etc.), compromiso que busca beneficiar a los consumidores y

a las empresas, sin olvidar al ciudadano contribuyente.

La noción de servicio universal participa como acicate en la búsqueda de ese equilibrio, buscando garantizar en Europa los servicios esenciales con un nivel de calidad satisfactorio y a precios abordables para la mayoría. Ello prefigura sin duda una transformación inevitable de las formas de acción de los servicios públicos tradicionales, que estarán obligados por la tecnología, por las limitantes presupuestales y por la presión de los ciudadanos, ya sea a abrirse plenamente a la competencia o, a integrar verdaderamente en su acción, los imperativos de eficacia y eficiencia impuestos a cualquier operador privado.



Hoy la perspectiva es totalmente diferente: ello se debe sin duda al artículo 90 del tratado que instituyó la Comunidad y que plantea el principio de sometimiento a las reglas de competencia establecidas en los artículos 85 y 86 para las empresas encargadas de un servicio económico de interés general; no pudiéndose desconocer este principio, su misión se encontrará comprometida. La ordenanza del 1 de diciembre de 1986 relativa a la libertad de precios y la competencia, somete a sus disposiciones las actividades de producción, de distribución y de servicios ejercidos por las personas públicas (artículo 53) (...) En este campo, la evolución legislativa es de gran importancia. Ella es el resultado de las directivas comunitarias y de las leyes que las integran al ordenamiento nacional (leyes del 3 de enero de 1991 y 11 de diciembre de 1992) a las que hay que agregar la ley del 29 de enero de 1993 relativa a la prevención de la corrupción y la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos." MARCOU Gerard Op cit. p. 78.