

## CAPÍTULO TERCERO

### BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

I. Sistema francés. El Consejo de Estado . . . . .	39
II. Historia de la jurisdicción administrativa francesa . . . . .	40
III. Funcionamiento del Consejo de Estado . . . . .	48
IV. Organización . . . . .	49
V. Procedimiento . . . . .	52
VI. Preparación y selección de los consejeros . . . . .	56
VII. Ordenamientos que se inspiran en el modelo francés . . . . .	58

## CAPÍTULO TERCERO

### BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

#### I. SISTEMA FRANCÉS. EL CONSEJO DE ESTADO

El sistema francés de jurisdicción administrativa surgió a partir de la interpretación (motivada por las circunstancias históricas) que hicieron los revolucionarios franceses del principio de separación de funciones. El principio de la legalidad de la administración produjo la imposibilidad para los tribunales ordinarios de inmiscuirse en las cuestiones administrativas, o de juzgar los actos de la administración, cualquiera que fuere su clase.

Al sustraer el conocimiento de las pretensiones deducidas sobre actos y operaciones administrativas de la esfera competencial de los tribunales ordinarios, fue necesario conformar tribunales en el seno de la administración, los que en principio eran organismos administrativos, pero que después de una lenta evolución devinieron jurisdiccionales.

De esta suerte, entendemos que son tres los principios básicos que rigen el sistema francés de jurisdicción administrativa:

1. El principio de legalidad de la administración pública; 2. El principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales, con la consecuente independencia de la administración frente a los órganos de la jurisdicción ordinaria, y 3. El principio de independencia de los órganos de la jurisdicción administrativa respecto de las autoridades de la administración activa.

La jurisdicción administrativa francesa se conforma de la siguiente forma: *a)* El órgano máximo de la jurisdicción administrativa es el Consejo de Estado; *b)* En un sitio intermedio entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos de primera instancia se ubican las cortes administrativas de apelación, de reciente creación, y que han heredado un amplio sector de la competencia que anteriormente pertenecía al Consejo de Estado; *c)* En la parte más baja encontramos a los tribunales administrativos de primera instancia creados en 1953 en

sustitución de los antiguos Consejos de Prefectura; finalmente *d*) También existen algunos tribunales administrativos especiales como es el caso de la Corte de Cuentas (el más antiguo y quizá el más conocido).

## II. HISTORIA DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA FRANCESA

### A. Orígenes y creación

Los orígenes del Consejo de Estado se remontan, a juicio de algunos autores, al *Concilium principis* romano, y para otros a la Corte del Rey —de la época medieval—, que tenía funciones de asesoría y que en el transcurso de su lenta evolución fue adquiriendo limitadas funciones jurisdiccionales.

A partir del siglo XIII, el rey consiguió que algunas de las resoluciones dictadas por los señores feudales pudieran ser revisadas por la Corte.

Al lado de la Corte del Rey, se conformó un cuerpo permanente de funcionarios con la preparación técnica suficiente para estudiar los asuntos y preparar los proyectos de resolución. Al consolidarse el poder monárquico, los señores feudales fueron sustituidos por juristas para conformar el Consejo del Rey.

Fue durante el reinado de Luis XIV cuando el Consejo del Rey adquirió una organización regular y permanente. Dicho Consejo se integraba por cuatro secciones, y sus funcionarios se llamaban “consejeros del Rey”, también fueron incorporados otro tipo de empleados: los *maitres des requetes*. Esta estructura y organización subsistió hasta el año de 1789.

Al triunfo de la Revolución francesa esta organización fue disuelta, pues los revolucionarios la consideraban un órgano vinculado a *l'ancien regime*.

Fue la rígida interpretación que de la teoría de la separación de poderes realizaron los revolucionarios franceses el motivo para que establecieran las bases de la jurisdicción administrativa. La prohibición a los tribunales judiciales para que conocieran de los asuntos de la administración dio lugar a la creación de un órgano jurisdiccional en el seno de la administración.<sup>98</sup>

<sup>98</sup> Las leyes 22 de diciembre de 1789 y 16-24 de agosto de 1790. “Las funciones judiciales son distintas y se mantendrán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán alterar, a riesgo de ser acusados de prevaricación, los actos de los cuerpos administrativos, ni podrán hacer comparecer ante

La ley de 27 de abril-25 de mayo de 1791 suprimió todos los consejos hasta entonces existentes, pero creó un Consejo de Estado, que era formado por el rey y sus ministros, y que poseía algunas atribuciones contenciosas, según se desprende del artículo 17 de la citada ley.

El inicio de la fase moderna del Consejo de Estado, creado en 1791, suele ser situado, por los tratadistas, en la Constitución del año Octavo Primario, artículo 52, y cuya competencia era regulada por el reglamento de decreto del Cinco Nivoso del Año VIII (1799).

Napoleón, siendo cónsul, expidió un decreto de reorganización del Consejo de Estado, en el cual, además de sus funciones administrativas y legislativas, se le encargaba resolver "las dificultades que pudieran surgir en materia administrativa".<sup>99</sup>

Si bien es cierto que este organismo poseía nuevas atribuciones, también conservaba un gran número de características del antiguo Consejo del Rey, del siglo XVIII, específicamente por lo que respecta al mecanismo de toma de decisiones por parte del jefe de Estado. El Consejo de Estado y los consejos de prefectura se limitaban a elaborar dictámenes que eran aprobados por el jefe de Estado, con lo cual se configuró lo que posteriormente sería llamado "justicia retenida".

La estructura del Consejo fue dividida en cinco secciones, y sus atribuciones se resumían en: a) Preparar las leyes que el órgano Legislativo debía aprobar; b) Elaborar los reglamentos de la administración, y c) Resolver las dificultades producidas en materia administrativa.<sup>100</sup>

De lo anterior podemos inferir que el Consejo de Estado mantuvo su carácter de órgano consultivo ya que correspondía únicamente al cónsul, y posteriormente al emperador, tomar las decisiones que, generalmente, asumían la forma de decretos.

Por lo que toca al procedimiento, fue puesto en práctica desde entonces el trabajo colegiado y el análisis de cada asunto por dos cuerpos distintos.<sup>101</sup>

ellos a los administradores en razón de las funciones que desempeñan". La ley 7-14 de octubre de 1790 reafirmaría el mandato.

<sup>99</sup> Cfr. Auby, Jean Marie et Drago, Rolland, *Traité de contentieux administratif*, 2a. ed., París, L.G.D.E., 1975, tomo II, p. 169.

<sup>100</sup> Una Comisión creada por decreto de 2 de junio de 1800 sustanciaría las demandas y presentaría un informe a la Asamblea General del organismo.

<sup>101</sup> El 22 de julio de 1806 se emitió un decreto para organizar el procedimiento. Cfr. Letourneur, Maxime, "El Consejo de Estado francés", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, número especial, diciembre de 1967, Ginebra, p. 100. Quien, a pesar de todo este trabajo de reorganización, considera que la obra contenciosa del Consejo de Estado de Napoleón es escasa.

En la etapa de la Restauración, el Consejo de Estado es objeto de recelo por los liberales debido a su estrecha relación con el régimen napoleónico. La ordenanza de 29 de junio de 1814 lo restableció, dándole la estructura que tenía durante el antiguo régimen.

En la segunda República, la Constitución de 4 de noviembre de 1848, en sus artículos 71 a 75, le concede al Consejo de Estado la jerarquía de órgano constitucional.

La Constitución de 14 de enero de 1852, en su artículo 50, repuso el sistema de justicia retenida. También fue expedido un reglamento interior.

Fue durante el segundo imperio cuando el Consejo de Estado adquirió mayor independencia y autoridad.

El 2 de noviembre de 1864 se emitió un decreto que amplió el recurso por exceso de poder.

El decreto de 2 de noviembre de 1865 reorganizó a los consejos de prefectura, creados en la Constitución del Año VIII, como jurisdicciones de atribución, y asimismo incluyó estrictas normas que regulaban el procedimiento a seguir ante ellos.

En ese mismo periodo histórico se estableció el examen de selección para funcionarios del Consejo de Estado, con la finalidad de asegurar el manejo tecnificado y eficiente de los asuntos.

Se puede afirmar que el 24 de mayo de 1872 es una fecha determinante en la evolución del Consejo de Estado si se toma en cuenta que la ley dictada en esa fecha le otorga, en su artículo noveno, la facultad para decidir las controversias que le eran sometidas en ejercicio de su propia jurisdicción.<sup>102</sup>

Surgió lo que la doctrina y la jurisprudencia francesas llaman “jurisdicción delegada”. Se incrementó el número de recursos contenciosos administrativos, al mismo tiempo fueron dictadas algunas disposiciones con la intención de hacer más rápido y económico el procedimiento.

Este mismo ordenamiento reconoció el carácter del Consejo de Estado como juez de derecho común en materia administrativa.

El recurso por exceso de poder, sobre el cual el Consejo de Estado ha elaborado una sólida doctrina, deviene la institución procesal más eficaz contra los abusos del poder.

El decreto-ley de 6 de septiembre de 1926 creó los consejos interdepartamentales.

<sup>102</sup> Aunque se menciona en esta obra como su antecedente a la ley de 3 de marzo de 1849, derogada en 1852. Cfr. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, *Derecho...*, *supra*, nota 33, pp. 175-176.

Bajo el régimen de las Actas Constitucionales de 1940, el Consejo de Estado es regido por la ley de 18 de diciembre de 1940, texto que incrementó la competencia consultiva del Consejo de Estado, pero sin modificar su competencia jurisdiccional.

La ordenanza número 45-1706, de 31 de julio de 1945, puso fin a la pluralidad de textos y codificó el conjunto de textos relativos al Consejo de Estado.

## B. Reformas de 1953 y de 1975

Era, en esta época, tan elevado el volumen de asuntos que se tramitaban ante el Consejo de Estado, que impedía que las resoluciones emitidas sobre los mismos fueran prontas y oportunas.

El decreto de 30 de septiembre de 1953 reestructuró la organización de la jurisdicción administrativa francesa, al reemplazar a los consejos de prefectura, jueces de atribución, por tribunales administrativos de primera instancia, jueces de derecho común en materia administrativa.

El Consejo de Estado se convirtió en juez de apelación y de última instancia respecto de los fallos de los recién creados tribunales. El Consejo conservó una jurisdicción en primera y última instancia en aquellas materias taxativamente señaladas por la ley.<sup>103</sup>

Si bien la reforma que se comenta transfirió parte de la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado, no se afectaron ni la organización ni las funciones del Consejo de Estado como consejero del gobierno francés.<sup>104</sup>

Los tratadistas franceses consideran que un factor importante en el éxito de la reforma a la estructura de la jurisdicción administrativa, lo constituyó la adecuada selección de los jueces que habrían de ocupar los tribunales de primera instancia.<sup>105</sup>

El Código de los Tribunales Administrativos es el ordenamiento regulador de la organización y funcionamiento de los citados órganos

<sup>103</sup> Cfr. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, *Derecho...*, *supra* nota 33, "La reforma fue preparada por la Ley núm. 53-61. J.O. núm. 161 de 11 de julio de 1953 y llevada a cabo por las disposiciones siguientes: Decreto número 53-934 de 30 de septiembre de 1953. J.O. 1o. de octubre de 1953", p. 290.

<sup>104</sup> Cfr. Auby, Jean et Drago, Rolland, "La réforme du contentieux administratif", *Revue de Droit Public et Science Politique dans le France et l'Etrangere*. París, número 6, novembre-décembre, 1975, pp. 666-669. Cfr. Vedel, Georges, "La reforma del recurso contencioso administrativo en Francia", *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, enero-junio de 1955, p. 114.

<sup>105</sup> Cfr. Letourneur, Maxime, *op. cit.*, *El Consejo...*, *supra* nota 101, p. 100.

jurisdiccionales, y fue emitido mediante los decretos números 73-682 y 73-683, de 13 de julio de 1973 y publicados en el J.O. el día 18 del mismo mes y año.

El primero de agosto de 1975 se publicó un decreto en el que se expidió un reglamento para la organización y funcionamiento del Consejo de Estado.

La reforma introducida por la Ley 87-1127 de 31 de enero de 1987, publicada en el *Journal Officiel* el 10. de enero de 1988 y que entró en vigor el primero de enero de 1989, es calificada como la más audaz desde 1953, ya que reestructuró la jurisdicción administrativa francesa en el aspecto funcional, y además introdujo disposiciones procesales consideradas “originales”.<sup>106</sup>

La reforma en cuestión persigue la adecuación de la estructura de los tribunales administrativos franceses a la evolución cuantitativa del proceso administrativo. La reforma es calificada de “estructural”, debido a que creó nuevos órganos de jurisdicción administrativa: las cortes administrativas de apelación, competentes para decidir, en última instancia, una gran parte de apelaciones en materia administrativa.

El rezago de asuntos en el Consejo de Estado fue combatido por dos vías: la primera de ellas se refería a la búsqueda de mayor eficacia de los procedimientos de tramitación de los expedientes (mediante su informatización), que se tradujo en un importante incremento en el número de fallos emitidos desde 1977.

La segunda vía, que consistió en la modificación de las estructuras organizativas de la jurisdicción administrativa, y que tiene precedentes en proyectos de los años 1981 y 1985.

El elemento central de la citada reforma lo constituyen las cortes administrativas de apelación, interregionales, que, en número de cinco, absorbieron la competencia que como juez de apelación poseía el Consejo de Estado.

Se podría decir que la reforma de la ley 87-1127 aproxima la estructura de la jurisdicción administrativa francesa a la organización típica de las jurisdicciones judiciales y a la de las jurisdicciones administrativas de varios países europeos.

El Consejo de Estado conserva una función más amplia que la de simple juez de apelación. Es juzgador de única instancia para aquellos

<sup>106</sup> Cfr. A.J.D.A. *L'actualité Juridique, Droit Administratif*, 20 de enero de 1988, número especial dedicado a la reforma introducida por la ley 87-1127. Contiene además de ensayos y comentarios, el texto de la citada ley.

asuntos de importancia nacional. Además, es juez de apelación para una serie de asuntos no susceptibles de ser colocados en un doble grado de apelación. Es juez de casación respecto de los tribunales administrativos especiales y de las cortes administrativas de apelación, siguiendo en el aspecto procedimental las reglas clásicas de la casación.

Subsiste la posibilidad de obtener una sentencia definitiva del supremo tribunal administrativo al permitirse a los tribunales de primera instancia y a las cortes administrativas de apelación, someter a la sección de lo contencioso del Consejo de Estado, la solución de aquellos asuntos que contengan “una cuestión de derecho novedosa y de difícil solución” de la cual dependa la decisión de un gran número de asuntos. Esta medida refuerza el vínculo entre los elementos integrantes de la jurisdicción administrativa francesa.

En el marco general de la reforma que comentamos existen medidas que permiten al Consejo de Estado nombrar un consejero de Estado ante las cortes administrativas de apelación, con objeto de lograr la coordinación y supervisión de la actividad de las mismas.<sup>107</sup>

Por cuanto a las cuestiones procedimentales, la reforma de 1988 introduce dos cuestiones: primeramente se fortalece la “prevención del contencioso”, dando base a un procedimiento previo, limitado a los recursos de plena jurisdicción intentados en contra de las personas colectivas de derecho público, al que algunos tratadistas llaman “contencioso de las colectividades”. En segundo lugar, se confirma la función revisora del Consejo de la jurisdicción administrativa.<sup>108</sup>

La reforma más reciente al proceso administrativo francés se realizó mediante el decreto número 88-097, de 2 de septiembre de 1988, J.O. del día 3 del mismo mes y año, y se dirigió hacia dos importantes aspectos procedimentales:

#### a) Adopción de medidas cautelares positivas

El mencionado decreto “conteniendo diversas medidas relativas al procedimiento contencioso administrativo” surgió como reacción ante

<sup>107</sup> Cfr. Combarnous, Michel, “Una etapa decisiva en la modernización del Consejo de Estado”, *A.J.D.A.*, *op. cit.*, en la nota 106, p. 79.

<sup>108</sup> Cfr. Chapus, René, “Les aspects procedaux”, *E.J.D.A. L'Actualité Jurique, Droit Administratif*, *op. cit.*, nota 106, p. 90. El artículo 13 de la Ley 87-1127, dispone que el Consejo de Estado regulará, a través de decretos, un procedimiento previo, al que serán sometidos, antes de toda instancia arbitral o contenciosa, todos los litigios en los que se discuta la responsabilidad contractual o extracontractual de las colectividades territoriales y sus establecimientos públicos.

el reproche que un sector de la doctrina hizo a la reforma de 31 de diciembre de 1987, pues criticó la ausencia de medidas de carácter procedimental.

Mediante él se reformó la ordenanza de 1945 sobre el Consejo de Estado para introducir modificaciones al sistema de medidas cautelares dentro de la jurisdicción administrativa, pues hasta entonces el sistema francés sólo conocía la suspensión de la ejecución del acto impugnado, la que se concedía con extremo rigor.

La reforma consistió en la introducción de tres medidas cautelares:

1. *El référé expertise*. El presidente de la Sala, a quien corresponden las facultades de *référé*, puede acordar “cualquier medida útil de estimación pericial o de instrucción, aun en los casos en que no existe una decisión administrativa previa”, lo que equivale a la dispensa de la apertura formal del recurso contencioso administrativo para solicitar cualquiera medida de comprobación o de instrucción que el tiempo amenace de hacer imposible;

2. *Référé provision*. El presidente del tribunal administrativo, o de la corte administrativa de apelación, puede acordar la provisión al acreedor que ha planteado ante un tribunal administrativo una demanda de fondo, aun cuando la existencia de la obligación no sea discutida, y “puede incluso, de oficio, subordinar el pago de la provisión a la constitución de una caución”. Esta medida, tomada del Código de Procedimientos Civiles, y que se anticipa virtualmente al fondo, evita un gran número de procesos iniciados de mala fe, con el fin de retrasar el pago.

La provisión cautelar también se aplica al caso de deudas ilíquidas. Esta es una técnica útil en aquellos casos de responsabilidad patrimonial del Estado. Así, la jurisdicción administrativa francesa pierde su carácter revisor e impone una condena inmediata de pago, rebasando el carácter anulatorio de las decisiones judiciales.

3. El tercer elemento de la reforma consiste en la introducción de una cláusula abierta que faculta al presidente de la corte administrativa de apelación, o del tribunal administrativo, para que, en caso de urgencia, a petición de parte, e incluso en ausencia de una resolución administrativa previa, ordene todas las medidas que sean útiles para la solución del asunto, sin causar perjuicio a la cuestión principal y sin obstaculizar la ejecución de ninguna resolución administrativa.

Tratándose del Consejo de Estado, el presidente de la sección de lo contencioso “puede ordenar, de oficio, o a petición de parte, cualquier medida en vista de la solución del litigio”.<sup>109</sup>

### b) Ejecución de sentencias

El decreto de 2 de septiembre de 1988, número 88-905 *J.O.* de 3 de septiembre de 1988, contiene algunas novedades en su capítulo II, titulado “Ejecución de decisiones de las jurisdicciones administrativas”, aunque en general no introduce grandes cambios a la regla de remitir la ejecución a la autoridad administrativa enjuiciada:

Se crea una instancia aclaratoria, pues se concede a los ministros, en cuya dependencia se haya anulado un acto o declarado una responsabilidad mediante sentencia, la facultad de consultar al Consejo de Estado para que “le aclare a la administración sobre las modalidades de ejecución de la decisión jurisdiccional”.

Lo anterior no es una potestad del juzgador sino una facultad de la administración que, de alguna manera, logra que los tribunales administrativos se interesen en la ejecución.

De consolidarse esta tendencia, el contencioso administrativo francés, de ser un contencioso de los actos, pasaría a ser un contencioso de las relaciones jurídicas; que de un contencioso objetivo pasaría a ser un proceso subjetivo.<sup>110</sup>

También es de importancia la circular emitida por el primer ministro “relativa al respeto de las decisiones del juez administrativo”, dirigida a los ministros y secretarios de Estado, y publicada en el *J.O.* el 15 de septiembre de 1988, en la que se afirma que cualquier negativa o retraso de la ejecución de una resolución de la jurisdicción administrativa, o una ejecución incompleta o incorrecta, son ofensas al Estado de derecho. También se les recuerda que esta conducta es incluso onerosa para el gobierno, pues lo obliga a pagar intereses y multas coercitivas.

<sup>109</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo, “La reacción del contencioso administrativo francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas”, *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, número 60, octubre-diciembre de 1988, pp. 123 y ss.

<sup>110</sup> Cfr. Fromont, Michel, “L’execution des décisions du juge administratif en droit français et allemand”, *A.J.D.A., L’actualité Juridique, Droit Administratif*, número 2, 1988, pp. 243 y ss.

### III. FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ESTADO

Al Consejo de Estado se le han conferido desde los tiempos del Primer Imperio dos funciones básicas, y que podrían parecer contradictorias:

a) Es un órgano asesor y consultivo de la administración activa. Participa con tal carácter en la formulación de leyes y documentos de tipo legislativo.<sup>111</sup>

El Consejo de Estado redacta los proyectos de ley que le son pedidos por el presidente de la República. Puede darse el caso de que un grupo de consejeros de Estado sean comisionados en calidad de asesores del gobierno en la elaboración de algún proyecto de ordenanza o reglamento para la administración activa, previa petición de los titulares de los ministerios y con la autorización del vicepresidente del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado puede, *motu proprio*, indicar a los órganos competentes las reformas de tipo legal, reglamentario o administrativo que considere afines al interés general.<sup>112</sup>

En ejercicio de la función consultiva puede, el Consejo de Estado, examinar la necesaria uniformidad entre los textos legales y reglamentarios, previa invitación del presidente de la República o de uno de sus ministros.<sup>113</sup>

También revisa los proyectos legislativos que con anterioridad han sido elaborados en los ministerios, con la facultad de proponer las enmiendas que considere oportunas.

Finalmente, por lo que respecta a esta función de asesoría, el Consejo de Estado emite su opinión acerca de los asuntos sometidos a su consideración por las autoridades de la administración activa.

b) La segunda función es la jurisdiccional. El Consejo de Estado es el supremo tribunal administrativo en Francia y conforma junto con las cortes administrativas de apelación y los tribunales administrativos de primera instancia, la jurisdicción administrativa genérica.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> Es decir, reglamentos, decretos y ordenanzas, de conformidad con el artículo 21 de la ordenanza de 31 de julio de 1945.

<sup>112</sup> Artículo 24 de la ordenanza de 31 de julio de 1945.

<sup>113</sup> Cfr. Letourneur, Maxime, *op. cit.*, *El Consejo...*, *supra* nota 101, p. 95.

<sup>114</sup> La que se diferencia de los tribunales administrativos especializados para cierto tipo de materias.

#### IV. ORGANIZACIÓN

Para cumplir las funciones que le han sido atribuidas, el Consejo de Estado se encuentra dividido en cinco secciones o formaciones, cuatro de ellas encargadas de la función consultiva y administrativa (del Interior, Finanzas, Obra pública y Social, respectivamente); la quinta sección es la encargada de la función jurisdiccional en materia administrativa, ella es la sección del contencioso.

##### A. La sección

Para el desempeño de la función consultiva la unidad de operación es la sección. La competencia de cada sección le es atribuida por materia. En caso de que algún asunto no encuadre claramente en alguna materia, será atribuido en forma expresa a una de las secciones.<sup>115</sup>

Cada sección se integra por un presidente, seis consejeros de Estado en servicio ordinario, de uno a tres consejeros de Estado en servicio extraordinario, un *maitre des requetes* y un auditor cuando sea informante (el número de estos funcionarios por cada sección es distribuido por el presidente del Consejo mediante resolución emitida a tal efecto), así como aquellas personas que por sus conocimientos especializados puedan aportar elementos para la resolución de los asuntos.

Dentro de cada sección, los asuntos se distribuyen entre sus miembros para que después de analizar el expediente, presenten ante la sección, proyectos de resolución. La sección, después de estudiarlos, podrá aprobarlos o proponer que se realicen las modificaciones que juzgue pertinentes. En el transcurso de las discusiones se permite participar —aunque sin voto—, al comisario del gobierno.

Cuando no existan objeciones, el proyecto es aprobado. En algunos asuntos se requiere que esa aprobación sea efectuada por la asamblea general. De ser así, deberá efectuarse en dicha asamblea un nuevo debate.

##### B. Reunión de secciones

Para la tramitación de los asuntos que afecten a dos secciones, éstas deberán reunirse para deliberar conjuntamente. En el caso de que algún

<sup>115</sup> La competencia de cada una de las secciones administrativas se encuentra determinada por la ordenanza de 11 de julio de 1945, artículo 20, el que también reserva la competencia de consulta administrativa.

asunto afecte a dos o más ministerios e implique la reunión de secciones, el examen del mismo se realizará bajo la dirección del presidente de sección con más antigüedad en el cargo.

Tratándose del caso de que un asunto interese a dos o más secciones, se podrá formar una comisión en la que se encuentren representadas todas las secciones interesadas. Compete al vicepresidente la determinación de la formación de la mencionada comisión, además de su composición, debiendo ser presidida por el presidente de sección que aparezca primero en el orden de la lista.<sup>116</sup>

### C. La asamblea general o plenaria

Se integra con los presidentes de las cinco subsecciones, incluido el de la del contencioso, dos de los presidentes adjuntos de la sección del contencioso, tres consejeros de Estado por cada una de las secciones administrativas (dos de ellos en servicio ordinario), el presidente de la subsección que ha tenido a su cargo el asunto, el miembro informante que instruyó el caso, y los *maitres des requetes* y auditores que se dispongan.

La asamblea general es dirigida por el vicepresidente del Consejo de Estado.

Se permite la intervención del comisario del gobierno a fin de que defienda las posiciones del ministerio respectivo.

La asamblea general del Consejo de Estado conoce de todas las materias que por su importancia le son reservadas. También asesora al gobierno y a los ministerios en las materias de su competencia.<sup>117</sup>

El Consejo de Estado también puede sesionar como asamblea general extraordinaria. En ella participan el vicepresidente, los cinco presidentes de sección y todos los consejeros de Estado, los *maitres des requetes* y los auditores también intervienen en ella cuando son informantes.

Otro órgano del Consejo de Estado es la Comisión Permanente, creada por la ordenanza de 1945, encargada del estudio de los proyectos de ordenanzas y decretos elaborados en virtud de la delegación especial de funciones legislativas. Se integra con un presidente elegido de entre los de las secciones administrativas y cinco consejeros de Estado, cada uno de ellos provenientes de las distintas secciones del Consejo. Tam-

<sup>116</sup> Artículo 13 de la ordenanza de 31 de julio de 1945.

<sup>117</sup> Artículo 20 de la ordenanza de 1945.

bién participan en ella cuatro consejeros de Estado en servicio extraordinario.<sup>118</sup>

#### D. *La sección de lo contencioso*

Es la encargada de la función jurisdiccional del Consejo de Estado. Se encuentra dividida en subsecciones para efectos operativos.

En las subsecciones se dirige la instrucción y se propone la relación de los asuntos. Cada asunto es confiado a un relator por decisión del presidente de la subsección.

La sección se integra por un presidente, un grupo de consejeros de Estado y un cierto número de *maîtres des requetes* y auditores.

Cada una de las subsecciones, en las que se divide la sección, se compone por tres consejeros de Estado, uno de los cuales la preside, varios *maîtres des requetes* y auditores con voz deliberativa.

La sección de lo contencioso puede funcionar en varias formaciones:

##### A. *Como un solo cuerpo*

Se compone por un presidente, tres presidentes adjuntos, los presidentes de la totalidad de las subsecciones, tres consejeros de Estado de las secciones administrativas, y el miembro informante del asunto a resolver; además interviene el auditor con voz deliberativa y el *maître des requetes*.

En caso de faltar el presidente de la sección, la sesión es presidida por el presidente de subsección más antiguo en sus funciones. En caso de impedimento de algún presidente de subsección, será reemplazado por uno de los consejeros de la subsección respectiva.

La sección no puede tomar decisiones si no se encuentran presentes por lo menos cinco de sus miembros con voz y voto.

La sección conoce de aquellos asuntos que le son enviados por el vicepresidente del Consejo o por una subsección o subsecciones reunidas o por el comisario del gobierno. También conoce de los asuntos sometidos a su consideración por su propio presidente.<sup>119</sup>

##### B. *Dos subsecciones*

Puede conformarse un organismo resolutorio integrado por dos subsecciones, previa decisión del presidente del Consejo de Estado, y a

<sup>118</sup> Cfr. artículo 25, párrafo segundo de la ordenanza de 31 de julio de 1945.

<sup>119</sup> Decreto de 12 de diciembre de 1950.

petición del presidente de la sección de lo contencioso. En caso de ser necesaria su formación, se determinará a la apertura de cada año judicial, debiéndose fijar las subsecciones afectadas.

### C. Asamblea plenaria de lo contencioso

Se integra por el vicepresidente del Consejo de Estado —que actúa como presidente de la asamblea—, el presidente de la sección del contencioso, los presidentes de las subsecciones del contencioso, cuatro consejeros de Estado seleccionados de entre aquellos asignados a las secciones administrativas, y que representan a cada una de ellas. Dichos consejeros y sus suplentes son elegidos en asamblea general.<sup>120</sup>

La asamblea plenaria del contencioso es competente para conocer de aquellos asuntos que le son sometidos por el presidente del Consejo de Estado, por el presidente de la sección del contencioso, los presidentes de las subsecciones del contencioso, por una subsección o por subsecciones reunidas; también conoce de los asuntos remitidos por el comisario de gobierno.

La citada asamblea conoce de los asuntos instruidos por la sección del contencioso, previa decisión del presidente de la misma.<sup>121</sup>

En ausencia del vicepresidente del Consejo de Estado, la asamblea plenaria de lo contencioso es presidida por el presidente de la sección, y en su ausencia, por el presidente de subsección más antiguo en el cargo.

## V. PROCEDIMIENTO

Ante el Consejo de Estado se pueden tramitar cuatro tipos de procedimientos:

1. El contencioso de anulación;
2. El contencioso de plena jurisdicción;
3. El contencioso de interpretación, y
4. El contencioso de represión.

1. *El contencioso de anulación*, también llamado contencioso objetivo, pues su finalidad primordial consiste en controlar la legalidad de

<sup>120</sup> Artículo 37 de la ordenanza de 5 de julio de 1945.

<sup>121</sup> Artículos 27 y 37 de la ordenanza de 31 de julio de 1945.

la actividad administrativa, es decir, asegurar el cumplimiento de los textos legales aplicables a los actos administrativos.

El cauce normal del contencioso de legalidad lo constituye el recurso por exceso de poder que incluye entre sus modalidades el desvío de poder.

#### A. *El recurso por exceso de poder*

Creación de la jurisprudencia del Consejo de Estado y que constituye un medio efectivo de protección ante los actos ilegales. Su objeto es la nulidad de aquellos actos o resoluciones viciados de ilegalidad. Posee además una amplia esfera de aplicación:

En principio, procede contra todos los actos administrativos con independencia de la autoridad que los emite. Procede contra los actos reglamentarios y los decretos emitidos con “facultad delegada para legislar”.

Sin embargo, se excluyen los actos de los poderes Legislativo y Judicial, así como los contratos administrativos. Se excluyen también los “actos políticos” y los dictados por el gobierno en sus relaciones con los otros poderes y en sus relaciones internacionales.

— *Legitimación*. Puede instar todo aquel que tenga interés en que se anule el acto administrativo impugnado, sin que implique la necesidad de un derecho subjetivo vulnerado.

El plazo para la interposición del recurso es de dos meses a partir de la publicación o de la notificación del acto al quejoso.

El recurso por exceso de poder no requiere la interposición de un recurso administrativo interno previo.

Las causales para la interposición del recurso por exceso de poder son:

1. Incompetencia de la autoridad que dictó el acto;
2. Violación a las formalidades del procedimiento;
3. Violación de fondo a una norma jurídica: *a*) Violación directa o indirecta de una ley o reglamento o su falsa interpretación (el control de la interpretación implica la fiscalización de los motivos de la decisión impugnada); *b*) La violación de una norma general de derecho (en Francia es un principio que no existe en los textos legales pero recibe, por voluntad de los jueces, valor de ley y se aplica como si se tratara de una norma escrita); *c*) La violación de la cosa juzgada por un tribunal administrativo o judicial, y *d*) La violación de una decisión administrativa individual con carácter definitivo (la que aun siendo

ilegal produce efectos jurídicos para sus beneficiarios a partir de la preclusión del derecho para la interposición del recurso respectivo).

La sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo tiene efectos generales (*erga omnes*).

## B. *Desviación de poder*

También es una creación importante de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Es un recurso encaminado a la revisión de una resolución administrativa, emitida por una autoridad competente, observando las formalidades prescritas y sin incurrir en violación formal de la ley, pero que al dictarla, la autoridad en cuestión hizo uso de sus facultades (discrecionales) para fines diversos de aquellos para los cuales le fueron conferidos dichos poderes, no media error, sino intención ilegítima.

La peculiaridad de este recurso radica en que introduce aspectos subjetivos, pues es necesario analizar los “motivos” de la decisión impugnada. Actualmente ha caído en desuso, pues los jueces prefieren utilizar causales estrictamente objetivas.

2. *El contencioso de plena jurisdicción*, que al igual que el contencioso de legalidad ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y que persigue, en forma contraria al recurso por exceso de poder, la protección de los derechos públicos subjetivos de los administrados, razón por la cual ha sido denominado contencioso subjetivo.

El contencioso de plena jurisdicción (Laferriere) ha sido también llamado “contencioso de los derechos” (Auby et Drago), dado que es aquel en el cual el juez debe decidir sobre la existencia, contenido y efectos de los derechos subjetivos que los particulares o las personas jurídicas colectivas pueden hacer valer frente a una persona jurídica de derecho público.

En el contencioso de plena jurisdicción el juez, al emitir su resolución, puede confirmar, anular e incluso modificar el acto impugnado y condenar a la administración pública a la restitución de un derecho público vulnerado, a proveer sobre la reclamación de daños y perjuicios a la parte afectada en el caso de ser imposible la restitución.

El contencioso de plena jurisdicción comprende los litigios tocantes a las materias siguientes: a) Examen de los contratos administrativos, especialmente los de obra pública; b) La responsabilidad de la administración y de sus funcionarios; c) Contenciosos diversos de incidencia pecuniaria (órdenes de adeudo, estados de ejecución, responsabili-

dad pecuniaria de agentes públicos en contra de la administración, etcétera).<sup>122</sup>

La distinción básica entre el contencioso de plena jurisdicción y el contencioso de anulación se efectúa en función de la naturaleza de los poderes del juez e implícitamente del tipo de pretensiones deducidas por el demandante. Tal como lo indicamos al analizar las categorías de la jurisdicción administrativa (capítulo segundo, inciso IV, letra C), pues mientras en el contencioso de anulación el juez debe limitarse a declarar la nulidad del acto, en el contencioso de plena jurisdicción puede adoptar todas las medidas necesarias para satisfacer la pretensión del demandante.<sup>123</sup>

### 3. *El contencioso de interpretación*, que comprende dos recursos:

#### A. *El recurso de interpretación en reenvío de tribunales judiciales*

Que se plantea cuando, durante la tramitación de un proceso llevado ante un tribunal del Poder Judicial, y toda vez que los tribunales judiciales no pueden interpretar, salvo casos excepcionales, el sentido de un acto administrativo, se plantea la necesidad de conocer el sentido de un acto administrativo a efecto de solucionar un litigio. Corresponde al tribunal judicial declararse en presencia de una cuestión prejudicial, fijar un plazo para resolver el fondo del asunto e invitar a las partes para que se dirijan ante un juez administrativo con la finalidad de obtener la solución de una cuestión litigiosa.

#### B. *El recurso directo en interpretación*

Que consiste en pedir a un juez administrativo, en ausencia de un juicio de reenvío, la interpretación de un acto administrativo o de una resolución emitida por una jurisdicción administrativa.<sup>124</sup>

4. *El contencioso de la represión*. Una vez constatada la no conformidad de los actos efectuados por un particular respecto de una determinada regla de derecho administrativo, el juez deberá pronunciar la sanción aplicable a dicho particular.

<sup>122</sup> Cfr. Auby, Jean Marie et Drago, Rolland, *Traité du contentieux Administratif*, Paris, LGDEJ, 1975, t. I, pp. 462-483.

<sup>123</sup> Cfr. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, *Derecho...*, *supra* nota 32, pp. 333-334.

<sup>124</sup> Cfr. Auby et Drago, *op. cit.*, *Traité...*, *supra* nota 122, p. 109.

Dentro de la concepción moderna del contencioso administrativo la competencia represiva es considerada como excepcional. El juez administrativo tiene como función principal conocer de las pretensiones deducidas contra la administración, y por ello no se considera idóneo el atribuirle una facultad represiva, en contra de los particulares, y a instancia de la administración.<sup>125</sup>

## VI. PREPARACIÓN Y SELECCIÓN DE LOS CONSEJEROS

Es común la afirmación de que el Consejo de Estado constituye una carrera (con lo anterior se quiere decir que su personal posee una preparación técnica, además de experiencia), que ingresa al servicio a través de un concurso de selección, que tiene estabilidad en el cargo, que está sujeto a un escalafón y que como consecuencia de lo anterior tiene derecho al ascenso.

El personal del Consejo de Estado ingresa generalmente a través del concurso único de egreso de la Escuela Nacional de Administración (a partir del 31 de julio de 1945). Para ello se requiere el título de licenciado (aunque también es posible ingresar en calidad de funcionario público con diez años de experiencia y treinta de edad), después, los aspirantes seguirán en la Escuela Nacional de Administración dos o dos y medio años en promedio, y los alumnos con mejor promedio de calificaciones al final del curso podrán escoger entre ir al Tribunal de Cuentas o al Consejo de Estado.

El escalafón del Consejo de Estado se divide en tres categorías, siendo la primera de ellas la de auditor. El egresado de la Escuela Nacional de Administración ingresa al Consejo con rango de auditor de segunda clase, y por vía de ascenso llegará a ser auditor de primera clase.

Los auditores de primera clase a los que corresponde ascender, ocuparán tres cuartas partes de los cargos vacantes de *maitres des requetes*; la cuarta parte de los cargos vacantes será cubierta por medio del procedimiento de *tour extérieur*, eligiendo a los *maitres des requetes* de entre aquellos funcionarios que, sin pertenecer al Consejo de Estado, tienen treinta años de edad y más de diez años en el servicio público.

<sup>125</sup> Cfr. Auby et Drago, *op. cit.*, *Traité...*, *supra* nota 122, p. 450.

Los cargos de consejeros de Estado vacantes serán ocupados en dos terceras partes por los *maitres des requetes* a los que les corresponda ascender, el tercio restante se destina al personal reclutado mediante el *tour extérieur*, debiendo tener como mínimo 45 años de edad. La razón por la cual no todos los puestos de consejero de Estado vacantes son cubiertos por el procedimiento escalafonario radica en la necesidad de sumar a la preparación teórica la experiencia administrativa de un sector de los aspirantes.

Se considera que una especialización excesiva podría anquilosar al Consejo de Estado, por ello se admite a funcionarios provenientes de distintos sectores de la administración activa y de la magistratura del Poder Judicial.

Junto al cargo de consejeros de Estado en servicio ordinario existe el de "consejero de Estado en servicio extraordinario". Este tipo de consejeros son nombrados por el Ejecutivo para un periodo razonable, y son elegidos de entre las "personalidades destacadas de la vida nacional". No poseen formación jurídica pero su experiencia es aprovechada por las secciones administrativas del Consejo.

Los presidentes de las cinco secciones son elegidos de entre los consejeros de Estado en servicio ordinario. El vicepresidente del Consejo es elegido de entre los presidentes de sección y los consejeros de Estado en servicio ordinario. Para estos puestos "importantes", el ascenso se realiza con base en méritos.

El estatuto de los miembros del Consejo de Estado es el mismo que rige para todos los empleados estatales, con las modalidades propias de las funciones a desempeñar.

Entre las bondades del sistema francés destaca la idoneidad y preparación del personal de los órganos de la jurisdicción. La inamovilidad de los consejeros de Estado hasta hace poco tiempo no se encontraba prevista en los textos legales, sino en la costumbre, que a decir verdad, en ocasiones posee más fuerza que los textos.

Otra tradición del citado Consejo consiste en poseer el conocimiento pormenorizado del funcionamiento de la administración pública. Todos los consejeros de Estado en el transcurso de su carrera son asignados a cada una de las distintas secciones que componen el Consejo; incluidos los de la sección de lo contencioso, todos participan en la Asamblea General del Consejo de Estado; a su vez, cada uno de los presidentes de las cinco secciones de Consejo participan en la asamblea plenaria de lo contencioso.

## VII. ORDENAMIENTOS QUE SE INSPIRAN EN EL MODELO FRANCÉS

### A. Bélgica

Aunque existe controversia respecto de la clasificación del sistema belga de jurisdicción administrativa, debido a que algunos autores lo califican como “mixto” y otros como judicial, podemos decir que estamos frente a un caso de transición de un sistema judicialista a un sistema de doble jurisdicción en el que concurren los tribunales administrativos con los tribunales del orden común para juzgar los actos de la administración pública.<sup>126</sup>

#### a) Evolución histórica

En Bélgica, las circunstancias históricas determinaron que existiera una profunda desconfianza hacia el sistema francés de jurisdicción administrativa.

La Constitución de 7 de febrero de 1831 consagró un sistema judicialista, pues la Asamblea Legislativa entregó al Poder Judicial el monopolio de la función jurisdiccional.

Los artículos 92 y 93 del texto constitucional concedieron a los tribunales del Poder Judicial la competencia exclusiva para conocer de aquellos litigios que tuvieran por objeto derechos civiles (artículo 92) y políticos (artículo 93). A su vez, el artículo 107 prescribía la aplicación de las sentencias y decretos por las cortes y los tribunales, pudiendo dejar sin efecto los actos y reglamentos administrativos contrarios a la ley.

Al interpretar la Constitución, los tribunales no distinguían entre persona pública y privada, por lo que el Poder Judicial era considerado como el juez natural tanto de derecho público como de derecho privado.

Lo anterior no significa que el Poder Judicial se encontrara libre de limitaciones, ya que el rigor con que se interpretó el texto constitucional impidió que los tribunales pudieran ‘obstaculizar’ las actividades de la administración. De esta manera se benefició al poder público, siendo imposible pedir la anulación de actos ilegales, y tampoco se permitió reclamar la reparación patrimonial por los perjuicios sufridos cuando el Estado actuaba como persona de derecho público.

<sup>126</sup> Cfr. Nava Negrete, Alfonso, *op. cit.*, *Derecho...*, *supra* nota 21, p. 163. Quien lo llama “mixto o intermedio”; en sentido opuesto, cfr. Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, 5a. ed, Madrid, Tecnos, 1975, p. 601.

El monopolio del Poder Judicial también fue limitado por la legislación que creó jurisdicciones especiales, principalmente en materia de derechos políticos. Otra importante limitación residió en la necesidad de un derecho subjetivo (y no de un interés simple) para poder instar.

El Poder Judicial autolimitó su competencia al establecer en su jurisprudencia una tímida interpretación al concepto de derechos individuales, objeto de su competencia.

Tal como se encontraba conformado el sistema belga para la solución de los conflictos administrativos, suscitó severas críticas, pues se le reprochaba el dejar un importante sector de la actividad administrativa fuera del control jurisdiccional, la deficiente tutela de los derechos individuales y su fundamento sobre la cuestionable distinción entre actos de gestión y actos de autoridad.

Para reorganizarlo, fueron formuladas propuestas, que iban desde la reordenación del sistema judicialista existente, hasta la creación de una jurisdicción administrativa especializada.

El 5 de noviembre de 1920, la Corte de Casación dictó una célebre sentencia en la que rechazó la distinción entre actos de gestión y actos de autoridad. En adelante, los tribunales judiciales serían competentes para conocer de las acciones interpuestas para exigir la responsabilidad patrimonial de las autoridades administrativas que durante la realización de un acto ilícito hubieran afectado derechos civiles (artículo 92 de la Constitución belga de 7 de febrero de 1831).

No obstante el avance logrado con dicha resolución jurisdiccional, persistieron limitaciones para que el juez ordinario pudiera ejercitar el control de la legalidad de un importante sector de los actos administrativos.

La limitación del control judicial suscitó la creación de múltiples jurisdicciones administrativas, particularmente en los sectores económico y social.

La inadecuada organización de los tribunales y el vago concepto de los límites de sus funciones jurisdiccionales impedían que dichos órganos fuesen eficientes para controlar la actividad de la administración.

La idea de crear un Consejo de Estado a semejanza del francés se cristalizó al expedirse la ley de 23 de diciembre de 1946, puesta en de agosto del mismo año. Desde entonces, el control de la legalidad de vigor el 23 de agosto de 1948 por virtud del decreto de fecha de 21

los actos administrativos se encuentra a cargo tanto de la jurisdicción ordinaria como de la jurisdicción administrativa.<sup>127</sup>

### b) La jurisdicción ordinaria

El Poder Judicial se integra por la Corte de Casación, la Corte de Apelación y las Cortes de Trabajo; los tribunales de primera instancia y los tribunales de distrito de Comercio y del Trabajo, la justicia de paz y tribunales de policía; así como por las jurisdicciones penales y los tribunales militares.

La competencia del Poder Judicial en materia administrativa se encuentra señalada en los artículos 92, 93 y 107 de la Constitución belga. Dichos preceptos señalan que los tribunales judiciales son “jueces naturales de todas las relaciones de derecho público y de derecho privado”.

Los tribunales de la jurisdicción ordinaria son competentes para conocer de todos los asuntos en los que se discutan derechos civiles y derechos políticos con las excepciones y limitaciones señalados por los textos legales.

En síntesis, el Poder Judicial posee una competencia genérica, cuya delimitación se funda en el concepto de derechos civiles.

Los tribunales judiciales pueden desaplicar todos los actos y reglamentos ilegales, pero no pueden anular los actos administrativos y sólo pueden determinar la reparación patrimonial por daños y perjuicios causados por la administración.

### c) La jurisdicción administrativa

El Consejo de Estado, considerado parte integrante del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial, fue instituido por la Ley expedida el 23 de diciembre de 1946 (su creación no estaba prevista en el texto constitucional).

En forma análoga al arquetipo francés desarrolla dos funciones: es consejero del Parlamento y de la administración a la vez que juez administrativo dotado de una competencia genérica.

<sup>127</sup> Auby, Jean M. et Fromont, Michel, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne*, París, Jurisprudence Générale Dalloz, 1971, p. 47.

#### d) Organización del Consejo de Estado

Este organismo se divide en dos secciones: la de legislación y de jurisdicción, a cuyo cargo se encuentra la función jurisdiccional.

— *La sección de legislación* se integra por cinco consejeros de Estado y los asesores correspondientes.

Se integra por una cámara de lenguaje francés y otra de expresión flamenca, pudiendo reunirse ambas en la formación de asamblea general.

Su función consiste en opinar, con carácter preceptivo o facultativo, sobre los proyectos legislativos generales, previa petición de los presidentes de las asambleas parlamentarias o de los ministros correspondientes.

También redacta los textos legales que le son ordenados por el primer ministro. Asimismo, emite su opinión en aquellas cuestiones administrativas no litigiosas que le son enviadas por los titulares de los distintos ministerios.

— *La sección de administración* se compone de tres cámaras, entre las que son repartidos los consejeros de Estado asignados a esta sección: una cámara de lenguaje francés, una cámara de expresión flamenca y una cámara bilingüe.

Los miembros de la sección pueden reunirse en asamblea general bajo la dirección del primer presidente.

Las cámaras de la sección pueden conocer —en ejercicio de la función jurisdiccional—, del recurso por exceso de poder, pudiendo anular los actos administrativos ilegales.

También conocen del recurso de revisión interpuesto contra las resoluciones emitidas por el propio Consejo de Estado.

La sección de administración también ejerce algunas funciones consultivas: emite su opinión respecto de aquellas materias sujetas a discusión o motivo de controversias administrativas, y en general sobre todo tipo de cuestiones administrativas.

Dictamina, no existiendo jurisdicción competente, en los casos de demandas de indemnización relativas a la reparación de daños excepcionales resultantes de alguna medida tomada por la administración pública. Se trata en este caso de una competencia meramente consultiva y de carácter residual en la que las resoluciones emitidas se fundan en la equidad.

La función más importante de la sección de administración es la jurisdiccional, por conducto de la cual el Consejo de Estado resuelve

autónomamente, en vía de sentencia, respecto de un determinado número de asuntos enumerados por los artículos 9 y 10 de la ley respectiva, y en términos generales podemos decir que su competencia es residual y de simple anulación.<sup>128</sup>

e) El proceso administrativo

En el proceso ante el Consejo de Estado la legitimación activa corresponde a toda persona que justifique haber sufrido una lesión en sus intereses.

En la sentencia, el Consejo puede anular el acto impugnado, con efectos absolutos.

Las causales por las que se puede pedir la anulación de un acto administrativo consisten en: falta de las formalidades sustanciales que se encuentre prevista con pena de nulidad; exceso de poder; desvío de poder por actos o reglamentos de las autoridades administrativas, o contra las decisiones 'contencioso-administrativas'.

La facultad del Consejo de Estado para conocer de los recursos por exceso de poder interpuestos en contra de los actos administrativos, ocupa un papel primordial en el control de la legalidad administrativa.<sup>129</sup>

El mismo texto encarga al Consejo de Estado la revisión de las resoluciones dictadas por las jurisdicciones a él subordinadas y las emitidas por aquellos organismos administrativos facultados para decidir por vía jurisdiccional.<sup>130</sup>

También conoce, en calidad de supremo tribunal administrativo, de la revisión a las resoluciones dictadas por los tribunales administrativos especializados en ciertas materias.<sup>131</sup>

Finalmente, el Consejo de Estado resuelve algunos conflictos de competencia entre autoridades administrativas señalados por la ley.

f) Procedimiento ante el Consejo de Estado

El recurso por exceso de poder se encuentra regulado como un juicio entre el particular reclamante y la autoridad que dictó el acto impugnado.<sup>132</sup>

<sup>128</sup> Artículo 20 de la ley de 23 de diciembre de 1946.

<sup>129</sup> Artículo noveno de la Ley del Consejo de Estado.

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> Aunque el artículo 9 de la ley confunde a este recurso con el "recurso de apelación", la jurisprudencia lo ha interpretado como un recurso de casación.

<sup>132</sup> Ley de 23 de agosto de 1948.

No son impugnables los actos políticos.

El proceso es de tipo escrito. El plazo para interponer la demanda es de sesenta días. En materia probatoria se sigue el principio inquisitivo.

Las sentencias dictadas por el Consejo de Estado tienen autoridad absoluta de cosa juzgada. El acto declarado nulo no puede servir de base a otro acto administrativo o judicial.

Las sentencias no condenan, sólo se remiten a la autoridad administrativa que las debe cumplir. Si el cumplimiento de la sentencia es retardado o negado, la autoridad en cuestión incurre nuevamente en exceso de poder y su resistencia por tres veces produce responsabilidad del funcionario correspondiente ante los tribunales judiciales.

#### g) Procedimiento para el caso de conflictos de jurisdicción

En caso de suscitarse conflictos de competencia positiva o negativa, el artículo 106 de la Constitución faculta a la Corte de Casación para que se pronuncie sobre dichos conflictos de atribución de acuerdo con las leyes reglamentarias. Esta disposición también se encuentra reglamentada por el artículo 20 de la citada ley de 23 de diciembre de 1946 sobre el Consejo de Estado, y pone de manifiesto la supremacía de los tribunales judiciales.

#### h) El personal del Consejo de Estado

Se compone de once a trece consejeros de Estado, un presidente y un primer presidente.

El nombramiento de estos funcionarios corresponde al rey, de entre una terna que le es presentada por el Consejo de Estado y alternativamente, la asamblea de representantes y el Senado.

Los funcionarios de este rango gozan de independencia; su nombramiento es vitalicio, y están sujetos a la competencia disciplinaria de la Corte de Casación.

También forman parte del personal del Consejo de Estado los auditores, encabezados por un auditor general, nombrado por el rey, quien lo puede destituir. Los auditores son funcionarios auxiliares de los consejeros de Estado en la instrucción de los asuntos.

Finalmente, la sección de legislación comprende un cuerpo de asesores nombrados por el rey por un periodo de cinco años.

## B. Italia

### a) Desarrollo histórico

En Italia existieron, durante la primera mitad del siglo XIX, un grupo de jurisdicciones que podemos calificar de “contencioso-administrativas”, y que fueron abolidas por una ley de fecha 20 de marzo de 1865. El citado ordenamiento atribuyó el conocimiento de aquellos litigios en los que se discutieran derechos civiles y políticos a los jueces ordinarios, sin que para ello importara que la administración pública fuera parte, ni de que se atribuyeran los actos impugnados a alguna autoridad administrativa. No obstante, la citada ley dejó sin tutela los intereses legítimos dado que la potestad de anulación de los actos ilegítimos correspondió a las autoridades de la administración activa.<sup>133</sup>

La Ley que se comenta sentaba las bases para un sistema de enjuiciamiento de tipo judicialista en el que el Consejo de Estado continuaría existiendo como un órgano meramente administrativo, y siguiendo un esquema bastante similar al de la ley belga de 1831.

El 31 de marzo de 1888 fue emitida una ley que junto con la de primero de mayo de 1889 y las modificaciones de 24 de junio de 1924, otorgó al Consejo de Estado facultades jurisdiccionales para conocer de aquellos litigios en los que se impugnasen actos administrativos que lesionasen un interés legítimo de individuos o personas jurídicas, cuando dichos actos estaban viciados de ilegalidad, incompetencia o exceso de poder. El órgano competente sería concretamente la recién creada sección IV del citado Consejo de Estado, la que se sumó a las tres salas consultivas preexistentes.

En la misma época se atribuyó a las juntas provinciales administrativas, creadas un año antes, la competencia para decidir algunas controversias especiales, en casos expresamente establecidos, por actos de entidades locales lesivos de intereses legítimos.<sup>134</sup>

De esta manera, el legislador italiano sentó las bases del actual sistema de jurisdicción administrativa que atribuye, según la naturaleza de la pretensión deducida, competencia jurisdiccional a los jueces ordinarios (respecto de derechos subjetivos), y a los tribunales administrativos (respecto de los intereses legítimos).

<sup>133</sup> Esto se desprende de la interpretación del artículo segundo de la citada Ley de 20 de marzo de 1865.

<sup>134</sup> Ley de primero de marzo de 1890.

La Ley de 7 de marzo de 1907 creó la quinta sala jurisdiccional del Consejo de Estado y organizó la asamblea plenaria.

Posteriormente, sin alterar en sus rasgos esenciales el sistema, fueron introducidas varias reformas.<sup>135</sup>

El 30 de diciembre de 1923, un decreto real con fuerza legislativa dotó al Consejo de Estado y a las juntas provinciales, de la facultad de resolver en ciertas materias, por la vía de la “competencia exclusiva”, ciertos litigios en los que se discutieran derechos subjetivos, con lo que se contrarió la ley de 1865.

El 26 de junio de 1924 fueron codificados en los Textos Únicos (*testi unici*), números 1054 y 1058, las disposiciones concernientes al Consejo de Estado y a las juntas provinciales.

Durante el periodo fascista se crearon numerosos tribunales especiales que ofrecían muy pocas garantías a los administrados, por lo que la Constitución de primero de enero de 1948 suprimió gran parte de estas ‘jurisdicciones’, pero conservó las reglas que para la solución de las controversias administrativas existían previamente.

Dicha Constitución republicana se propuso reasumir el sistema de la unidad en la jurisdicción. Sin embargo, circunstancias históricas y no metodológicas obligaron a que junto al sistema propuesto en los artículos 102 y el 103 de la citada carta suprema, mantuvo al Consejo de Estado y algunos otros organismos de justicia administrativa, los tribunales militares y el Tribunal de Cuentas.

El artículo 113 de la carta suprema fundamentó el sistema de justicia administrativa italiana al disponer que contra los actos de la administración pública “existe siempre tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses directos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa”.

El decreto-ley de 3 de mayo de 1948 creó la sexta sección jurisdiccional en el Consejo de Estado.

El 6 de enero de 1971 una ley introdujo los tribunales regionales administrativos en reemplazo de las juntas provinciales suprimidas desde 1965. Los tribunales regionales son jueces de primera instancia para cualquier proceso en contra de los actos de la administración pública de todos los niveles. A partir de entonces el Consejo de Estado ha asumido el papel de juez de apelación en materia administrativa.<sup>136</sup>

<sup>135</sup> La ley de 7 de marzo de 1907 que creó la sección V del Consejo de Estado y le atribuyó la jurisdicción de mérito.

<sup>136</sup> Cfr. Capaccioli, Enzo, citado por Ovalle Favela, José, *op. cit.*, *Justicia...*, *supra* nota 65, p. 453.

Los tribunales administrativos italianos son considerados como partes integrantes del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial.

La jurisdicción administrativa genérica reside primordialmente en el Consejo de Estado y en los tribunales regionales administrativos (veinte en total, instituidos por la Ley de 6 de diciembre de 1975), y anteriormente en las juntas provinciales administrativas).

#### b) Organización de los órganos de la jurisdicción administrativa

El Consejo de Estado se encuentra integrado por seis secciones, cada una de las cuales se compone por un presidente y un promedio de siete consejeros.

Las secciones I, II y III ejercen funciones de consultoría en materia legislativa y administrativa (incluyendo la reglamentaria), con carácter preceptivo, o facultativo, según el caso. Las secciones IV, V y VI, ejercen la función jurisdiccional.<sup>137</sup>

Estas secciones pueden sesionar en forma conjunta, principalmente con el objetivo de asegurar la unidad en la jurisprudencia.<sup>138</sup>

La Asamblea Plenaria del Consejo de Estado, que sesiona bajo la dirección de su presidente, se integra con cuatro miembros de cada una de las secciones. Su principal función consiste en orientar la jurisprudencia emitida por los diferentes tribunales administrativos con objeto de resolver la contradicción de las sentencias dictadas por las salas o entre las sentencias dictadas por los tribunales administrativos y el Consejo de Estado, y que sus pronunciamientos no tienen carácter vinculante para la jurisprudencia sucesiva.

A nivel local, la función era desempeñada, hasta la reforma de 1975, por las juntas provinciales administrativas, las que realizaban una función controladora "de mérito" respecto de las decisiones más importantes de las comunidades, provincias, y otros entes públicos. También desempeñaban algunas funciones jurisdiccionales, actualmente a cargo de los tribunales regionales administrativos.

También existen en el sistema italiano algunas jurisdicciones administrativas especiales como la Corte de Cuentas y los tribunales de aguas, entre otros.<sup>139</sup>

<sup>137</sup> Cfr. Ley de fecha 26 de junio de 1924, artículo primero, también el decreto-ley de 5 de mayo de 1948.

<sup>138</sup> Cfr. Ley de fecha 21 de diciembre de 1950, artículo quinto.

<sup>139</sup> Cfr. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 478; cf. González Pérez, Jesús, *op. cit.*, *Derecho...*, *supra* nota 32, pp. 408-409.

La competencia entre los tribunales administrativos italianos se divide (al igual que el objeto del proceso), en “jurisdicción de legitimidad”, “jurisdicción de mérito”, y “jurisdicción exclusiva”.

— *La jurisdicción de legitimidad* comprende en forma genérica los recursos interpuestos contra actos definitivos dictados por autoridades administrativas.

Los recursos interpuestos ante la jurisdicción de legitimidad pueden fundarse en la incompetencia, el exceso de poder —cuya noción es más limitada que en el derecho francés—, o en violación de la ley, y son promovidos a fin de obtener la anulación del acto considerado ilegítimo.

En el procedimiento ante la jurisdicción que se comenta, corresponde a los particulares la comprobación de haber sido afectados en forma personal y directa por el acto de autoridad que se impugna.

— *La jurisdicción de mérito* corresponde originariamente al Consejo de Estado, salvo el caso de aquellas materias que son consideradas competencia de la jurisdicción ordinaria.<sup>140</sup>

Comprende —la jurisdicción de mérito—, los recursos tendientes, más que a revisar la legalidad del acto, a constatar la oportunidad y conveniencia del mismo. Trátase de una competencia de excepción establecida por la ley.

Sobresalen en esta jurisdicción los recursos que son promovidos con el propósito de lograr que la administración ajuste su conducta a las decisiones de los tribunales ordinarios.

La legitimación activa puede estar fundada tanto en un interés legítimo como en un interés simple.

Esta jurisdicción es ejercida tanto por el Consejo de Estado como por los tribunales administrativos regionales.

— *La jurisdicción exclusiva* se presenta en aquellos casos en los que la ley ha otorgado competencia a un tribunal administrativo para conocer de una determinada materia, inclusive en los litigios en los que pueden ser discutidos derechos subjetivos.<sup>141</sup>

Entre el grupo de materias que integran la jurisdicción exclusiva, destaca la relativa al empleo público.

<sup>140</sup> Texto único, artículo 27.

<sup>141</sup> Cfr. Texto único, artículo 29. Guido Zanobini —por su parte—, atribuye el otorgamiento de la competencia en estas materias a los tribunales administrativos dada la dificultad para distinguir entre el interés simple y el derecho subjetivo. Cfr. *Corso di diritto amministrativo*, 8a. ed., tomo II, p. 234.

Es pertinente subrayar que, aun en los casos que son resueltos por la jurisdicción administrativa especial, la decisión respecto de los efectos patrimoniales de los mismos, corresponde a los tribunales ordinarios.

c) El procedimiento ante los tribunales administrativos

Previsto expresamente en el texto legal, se desarrolla como un litigio entre partes.

Inicia con la presentación de una demanda que contiene la pretensión del particular afectado, misma que es notificada a los interesados para que, en un plazo razonable (el cual varía según se trate de un recurso ante el Consejo de Estado o ante los tribunales regionales), se presenten ante el órgano jurisdiccional para hacer valer sus derechos.

La suspensión del acto administrativo impugnado puede ser decretada cuando concurran “razones graves”.<sup>142</sup>

En materia probatoria prevalece el principio inquisitivo.

La sentencia dictada en el proceso ante la jurisdicción administrativa italiana puede anular el acto impugnado. La decisión del tribunal administrativo sólo surte efectos respecto de la parte que recurrió, a excepción del caso de indivisibilidad en el que comprende a todos los afectados.

d) La jurisdicción ordinaria

Los tribunales que pertenecen al Poder Judicial son competentes para conocer de todos los litigios en los que, siendo parte interesada la administración pública o teniendo relación con algún hecho o acto realizado por las autoridades administrativas, se discuta la afectación de los derechos civiles o políticos de los administrados.

En forma excepcional y en cuestiones concretas, ciertos litigios de este tipo son atribuidos a los tribunales de la jurisdicción administrativa por los textos legales.

La competencia entre los tribunales ordinarios se distribuye en atención a un criterio territorial. Consecuentemente, será competente el tribunal en cuya circunscripción tenga su sede la autoridad administrativa que haya dictado el acto impugnado. Sin embargo, y de acuerdo con el llamado “fuero del Estado”, será competente el tribunal que tenga su sede en la cabecera de distrito en la cual radique el abogado del Estado.

<sup>142</sup> Cfr. Texto único, artículo 39.

La sentencia dictada en los procesos llevados ante la jurisdicción ordinaria puede decidir que el acto administrativo impugnado es ilegal, debiendo la administración ajustar su proceder en concordancia con el contenido de la sentencia. La sentencia dictada por los tribunales ordinarios sólo surte efectos respecto del caso concreto y particular que ha sido planteado ante el órgano jurisdiccional.<sup>143</sup>

#### e) Relaciones entre las jurisdicciones ordinaria y administrativa

Los procesos seguidos ante las dos jurisdicciones son independientes, pero no necesariamente excluyentes. La sentencia dictada por los tribunales ordinarios proporciona al particular el fundamento para pedir que la administración ajuste su conducta al contenido de aquélla; en caso de que la administración rehúse, el particular afectado podrá acudir ante los tribunales administrativos.

A la inversa, cuando una sentencia dictada por un tribunal administrativo declare la nulidad de un acto, constituirá la base para pedir ante la jurisdicción ordinaria la reparación patrimonial por los perjuicios causados.

El órgano competente para resolver los conflictos de jurisdicción que pudieren suscitarse entre ambas jurisdicciones es la Corte de Casación en “sesiones reunidas”.

La doctrina italiana, al tomar en consideración el objeto de los distintos recursos, ha precisado que el criterio para determinar la competencia de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción administrativa se funda en dos elementos: la *causa petendi* y el *petitum*.

Cuando se impugna la violación de un derecho subjetivo y se pretende la declaración de dicha lesión o la reparación patrimonial, estaremos frente a una acción que debe ser deducida ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.<sup>144</sup>

Cuando se invoca la afectación de un interés legítimo o la anulación del acto administrativo, será competente la jurisdicción administrativa.<sup>145</sup>

<sup>143</sup> Ley de 20 de marzo de 1865, artículo quinto.

<sup>144</sup> El derecho público subjetivo contiene una situación jurídica reconocida al individuo personalmente, de tal forma que la administración pública no puede modificarla ni extinguirla. Cfr. Lessona, Silvio, *op. cit.*, *Los principios...*, *supra* nota 96, p. 162.

<sup>145</sup> El interés legítimo ocasionalmente protegido tiene por contenido una situación jurídica cuyo reconocimiento se presenta como efecto reflejo de una norma jurídica cuyo fin directo es la tutela del interés público y de aquel sólo cuando coinciden. También se distingue el interés legítimo condicionalmente protegido

La misma doctrina italiana, en razón del sistema de división de la competencia, distingue entre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples. La lesión de cada una de estas especies dará lugar, respectivamente, a recursos frente a la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción administrativa de legitimidad y la jurisdicción administrativa de mérito. En forma paralela, los actos pueden encontrarse viciados de ilicitud, ilegitimidad o de inoportunidad, respectivamente.

f) *Il giudizio di ottemperanza*

La citada institución procesal italiana es un procedimiento seguido ante el juez administrativo mediante el que se persigue la ejecución de las sentencias civiles o administrativas que la administración se niega a cumplir.<sup>146</sup>

La Ley de 1889 creó un recurso ante la cuarta sección del Consejo de Estado para obtener el cumplimiento efectivo de las sentencias dictadas por los jueces ordinarios, y de ahí pasó al texto único de 1924, artículo 27, 4, bajo el nombre de *ricorsi diretti*. La jurisprudencia empezó a admitir, por analogía, el recurso para la ejecución de las sentencias administrativas. La ley de 1971 que creó los tribunales administrativos también la incluyó en el artículo 27, 4. La institución estudiada es ante todo una creación jurisprudencial.

Los jueces ordinarios, dado el principio de separación de poderes, sólo pueden resolver sobre la ilegitimidad del acto administrativo y desaplicarlo, pero no pueden ni anularlo ni modificarlo, ni ordenar a las autoridades administrativas la realización de determinados actos ni tampoco pueden sustituirlo; sólo pueden condenarlas a pagar una suma o entregar un bien. En sentido opuesto, el juez administrativo sí puede resolver sobre el acto, pudiendo anularlo o modificarlo; también puede condenar a la administración a desarrollar conductas específicas, pero no puede condenarla al resarcimiento de daños.

La anulación del acto impugnado es un instrumento reparador del daño a los intereses legítimos, pero no implica el resarcimiento de los

cuyo contenido es una situación jurídica reconocida al individuo sólo cuando sea compatible y hasta donde sea compatible con el interés público, de manera que la administración pública puede modificarla o extinguirla si lo considera necesario para satisfacer el interés público. Cfr. Lessona, Silvio, *op. cit.*, *Los principios...*, *supra* nota 96, p. 162.

<sup>146</sup> Cfr. Chinchilla Marín, Carmen, "La ejecución de las sentencias en el ordenamiento italiano. Il giudizio di ottemperanza", *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 59, julio-septiembre de 1988, pp. 427-442.

mismos. De la afectación de los intereses legítimos no derivan daños resarcibles, pues al no ser derechos subjetivos, la lesión no es susceptible de indemnización. Esta regla contradice el principio de tutela efectiva de los intereses legítimos garantizada por el artículo 24 de la Constitución italiana. La citada contradicción ha sido resuelta por la jurisprudencia a través de la creación de la teoría de la *doppia tutela*, que funciona así:

antes de la afectación producida por el acto administrativo, el particular era titular de un derecho subjetivo, después de la anulación del acto ilegítimo el derecho se expande con la consecuencia de que debe ser resarcido por el periodo que estuvo comprimido por el acto anulado que lesionaba los intereses legítimos.

A juicio de Merussi, la citada dualidad vuelve complejo al sistema italiano, ya que obliga al administrado a realizar un segundo proceso, al tiempo que resulta difícil entender cuál podría ser el derecho subjetivo preexistente a la formación del acto, pues si el administrado fuera titular de un derecho subjetivo pediría de inmediato la tutela del juez ordinario, solicitando la desaplicación del acto y el resarcimiento de la lesión.<sup>147</sup>

### C. Colombia

En América Latina el ordenamiento más cercano al modelo francés es el de Colombia.

En efecto, en Colombia existe un Consejo de Estado cuyos antecedentes se remontan a la Constitución centralista de 1886, aún vigente. Dicha carta constitucional instituyó en sus artículos 136 a 141 un Consejo de Estado. Posteriormente, dicho órgano fue regulado por el acto legislativo de 1914, y con autorización previa del acto ley número 3 de 1910. La Ley número 60 de 1914 organizó el Consejo de Estado en dos salas: la de negocios generales y la de lo contencioso administrativo; ésta se constituyó como supremo juez de los actos de gobierno.

Posteriores reformas han modificado la estructura del Consejo de Estado. La ley número 7 de 1932 creó una sala especializada en los

<sup>147</sup> Cfr. Merussi, Alberto, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 33-37.

asuntos electorales. La última reforma importante data del año de 1984.<sup>148</sup>

El texto vigente de la Constitución colombiana regula, en sus artículos 136 a 141, la organización y funcionamiento del Consejo de Estado, el que es paritario con la Corte Suprema. El Consejo de Estado colombiano se encuentra dividido en secciones con el objetivo de separar su función como tribunal supremo de lo contencioso administrativo de las demás que le otorgan la Constitución y la ley.

El presidente del Consejo de Estado es elegido por los miembros del mismo, y dura un año en su encargo. Los consejeros de Estado deben reunir las mismas cualidades que los ministros de la Corte Suprema.

Las atribuciones del Consejo de Estado se encuentran precisadas en el artículo 141 de la Constitución colombiana, y son: a) Desempeñar la función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo; b) Preparar proyectos de ley y de códigos que requieran ser presentados a las cámaras legislativas, así como proponer las reformas legales conducentes, y c) Actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en los asuntos de la administración.

El código contencioso administrativo expedido el primero de enero de 1984, y en vigor a partir del primero de marzo de 1984, regula en sus artículos 89 a 105 la organización del Consejo de Estado. La competencia del máximo tribunal administrativo se encuentra prevista en los artículos 128 a 130 del citado ordenamiento, que en su artículo 89 dispone que el Consejo de Estado se compone de veinte consejeros, distribuidos a su vez en dos salas: la de lo contencioso administrativo, formada por dieciséis consejeros, y la de consulta y servicio civil, que se integra con los restantes cuatro consejeros; las salas reunidas constituyen el máximo órgano del Consejo: la Sala Plena.

En Colombia, también se ha seguido el ejemplo de desconcentración de la jurisdicción administrativa, pues en cada departamento existe un tribunal administrativo con residencia en la capital del mismo (artículos 106 a 120 del código contencioso administrativo).

<sup>148</sup> Cfr. Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo general*, Bogotá, Temis, 1961, pp. 102-103, de él mismo "Principios que rigen la nueva legislación contencioso administrativa", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, número 65, abril-junio de 1984, pp. 101-114; cfr. Sierra Jaramillo, Francisco, *Derecho contencioso administrativo*, Bogotá, Temis, 1978, pp. 17-29.