

NOVEDADES SOBRE LA EVOLUCION DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN FRANCIA

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

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

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

En su forma actual, el Consejo de Estado es una institución bicentenaria, pero sus orígenes se arraigan en el *Conseil du Roi* (Consejo del Rey) del Antiguo Régimen. Por lo demás, el Consejo de Estado ha sobrevivido a numerosos intentos de supresión y, en este sentido, posee una enorme legitimidad psicológica y legendaria dentro del aparato de Estado, aunque es apenas conocido por el público en general y los ciudadanos.

Como toda institución pública –y quizá más que cualquier otra–, el Consejo de Estado secreta una estrategia de supervivencia y aumento de su legitimidad y su poder. Es una estrategia normal que proviene de una constante en los análisis de ciencia administrativa. Por lo tanto al Consejo de Estado le cuesta disfrazar su pretensión de encarnar la continuidad del Estado más allá de gobiernos y legislaturas. Digamos que en cierto modo podría ser calificado de *soberanista*, en cuanto considera que debe dominar sin compartir y sin control democrático sobre su acción todo aquello que,

de cerca o de lejos, concierne a la actividad jurídica de los poderes públicos, con el motivo de que detenta una legitimidad histórica y una verdad jurídica que nadie estaría habilitado a matizar.

La acción actual del Consejo de Estado consiste en desarrollar la difusión de su jurisprudencia más conectada con los problemas de sociedad. Para lograrlo, una política de comunicación muy voluntarista hace sistemática una conferencia de prensa luego de cada fallo determinante, conferencia donde el juez responsable de la gestión jurisdiccional, vicepresidente del Consejo de Estado, en ocasiones ha presentado él mismo los aportes del fallo, como el 18 de julio de 2007 respecto de un cambio de jurisprudencia relativo al derecho de los contratos (volveremos sobre esto más adelante).

Para explicar cómo, bajo la dirección del Consejo de Estado, la justicia administrativa llegó a esta privilegiada posición de influencia en la esfera pública, pero también para mostrar cuáles son los disfuncionamientos internos que amenazan la calidad innata de sus decisiones y la integración del ideal democrático, es necesario desambiguar los tres cambios de jurisprudencia más destacados de 2006 y 2007 como tres pilares fundacionales de su nueva política jurisprudencial. Permitirán mostrar, por ejemplo, cómo el Consejo de Estado intenta crearse una imagen positiva en la opinión pública, dando prioridad a los temas “seguros” sin por ello mejorar considerablemente el contenido de las garantías de las libertades de los requirentes.

1. La seguridad jurídica

Para el Consejo Constitucional, no existe principio de seguridad jurídica cuyo valor sería constitucional (CC, núm. 96-385 DC del 30 de diciembre de 1996, Rec. 145 y 97-391 DC del 7 de noviembre de 1997, Rec. 232). El Consejo de Estado tampoco reconocía un principio de seguridad jurídica unitario que estuviera dotado de un valor jurídico identificable (CE, 30 de diciembre de 1996, Brockly, *Dr. adm.* 1997.109).

Esta doble interpretación era contraria a la que plantea la Corte de Justicia de la Comunidad Europea para el sistema jurídico comunitario europeo (CJCE, 9 de julio de 1969, *Grands Arrêts CJ*, núm. 15; CJCE, 16 de junio de 1993, República francesa, *D.* 1994.61, nota Bergerès). En efecto, en derecho comunitario europeo existe un principio de confianza legítima, según el cual un particular debe poder contar con la claridad y la previsibilidad de la interpretación normativa y del comportamiento de una autoridad administrativa. No obstante, porque el derecho comunitario es aplicable en derecho francés, el juez administrativo está obligado a aceptar

los medios basados en el principio de confianza legítima cuando estos tienden a aplicar una norma precisa de derecho comunitario europeo (CE, 16 de marzo de 1998, Melle Poujol, Rec. 84, *Dr. adm.* 1998.149, nota R.S). Además, como los principios generales del derecho comunitario tienen un valor supralegislativo (CE, 3 de diciembre de 2001, Sindicato Nacional de la Industria Farmacéutica y otros, *RFD adm.* 2002.166, nota Cassia; *AJDA* 2002.1219, artículo Valembois), es posible considerar de aquí en más que el principio más general de seguridad jurídica en derecho comunitario sea aplicable a los litigios relativos a la aplicación en Francia del derecho comunitario. Sin duda, la jurisprudencia debía pronunciarse respecto del principio de seguridad jurídica.

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

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

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

¹ N del T. Sala más alta del Consejo de Estado ante la cual se recurre para que falle en calidad de órgano jurisdiccional y asegure la unidad de la jurisprudencia contencioso-administrativa.

El comunicado de prensa respectivo aparece redactado como sigue: “La Asamblea (del Consejo de Estado) ha dado así su pleno efecto al principio de seguridad jurídica: para garantizar que se respete este último, incumbe a la potestad reglamentaria el ordenar, si hubiera lugar, las medidas transitorias que implica una normativa nueva. Así sucede, en particular, cuando las reglas nuevas son susceptibles de perjudicar en exceso determinadas situaciones contractuales en curso que han sido legalmente entabladas.”

Sin embargo, no podemos dejar de advertir que el texto mismo del fallo no define con precisión el principio de seguridad jurídica y que no lo convierte, en la estructura de razonamiento del juez o en la determinación de las fuentes del derecho, en un principio *de naturaleza* jurídica caracterizado por un contenido general. La verdadera coacción normativa interpretada en el fallo es mucho más estrictamente una obligación presentada a la potestad reglamentaria que relega la seguridad jurídica en el orden de los motivos: “incumbe a la autoridad investida de la potestad reglamentaria el ordenar, por motivos de seguridad jurídica, las medidas transitorias que implica, si hubiera lugar, una normativa nueva.” Significativamente, el comunicado menciona el “pleno efecto” del principio de seguridad jurídica sin detenerse ni en la novedad ni en los contornos de un principio que, no obstante, es anunciado como más general.

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

Por otra parte, si bien la seguridad jurídica no es ahora un principio jurídico realmente general en derecho francés, hace mucho tiempo que diversos principios jurídicos precisos se refieren a la noción de seguridad jurídica:

- el principio de no retroactividad de los actos administrativos (CE, 25 de junio de 1948, Soc. del diario *L'Aurore*, Rec.189, S. 1948.3.69, concl. Letourneur)

- el principio según el cual la autoridad administrativa competente ante la cual se interpone una demanda de derogación de un reglamento ilegal debe proceder a ello (CE Ass., 3 de febrero de 1989, Comp. Alitalia, Rec.44, *AJDA* 1989.387, nota Fouquet, *RFD adm.* 1989.391, concl. Chahid-Nourai, notas Beaud y Dubouis).

- el principio según el cual toda decisión administrativa puede ser objeto de un recurso jerárquico (CE Sect., 30 de junio de 1950, Quéral, Rec.413, *D.* 1951.593, nota F.M., *Dr.soc.* 1951.246, concl. Devolvé, S. 1951.3.85, nota Auby y de Font-Réaulx), de un recurso por exceso de poder (CE Ass., 19 de febrero de 1950, Dame Lamotte, Rec.110, *RD publ.* 1951.478, concl. Devolvé, nota Waline).

- el principio de respeto de los derechos de la defensa (CE Sect., 5 de mayo de 1944, *Veuve Trompier-Gravier*, Rec.133, *RD publ.* 1944.256, concl. Chenot, nota Jèze, *D.* 1945.110, concl., nota de Soto), y el principio de que una sola falta no puede dar lugar a más de una sanción, non bis in idem (CE, 23 de abril de 1958, *Commune de Petit-Quevilly*, *AJDA* 1958.2.383).

- los principios generales del derecho de extradición y de los refugiados. Así, es principio general del derecho la prohibición hecha al Estado de extraditar a personas perseguidas en su país por hechos amnistiados la prohibición de entregar a personas que posean el estatuto de refugiado a las autoridades de su Estado de origen (CE Ass., 1º de abril de 1988, *Bereciartua Echarri*, Rec.135, *JCP* 1988.21071, concl. Vigouroux, *AJDA* 1988.322, crón., *D.* 1988.413, nota Labayle, *RFD adm.* 1988.499, nota Genevois).

2. La responsabilidad del Estado por las leyes

Por una decisión del 8 de febrero de 2007, *Gardedieu*, el Consejo de Estado midió las consecuencias sobre la responsabilidad del Estado del desconocimiento, por una ley, de una convención internacional, en este caso la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CESDH).

Por tradición jurídica y por una prudente autolimitación de su política jurisprudencial, el Consejo de Estado se niega en principio a considerarse juez de la validez de la ley, incluso si, desde 1989, acepta dar lugar a

ciertas excepciones. En cambio, desde principios del siglo XX, sí se considera juez natural de la responsabilidad del Estado, incluso en su función de legislador.

En aplicación de la jurisprudencia *La Fleurette*, la responsabilidad del Estado por las leyes sólo podía comprometerse en caso de que una ley rompiera la igualdad de los ciudadanos ante los cargos oficiales. Este principio fue admitido respecto de las consecuencias de una ley del 9 de julio de 1934 que organizaba el mercado de la leche. Esta ley prohibía la fabricación de productos que sustituyeran a los productos lácteos. La sociedad La Fleurette que estaba en ese caso tuvo que cesar parte de su actividad. El juez administrativo, reconociendo un perjuicio grave y especial ante la ausencia de régimen de indemnización previsto en la propia ley, aceptó el principio de una reparación (CE Ass., 14 de enero de 1938, SA de productos lácteos *La Fleurette*, Rec.25, D. 1938.3.41, concl. Roujou de Boubée, nota Rolland, *RD publ.* 1938.87, concl. nota Jèze, S. 1938.3.25, concl., nota Laroque). Después de algunos años de reticencia, inexplicables debido a los términos precisos de la Constitución de 1946, el Consejo de Estado también reconoció la responsabilidad sin falta basada sobre la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas –impuestos, tasas, consecuencias financieras de decisiones administrativas– por las convenciones internacionales (CE Ass., 30 de marzo de 1966, Compañía general de energía radioeléctrica, Rec.257, *AJDA* 1966.350, crón., D. 1966.582, nota Lachaume, *JCP* 1967.15000, nota Dehaussy, *RD publ.* 1966.774, concl. Bernard, et 995, nota Waline, respecto de convenciones que diferían en las reparaciones de los daños de guerra por parte de Alemania).

Pero esta vía de derecho querría seguir siendo excepcional. Existen dos límites principales al ejercicio de las acciones en responsabilidad por las leyes, inspirados por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. El primero es el carácter especial del perjuicio, difícil de establecer al tratarse de medidas que, por naturaleza, son de alcance general y absoluto. Este carácter es susceptible de control por parte del juez de casación (CE, 8 de abril de 1994, Ets Charbonneaux-Brabant, Rec.187, *RFD adm.* 1994.640, objetivo de interés general de la ley que obstaculiza la indemnización). El segundo está fijado por la jurisprudencia: es necesario que la ley o la convención internacional dañosa no haya querido excluir toda indemnización, lo cual siempre es libre de hacer con la condición de no entregarse a una ruptura caracterizada de la igualdad ante las cargas públicas (CC, 10 de enero de 2001, Derecho comunitario en el ámbito de los transportes, *LPA* 2001.34, nota Schoettl; CC, 13 de diciembre de 1985, Servidumbres administrativas, Rec.78, *AJDA* 1998.254, concl. Lambert).

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

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

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

Esta decisión refuerza entonces la obligación, para el conjunto de los poderes públicos, de respetar los compromisos internacionales de Francia, en especial el derecho europeo de los derechos humanos y, de esta manera, hace más efectiva la garantía de los derechos resultantes para los ciudadanos.

3. *La apertura de un nuevo recurso contra los contratos administrativos*

Únicamente las partes contratantes pueden ejercer un recurso relativo a la ejecución del contrato. Sólo pueden ejercerlo ante el juez del contrato, y mediante el solo recurso denominado *de plein contentieux* (“de pleno contencioso o de plena jurisdicción”)². En consecuencia, los cocontratantes no pueden utilizar el recurso por exceso de poder contra los actos de ejecución, pues estos últimos generalmente no son considerados separables al respecto (salvo excepción cf. *infra*). Por lo tanto, las partes contratantes sólo pueden entrar en un contencioso contractual.

Por otra parte, el principio desde el siglo XIX es que los terceros no son admisibles a cuestionar los contratos administrativos por la vía del recurso por exceso de poder (CE, 29 de junio de 1869, Comuna de Aix-en-Othe: Rec.644 ; CE Sect., 9 de noviembre de 1934, Cámara de Comercio e Industria de Tamatave, Rec.1034).

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

El tercero es entonces admisible a pedir la anulación del acto unilateral que decide o autoriza la conclusión del contrato, invocando, si fuera necesario, medios extraídos de la ilegalidad de las cláusulas del contrato (CE, 8 de abril de 1911, Comuna de Ousse-Suzan, Rec.468; *S.* 1913, III, p. 48, concl. Pichat, nota Hauriou. CE, 15 de mayo de 1914, Ducret : Rec.606). El tercero también dispone del recurso por exceso de poder contra los actos unilaterales que se desprenderían del contrato respecto suyo (CE, 29 de diciembre de 1905, Martin, *RD publ.* 1906.249, concl. Romieu, nota Jèze ; CE Sect., 24 de abril de 1964, Soc. an. de Livraisons industrielles et commerciales, Rec.239, *AJDA* 1964.293, crón., et 308 concl. Combarnous, *D.* 1964.665, nota C. Debbasch). La decisión de rescindir un contrato, que no es considerada separable para el cocontratante, puede entonces ser atacada en exceso de poder por los terceros (CE Ass., 2 de febrero de 1987,

² N.del T. Recurso contencioso administrativo incoado por el recurrente con vistas a la indemnización o reparación de un perjuicio causado por la Administración.

Soc. TV6 et Soc. France 5 (2 fallos), Rec.28, *AJDA* 1987.314, crón., *RFD adm.* 1987.29, concl. Fornacciari).

Sin embargo, desde hace unos años han aparecido excepciones donde el juez del exceso de poder anula directamente un contrato o algunas cláusulas que contiene. La primera es el recurso incoado por el Prefecto. En el ejercicio de este recurso, el Prefecto puede, en efecto, acudir al tribunal administrativo para todo contrato administrativo celebrado por cuenta de las colectividades locales (CGCT art. L.1521-1 — CE, 28 de julio de 1995, *Soc. gerencia Jeanne d'Arc*: Rec.321 ; *RD publ.* 1996, p. 569, concl. Fratacci, por las sociedades de economía mixta locales, que no obstante son personas privadas). El recurso del Prefecto (*déféré préfectoral*), recurso por exceso de poder dirigido directamente contra el contrato, puede así terminar en su anulación (CE, 2 de noviembre de 1988, OPHLM de Malakoff, Rec.891), mientras que el recurso por exceso de poder ejercido por un tercero no puede llegar a dicha anulación, o porque el pleno contencioso no permite al juez del contrato anular, sino solamente constatar la nulidad (CE, 28 de diciembre de 1988, EPA de la ciudad nueva de Saint-Quentin-en-Yvelines, Rec.890, *Dr. adm.* 1989.94).

La segunda excepción es la de las cláusulas reglamentarias de los contratos administrativos. Por su naturaleza reglamentaria, estas cláusulas son de las que hacen nacer obligaciones hacia los terceros. De manera lógica, la jurisprudencia tardíamente tuvo que admitir que el juez del exceso de poder podía anularlas (CE ass., 10 de julio de 1996, Cayzeele, Rec.274 ; *AJDA* 1996.732, crón., *CJEG* 1996.382, nota Terneyre; *RFD adm.* 1997.89, nota Delvolvé ; *LPA* 18 de diciembre de 1996, nota Viviano).

Poco tiempo después por un fallo *Ville de Lisieux* apareció una tercera excepción (CE, sect., 30 de octubre de 1998, *Ville de Lisieux*, Rec.375, *AJDA* 1998.1041, crón.; *RFD adm.* 1999.128, concl. Stahl, nota Pouyaud ; *Alinea* n° 5, p. 4, nota Guglielmi). La anulación de los contratos por los cuales las colectividades locales emplean a agentes no titulares puede ser directamente solicitada al juez del exceso de poder por todo particular que tenga en ello un interés suficiente. Esto se explica por el hecho que dichos agentes están mucho más implicados en una situación legal y reglamentaria de derecho público que en relaciones realmente contractuales.

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

que existen sutiles matices. Si bien algunos particulares terceros al contrato tampoco pueden tomarlo como base de un recurso por exceso de poder para obtener la anulación de medidas que les causan perjuicio, desde hace un tiempo pueden sin embargo obtener del juez que anularía, en razón de las estipulaciones mismas del contrato, un acto separable del contrato, que éste declare que el propio contrato contiene un vicio de nulidad (CE, 1º oct. 1993, *Soc. Yacht-club int. de Bormes-les-Mimosas*, Rec.875, *AJDA* 1993.810, concl. Pochard, *RFD adm.* 1994.248, nota Pacteau).

El tercero que ha obtenido del juez del exceso de poder la anulación de un acto separable previo a la conclusión del contrato por un motivo que implica la nulidad de este último puede, además, presentar un pedido de multa. Llegado el caso, el juez de la multa obligará a la persona pública a recurrir al juez del contrato al que el tercero no puede recurrir (CE sect., 7 de octubre de 1994, *Lopez*, Rec.430, *AJDA* 1994.867, concl. Schwartz y crón., *RFD adm.* 1994.1098, nota Pouyaud). Pero es necesario señalar que la posibilidad de pedir al juez del contrato que declare la nulidad considerando la anulación del acto separable está sometida a condiciones jurisprudenciales. «Pertenece al juez de ejecución, solicitado por el pedido de un tercero de requerir a una parte en el contrato de acudir al juez competente con el fin de constatar su nulidad, de tener en cuenta la naturaleza del acto anulado así como el vicio que contiene, y verificar que la nulidad del contrato no atentará excesivamente contra el interés general» (CE, 10 de diciembre de 2003, *Institut de recherche et de développement*, Rec.501).

Por último, una vía de recurso, el *référé*³ precontractual, creada en 1992 y mejorada por la reforma del Código de Justicia Administrativa en 2000, se ha desarrollado mucho en estos últimos años, y permite a toda persona que desee concluir un contrato administrativo pedir al juez que haga cesar un incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de puesta en competencia, pero no puede ser ejercida después de la firma del contrato

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

³ N. del T. procedimiento judicial contradictorio, de tramitación abreviada y urgente, cuyo fallo provisional no abarca el fondo del litigio.

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

Por una decisión del 16 de julio de 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, la Asamblea del contencioso del Consejo de Estado hizo más que adecuar la frontera entre el recurso contractual “de pleno contencioso” y el recurso por exceso de poder de terceros relativo al contrato. Creó un nuevo recurso, sobre la naturaleza teórica del cual los comentaristas se preguntarán sin duda durante mucho tiempo, y que permite a los competidores despojados de concluir un contrato administrativo el cuestionar directamente ante el juez administrativo, luego de la firma de ese contrato, su validez. Este recurso puede estar acompañado de un pedido para que el juez de los *référé*s ordene, a título preventivo, la suspensión de la ejecución del contrato.

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

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

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

Ahora bien: precisamente, la creación de este nuevo recurso lleva, en los propios términos del fallo *Tropic*, a prohibir –a partir de la conclusión del contrato– que los competidores despojados puedan cuestionar los actos previos a concluir el contrato y que se desprenden del mismo.

Además, el nuevo recurso contractual (¿“recurso de los despojados”?) debe ser ejercido en un plazo de dos meses a partir de la fecha de publicación de la conclusión del contrato.

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

Conclusion : Regreso a la seguridad jurídica

Por una especie de paradoja, el activismo del Consejo de Estado acabó por producir un efecto positivo inesperado. El fallo *Tropic* del 16 de julio de 2007 constituye, por primera vez, una limitación para el Consejo de Estado del efecto retroactivo del cambio de jurisprudencia que contiene. Efectivamente, en principio todo cambio de jurisprudencia tiene un carácter retroactivo, pues se supone que la jurisprudencia debe reflejar un estado del derecho que siempre ha existido; las nuevas reglas se aplican entonces habitualmente a todos los litigios, incluso a los surgidos antes de que éstas hayan sido desprendidas por el juez. Sin volver sobre este principio fundamental del orden jurídico francés, la Asamblea del contencioso consideró que era necesario derogar cuando el cambio de jurisprudencia concierne a la existencia y a las modalidades de ejercicio de los recursos jurisdiccionales mismos.

Por una parte, un cambio de jurisprudencia no debe atentar retroactivamente contra ese derecho fundamental que es el derecho al recurso. Solamente después de haber detectado que, en su conjunto, las nuevas reglas definidas por su decisión no aportaban limitación a este derecho, la Asamblea señaló que, en principio, serían los jueces del orden

administrativo quienes deberían aplicar estas nuevas reglas en todos los litigios en curso.

Por otra parte, la apertura de un nuevo recurso no debe hacerse en detrimento de la seguridad jurídica. Al respecto, la Asamblea del contencioso estimó por el contrario que, acerca del imperativo de seguridad jurídica que quiere que no se atente excesivamente contra las relaciones contractuales en curso, el nuevo recurso abierto por su decisión a los competidores despojados sólo podría ejercerse contra esos contratos cuyo procedimiento de otorgamiento hubiese sido realizado posteriormente a la fecha de tal decisión.

Al término de un panorama necesariamente selectivo de las novedades del contencioso administrativo en Francia, permitamos a su autor formular un deseo. El que los disfuncionamientos sectoriales de la Justicia administrativa, incluso cuando no son mediáticos, no nos hagan olvidar el carácter universal de la aspiración a un verdadero tercer poder constitucional, que hasta ahora, no constituye la justicia francesa.