

II. EXTRANJERO

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y RESERVA COMPETENCIAL DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA EN FRANCIA: LA DECISION DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL DE 23 DE ENERO DE 1987

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. La declaración de una reserva constitucional de competencia a favor de la jurisdicción administrativa y su consecuencia fundamental: la constitucionalización del sistema de dualidad jurisdiccional francés.—III. El fundamento de la reserva constitucional de competencia. Nueva polémica doctrinal en torno al origen del sistema de dualidad jurisdiccional.—IV. Alcance de la reserva competencial de la jurisdicción administrativa.—V. Excepciones al principio constitucional de reserva de competencia.—VI. Excurso final sobre el problema del «sursis à l'exécution» que determinó la declaración de inconstitucionalidad de la Ley cuestionada.

I. PLANTEAMIENTO

El Consejo Constitucional francés, en la que la doctrina ha calificado como «*grande décision*», de 23 de enero de 1987, ha afirmado la existencia de una competencia *constitucional* del juez administrativo, y que debe ser respetada, por consiguiente, por el legislador y por el juez.

La Alta Asamblea francesa fue llamada a pronunciarse sobre si la atribución, por la Ley de 20 de diciembre de 1986, al juez judicial del contenido de las decisiones del Consejo de la Competencia, órgano de carácter administrativo, vulneraba un precepto o un principio constitucional (1). De acuerdo con la autorización contenida en la Ley de 2 de julio

(1) Sobre esta decisión del CC, véase *Les grands décisions du conseil constitutionnel*, L. FAVOREU y L. PHILIP, 5.ª ed., ed. Sirey, París, 1989, págs. 712 y ss., y los comentarios, entre otros, de J. CHEVALLIER, *Note de jurisprudence*, en «Actualité Juridique-Droit Administratif», 1987, págs. 345 y ss.; B. GENEVOIS, *Réforme du droit de la concurrence et respect des règles et principes de valeur constitutionnelle*, en «Revue Française de Droit Administratif», 1987, págs. 287 y ss.; L. FAVOREU, *Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle*, en la revista *últ. cit.*, págs. 301 y ss.; Y. GAUDEMET, en «Revue du Droit Public», 1987, págs. 1341 y ss.; Serge VELLEY, *La constitutionnalisation d'un mythe: justice administrative et séparation de pouvoirs*, en «Revue du Droit Public», 1989, págs. 767 y ss.; el número monográfico dedicado por la «RFDA» a *La dualité de juridictions en France et à l'étranger*, 1990, págs. 689 y ss., en el que pueden destacarse en relación a este tema los artículos de G. VEDEL, *La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?*, y el de J. CHEVALLIER, *Du principe de séparation au principe de dualité*; y, entre las últimas ediciones actualizadas de las obras generales, pueden consultarse, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, ed. Montchrestien, 2.ª ed., París, 1990, págs. 85 y ss.; G. VEDEL y P. DEVOLVÉ, *Droit administratif*, 2 tomos, ed. PUF, 11.ª ed. actualizada, París, 1990, tomo I, págs. 128 y ss.

de 1986, de reforma del derecho de la competencia, el Gobierno aprobó la Ordenanza número 86-1243, de 1.º de diciembre de 1986, que aportó importantes novedades en materia de control de precios y de competencia. Se establece en esta norma la libertad de precios, que no podrán en el futuro ser reglamentados más que por vía de excepciones muy limitadas, y, en materia de competencia, se actualiza y clarifica, por un lado, la definición de las prácticas restrictivas de la competencia, reforzándose las garantías otorgadas a los agentes económicos, y se crea por otro lado un *Consejo de la Competencia*, que sustituye a la antigua Comisión de la Competencia cuya función era puramente consultiva, dotándole de los poderes de control y de sanción que antes ostentaba el Ministro de Economía y Finanzas. La Ordenanza reconoce así al Consejo de la Competencia el poder de adoptar medidas cautelares, entre las que destaca el poder de dictar *injonctions* (órdenes ejecutivas), en caso de ataque grave e inmediato a la competencia (2), así como la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias, bien directamente o bien en el caso de inejecución de las *injonctions*, cuyo importe puede llegar hasta un 5 por 100 de la cifra del volumen de facturación del negocio antes de impuestos durante el último ejercicio, o, en el caso de que no se trate de una empresa, hasta una suma de diez millones de francos (art. 14) (3).

Contra las decisiones tomadas por este Consejo de la Competencia, la Ordenanza optó por la vía de la jurisdicción administrativa, estableciendo un proceso de *référé* contra las medidas cautelares ante el Presidente de la Sección de lo contencioso del Consejo de Estado (4), y un recurso de plena jurisdicción contra las resoluciones (entendido este último recurso en el sentido de que el Consejo de Estado puede tanto anular como modificar y sustituir la decisión recurrida). Dos días después de aprobarse la Ordenanza, se presentó una proposición de ley que la modificaba en este punto, transfiriendo el contencioso de la competencia al Tribunal de Apelación de París. La proposición fue aprobada en la Asamblea Nacional y en el Senado, pero antes de su promulgación fue remitida por un grupo de diputados socialistas al Consejo Constitucional, cuestionando la conformidad a la Constitución del traslado a la jurisdicción judicial del contencioso de las decisiones del Consejo de la Competencia.

(2) El artículo 12, párrafo 3.º, dispone así que, cuando se dan estas circunstancias, las medidas cautelares «pueden comportar la suspensión de la práctica concernida así como una *injection* a las partes de volver al estado anterior». El artículo 13, párrafo 1.º, dispone por su parte que el Consejo de la Competencia puede «ordenar a los interesados que pongan fin a las prácticas restrictivas de la competencia en un plazo determinado o imponerles condiciones especiales».

(3) Sobre los medios coercitivos de que dispone el Consejo de la Competencia véase, entre otros, los estudios de F.-Ch. JEANTET, *Réflexions sur les injonctions et exemptions du droit de la concurrence*, en «Jurisclasseur Périodique», 1988, I, págs. 3348 y ss.; Ch. BABUSTIAUX, *La nature de sanctions infligées par le Conseil de la Concurrence*, en «Petites Affiches», 17 de enero de 1990, págs. 64 y ss.

(4) El proceso de *référé* permite adoptar inmediatamente las medidas provisionales que sean necesarias en cada caso, sobre simple petición de parte y sin prejuzgar el fondo del asunto ni obstaculizar la decisión de una autoridad administrativa (vid. C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, ed. Civitas, 1991, págs. 65 y ss.).

La remisión de la Ley adoptada al Consejo Constitucional se debió, por encima de la cuestión de fondo alegada, a las consecuencias indirectas que dicha Ley podía tener sobre la Ordenanza anterior, pues una jurisprudencia concordante del Consejo de Estado y del Consejo Constitucional ha admitido que una ley que modifique, aunque sea parcialmente, una Ordenanza, puede suponer una ratificación implícita de la misma por el legislador (5), situándola de esta forma fuera de control jurisdiccional (en ausencia de ratificación, la Ordenanza se considera como un acto administrativo controlable por la vía del recurso de exceso de poder) (6). El Consejo Constitucional ha confirmado en la decisión que nos ocupa esta interpretación, admitiendo que la ratificación pueda derivarse del propio contenido de la ley aunque ésta no hubiera sido la voluntad del legislador, aunque excluyendo todo automatismo, pues afirma que «llamado a pronunciarse sobre una ley de esta clase, sería competencia del Consejo Constitucional decir si la ley comporta efectivamente la ratificación de todas o parte de las disposiciones de la Ordenanza en cuestión y, en caso afirmativo, si las disposiciones a las cuales la ratificación confiere valor legislativo son conformes a la Constitución» (7). En el caso en cuestión, esta evaluación no fue necesaria dado que el Consejo Constitucional halló en la ley motivos de inconstitucionalidad que determinaron su anulación, con lo que quedó excluida la posibilidad de ratificación implícita de la Ordenanza.

Por lo que respecta a la cuestión de fondo planteada al Consejo Constitucional, su importancia era mayor de la que puede parecer a primera vista. Como ha señalado CHEVALLIER (8), la transferencia a los tribunales judiciales del contencioso de las decisiones del Consejo de la Competencia, «además de afectar directamente los intereses de los profesionales del derecho (9), ponía en cuestión la naturaleza y las finalidades del Derecho de la competencia, el estatuto de la nueva instancia reguladora, las reglas de coexistencia de los dos órdenes jurisdiccionales, las garantías reconocidas a los justiciables».

Para los defensores de la competencia judicial, el derecho de la competencia sólo afectaría, como decía la exposición de motivos de la propo-

(5) Las Ordenanzas son normas hechas por el Gobierno francés con la autorización del Parlamento en aquellas materias que son dominio de la ley. El artículo 38 de la Constitución impone al gobierno, so pena de caducidad de la Ordenanza, la presentación, en el plazo prescrito por la ley habilitante, de un proyecto de ley que la ratifique. De esta forma, la ratificación de la Ordenanza debe revestir en principio carácter explícito, pudiendo modificarse o completarse su contenido con ocasión de la discusión en el Parlamento del proyecto de ley de ratificación.

(6) Como señala CHEVALLIER (*Note, cit.*, pág. 477), el Consejo Constitucional ha admitido en su decisión de 29 de febrero de 1972 la posibilidad de una ratificación implícita y el Consejo de Estado ha estimado que la modificación de un artículo de un Reglamento comporta la ratificación de los demás (CE, 10 de julio de 1972, *Compagnie Air-Inter*).

(7) Sobre la doctrina constitucional en materia de ratificación implícita de los Reglamentos, con referencia a esta decisión, véase L. FAVOREU, *Le droit constitutionnel jurisprudentiel*, en «Revue du Droit Public», 1989, págs. 399 y ss.

(8) *Note de jurisprudence, cit.*

(9) El Colegio de abogados de París reclamaba, desde hacía meses, la competencia judicial.

sición de ley, a «empresas privadas con intereses contradictorios», y el Consejo de la Competencia sería un «órgano de carácter jurisdiccional» de cuyas decisiones conocería en segunda instancia el Tribunal de Apelación de París. Quienes cuestionaban la constitucionalidad de la Ley afirmaban, por el contrario, que el Consejo de la Competencia es un órgano de carácter administrativo constituido como una autoridad independiente y con importantes poderes decisorios, exorbitantes del Derecho común, para la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia. El Consejo Constitucional confirmó en su decisión que el Consejo de la Competencia es un «organismo administrativo» (10), cuya naturaleza es «no jurisdiccional» (11). Si se considera así, la competencia de los tribunales ordinarios contradice en principio las reglas conforme a las cuales se realiza la repartición de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, al tratarse de un órgano administrativo, ejerciendo una actividad de interés general y utilizando para ello prerrogativas de potestad pública.

La derogación legal de las reglas normales de reparto de competencias ha sido, sin embargo, realizada con frecuencia por el legislador (12), y no parecía suscitar ningún problema a la vista de la jurisprudencia administrativa tradicional, conforme a la cual la determinación de los límites competenciales de los dos órdenes jurisdiccionales se considera como *materia reservada a la ley* —otorgándose a esta reserva el valor de un principio constitucional— (13).

(10) Este órgano administrativo debe encuadrarse, señala GENEVOIS, «entre las autoridades administrativas independientes, siguiendo la calificación que le dio a la Comisión de la Competencia la Ley núm. 85-1408, de 30 de diciembre de 1985». Tal calificación se fundamenta en que «si bien la independencia orgánica del Consejo de la Competencia no es absoluta en la medida en que el mandato de sus miembros es renovable y el Ministro de Economía puede declarar de oficio la dimisión de todo miembro que falte a sus obligaciones, se trata de un órgano que dispone de independencia funcional en el sentido de que las decisiones que adopta escapan a todo control jerárquico» (*ob. cit.*, pág. 294, y, en el mismo sentido, CHEVALLIER, *Note, cit.*, pág. 348).

(11) Ello es evidente, como señala CHEVALLIER, pues «incluso si la instrucción y el procedimiento ante este órgano son contradictorios (art. 18), los pronunciamientos del Consejo de la Competencia no están dotados de la autoridad de la cosa juzgada» (*Note, cit.*, pág. 348).

(12) Como señala CHEVALLIER, numerosas leyes especiales han procedido a derogar la «cláusula general de reparto de competencias», otorgando a los tribunales judiciales la competencia para decidir en litigios administrativos: estado de las personas, ataques a la libertad individual o a la propiedad privada, impuestos indirectos, responsabilidad postal, seguridad social, multas, accidentes de automóvil, etc. (*Note, cit.*, pág. 349). El propio legislador se había reconocido a sí mismo de forma expresa el poder de derogar las reglas normales de reparto de competencias, en el artículo 1.º de la Ley de 31 de diciembre de 1957, por la que se unificó en el ámbito judicial todo el contencioso de los accidentes de automóvil.

(13) La reserva a la ley de la delimitación competencial entre la jurisdicción administrativa y la judicial, fue establecida por la jurisprudencia del Consejo de Estado (*arrêts* de 20 de junio de 1861, *Morel*; 23 de enero de 1953, *Avril*; 16 de marzo de 1956, *Garnett*), y actualmente el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos han afirmado la vinculación de esta reserva al artículo 32 de la Constitución, adquiriendo, de este modo, el valor de un principio constitucional: «Por aplicación de las disposiciones del artículo 34 de la Constitución de la República francesa, en virtud de las cuales la ley fija las reglas que atañen a las garantías fundamentales reconocidas a los ciudadanos para el

II. LA DECLARACIÓN DE UNA RESERVA CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIA
A FAVOR DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y SU CONSECUENCIA
FUNDAMENTAL: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE DUALIDAD
JURISDICCIONAL FRANCÉS

La decisión del Consejo Constitucional ha modificado por completo este planteamiento tradicional, al afirmar *la existencia de una reserva constitucional de competencia en favor de la jurisdicción administrativa*. La Alta Asamblea francesa declara que, si bien «las disposiciones de los artículos 10 y 13 de la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790 y del decreto de 16 fructidor del año III que han establecido en su generalidad el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales, no tienen en sí mismas valor constitucional» (...) «Conforme a la concepción francesa de la separación de poderes, figura entre los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República" —a los cuales el Preámbulo de la Constitución de 1946 otorga valor constitucional (14)—, aquel en virtud del cual (...), pertenece en última instancia a la competencia de la jurisdicción administrativa *la anulación o la reforma de las decisiones adoptadas, en el ejercicio de prerrogativas de potestad pública, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades terri-*

ejercicio de las libertades públicas, corresponde únicamente al legislador fijar los límites de la competencia de las jurisdicciones del orden administrativo y del orden judicial» (CE 30 de mayo de 1962, *Assoc. nat. de la meunerie*; TC 2 de marzo de 1970, *Soc. Duvoir*; TC 7 de diciembre de 1970, *Riehm*; y, adhiriéndose al principio así establecido, CC 20 de febrero de 1987, *Code rural*). Vid. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., págs. 83 y 84.

(14) El conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, al que la doctrina francesa denomina «bloque de la constitucionalidad», se compone por las normas contenidas en tres textos constitucionales, a saber, la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como por los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, a los cuales el párrafo 1.º del Preámbulo de la Constitución de 1946 otorga tal valor. De acuerdo con este precepto, «el pueblo francés... Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República».

Las condiciones requeridas para que haya un principio fundamental reconocido por las leyes de la República son, como ha declarado el Consejo Constitucional en la decisión 244 DC, de 20 de julio de 1988, las siguientes:

- Se debe tratar de una «legislación republicana», lo que descarta la producida bajo otros regímenes.
- Esta «legislación republicana» debe haberse aprobado «antes de la entrada en vigor del Preámbulo de 1946» (es decir, antes de 27 de octubre de 1946).
- No debe haber ninguna excepción a la tradición instaurada al socaire de las diversas leyes aprobadas.

Como principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República se han consagrado hasta el presente, además del principio que aquí nos ocupa, la libertad de enseñanza, los derechos de defensa, la libertad individual, la libertad de conciencia, la independencia de la jurisdicción administrativa, la independencia de los profesores de Universidad, y la autoridad judicial guardián de la propiedad privada. Vid. Louis FAVOREU y FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *El bloque de la constitucionalidad*, ed. Cívitas, 1991, págs. 17 y ss.

toriales de la República o los organismos públicos situados bajo su autoridad o su control».

De esta forma, el Consejo Constitucional ha elevado a rango constitucional la existencia de la jurisdicción administrativa. Como señala CHAPUS, «reconocer un ámbito de competencia constitucionalmente garantizado» a la jurisdicción administrativa es «—implícita pero ciertamente— fundar su existencia en la Constitución y, por consiguiente, excluir que su supresión pueda ser decidida más que por una ley constitucional; lo que no deja de tener importancia, tratándose de una jurisdicción que podría no existir, a pesar de que representa el modelo de jurisdicción administrativa más antiguo, más acabado y más conocido universalmente» (15).

Con anterioridad, el Consejo Constitucional había declarado, en la decisión de 22 de julio de 1980 (16), el valor constitucional de la garantía de «la independencia de las jurisdicciones», tanto la judicial como la administrativa, así como del «carácter específico de sus funciones, en las que no pueden entrometerse ni el legislador ni el gobierno», derivando estos principios «del artículo 64 de la Constitución por lo que concierne a la autoridad judicial, y de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República por lo que concierne, desde la Ley de 24 de mayo de 1872, a la jurisdicción administrativa» (17).

Este principio constitucional era interpretado por buena parte de la doctrina como garantizador de «la existencia de la jurisdicción administrativa, su independencia y la especificidad de sus funciones» (18). Tal interpretación carecía, sin embargo, de solidez. Algunos autores, como Y. GAUDEMET, consideran que, «mirada con más detenimiento, la decisión de 1980 se situaba en un contexto muy diferente. La invocación a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República se dirigía a garantizar la independencia de función de las jurisdicciones,

(15) *Droit du contentieux administratif, cit.*, págs. 35 y 36.

(16) Decisión sobre el *Comité technique central paritaire des enseignants de statut universitaire*. Vid. L. FAVOREU y L. PHILIP, *Les grands décisions du conseil constitutionnel, cit.*, págs. 419 y ss.

(17) El Consejo Constitucional había sido llamado a pronunciarse sobre la posible violación del principio de separación de poderes por la convalidación legislativa de diversos decretos de reforma del régimen del profesorado universitario adoptados de acuerdo con el procedimiento previsto en un decreto que había sido anulado por el Consejo de Estado. La Alta Asamblea declaró, en los términos vistos, la independencia de la jurisdicción, tanto la judicial como la administrativa, afirmando en consecuencia que «no corresponde al legislador ni al Gobierno censurar las decisiones de las jurisdicciones, dirigir a éstas *injonctions* ni sustituirlas en el enjuiciamiento de los litigios que corresponden a su competencia». Afirmó, sin embargo, que en el caso planteado no se había producido ninguna vulneración a la independencia de la jurisdicción, pues «estos principios de valor constitucional no se oponen a que el legislador, en el ejercicio de sus competencias y en caso de necesidad, pueda modificar, salvo en materia penal, por medio de disposiciones retroactivas, las reglas que el juez tiene la misión de aplicar» (sobre el tema de las convalidaciones legislativas y su posible vulneración del principio de separación de poderes, con referencia a esta solución del Consejo Constitucional francés, véase S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, ed. La Ley, 1989, págs. 73 y ss.).

(18) A. DE LAUBADÈRE, J. CL. VENEZIA e Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, tomo I, 10.ª ed., 1988, pág. 431.

cualquiera que fuesen, así como "el carácter específico de sus funciones, en las que no pueden entrometerse ni el legislador ni el gobierno". La cuestión de la organización de estas jurisdicciones y especialmente del fundamento constitucional del sistema de coexistencia de dos órdenes de jurisdicción, que el Consejo se limitaba a constatar como un hecho, seguía sin ser tratada tras la decisión de 1980 (19). Hoy está resuelta» (20).

III. EL FUNDAMENTO DE LA RESERVA CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIA. NUEVA POLÉMICA DOCTRINAL EN TORNO AL ORIGEN DEL SISTEMA DE DUALIDAD JURISDICCIONAL

El *fundamento* que el Consejo Constitucional atribuye a la reserva constitucional de competencia al juez administrativo, situando su origen histórico en la Ley de 16-24 de agosto de 1790 y configurándola, «conforme a la concepción francesa de la separación de poderes», como uno de los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», ha causado problemas de interpretación y ha reabierto la antigua y controvertida cuestión del origen de la dualidad jurisdiccional francesa.

De acuerdo con la interpretación tradicional de la doctrina, que CHEVALLIER nos describe (21), el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales que estableció según su conocida fórmula el artículo 13 de esta Ley (22) implicaría no solamente que el juez judicial no debía inmiscuirse en la administración activa, sino también que no podía, por este mismo hecho, conocer de los litigios administrativos: al prohibir a los jueces perturbar «de cualquier manera» las operaciones de los cuerpos administrativos, la Ley habría pretendido excluir claramente el contencioso-administrativo del ámbito de competencia de los tribunales judiciales, en nombre de la necesaria independencia de la Administración, de tal forma que la posterior instauración de un orden jurisdiccional administrativo distinto sería la consecuencia directa del principio así formulado. La jurisdicción administrativa habría sido así el subproducto de la interpretación particular de la separación de poderes propia de los

(19) L. FAVOREU y L. PHILIP consideran, por el contrario, que de la decisión de 22 de julio de 1980 sí que se derivaba la propia existencia de la jurisdicción administrativa, pues «es difícil aceptar que pueda suprimirse el Consejo de Estado sin vulnerar "la independencia de la jurisdicción administrativa" que está claramente declarada y fundada, en la decisión de 22 de julio de 1980, de forma distinta a la de la autoridad judicial». Reconocen, sin embargo, estos autores que se trata de una cuestión polémica que «hoy está definitivamente resuelta por las decisiones de 23 de julio de 1987 y de 28 de julio de 1989» (*Les grands décisions du conseil constitutionnel*, cit., pág. 427).

(20) *Ob. cit.*, pág. 1345.

(21) Vid. J. CHEVALLIER, *Du principe de séparation au principe de dualité*, cit., página 712.

(22) Este precepto dispuso que «las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones».

constituyentes de 1789. Así lo afirmó LAFERRIÈRE y así lo exponen de forma general los actuales tratados de Derecho administrativo (23).

Existe hoy, sin embargo, un sector doctrinal que duda del alcance dado por esta interpretación a la Ley de 1790. G. VEDEL llega a comparar este texto dos veces centenario con la Ley Sálica, tanto por el carácter de «ley fundamental» que se le ha atribuido, como por «las dudas que pueden suscitarse respecto de la pertinencia de la interpretación que ha recibido». Afirma así este autor, que del mismo modo que la *lex salica* constituía un principio de derecho privado referido a la sucesión de las tierras que dudosamente podía aplicarse a la transmisión del poder político, «cabe preguntarse si, según su propio tenor, el texto de 1790 implica la sustracción de lo que hoy llamamos el contencioso-administrativo de los tribunales del orden judicial» (24).

El sentido literal del precepto resulta, como señala este autor, equívoco (25). Los términos utilizados no parecen ciertamente hacer referencia al ejercicio de una función jurisdiccional aplicada al conjunto de los litigios que enfrenten a la Administración y los administrados. «Juzgar no es necesariamente perturbar (*troubler*) —observa VEDEL—, y no es casual que durante mucho tiempo la jurisprudencia prefiriera apoyarse en la teoría del Estado deudor, a pesar de que la misma tiene también su origen en textos de dudoso significado, para sustraer a los tribunales judiciales un gran número de procesos referibles a lo que más tarde sería el proceso de plena jurisdicción» (26). En cuanto a la segunda parte del precepto, la prohibición hecha a los jueces de que emplazaran ante ellos a los administradores por razón de sus funciones podría interpretarse más bien como una precursora «garantía de los funcionarios» que como una exclusión del control judicial de la propia Administración.

Por lo que respecta a la interpretación auténtica del precepto, a la búsqueda de la intención de sus autores —pues ciertamente no es un buen sistema leer un texto de 1790 utilizando la terminología y las categorías

(23) Pueden citarse, entre otras, las siguientes obras: G. VEDEL y P. DEVOLVÉ, *Droit administratif*, 9.^a ed., pág. 116; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, vol. 1, núm. 2, página 7; A. DE LAUBADÈRE, J. CL. VENEZIA e Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, tomo I, núm. 880, págs. 431 y ss.

En España, esta interpretación del origen del sistema de dualidad jurisdiccional francés ha tenido amplio eco doctrinal a partir de la obra de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Cuadernos Taurus, núm. 113, 1972 (posteriormente reeditada por la misma editorial, datando su última reimpression de 1984).

(24) *La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?*, cit., pág. 699.

(25) *Ibidem*.

(26) Basándose en una Ley de 17 de julio-8 de agosto de 1790 y en un decreto de la Convención de 26 de septiembre de 1793, el Consejo de Estado negaba a los tribunales judiciales el derecho de condenar al Estado a todo pago de dinero, cualquiera que fuese el origen de la deuda. Como ha puesto de manifiesto el propio VEDEL (*Derecho administrativo*, edición española, ed. Aguilar, 1980, pág. 65), este criterio carecía de fundamento sólido, pues «los textos señalados no tienen en modo alguno ese alcance. La significación de ese criterio era doble: en el plano político, afirma que sólo el poder legislativo puede disponer de los fondos del Estado a su antojo; en el plano de la contabilidad pública, significa que las vías de ejecución del Derecho privado no pueden ejercerse frente al Estado. Todo ello nada tiene que ver con la posible competencia del juez judicial para confirmar y liquidar (es decir, evaluar) una deuda del Estado».

jurídicas actuales—, varios trabajos han puesto de manifiesto, como CHEVALLIER ha recordado recientemente (27), que la Ley de 16-24 de octubre, aunque establece como principio general del sistema judicial la prohibición de toda injerencia en la esfera propia de la competencia de la Administración activa, no resuelve ni prejuzga el delicado problema del contencioso-administrativo.

La interpretación de la Ley de 16-24 de octubre de 1790 como «regla cardinal» en la que se ha fundado el sistema francés de jurisdicción administrativa había recibido ya, desde fines del siglo pasado, algunas críticas (28), pero fue en la década de los sesenta cuando los estudios de P. SANDEVOIR (29), M. TROPER (30) y J. CHEVALLIER (31) mostraron la fragilidad de esa tesis, argumentando que la preocupación de los constituyentes se centraba en limitar, no las *materias* de las que pudieran conocer los tribunales, sino los *poderes* de estos tribunales *respecto de la Administración*: «El artículo 13 de la Ley de 16-24 de agosto de 1790 no tenía por objeto —nos dice TROPER— sustraer determinados litigios de la competencia de los tribunales. Lo único que pretendía era poner fin a los abusos de los antiguos Parlamentos: *injonctions* a los administradores, *arrêts de réglements*, etc. Pero la competencia para conocer de los litigios administrativos no fue asimilada a estos abusos más que por la doctrina del siglo XIX» (32).

Basándose en los trabajos parlamentarios de la Asamblea constituyente, demuestran estos autores que la Asamblea no pretendía en absoluto abandonar el contencioso-administrativo a la Administración, sino que dudaba entre encomendárselo en su conjunto a los tribunales ordinarios, o confiar ciertas ramas del mismo (litigios en materia comercial, fiscal, administrativa, etc.) a tribunales especializados. Por consiguiente, el artículo 13 de la Ley de 16-24 de agosto no podía implicar la transferencia del contencioso-administrativo a la Administración, sino que se limitaba a prohibir a los tribunales la utilización de procedimientos coercitivos en su contra (33). La suerte de los litigios entre los particulares y la adminis-

(27) *Du principe de séparation au principe de dualité, cit.*

(28) Pueden citarse en este sentido a R. JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, ed. Giard et Brière, 1899, y E. ARTUR, *Séparation de pouvoirs et séparation de fonctions*, «Revue de Droit Public», 1902, págs. 234 y ss.

(29) *Etudes sur le recours de pleine juridiction: l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, tesis presentada en Lille, 1962, publicada por LGDJ en 1964.

(30) *La séparation de pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, tesis de 1967 publicada por LGDJ, 1973, reedición de 1980.

(31) *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, tesis defendida en París, 1968, publicada por LGDJ, 1970.

(32) *Ob. cit.*, págs. 51 y ss. En el mismo sentido dice SANDEVOIR: *Arrêts de réglements, refus de enregistrement des ordonnances, interventions en matière de police, annulations d'actes administratifs, poursuites abusives contre les fonctionnaires royaux, c'était tout cela, mais ce n'était aussi que cela qui irritait les révolutionnaires (ob. cit., pág. 53)*, citando en este sentido la frase de LE CHAPELIER en la Asamblea Constituyente: *Les Parlements étaient dangereux, non parce qu'ils étaient juges, mais parce qu'ils étaient administrateurs et législateurs*.

(33) CHEVALLIER cita, en este sentido, las palabras pronunciadas por THOURET en la Asamblea Nacional el 24 de marzo de 1790: los «principios que separan el poder judicial

tración dio lugar a grandes controversias y permaneció incierta hasta finales del verano de 1790.

La vinculación del contencioso-administrativo a la Administración activa se produjo así en un segundo momento y por razones, como ha mostrado CHEVALLIER, fundamentalmente de índole práctica, suponiendo, en realidad, «una desviación a la concepción de la separación de poderes que tienen al principio los constituyentes» (34). Por un lado, los revolucionarios toman conciencia de las imperfecciones de las soluciones judiciales hasta entonces contempladas: la especificidad del contencioso-administrativo impedía su atribución pura y simple a los tribunales ordinarios, pero la institución de tribunales especiales se percibía como la reinstauración de las jurisdicciones de excepción del Antiguo Régimen, idea que causaba gran hostilidad en los constituyentes. Por otro lado, la atribución de competencias contenciosas a las nuevas instituciones locales que la Asamblea acababa de crear resultaba conforme con las exigencias democráticas, al tener éstas carácter electivo (35).

Tras el fracaso de propuestas intermedias (como la institución de tribunales *ad hoc* cuyos miembros fueran nombrados por el rey), la Ley de 6 y de 7-11 de septiembre de 1790 atribuyó el conocimiento de diversas materias del contencioso-administrativo a los administradores. Se realiza entonces un reparto del contencioso entre los jueces de distrito y las administraciones locales instituidas en 1789 (36). Esta partición de com-

del poder de administrar», fijados por el título 1.º, «nos han parecido de una verdad absoluta e independiente del partido que ustedes quieran adoptar posteriormente sobre el número, la composición y la distribución de los tribunales» (*Du principe de séparation au principe de dualité, cit.,* pág. 716).

(34) *Du principe de séparation au principe de dualité, cit.,* pág. 720. Señala este autor que, «en realidad, la aportación de los constituyentes se descompone en dos fases sucesivas, sin que pueda establecerse entre ellas una relación de causalidad: una primera fase, marcada por la Ley de 16-24 de agosto, en la cual los revolucionarios hacen obra doctrinaria, proclamando orgullosamente la exigencia de separación de las autoridades administrativas y judiciales; y una segunda fase, que desemboca en las leyes de septiembre y octubre, en la cual se aporta una solución muy pragmática al problema del contencioso-administrativo. De esta forma, los constituyentes se introducen, sin darse cuenta claramente y sin ni siquiera desearlo verdaderamente, en la vía que había de conducir a la dualidad de jurisdicción» (*ibidem*, pág. 713). Vid., *in extenso* sobre este tema, el libro del mismo autor *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, cit.,* págs. 65 y ss.

(35) Muy expresiva resulta en este sentido la memoria presentada a la Asamblea Constituyente por Pezous, quien, tras recordar la imperfección de las soluciones judiciales, constata: «Ustedes han establecido sabiamente en cada departamento un directorio de ocho miembros y, en cada distrito, un directorio de cuatro miembros. Estos directorios, *compuestos de hombres escogidos por el pueblo* por un corto plazo y siempre en activo, deben dirigir todos los asuntos de la Administración. ¿Por qué no habrían de decidir las cuestiones contenciosas que de ellos dependen?... Los administradores son sin duda más aptos que los jueces para solventar estos conflictos sin los embrollos judiciales.»

(36) Los primeros reciben, como señala CHEVALLIER (*Du principe de séparation au principe de dualité, cit.,* pág. 719), el contencioso de los impuestos indirectos (art. 2), de la policía de conservación de las vías públicas (art. 6), de las aguas y los bosques (art. 7) y de la moneda (art. 7). En cuanto a las administraciones locales, los directorios de distrito entienden del contencioso de las contribuciones directas en primera instancia (artículo 1) y de los daños resultantes de los contratistas de obras públicas en última ins-

petencias no se apoyaba ni justificaba en ningún principio, aunque puede apreciarse en ella una cierta conciencia de lo que constituye la especificidad del contencioso-administrativo, pues «las materias que escapan al poder judicial son en efecto aquellas en las que la Administración dispone de un margen de apreciación que excluye la existencia de una relación de estricta conformidad a la ley» (37). Esta norma, de alcance limitado, crearía una dinámica tendente a la ampliación del contencioso-administrativo atribuido a la Administración, que se llevaría a cabo por medio de una serie de leyes concretas (38), hasta que la Convención prohíbe, por su decreto de 16 fructidor del año III, «a los tribunales de conocer de los actos de administración de cualquier especie que sean (...)». El proceso culminará cuando, durante el Directorio, un *arrêté* de 2 germinal del año V declara que «todas las operaciones que se ejecuten por órdenes del gobierno, por sus agentes directos, bajo su vigilancia, y con fondos provenientes del tesoro público» pertenecen «por naturaleza» a la «clase de asuntos administrativos» sustraídos del juez de derecho común.

De esta forma, como ya señaló E. ARTUR, es la justicia administrativa la que, «una vez organizada» ha engendrado «una concepción positiva muy particular de la separación de poderes», y no a la inversa (39), no siendo la Ley de 1790, de acuerdo con SANDEVOIR, más que «un pretexto, una referencia cómoda para aludir a un principio que no contenía en modo alguno» (40). Esa «concepción francesa» del principio de separación de poderes no sería más que una reconstrucción efectuada por los publicistas del siglo XIX a partir de 1840, que respondería, dice S. VELLE, «a una necesidad muy concreta: reforzar la legalidad y la legitimidad de una justicia administrativa expuesta a la crítica de la oposición parlamentaria y de la opinión liberal» (41).

tancia (art. 5), mientras que los directorios de departamentos deciden en última instancia en materia de contribuciones directas (art. 1), mercados públicos (art. 3) y obras públicas (art. 4).

(37) Así lo reconoce CHEVALLIER (*ob. últ. cit.*, pág. 35), señalando cómo, en materia fiscal, el reparto se justifica por la diferencia de los procedimientos, pues «mientras la Administración dispone de un amplio poder discrecional en materia de impuestos directos, se limita a aplicar una tarifa en los indirectos», y destacando también que la equidad ha jugado siempre un papel importante en el contencioso de las obras públicas.

De modo más taxativo, afirma VELLE que la solución adoptada en la Ley de septiembre de 1790 «no puede ser explicada más que en relación a la concepción revolucionaria de la función jurisdiccional y a la existencia de un poder discrecional irreducible de la Administración. El sistema del administrador-juez, aplicado desde el principio de la Revolución al contencioso de la policía, será después extendido progresivamente a toda una serie de actividades en las que la Administración dispone de tal facultad. El contencioso de estas materias no podía, en efecto, ser confiado a un poder judicial cuya función y organización estaban dominadas por la célebre teoría del juicio-silogismo» (*La constitutionnalisation d'un mythe...*, cit., pág. 773).

(38) Al proceder así, señala S. VELLE, «la Asamblea se atenía al artículo 17, título II, de la Ley de 16-24 de agosto de 1790, que prohibía formalmente toda avocación o atribución que no fuera legal, lo que rebate toda idea de un contencioso-administrativo por naturaleza» (*La constitutionnalisation d'un mythe: justice administrative et séparation de pouvoirs*, cit., pág. 774).

(39) *Ob. cit.*, pág. 247 (tomo la cita de CHEVALLIER, *Du principe de séparation au principe de dualité*, cit., pág. 713).

(40) *Ob. cit.*, pág. 51.

(41) La existencia del Consejo de Estado, institución imperial ignorada por las

Teniendo en cuenta esta «nueva lectura» del origen de la dualidad jurisdiccional francesa, afirma VELLEJ que lo que ha hecho el Consejo Constitucional en su pronunciamiento de 23 de enero de 1987 es «*constitucionalizar un mito*», fundando su decisión, ante la imposibilidad de atribuir valor constitucional a la Ley de 16-24 de agosto de 1790 y al decreto de 16 fructidor del año II (42), en «una interpretación errónea de la Ley de 16-24 de agosto y en una interpretación del principio de separación de poderes ignorada por sus promotores» (43).

G. VEDEL sale al paso de esta «acusación» a la decisión de la Alta Asamblea francesa, afirmando que se basa en una lectura equivocada de la misma, por lo que considera necesario devolverle sus justos términos.

Constituciones, fue periódicamente discutida durante la Restauración con motivo de la aprobación de sus presupuestos. «En el actual estado de cosas, escribía DUVERGIER DE HAURANNE, en 1826, la pretendida separación de la justicia ordinaria y de la justicia administrativa no es más que la reunión de todos los poderes en las manos del ministerio y la organización legal del ejercicio del poder arbitrario aplicado a aquello que es más respetable en el mundo, a aquello que afecta más de cerca los intereses de los ciudadanos, a la distribución de justicia» (vid. F. BURDEAU, *Les crises du principe de dualité de juridictions*, en «RFDA», 1990, págs. 724 y ss.).

Aunque atenuados desde 1830, estos ataques llevarían, dice VELLEJ, al gobierno y a la doctrina a buscar argumentos que permitiesen justificar la existencia del doble orden jurisdiccional. Parece ser que fue CHAVEAU quien, en el manual publicado en 1841, justificó por primera vez la existencia de una justicia administrativa refiriéndose a una regla de separación de las autoridades administrativas y judiciales considerada como la consecuencia directa de una interpretación particular del principio de separación de poderes por los revolucionarios franceses. Desarrollada por VIVIEN, esta tesis fue adoptada por la práctica totalidad de la doctrina, recibiendo a fines de siglo la ratificación de la gran autoridad de LAFERRIÈRE (vid. VELLEJ, *ob. cit.*, págs. 776 y ss.).

(42) El Consejo Constitucional afirma «que las disposiciones de los artículos 10 y 13 de la Ley de 16-24 de agosto de 1790 y del decreto del 16 fructidor del año III (...) no tienen en sí mismas valor constitucional». Dos factores impedían, a juicio de VELLEJ, otorgar a estas normas valor constitucional:

«1. La imposibilidad —salvo que se despojase a la noción de República de todo contenido específico— de erigir en principio fundamental reconocido por las leyes de la República un texto dictado durante la primera monarquía constitucional que ha conocido Francia, y que fue sancionado por Luis XVI.

2. El rechazo manifiesto del Consejo Constitucional a atribuir esta cualidad a principios establecidos por regímenes republicanos distintos del proclamado el 4 de septiembre de 1870» (*ob. cit.*, págs. 774 y 775).

El Consejo Constitucional podía también haber considerado que, aunque carente por sí mismo de valor constitucional, el artículo 13 de la Ley de 1790 no sería más que la traducción del principio de división de poderes consagrado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, resultando por consiguiente contraria a la Constitución la infracción de sus reglas. Esta afirmación hubiera sido, sin embargo, difícilmente sostenible pues, como señala B. GENEVOIS, «la prueba de la ausencia de vínculo necesario entre ambos principios puede ser hallada en el hecho de que en los Estados Unidos, en los que la separación de poderes rige la organización política, la separación de autoridades es desconocida, mientras que en Francia la separación de autoridades ha pervivido en momentos en que reinaba la confusión de poderes, como bajo la Convención» (*Réforme du droit de la concurrence et respect des règles et principes de valeur constitutionnelle*, en «Revue Française de Droit Administratif», 1987, págs. 287 y ss.).

(43) *La constitutionnalisation d'un mythe: justice administrative et séparation de pouvoirs*, *cit.*

«La mejor prueba —dice este autor— de que su fundamento no es la “concepción francesa de la separación de poderes” tal como ésta se habría impuesto desde 1840, es que la decisión se niega precisamente a constitucionalizar la interpretación según la cual el conjunto del contencioso-administrativo quedaría sustraído a los tribunales judiciales» (44). Sólo la parte de este contencioso consagrado por las leyes de la República responde a una reserva constitucional de competencia, y ello porque, señala VEDEL, la decisión se funda en realidad en dos motivos únicamente: el primero es que la Ley de 16-24 de agosto no tiene valor constitucional; el segundo es que existe sin embargo otra fuente de derecho, ésta sí de valor constitucional, como son los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (45), que reserva al juez administrativo un ámbito contencioso determinado (46). En las atribuciones de competencia a las cuales procedió el legislador republicano, por las que se trasladaron numerosas materias de la competencia de la jurisdicción administrativa a la judicial, se aprecia «por defecto» (*en creux*) una reserva a la jurisdicción administrativa, por la cual cuando está en causa una decisión ejecutoria cuya legalidad es impugnada, la autoridad judicial nunca ha recibido del legislador el poder de anularla o reformarla (47).

La mención de la «concepción francesa de la separación de poderes» no sería, a juicio de G. VEDEL, más que un *obiter dictum* que, en vez de aportar mayor claridad, ha inducido a confusión, al dar pie a una controversia interesante, pero fuera de lugar. El propio autor entra, sin embargo, en esta polémica, afirmando que, aunque la Ley de 16-24 de agosto de 1790 no tenía el alcance que se le ha querido dar —la compara, como se ha visto, con la Ley Sálica por la dudosa interpretación que ha recibido—, sí era portadora de una *regla inequívoca* por la cual, como reacción frente a los abusos de los cuerpos judiciales del Antiguo Régimen, se prohibía a los jueces que sustituyeran a los administradores en todas las actividades y operaciones ajenas a la resolución de un litigio, lo que implicaba negarles el poder de dirigir a la Administración *injonctions* y de anular o reformar sus decisiones marcadas por el sello de la *puissance publique*, estando esta regla en la conciencia de los constituyentes vinculada al principio de separación de poderes consagrado por el artículo 16 de la Declaración de 1789. Se trata ésta, a su juicio, de una especificidad francesa, pues en otros países que afirman también el principio de separación de poderes tal limitación de la competencia de los jueces no existe, por lo que considera que «desde su origen, la separación de poderes “a la francesa” ha implicado ese “núcleo duro” de resistencia a la competencia de los tribu-

(44) *La loi des 16-24 août 1790...*, cit., pág. 708.

(45) Vid. *supra*, nota 14.

(46) En el mismo sentido, afirma GENEVOIS que «la única referencia que permite fundar jurídicamente el principio de valor constitucional deducido por el Consejo, se encuentra en la noción de *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*» (*ob. cit.*, pág. 291).

(47) «Ocurre —dice este autor— como si una barrera invisible hubiera prohibido al legislador remitir a los tribunales judiciales los recursos relativos a la validez de los actos en los cuales se encarna la especificidad constitucional del poder ejecutivo» (*La loi des 16-24 août 1790...*, cit., pág. 706).

nales judiciales que es precisamente el mismo que han consagrado las leyes de la República» (48). El que la Ley de 1790 haya sido interpretada posteriormente de un modo muy favorable a la competencia del juez administrativo se debe, añade VEDEL, a una serie de factores heterogéneos (49), manteniéndose esta interpretación maximalista durante la III República debido a que el Consejo de Estado se ha convertido ya en un verdadero juez, que «sin comprometer la autoridad y eficacia de la Administración, la constriñe al respeto de la ley y de los derechos de los ciudadanos», hallando en ocasiones, como en materia de contratos y de responsabilidad, soluciones innovadoras y más ricas respecto a una justicia distributiva que aquellas a las que hubiera conducido la aplicación de las reglas del derecho privado (50).

La Ley de 1790 no fue, por consiguiente, concluye este autor, ni un «texto» que estableciera claramente el principio de separación de autoridades administrativas y judiciales, ni un mero «pretexto» de la consagración de la dualidad jurisdiccional, sino «uno de los elementos del *contexto* que, en nuestra organización institucional, en su ideología, en su historia, en su práctica legislativa, ha dado al principio de separación de autoridades administrativas y judiciales su alcance y su contenido» (51).

Pero al margen de esta interesante polémica, y sea cual sea el alcance que se quiera dar a la referencia que hace el Consejo Constitucional a la «concepción francesa de la división de poderes», lo cierto es que, utilizando el recurso a los principios fundamentales consagrados en las leyes de la República, se ha otorgado rango constitucional a la reserva de un bloque de competencias en beneficio del Consejo de Estado, cuyo origen se sitúa (ya sea como simple «pretexto» o como uno de los elementos del «contexto») en la Ley de 16-24 de agosto de 1790.

IV. ALCANCE DE LA RESERVA COMPETENCIAL DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

El bloque de competencias constitucionalmente reservado al juez administrativo no representa más que una parte, bastante limitada, del actual contencioso-administrativo, pero ello no quiere decir que el legislador y la jurisprudencia, interpretando los textos revolucionarios, no puedan dar al contencioso-administrativo un ámbito mucho más amplio, como de hecho ocurre. Lo que hace el Consejo Constitucional es definir lo que la doctrina ha calificado de *núcleo duro* de alcance consti-

(48) *Ob. últ. cit.*, pág. 708.

(49) Señala el autor, entre otros factores, «el anclaje del Estado, en medio de las convulsiones políticas, en una Administración fuerte y centralizada; la búsqueda de un derecho adaptado a esta Administración, que el juez judicial no podía manejar con pleno dominio; el favor de los regímenes autoritarios por una justicia que, hasta 1872, fue «retenida»».

(50) *Ob. últ. cit.*, pág. 711.

(51) *Ibidem*, pág. 709.

tucional del principio de separación (52), fuera del cual compete al legislador y al juez realizar la repartición de competencias. De esta forma, como señala GENEVOIS, «el criterio que basa en la actividad de servicio público la justificación de un régimen exorbitante de derecho común no es eliminado» (53), pero «la puesta en práctica de este criterio se sitúa en el plano legislativo o reglamentario» (54).

Para determinar cuál es este ámbito de competencia constitucionalmente reservado al juez administrativo, el CC establece varios *criterios acumulativos*:

— Esta competencia concierne exclusivamente las «decisiones», lo que parece excluir de una forma general, como señala GAUDEMET (55), todos los contratos y convenios de diversa naturaleza concluidos por las personas públicas, así como los actos materiales imputables a las mismas.

— Sólo pertenecen, además, a la competencia constitucionalmente reservada al juez administrativo las decisiones que emanen de colectividades u organismos «públicos», con lo que todo el contencioso de los actos administrativos realizados por los organismos privados gestores de un servicio público, que la jurisprudencia tendía a considerar propio del juez administrativo, puede ser, sin obstáculo constitucional, atribuido por el legislador a la jurisdicción judicial.

— La naturaleza de la intervención del juez se tiene también en cuenta, pues debe tratarse del *contencioso de la anulación o reforma*. En el contexto de la decisión, la alusión del Consejo Constitucional al «contencioso de la reforma» ha de entenderse referida, como ha señalado la doctrina, a aquellos supuestos en los que el juez procede a modificar y reponer la decisión administrativa cuya ilegalidad constata (56).

Queda, por tanto, fuera de esa competencia propia del juez administrativo todo el amplio campo del contencioso de plena jurisdicción (57),

(52) B. GENEVOIS, *ob. cit.*, pág. 294; VEDEL y DEVOLVÉ, *ob. cit.*, pág. 130.

(53) El criterio de servicio público se sigue utilizando con frecuencia por la doctrina y la jurisprudencia como instrumento para delimitar de modo general el campo de aplicación del Derecho administrativo. No se dice ya, como en la época de la Escuela de Burdeos, que el servicio público implica la gestión pública, pero sí que, en determinadas circunstancias, permite presumirla (sobre el papel actual de la noción de servicio público como criterio delimitador de la aplicación del Derecho administrativo, vid. Guy BRAIBANT, *Le droit administratif français*, ed. Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques-Dalloz, 1984, págs. 131 y ss.).

(54) *Ob. cit.*, pág. 293.

(55) *Ob. cit.*, pág. 1343.

(56) Y. GAUDEMET, *ob. cit.*, pág. 1343.

(57) El recurso de anulación y el recurso de plena jurisdicción aparecen claramente diferenciados en el Derecho francés: con el primero «el recurrente pretende que un acto administrativo cualquiera, reglamentario o individual, ha infringido la legalidad y solicita al juez su anulación», mientras que con el segundo la cuestión planteada por el recurrente se refiere a la «existencia o la extensión de una situación jurídica individual subjetiva» que dicho recurrente pretende, con lo que el recurso se presenta como un proceso entre partes, cuyo resultado puede ser una condena pecuniaria a la Administración (A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 6.ª ed., ed. LGDJ, París, 1973, pág. 485). De esta forma, como señalan VEDEL y DEVOLVÉ, «el recurso de plena jurisdicción se asemeja

al cual pertenecen todos los recursos tendentes a una reparación pecuniaria fundados en la responsabilidad de la Administración, los relativos a la validez o a la ejecución de los contratos administrativos (58), el contencioso electoral y el contencioso tributario (59).

Curiosamente, la competencia del juez administrativo surgió históricamente en relación a estas materias que componen el recurso de plena jurisdicción tal como se le conoce hoy en día. Como señala SANDEVOIR, «la legislación revolucionaria y la práctica administrativa de la época denotan la aparición de la cuasi totalidad de los grandes ámbitos contenciosos circunscritos por nuestro recurso moderno de plena jurisdicción: el contencioso fiscal, el contencioso electoral, el contencioso de las deudas del Estado e indemnizaciones» (60). Se trataba de los contenciosos de derechos entre la Administración y los particulares, siendo condición necesaria para el ejercicio del recurso contencioso la existencia de un derecho subjetivo lesionado (61).

Ocurría, sin embargo, que aquellos actos que, por su naturaleza, no eran susceptibles de vulnerar los derechos de los particulares, se consideraban como *actos de pura administración* y estaban, salvo excepciones, excluidos de todo control jurisdiccional. Como nos explica CHEVALLIER, se trataba en estos casos de una actividad administrativa «de naturaleza discrecional, es decir, en la que la administración dispone de un poder absoluto que nada puede limitar» (62). Estos actos se caracterizaban al mismo tiempo por la existencia de un interés general predominante y por la ausencia de derechos subjetivos en juego que pudieran oponerse a la actuación administrativa, y conformaban el ámbito puramente gubernativo, en el que la propia administración debía operar la conciliación entre

al contencioso civil, tal como éste funciona ante los Tribunales judiciales», aunque, a diferencia del juez civil, el juez administrativo no puede pronunciar en ningún caso *injunctons* o condenas de hacer a la Administración (*Traité de droit administratif*, 6.ª ed., ed. LGDJ, París, 1973, pág. 55).

(58) El recurso de anulación es inadmisibles frente a los actos de naturaleza contractual, al no ser actos administrativos unilaterales, salvo lo que respecta a los actos separables. Tampoco cabe el recurso de anulación frente a una decisión administrativa que infrinja las disposiciones contractuales, pues esta infracción no se considera como una violación de la legalidad, con lo que la materia contractual queda doblemente excluida de este recurso (vid. LAUBADÈRE, *ob. cit.*, págs. 513 y 526).

(59) Es de esperar, afirma GAUDEMET, que el legislador utilice esta facultad para «abrir al justiciable las vías jurisdiccionales más familiares y más eficaces para evitarle los inconvenientes procesales inherentes a la dualidad jurisdiccional», destacando en este sentido la necesidad de unificar criterios en determinadas materias, como el contencioso de los contratos: «¿Es realmente un signo de salud del estado del derecho francés que, cada año, una parte no despreciable de la actividad del Tribunal de Conflictos se consagre a discernir, con una sutileza que tiene una parte de incertidumbre, si los contratos de los vigilantes del HLM, de las camareras del restaurante universitario o de las mujeres de la limpieza constituyen o no, según los casos, una asociación de los interesados al servicio público?» (*ob. cit.*, págs. 1350 y 1351).

(60) *Ob. cit.*, págs. 142 y ss.

(61) SANDEVOIR señala cómo «las primeras decisiones del comité de lo contencioso de la época imperial subrayan de forma tan clara como general esta necesidad: "considerando que la ausencia de derecho de los particulares cierra cualquier tipo de recurso por la vía contenciosa", proclamaba un *arrêt* de 1809» (*ob. cit.*, pág. 218).

(62) *Ob. cit.*, págs. 165 y 166.

los intereses generales y de la sociedad encomendados a su defensa y los intereses privados, por lo que era preciso preservar su libertad de criterio.

Más adelante, el recurso de anulación por incompetencia o exceso de poder permitirá al Consejo de Estado proceder al control de estos actos «de pura administración», comprobando la adecuación de las decisiones administrativas al derecho y declarando su anulación si son ilegales. Se configura así el recurso de anulación como un control de la adecuación *objetiva* de la decisión administrativa a la legalidad, mientras que en el recurso de plena jurisdicción se trata de apreciar si *el derecho subjetivo ha sido efectivamente violado* teniendo en cuenta todos los elementos de hecho y de derecho concurrentes, hasta el punto de que, en materia contractual o de responsabilidad, la ausencia de perjuicio exonerará a la Administración incluso si ésta ha cometido alguna falta. Es por ello en el marco del recurso de anulación donde, como señala S. VELLEJ (63), «se manifiestan en el más alto grado las funciones ordenadora, protectora e ideológica conferidas a un principio de legalidad que las jurisdicciones administrativas están encargadas de hacer respetar» (64), y es sin duda esta fracción del contencioso la que ha permitido «a una justicia administrativa lastrada por sus orígenes napoleónicos y su carácter jerárquico afirmarse, antes de asegurar su éxito y de consolidar su prestigio». La Alta Asamblea ha consagrado y preservado esta función característica del juez administrativo, dejando que en el contencioso de plena jurisdicción, el más cercano al contencioso civil, el legislador pueda seguir actuando libremente a fin de acometer redistribuciones de competencias entre la jurisdicción administrativa y la judicial.

— El juez constitucional ha optado, además, como señala GAUDEMET, «por una concepción del contencioso y del derecho administrativo que hace de las *prerrogativas de potestad pública* el centro de los mismos, el ámbito en el cual presentan, según la fórmula del Decano Vedel, una especificidad esencial, y no accidental, en relación al derecho privado» (65).

Las bases doctrinales de la construcción del Derecho administrativo fundada en la noción de potestad pública se deben a HARIOU, que partió de este criterio en su conocida distinción entre países con y sin régimen administrativo (66). En los países de régimen administrativo, decía este autor, la Administración pública ostenta prerrogativas en virtud de las cuales su actividad no se limita al cumplimiento de una función, sino que

(63) *Ob. cit.*, pág. 768.

(64) Como señala D. LOSCHAK, «el principio de legalidad tiene, en primer lugar, un alcance práctico: significa que la acción administrativa está constreñida por determinados límites, sometida a normas que determinan a la vez los objetivos a alcanzar y los medios para lograrlos; pero tiene también un alcance ideológico en cuanto funda la legitimidad de su acción: el principio de legalidad, que expresa la sumisión de la Administración a la ley, manifiesta su subordinación al poder político y atestigua que no actúa según su propio arbitrio, sino en el respeto de los principios fundamentales del orden social existente convertidos en reglas jurídicas por el legislador» (*Le principe de légalité. Mythes et mystifications*, en «Actualité Juridique-Droit Administratif», 1981, págs. 387 y ss.).

(65) GAUDEMET, *ob. cit.*, pág. 1343.

(66) *Précis de Droit Administratif*, 11.ª ed., 1927; traducción castellana en el libro M. HARIOU, *Obra escogida*, IEA, Madrid, 1976, págs. 115 y ss.

consiste, y éste es su rasgo definitorio fundamental, en el ejercicio de un poder. A este respecto, HARIOU distinguía entre dos tipos de prerrogativas: el goce de derechos de potestad pública exorbitantes del derecho común, tales como los derechos de policía, el derecho a exigir impuestos, el derecho de expropiación, etc., y la prerrogativa de la acción de oficio, puesta en práctica por el procedimiento de la decisión ejecutoria, que permite a las administraciones públicas ejercer sus derechos por un procedimiento extrajudicial rápido y ventajoso (67). La noción de potestad pública como definidora del Derecho administrativo ha tenido gran incidencia en la jurisprudencia y en la doctrina posterior, aunque, al mismo tiempo, el concepto ha sufrido una profunda revisión, que ha conducido, como señala LAUBADÈRE (68), a una «noción revisada» de potestad pública no necesariamente coincidente con la de «potestad de mando» o «actividad de autoridad», pues se configura como aquella acción que se ejerce en *condiciones exorbitantes de derecho común*, pudiendo consistir la derogación del derecho común tanto en privilegios y prerrogativas como en sujeciones y obligaciones exorbitantes a cargo de la Administración (69).

Entre las construcciones doctrinales sobre el derecho administrativo que se han elaborado partiendo de esta noción «renovada» de potestad pública, destaca la desarrollada por G. VEDEL. Este autor ha realizado diversas aproximaciones al concepto de Derecho administrativo combinando el criterio de la potestad pública con el orgánico o subjetivo (70), y

(67) *Ob. cit.*, págs. 8 y ss.

(68) *Ob. cit.*, págs. 50 y 51.

(69) A RIVERO se debe el mérito de haber destacado que el régimen de potestad pública, si bien comporta para la Administración derechos y prerrogativas exorbitantes de los que ostentan los particulares en sus relaciones, implica también, por otra serie de reglas, limitaciones y sujeciones que éstos no tienen [*Existe-t-il un critère du droit administratif?*, en «Revue du Droit Public et de la Science Politique», núm. 2, abril-junio 1953, págs. 279 y ss.; puede consultarse también en *Pages de Doctrine (André de Laubadère, André Mathiot, Jean Rivero y Georges Vedel)*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, págs. 187 y ss.].

Algunas limitaciones consisten en principios generales que afectan a toda la actuación de la Administración, como ocurre con la imposición a la misma de los fines a conseguir, pues mientras los particulares eligen libremente los objetivos de sus actos, con la reserva de no perseguir fines ilícitos o inmorales, la Administración no debe actuar más que con vistas al interés público. En el plano concreto, son numerosas las instituciones del Derecho administrativo que limitan el poder de la Administración en relación al Derecho privado, como, p. ej., la obligación de reclutar a su personal por medio del sistema de oposición, o la obligación de respetar la afectación dada a sus bienes de dominio público. En estos casos, «*ce n'est plus l'administration impérieuse, c'est l'administration ligotée; c'est, à côté de la puissance publique, la servitude publique*» (*ob. cit.*, página 194).

(70) En su célebre trabajo *Les bases constitutionnelles du droit administratif* [«Etudes et Documents du Conseil d'Etat», núm. 8, págs. 21 y ss., trabajo recogido en la actualidad en *Pages de Doctrine (André de Laubadère, André Mathiot, Jean Rivero y Georges Vedel)*, *cit.*, vol. 2.º, págs. 129 y ss.] definía el Derecho administrativo, en el marco de la anterior Constitución de 1946, como «el cuerpo de normas especiales aplicables a la actividad del poder ejecutivo en cuanto éste ejerce la potestad pública». El Derecho administrativo era así el derecho propio del poder ejecutivo y de ello se derivaba, como corolario de la función de ejecución de las leyes encomendada a este poder, el ejercicio de la potestad pública que lo caracteriza. Al promulgarse la Constitución de 1958, VEDEL

en la actualidad lo define como el «derecho de las actividades del Gobierno y de las autoridades descentralizadas, siempre que tales actividades sean distintas a la conducción de las relaciones internacionales y a las relaciones de los poderes públicos, realizadas bajo un régimen de potestad pública» (71).

Es este doble criterio subjetivo-material el que adopta el Consejo Constitucional para definir el ámbito constitucionalmente reservado al juez administrativo (72), que refiere a las decisiones de las autoridades administrativas adoptadas en el ejercicio de *prerogativas de potestad pública*.

La decisión del Consejo Constitucional no ha sorprendido, por ello, a la doctrina, que ha considerado lógico este acotamiento de la competencia constitucionalmente reservada a la jurisdicción administrativa. Roland DRAGO (73) recuerda que ya un siglo antes LAFERRIÈRE había propuesto la misma solución, al afirmar al comienzo de su *Traité de la juridiction administrative* de 1887, que «ningún motivo de orden constitucional se opondría, *a priori*, a que el contencioso de las obras públicas, de los mercados estatales, de ciertas obligaciones pecuniarias del Tesoro fuese llevado ante los tribunales, como ya lo está el contencioso de la mayor parte de las cuestiones demaniales. Está claro que tal reforma sólo podría acometerse con mucha circunspección y no podría abordarse con nuestras actuales leyes de organización judicial y de procedimiento. Pero,

abandonó el criterio formal de definición, pues dada la competencia reglamentaria general que el artículo 58 atribuye al Gobierno, consideró que no era ya posible definir la actividad del poder reglamentario, y en general la actividad administrativa, como aquella actividad dirigida exclusivamente a la «ejecución de las leyes», por mucha latitud y flexibilidad que se diera a este término. Rectificó por ello VEDEL su concepción inicial, prescindiendo de la referencia al «poder ejecutivo» y definiendo el Derecho administrativo como «el Derecho común de la potestad pública». La actividad administrativa se conformaría, de acuerdo con esta tesis, como la actividad de Derecho común del Estado, constituyendo el resto de las actividades estatales (legislativa, judicial, etc.) *las excepciones* sometidas a un régimen derogatorio de ese derecho común que es el Derecho administrativo. Dicho de otro modo, «la Constitución de 1958 termina por *presumir* el carácter administrativo de toda actividad pública, presunción que sólo desaparece ante la prueba de que otro régimen (legislativo, jurisdiccional, etc.) es aplicable a la actividad considerada» (*Derecho administrativo*, traducción de la 6.ª ed. de 1958 por Juan RINCÓN, ed. Aguilar, 1980, pág. 39).

Recientemente, el autor ha modificado de nuevo su concepto, por considerar, esta vez, excesivamente amplio el ámbito otorgado al régimen administrativo, reconociendo que la «presunción de administratividad» que permitiría ver en el Derecho administrativo el «derecho común de la potestad pública», aunque resulta jurídicamente exacta tratándose de normas de aplicación general en virtud del artículo 37, párrafo 1.º, de la Constitución, no puede ser ampliada al conjunto de los actos y operaciones de la potestad pública» (VEDEL-DEVOLVE, *Droit administratif*, 7.ª ed. cit., págs. 75 y 76).

(71) VEDEL-DEVOLVE, *Droit administratif*, cit., pág. 69.

(72) El propio VEDEL se congratula de esta confirmación de su teoría en la nueva edición de su manual con P. DEVOLVE: *On observera que cette délimitation du champ d'application du principe constitutionnel ainsi dégagé est faite par référence aux notions de «pouvoir exécutif» et de «puissance publique», c'est à dire des «bases constitutionnelles» du droit administratif (Droit administratif, cit., págs. 129 y 130).*

(73) *Actualité du principe de séparation en France et dans les Etats de la CEE*, en «L'Actualité Juridique-Droit Administratif», núm. 9 de 1990, dedicado a la conmemoración de la Ley de 1790 en su bicentenario, págs. 581 y ss.

en todo caso, podría ser tachada de inoportuna sin ser inconstitucional. Por el contrario, la atribución en bloque a la autoridad judicial de todos los recursos que son competencia de los tribunales administrativos, comprendidos *aquellos que afectan a los actos de potestad pública*, constituiría un atentado al principio de la separación de poderes y a las reglas fundamentales de nuestro derecho público».

Es en este ámbito de la anulación o reforma de las decisiones adoptadas en el ejercicio de prerrogativas de potestad pública, afirma VEDEL, donde «resulta más apreciable el solapamiento entre la decisión jurisdiccional y la injerencia en la Administración activa» (74), por lo que tal reserva competencial respondería a esa intención de la Asamblea revolucionaria de evitar las injerencias judiciales en la administración activa que se plasmó en el artículo 13 de la Ley de 1790 y que se incardinó posteriormente en las leyes de la República.

Hay que precisar, sin embargo, que sea ése ciertamente el fundamento histórico de la reserva competencial a la jurisdicción administrativa que el Consejo Constitucional ha consagrado, en la actualidad tal reserva *ha perdido el significado político que tuvo en sus orígenes*. Las diferencias existentes entre la jurisdicción judicial y la administrativa no son hoy sustanciales, y ello tanto por lo que se refiere a los órganos y miembros de las mismas (75), como al procedimiento de aplicación del Derecho (76),

(74) *La loi des 16-24 août 1790...*, cit., pág. 702.

(75) Vid. Pierre SARGOS, *Points communs et divergences des deux ordres de juridiction*, en «L'Actualité Juridique-Droit Administratif», núm. 9 de 1990, págs. 585 y ss.

Por lo que se refiere a su estructura orgánica, señala este autor que el Consejo de Estado constituía «un todo» de la jurisdicción administrativa tras la Ley Gambetta de 1972, que estableció la justicia delegada, hasta tal punto estaba entonces reducido el papel de los Consejos de Prefectura. Este «todo» se oponía a la compleja pirámide de la justicia civil desde el juez de paz hasta el Tribunal de Casación. La creación, primero de los Tribunales administrativos y muy recientemente de los Tribunales administrativos de apelación, ha acercado mucho la justicia administrativa a la judicial al configurarla también como una organización piramidal, aunque el Consejo de Estado no se limite al papel de juez de Casación, reteniendo algunas competencias de primera y única instancia y de apelación.

En lo que concierne a los jueces que componen las dos jurisdicciones, las diferencias se reducen en la actualidad a la ausencia de carrera lineal en la jurisdicción administrativa (un magistrado de tribunal administrativo no tiene normalmente vocación de llegar al Consejo de Estado, mientras que un juez civil tiene como perspectiva «normal» el Tribunal de Casación) y a la posibilidad de traslado de los jueces administrativos al desempeño de puestos en la Administración activa.

Por lo que se refiere a la *inamovilidad* como garantía de la independencia, desde la Ley de 6 de enero de 1986, completada por la Ley de 31 de diciembre de 1987, esta regla se aplica de forma expresa a los miembros de los Tribunales administrativos y a los Tribunales administrativos de apelación de la misma forma que a los jueces civiles. En cuanto al Consejo de Estado, su tradición y su prestigio tienen como consecuencia una *inamovilidad de facto*.

(76) En la actualidad se han atenuado algunas diferencias tradicionales entre ambas jurisdicciones. Así, el principio contradictorio debe asegurarse hoy del mismo modo ante el juez civil que ante el administrativo, y el principio de oralidad tiende a declinar en la jurisdicción civil ante la sobrecarga de asuntos a resolver. Subsiste una divergencia respecto de la publicidad de los debates, que es de derecho en la jurisdicción civil pero se subordina a la existencia de una norma que la reconozca expresamente en la jurisdicción administrativa (norma que existe para los tribunales administrati-

por lo que puede afirmarse que la Administración se halla hoy sometida, en todo caso, a un verdadero *control judicial*.

Tal sometimiento es preciso para lograr un auténtica tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, tutela que constituye en la actualidad el fundamento y el fin de la justicia administrativa en un Estado de Derecho, el nuevo «paradigma», como ha mostrado GARCÍA DE ENTERRÍA, que tiende a desplazar la antigua matriz disciplinar (77) del *excés de pouvoir* (78). Especialmente significativo resulta en este sentido el esfuerzo doctrinal y normativo que se está llevando a cabo para acabar con una de las más importantes divergencias subsistentes entre la justicia administrativa y la civil: la especificidad de la ejecución de las decisiones de la jurisdicción administrativa y la prohibición —que afecta tanto a la jurisdicción administrativa como a la judicial cuando condena a la Administración—, del empleo de las vías de ejecución del procedimiento civil contra las personas de Derecho público. Estamos aquí, afirma VEDEL, ante «el más irritante de los datos que perjudican la buena imagen del juez administrativo: la resistencia de la Administración a ejecutar las decisiones de la justicia» (79).

Pues bien, como ha relatado en nuestro país —que padece de igual lacra— GARCÍA DE ENTERRÍA (80), el Consejo de Estado, siguiendo un encargo del Primer Ministro Michel ROCARD, elevó en 1989 al Gobierno un dictamen sobre la ejecución de las decisiones de las jurisdicciones administrativas, cuyas propuestas de reforma han sido acogidas en su integridad por dos Decretos, el número 90-400 y el número 90-416, de 15 y 16 de mayo de 1990 (81). Se trata ésta de una reforma capital, uno de cuyos grandes logros ha sido la superación del dogma histórico de que el juez contencioso-administrativo carece de poderes para imponer conductas a la Administración: no fue necesario en este punto innovación legis-

vos pero no para el Consejo de Estado, que mantiene, en este punto, una postura restrictiva).

Otras diferencias atañen al modo en que se realiza el sometimiento a los órganos jurisdiccionales de los asuntos administrativos (por medio de un recurso directo contra una decisión administrativa previa en la jurisdicción administrativa y por medio del emplazamiento de la Administración en la jurisdicción judicial), y al diferente estatuto y papel que juegan respectivamente en ambas jurisdicciones el *Commissaire du gouvernement* y el *Procureur de la République*. Vid. Pierre SARGOS, *ob. cit.*, pág. 588.

(77) Sobre el concepto de matriz disciplinar («paradigma» en sentido impropio), y su utilización en el ámbito del Derecho, véase FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *La Teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico (una nueva terminología en la reciente jurisprudencia)*, en «Persona y Derecho», núm. 21, 1989, págs. 23 y ss.

(78) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma*, en «Civitas-Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 58, 1988, págs. 165 y ss.

(79) *La loi des 16-24 août 1790...*, *cit.*, pág. 710.

(80) *La transformación del contencioso-administrativo francés: La reforma radical del sistema de ejecución de sentencias*, en «Civitas-Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 68, 1990, págs. 593 y ss.

(81) El dictamen íntegro del Consejo de Estado y las reformas acordadas por el Decreto de 15 de mayo de 1990 —el 90-416 es puramente orgánico, de fijación de salas en los Tribunales administrativos—, se han publicado en la «Revue Française de Droit Administratif», núm. 4 de 1990, págs. 481 y ss.

lativa, pues el propio Consejo de Estado afirmó en su informe que la posibilidad de que el juez administrativo dirija *injonctions* u órdenes de hacer a la Administración se halla implícita en la facultad de imponerle multas coercitivas que reconoció al Consejo de Estado la Ley de 16 de julio de 1980, por lo que se puede estimar «que al Consejo, juez de la multa coercitiva, podría reconocérsele por vía jurisprudencial, en el cuadro de las disposiciones actuales de la Ley de 16 de julio de 1980, el poder de dirigir a la Administración órdenes imperativas de conducta (*injonctions*) para que realice tal o cual medida para asegurar la ejecución de una decisión de justicia».

De esta forma, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, «ha quedado absolutamente superado el viejo principio histórico que, en aras de la "separación" de los poderes, excluía de los poderes del juez contencioso el de imponer conductas coactivamente a la Administración, el de entrar en el sagrado ámbito de la independencia del Ejecutivo» (82), principio que, curiosamente, está en el origen, como se ha visto, del sistema de dualidad jurisdiccional que la decisión del Consejo Constitucional que aquí nos ocupa ha venido a consagrar. Se hace preciso por ello destacar el verdadero alcance de esta decisión, carente, como decíamos, de significado político, en cuanto no se refiere en modo alguno —como ha destacado GARCÍA DE ENTERRÍA— «a la idea de la separación de poderes como exención de la Administración de los poderes coercitivos judiciales» (83), sino que se limita a consagrar la reserva de una parte del contencioso de la Administración a una jurisdicción especializada.

V. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RESERVA DE COMPETENCIA

La afirmación del criterio analizado como principio absoluto de atribución de competencias implicaba, sin embargo, como señala GAUDEMET, «un cierto riesgo de anacronismo», pues «desde hace tiempo —y la jurisprudencia ha contribuido a ello— una parte de la acción administrativa es competencia del juez judicial, incluso cuando manifiesta, a veces en el mayor grado (ejemplo de la expropiación o de las requisas), el ejercicio de prerrogativas de potestad pública» (84). Por ello, la Asamblea Constitucional ha optado por *flexibilizar* el principio constitucional de atribución de competencias admitiendo dos *excepciones* al mismo:

a) El contencioso de las «materias reservadas por naturaleza a la autoridad judicial». Esta referencia a la «naturaleza de las cosas» ha recibido la crítica de algunos autores por su excesiva vaguedad, aunque otros, como VEDEL, consideran que «hubiera sido imprudente e inútil querer regular, fuera de toda necesidad y de todo anclaje en un conten-

(82) *Ob. últ. cit.*, pág. 610.

(83) *Ibidem*.

(84) *Ob. cit.*, pág. 1349.

cioso real, un problema difícil y complejo», bastando, para las exigencias del caso, «la alusión al ámbito constitucionalmente reservado al juez judicial» (85).

Estas materias reservadas a la autoridad judicial son las cuestiones relativas al estado de las personas y a la libertad o la propiedad de los ciudadanos (86), y su reserva en todo caso a la jurisdicción judicial es una consecuencia histórica de la idea liberal, hoy cuestionable, de que ésta ofrece a los particulares más garantías que el juez administrativo (87). Se trata, sin embargo, de una reserva que tiene hoy rango constitucional, por expreso reconocimiento de la Constitución en el caso de la protección de la libertad individual (88), y por su consagración como un principio fundamental reconocido por las leyes de la República en el caso de la propiedad privada inmobiliaria (decisión del Consejo Constitucional núm. 256 DC, de 26 de julio de 1989).

b) Afirma en segundo lugar el CC, que «cuando la aplicación de una legislación o de una reglamentación específica podría dar lugar a impugnaciones contenciosas diversas que se repartirían, según las reglas habituales de competencia, entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial, es lícito que el legislador, en el interés de una buena administración de justicia, unifique las reglas de competencia jurisdiccional en el seno del orden jurisdiccional principalmente interesado».

Estamos así ante una nueva consagración de la técnica, utilizada en el pasado por la jurisprudencia y que ahora se encomienda al legislador, de los «bloques de competencia», por medio de la cual se pretenden evitar las disfunciones, a veces graves, a que conduce la dualidad jurisdiccio-

(85) *La loi des 16-24 août 1790...*, cit., pág. 21.

(86) Vid. GENEVOIS, *ob. cit.*, pág. 293. Esta enumeración ha sido confirmada parcialmente por el propio Consejo Constitucional, en su decisión 261 DC, de 28 de julio de 1989, en la que afirma que la libertad individual, así como el estado y la capacidad de las personas, son materias que, por naturaleza, están reservadas a la autoridad judicial.

(87) Como dice RIVERO: «Creación napoleónica, la jurisdicción administrativa ha sido tachada por los liberales de este pecado original: obra de un poder autoritario, no podía, pensaban, más que servirle, y hubiera sido ilusorio esperar que pudiera asegurar contra el mismo la protección de las libertades. Es sabido cómo las audacias prudentes de la jurisprudencia del Consejo de Estado han desmentido esta desconfianza, y aliado a los defensores de la libertad, tanto en Francia como en muchos otros países, a la solución dualista» (*Dualité de juridictions et protection des libertés*, en el número de la «RFDA» dedicado a la *dualité de juridictions en France et à l'étranger*, núm. 5 de 1990, págs. 734 y ss.). El Tribunal de Conflictos cometió por ello un anacronismo, como señala BENOIT, en los años 1952-1955, cuando, continuando el movimiento de ideas del siglo precedente, se decidió a establecer el principio general de que los tribunales judiciales son los guardianes de la libertad individual, debiendo adscribirse esta jurisprudencia a las tendencias de entonces del Tribunal de Conflictos a extender sistemáticamente la competencia de la jurisdicción judicial (*El Derecho administrativo francés*, trad. Rafael Gil CREMADES, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, pág. 386).

(88) Artículo 66 de la Constitución de 1958: «Nadie puede ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, guardiana de la libertad individual, asegura el respeto de este principio en las condiciones previstas por la ley.»

La salvaguarda de la libertad individual se reserva al juez civil en todos sus aspectos, debiendo incluirse entre ellos, como ha señalado el Consejo Constitucional, la inviolabilidad del domicilio (decisión de 29 de diciembre de 1983, núm. 83-163 DC).

nal (89). Cuando la aplicación del principio de separación en toda su pureza conduce a que la misma legislación dé lugar a litigios que deben ser resueltos unos por los Tribunales judiciales y otros por la jurisdicción administrativa — como es el caso de la legislación de la competencia —, se plantean un gran número de cuestiones prejudiciales que retrasan el proceso y convierten al interesado, como señala RIVERO, en «una pelota de ping-pong» (90), corriéndose el riesgo, además, de que se produzcan interpretaciones divergentes en ambos órdenes jurisdiccionales (91). La unificación de competencias resulta por ello, en estos casos, deseable y conforme al «interés de una buena administración de justicia» (al cual el Consejo Constitucional está reconociendo implícitamente valor constitucional). Estamos, por tanto, ante una excepción que, a diferencia de la anterior que tiende a reconocer soluciones ya consolidadas, despliega su eficacia *pro futuro*.

Tres son, como señala CHEVALLIER (92), las condiciones que, de acuerdo con la decisión del Consejo Constitucional, deben cumplirse para que por esta vía el legislador pueda derogar las reglas constitucionales de reparto de competencia: que la norma pretenda la unificación de las reglas de competencia (objeto); que esta medida esté justificada por las necesidades de una buena administración de justicia (fin); y que consista en una simple «distribución precisa y limitada de las reglas de competencia jurisdiccional» (contenido).

La utilización de esta excepción por el legislador para derogar la competencia constitucionalmente reconocida al juez administrativo en aras de una buena administración de justicia debe ser *prudente y comedida*, como ha mostrado el propio Consejo Constitucional en una decisión pos-

(89) El sistema conocido como de los «bloques de competencia» consiste, como señala BENOIT, «en los casos en que parece haber duda sobre la cuestión de saber si los actos u operaciones corresponden a la gestión pública o a la gestión privada, en cortar por lo sano las dificultades, a fin de constituir bloques de competencias bien delimitadas» (*El Derecho administrativo francés*, traducción de Rafael GIL CREMADES, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, pág. 503). Esta técnica ha permitido unificar bajo la competencia del juez del fondo el conocimiento de todos los litigios relativos a una misma materia, aun cuando en ellos concurriesen los criterios del servicio público y de la utilización de prerrogativas de potestad pública. Así lo hizo el Consejo de Estado en materia de Seguridad Social y de subsidios familiares, abandonando a la competencia judicial todo el contencioso de sus litigios individuales (CE, 27 de julio de 1951, *Caisse mutuelle d'allocations familiales de la Loire-Inférieure*; 5 de febrero de 1954, *El Hamidia*; 9 de abril de 1954, *Derisbourg*). Vid. BENOIT, *ob. cit.*, págs. 503 y ss.; LAUBADÈRE, *ob. cit.*, pág. 443).

(90) Dice este autor, refiriéndose a la protección de las libertades, que es preciso simplificar «las reglas de reparto de competencia, previniendo así los reenvíos de una jurisdicción a otra que convierten a la víctima en una pelota de ping-pong (...)» (*Dualité de juridictions et protection des libertés*, *cit.*, pág. 738).

(91) Por ello, como destacó Prosper WEIL, es preciso y urgente «acabar con las actuales complejidades del reparto de las competencias contenciosas gracias a la unificación del derecho que rige la acción administrativa» (*Droit administratif*, traducción española con un estudio preliminar de L. MARTÍN-RETORTILLO, cd. CIVITAS, Madrid, 1986, pág. 62).

(92) *Note, cit.*, pág. 349.

terior, de 28 de julio de 1989 (núm. 89-261 DC) (93), a propósito del proyecto de ley sobre las condiciones de entrada y de estancia de los extranjeros en Francia. El artículo 10 de la ley, por el cual la decisión de expulsión de un extranjero podía ser impugnada por éste ante la jurisdicción judicial (*tribunal de grande instance*), ha sido censurado por la Asamblea Constitucional por considerar, repitiendo los motivos de la decisión de 1987, que se trata de una competencia constitucionalmente reservada al juez administrativo (94), y ello a pesar de que a favor del precepto podía esgrimirse la finalidad de unificar el contencioso de entrada y estancia de los extranjeros, dado que los recursos suscitan en ocasiones cuestiones de nacionalidad propias del juez judicial. Afirma sin embargo el Consejo Constitucional, que «los litigios ligados a estas situaciones no son de una naturaleza y de una frecuencia tales que puedan motivar una derogación de las reglas normales de competencia». Estima además la Alta Asamblea, que si una buena administración de justicia exige que «el ejercicio de una vía de recurso apropiado asegure la garantía efectiva de los derechos de los interesados», esta exigencia puede ser satisfecha de igual modo por la jurisdicción administrativa y por la jurisdicción judicial y no puede por tanto justificar que «se atente contra un principio de valor constitucional». Ha de existir así una necesidad objetiva que justifique la derogación de las reglas constitucionales de reparto de competencias, correspondiendo al Consejo Constitucional el control del buen uso de esta facultad de derogación.

En el supuesto que dio origen a la decisión de 23 de enero de 1987 objeto de este comentario, la Alta Asamblea estimó, en cambio, que las condiciones requeridas para la transferencia legal de competencias en favor de los tribunales se habían cumplido (95), por lo que la misma no contradecía el principio constitucional de reserva de competencia a la jurisdicción administrativa.

(93) Vid. VEDEL y DEVOLVÉ, *Droit administratif*, cit., págs. 131 y 132, y el comentario de B. GENEVOIS en «RFDA», 1989, págs. 691 y ss.

(94) «*S'agissant de l'usage par une autorité exerçant le pouvoir exécutif ou par l'un de ses agents de prérogatives de puissance publique, les recours tendant à l'annulation des décisions administratives relatives à l'entrée et au séjour en France des étrangers relèvent de la compétence de la juridiction administrative.*»

(95) Como señala la decisión del Consejo Constitucional, las prácticas restrictivas de la competencia susceptibles de ser sancionadas por el Consejo de la Competencia, resultan viciadas de nulidad en el plano civil (art. 9 de la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986), y pueden generar la responsabilidad penal de la persona física que, fraudulentamente, ha tomado parte personal y determinante en su comisión (art. 17 de la Ordenanza). Además, ciertas prácticas restrictivas, sin ser enjuiciables por el Consejo de la Competencia, pueden dar lugar, bien a una responsabilidad penal, o bien a una responsabilidad civil en virtud del título IV de la Ordenanza (vid. GENEVOIS, *ob. cit.*, págs. 294 y 295).

VI. EXCURSO FINAL SOBRE EL PROBLEMA DEL «SURSIS À L'EXÉCUTION»
QUE DETERMINÓ LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
DE LA LEY CUESTIONADA

Aunque el Consejo Constitucional estimó válida la transferencia de competencia al juez judicial, las consecuencias prácticas a las cuales ésta conducía en el caso en cuestión le llevaron a declarar la inconstitucionalidad de la ley. La Ordenanza de 1986 declaraba en el artículo 15 el carácter no suspensivo de los recursos de plena jurisdicción presentados ante el Consejo de Estado —de acuerdo con la regla general en el proceso contencioso-administrativo de la no suspensión del acto recurrido—, pero, en virtud de las normas que regulan este proceso (96), el recurrente conservaba la posibilidad de acompañar su recurso de una petición de suspensión (*sursis à l'exécution*), que el Consejo de Estado podía acordar, como dice en la decisión comentada el Consejo Constitucional, «si su ejecución pudiera producir daños difícilmente reparables y si los motivos invocados en apoyo de la demanda parecieran serios y aptos para justificar la anulación de la decisión recurrida» (97). Al transferir la Ley la competencia a la jurisdicción judicial, se mantenía invariable el precepto que establecía el carácter no suspensivo del recurso, el cual adquiría en este orden jurisdiccional un significado distinto, haciendo inaplicables las disposiciones de carácter reglamentario del código de procedimiento civil relativas al carácter suspensivo de la apelación, a la denegación de la ejecución provisional (*défense à exécution provisoire*), y a los poderes del juez de los *réfères* (98). El Tribunal se veía así desprovisto, como señala el Consejo Constitucional, «de toda posibilidad de diferir la ejecución de una decisión de carácter no jurisdiccional recurrida, y ello cualquiera que sea la gravedad de las consecuencias de la ejecución y la seriedad de los motivos alegados», lo que llevó a la Alta Asamblea francesa a considerar que se había vulnerado una garantía esencial de los derechos de defensa, procediendo, por consiguiente, a anular la Ley (99).

El Consejo Constitucional afirmó así que el derecho del recurrente a solicitar y a obtener, en su caso, un *sursis à l'exécution* de la decisión

(96) Artículo 48 del Reglamento de 31 de julio de 1945, modificado por el artículo 68 del decreto de 30 de julio de 1963, y artículo 50 de este decreto que fija sus modalidades de aplicación.

(97) Sobre el *sursis à l'exécution* y las demás medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo francés, vid. C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, cit., págs. 65 y ss.

(98) Vid. B. GENEVOIS, *ob. cit.*, pág. 296. Señala además este autor, que «el recurso establecido por la ley podía difícilmente ser contemplado como una apelación en el sentido del derecho común del procedimiento civil» (el Tribunal de apelación conoce en primera instancia de los recursos contra las decisiones del Consejo de la Competencia), por lo que «resultaba muy problemática la aplicación al mismo de las reglas que, en el nuevo código de procedimiento civil, regulan la apelación contra una sentencia judicial recaída en primera instancia».

(99) El CC declaró la nulidad del conjunto de la ley porque, aunque el vicio de inconstitucionalidad afectaba al artículo 2.º de la Ley que modificaba el artículo 15 del Reglamento, este precepto resultaba inseparable del artículo 1.º.

impugnada, constituye «una garantía esencial de los derechos de defensa», «teniendo en cuenta el carácter no jurisdiccional del Consejo de la Competencia, la extensión de las *injonctions* y la gravedad de las sanciones pecuniarias que puede pronunciar» (100). La doctrina ha destacado que esta afirmación del Consejo Constitucional de que el derecho a solicitar y a obtener, en su caso, el *sursis à l'exécution* constituye una garantía esencial del derecho a la defensa, aunque fundada en las circunstancias concurrentes en el caso concreto, «supone un paso adelante hacia la constitucionalización del principio del *sursis à l'exécution*», cuyas garantías jurídicas eran, hasta ahora, muy reducidas (101).

Una vez añadido este mecanismo de protección de los derechos de defensa del administrado, la Ley fue finalmente aprobada el 12 de julio de 1987.

Blanca LOZANO

(100) Como ha señalado la doctrina, las sanciones previstas por la Ordenanza superan las sanciones administrativas habituales en el Derecho francés, lo que GENEVOIS atribuye a la influencia de la reglamentación aplicable en Derecho comunitario (citando en este sentido el Reglamento núm. 17-62), así como de las disposiciones de la antigua Ley de 19 de julio de 1977, aunque señala que «estas normas hacen mención expresa del principio de proporcionalidad, mientras que la Ordenanza guarda silencio en este punto» (*ob. cit.*, págs. 296 y 297).

(101) El *sursis à l'exécution* se ha situado así en el terreno de la garantía de los «derechos de defensa», impidiéndose su supresión por el propio legislador cuando el perjuicio que puede sufrir el justiciable corre el riesgo de revestir una especial gravedad. Se vigoriza de esta forma una institución cuya situación era hasta ahora muy precaria, al considerar el Consejo de Estado sus reglas como atinentes al «procedimiento administrativo» y susceptibles, por tanto, de ser modificadas, en principio, por vía reglamentaria (CE, decisión de 8 de octubre de 1971, *Sté. librairie François Maspero*), y al afirmar el poder absoluto y enteramente discrecional del juez para ordenar la suspensión, «incluso cuando se cumplan las condiciones» requeridas para su otorgamiento (CE, 2 de julio de 1982, *arrêt Huglo*). Vid. J. CHEVALLIER (*Note, cit.*, pág. 350) y C. CHINCHILLA (*ob. cit.*, pág. 93).

