

# Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés

## GRANDS ARRÊTS



Derecho Administrativo

21.<sup>a</sup> EDICIÓN

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA  
DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

# LAS GRANDES SENTENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

21.<sup>a</sup> edición  
2017

## **Marceau Long**

Vicepresidente honorario del  
Consejo de Estado de Francia

## **Prosper Weil**

Miembro del Institut  
de France  
Profesor emérito de la  
Universidad Panthéon-Assas  
(París II)

## **Guy Braibant (†)**

Presidente de Sección  
honorario del Consejo  
de Estado de Francia

## **Pierre Devolvé**

Miembro del Institut de  
France  
Profesor emérito de la  
Universidad Panthéon-Assas  
(París II)

## **Bruno Genevois**

Presidente de Sección  
Honorario del Consejo  
de Estado de Francia

**DALLOZ**

Segunda edición en español: diciembre de 2019



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

- © De la 21.<sup>a</sup> edición francesa, Editions Dalloz
- © De su versión española, el editor
- © De la traducción del original francés de la 20.<sup>a</sup> edición a lengua española, Katy Balan Somlo y Carlos Luengo Martín
- © De la traducción del original francés de la 21.<sup>a</sup> edición a lengua española, Katy Balan Somlo

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO AEBOE (edición en línea, pdf): 043-19-263-2

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

## ÍNDICE DE MATERIAS

	Páginas
PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN ESPAÑOLA .....	13
LISTA DE ABREVIATURAS .....	15
PRÓLOGO .....	19
ADVERTENCIA .....	25
1. Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873, <i>Blanco</i> .....	27
2. Tribunal de Conflictos, 30 de julio de 1873, <i>Pelletier</i> .....	36
3. Consejo de Estado, 19 de febrero de 1875, <i>Prince Napoléon</i> .....	47
4. Consejo de Estado, 26 de noviembre de 1875, <i>Pariset</i> .....	61
5. Consejo de Estado, 13 de diciembre de 1889, <i>Cadot</i> .....	73
6. Consejo de Estado, 21 de junio de 1895, <i>Cames</i> .....	76
7. Tribunal de Conflictos, 9 de diciembre de 1899, <i>Association syndicale du canal de Gignac</i> .....	84
8. Consejo de Estado, 29 de marzo de 1901, <i>Casanova</i> .....	91
9. Consejo de Estado, 18 de abril de 1902, <i>Commune de Nérís-les-Bains</i> ...	99
10. Tribunal de Conflictos, 2 de diciembre de 1902, <i>Société immobilière de Saint-Just</i> .....	105
11. Consejo de Estado, 6 de febrero de 1903, <i>Terrier</i> .....	112
12. Consejo de Estado, 11 de diciembre de 1903, <i>Lot</i> .....	118
13. Consejo de Estado, 8 de julio de 1904, <i>Botta</i> .....	125
14. Consejo de Estado, 10 de febrero de 1905, <i>Tomaso Grecco</i> .....	133
15. Consejo de Estado, 21 de diciembre, de 1906, <i>Syndicat des propriétai- res et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli</i> .....	140
16. Consejo de Estado, 28 de diciembre de 1906, <i>Syndicat des patrons- coiffeurs de Limoges</i> .....	146

	Páginas
17. Consejo de Estado, 6 de diciembre de 1907, <i>Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres</i> .....	154
18. Consejo de Estado, 9 de febrero de 1909, <i>Abbé Olivier</i> .....	163
19. Consejo de Estado, 4 de marzo de 1910, <i>Thérond</i> .....	169
20. Consejo de Estado, 11 de marzo de 1910, <i>Compagnie générale française des tramways</i> .....	174
21. Consejo de Estado, 3 de febrero de 1911, <i>Anguet</i> .....	186
22. Consejo de Estado, 8 de marzo de 1912, <i>Lafage</i> .....	191
23. Consejo de Estado, 10 de mayo de 1912, <i>Abbé Bouteyre</i> .....	198
24. Consejo de Estado, 31 de julio de 1912, <i>Société des granits porphyroïdes des Vosges</i> .....	205
25. Consejo de Estado, 29 de noviembre de 1912, <i>Boussuge</i> .....	214
26. Consejo de Estado, 20 de junio de 1913, <i>Téry</i> .....	220
27. Consejo de Estado, 4 de abril de 1914, <i>Gomel</i> .....	230
28. Consejo de Estado, 14 de enero de 1916, <i>Camino</i> .....	243
29. Consejo de Estado, 30 de marzo de 1916, <i>Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux</i> .....	250
30. Consejo de Estado, 28 de junio de 1918, <i>Heyriès</i> .....	261
31. Consejo de Estado, 26 de julio de 1918, <i>Époux Lemonnier</i> .....	272
32. Consejo de Estado, 28 de febrero de 1919, <i>Dames Dol et Laurent</i> .....	282
33. Consejo de Estado, 28 de marzo de 1919, <i>Regnault-Desroziers</i> .....	286
34. Consejo de Estado, 8 de agosto de 1919, <i>Labonne</i> .....	295
35. Tribunal de Conflictos, 22 de enero de 1921, <i>Société commerciale de l'Ouest africain</i> .....	300
36. Consejo de Estado, 10 de junio de 1921, <i>Commune de Monségur</i> .....	312
37. Consejo de Estado, 26 de enero de 1923, <i>de Robert Lafrégeyre</i> .....	316
38. Consejo de Estado, 30 de noviembre de 1923, <i>Couitéas</i> .....	324
39. Consejo de Estado, 26 de diciembre de 1925, <i>Rodière</i> .....	336
40. Consejo de Estado, 10 de enero de 1930, <i>Despujol</i> .....	346
41. Consejo de Estado Secc., 30 de mayo de 1930, <i>Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers</i> .....	357
42. Consejo de Estado As., 7 de abril de 1933, <i>Deberles</i> .....	371
43. Consejo de Estado, 19 de mayo de 1933, <i>Benjamin</i> .....	375
44. Tribunal de Conflictos, 14 de enero de 1935, <i>Thépaz</i> .....	386
45. Consejo de Estado, 7 de febrero de 1936, <i>Jamart</i> .....	392
46. Consejo de Estado As., 3 de julio de 1936, <i>Demoiselle Bobard et autres</i> ..	399
47. Consejo de Estado As., 14 de enero de 1938, <i>Société anonyme des produits laitiers «La Fleurette»</i> .....	409
48. Consejo de Estado As., 13 de mayo de 1938, <i>Caisse primaire «Aide et Protection»</i> .....	420
49. Consejo de Estado As., 31 de julio de 1942, <i>Monpeurt</i> .....	429
50. Consejo de Estado As., 2 de abril de 1943, <i>Bouguen</i> .....	441
51. Consejo de Estado Secc., 5 de mayo de 1944, <i>Dame Veuve Tromprier-Gravier</i> .....	449

	Páginas
52. Consejo de Estado Secc. 2 de febrero de 1945, <i>Moineau</i> .....	457
53. Consejo de Estado As., 29 de marzo de 1946, <i>Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle c/ État</i> .....	469
54. Consejo de Estado As., 22 de noviembre de 1946, <i>Commune de Saint-Priest-la-Plaine</i> .....	479
55. Consejo de Estado As., 7 de febrero de 1947, <i>d'Aillières</i> .....	490
56. Consejo de Estado As., 25 de junio de 1948, <i>Société du journal «L'Aurore»</i> .....	497
57. Consejo de Estado, 17 de febrero de 1950, <i>Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte</i> .....	507
58. Consejo de Estado As., 7 de julio de 1950, <i>Dehaene</i> .....	513
59. Consejo de Estado As., 29 de julio de 1950, <i>Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État*</i> ..	528
60. Consejo de Estado Secc., 9 de marzo de 1951, <i>Société des concerts du Conservatoire</i> .....	536
61. Consejo de Estado As., 22 de junio de 1951, <i>Daudignac</i> .....	545
62. Consejo de Estado As., 28 de julio de 1951, <i>Laruelle et Delville</i> .....	554
63. Tribunal de Conflictos, 27 de noviembre de 1952, <i>Préfet de la Guyane</i> ..	568
64. Consejo de Estado As., 13 de marzo de 1953, <i>Teissier</i> .....	580
65. Consejo de Estado As., 28 de mayo de 1954, <i>Barel</i> .....	590
66. Tribunal de Conflictos, 28 de marzo de 1955, <i>Effimieff</i> .....	600
67. Consejo de Estado Secc., 20 de abril de 1956, <i>Époux Bertin et Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard</i> .....	607
68. Consejo de Estado Secc., 19 de octubre de 1956, <i>Société «Le Béton»</i> ..	619
69. Tribunal de Casación, Civ., 23 de noviembre de 1956, <i>Trésor public c/ Giry</i> .....	630
70. Consejo de Estado As., 31 de mayo de 1957, <i>Rosan Girard</i> .....	641
71. Consejo de Estado Secc., 26 de junio de 1959, <i>Syndicat général des ingénieurs-conseils</i> .....	650
72. Consejo de Estado Secc., 18 de diciembre de 1959, <i>Société «Les Films Lutetia» et syndicat français des producteurs et exportateurs de films</i> ...	661
73. Consejo de Estado As., 24 de junio de 1960, <i>Société Frampar et société France éditions et publications</i> .....	673
74. Consejo de Estado As., 24 de noviembre de 1961, <i>Ministre des travaux publics c/ Consorts Letisserand</i> .....	682
75. Consejo de Estado, As., 2 de marzo de 1962, <i>Rubin de Servens et autres</i> .....	691
76. Consejo de Estado As., 19 de octubre de 1962, <i>Canal, Robin y Godot</i> ...	703
77. Consejo de Estado As., 30 de marzo de 1966, <i>Compagnie générale d'énergie radio-électrique</i> .....	712
78. Tribunal de Conflictos (TC), 15 de enero de 1968, <i>Compagnie Air France c/ Époux Barbier</i> .....	722
79. Consejo de Estado Secc., 11 de diciembre de 1970, <i>Crédit foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader</i> .....	731

	Páginas
80. Consejo de Estado As., 28 de mayo de 1971, <i>Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville Nouvelle Est»</i> .....	740
81. Consejo de Estado As., 5 de mayo de 1976, <i>Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et ministre de l'agriculture c/ M. Bernette</i> .....	759
82. Consejo de Estado As., 8 de diciembre de 1978, <i>Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI), CFDT et CGT</i> .....	774
83. Consejo de Estado Secc., 17 de mayo de 1985, <i>Mme Menneret</i> .....	791
84. Consejo Constitucional, 23 de enero de 1987, n.º 86-224 DC, <i>Ley que transfiera a la jurisdicción ordinaria el contencioso de las decisiones del Consejo de la Competencia</i> .....	803
85. Consejo de Estado As., 3 de febrero de 1989, <i>Compagnie Alitalia</i> .....	816
86. Consejo de Estado As., 20 de octubre de 1989, <i>Nicolo</i> .....	825
87. Consejo de Estado As. (dictamen), 6 de abril de 1990, <i>Compagnie financière et industrielle des autoroutes (Cofiroute)</i> .....	841
88. Consejo de Estado As., 29 de junio de 1990, <i>Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)</i> .....	849
89. Consejo de Estado As., 10 de abril de 1992, <i>Époux V.</i> .....	860
90. Consejo de Estado As., 17 de febrero de 1995, <i>Hardouin et Marie</i> .....	871
91. Consejo de Estado As., 27 de octubre de 1995, <i>Commune de Nérís-les Bains</i> .....	883
92. Consejo de Estado As., 3 de julio de 1996, <i>Koné</i> .....	895
93. Consejo de Estado As., 6 de diciembre de 1996, <i>Société Lambda</i> .....	906
94. Consejo de Estado Secc., 3 de noviembre de 1997, <i>Société Million et Marais</i> .....	917
95. Consejo de Estado As., 30 de octubre de 1998, <i>Sarran, Levacher et autres</i> .....	932
96. Consejo de Estado, 5 de marzo de 1999, <i>Président de l'Assemblée nationale</i> .....	945
97. Consejo de Estado As., 3 de diciembre de 1999, <i>Didier</i> .....	959
98. Consejo de Estado, 18 de enero de 2001, <i>Commune de Venelles</i> Consejo de Estado, 5 de marzo de 2001, <i>Saez</i> .....	977
99. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de junio de 2001, <i>Kress c/ France</i> .....	999
100. Consejo de Estado As., 26 de octubre de 2001, <i>Ternon</i> .....	1018
101. Consejo de Estado As., 30 de noviembre de 2001, <i>Ministre de la défense c/ M. Diop, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. Diop</i> .....	1035
102. Consejo de Estado As., 12 de abril de 2002, <i>Papon</i> .....	1052
103. Consejo de Estado Secc., 18 de diciembre de 2002, <i>Mme Duvignères</i> ...	1067
104. Consejo de Estado Secc., 27 de febrero de 2004, <i>Mme Popin</i> .....	1081
105. Consejo de Estado As., 11 de mayo de 2004, <i>Association AC! et autres</i> ...	1091

	Páginas
<b>106.</b> Consejo de Estado As., 24 de marzo de 2006, <i>Société KPMG et Société Ernst &amp; Young et autres</i> .....	1113
<b>107.</b> Consejo de Estado As., 8 de febrero de 2007, <i>Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres</i> .....	1130
<b>108.</b> Consejo de Estado As., 3 de octubre de 2008, <i>Commune d'Annecy</i> ....	1153
<b>109.</b> Consejo de Estado As., 30 de octubre de 2009, <i>Mme Perreux</i> .....	1165
<b>110.</b> Consejo de Estado As., 28 de diciembre de 2009, <i>Commune de Béziers</i> Consejo de Estado, 21 de marzo de 2011, <i>Commune de Béziers</i> .....	1182
<b>111.</b> Tribunal de Conflictos, 17 de octubre de 2011, <i>SCEA du Chéneau et autres c/ Interprofession nationale porcine (INAPORC) et autres, Cherel et autres c/ Centre national interprofessionnel de l'économie laitière (CNIEL)</i> .....	1203
<b>112.</b> Consejo de Estado As., 23 de diciembre de 2011, <i>Danthony et autres</i> - Consejo de Estado Secc., 23 de diciembre de 2011, <i>Danthony et autres...</i>	1215
<b>113.</b> Tribunal de Conflictos, 17 de junio de 2013, <i>Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman</i> .....	1234
<b>114.</b> Consejo de Estado As., 4 de abril de 2014, <i>Département de Tarn-et-Garonne</i> .....	1244
<b>115.</b> Consejo de Estado As., 14 de febrero de 2014, <i>Mme Lambert</i> Consejo de Estado As., 24 de junio de 2014, <i>Mme Lambert</i> .....	1260
<b>116.</b> Tribunal de Conflictos, 9 de marzo de 2015, <i>Mme Rispal c/ Société des autoroutes du Sud de la France</i> .....	1284
<b>117.</b> Consejo de Estado As., 21 de marzo de 2016, <i>Société Fairvesta International GmbH et autres.</i> Consejo de Estado As., 21 de marzo de 2016, <i>Société NC Numericable</i> ...	1294
<b>118.</b> Consejo de Estado As., (dictamen), 6 de julio de 2016, <i>Napol et autres, Thomas et autres</i> .....	1320
<b>ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS</b> .....	1337
<b>ÍNDICE DE SENTENCIAS</b>	
– Jurisdicciones administrativas y Tribunal de Conflictos .....	1357
– Notas y dictámenes administrativos del Consejo de Estado .....	1409
– Jurisdicciones ordinarias .....	1409
– Consejo Constitucional .....	1411
– Jurisdicciones comunitarias .....	1412
– Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos .....	1414
– Jurisdicciones extranjeras .....	1415
– Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	1415
– Corte Internacional de Justicia .....	1415
– Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas .....	1415

## PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Juzgo un gran acierto que pueda presentarse en castellano la importante recopilación que ofrece «Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa francesa», en su modélica evolución, considerando muy especialmente cómo dicho libro, en sus ediciones anteriores en versión original, ya venía ejerciendo en España una muy notable influencia. Es, pues, motivo de satisfacción que la obra se pueda encontrar ahora al alcance del público de habla hispana.

En su origen, el «Conseil d'État fue el fruto de la concepción napoleónica de órgano de control y supervisión del nuevo edificio administrativo emanado de la Revolución. En una ejemplar evolución histórica, gracias a su objetividad, prestigio e independencia, fue cumpliendo ese importante papel de supervisor, afianzando su autonomía y carencia de servilismo y llegando a consagrarse, sin duda, como una jurisdicción autónoma.

Es muy revelador el punto de partida de los comentarios, ya que la recopilación se abre con el famoso «arrêt Blanco», del Tribunal de Conflictos de 1873, que resultaría firme puntal para afianzar esa institución tan carismática cual es la responsabilidad patrimonial del Estado a consecuencia de los daños causados a los ciudadanos por sus servicios, con lo que se abrió una nueva etapa ciertamente decisiva; en el caso, recuérdese, las lesiones sufridas por una niña atropellada por una vagoneta de una fábrica de tabacos gestionada por el Estado.

A partir de ahí se abriría una evolución que confirmaba el buen hacer de la experiencia francesa, con la fórmula institucionalizada, y que ofrecía una solución inigualable, que tanta envidia nos daba, y que nos serviría de modelo en tantas ocasiones. Lo que me lleva a dedicar un recuerdo cariñoso a mi maestro, el profesor Eduardo García de Enterría, que con tanta autoridad nos introducía en esta metodología.

De ahí que me parezca muy de agradecer el esfuerzo del Boletín Oficial del Estado, en su tan fructífera vertiente editorial, de ofrecer ahora la versión

traducida en este hermoso volumen de casi 1400 páginas, completado de modo ejemplar con los correspondientes índices. Y no ocultaré, aunque se trate de un aspecto estrictamente personal, que me hace especial ilusión la oportunidad de encargarme de esta breve introducción a la edición, cuando recuerdo que hace casi cincuenta años –cuarenta y seis en concreto–, saludaba desde las páginas de la «Revista de Administración Pública», en concreto, en el número 61, publicado en 1970, la aparición de la quinta edición de «Les grands arrêts», que habían llevado a cabo inicialmente Marceau Long, Prosper Weil y Guy Braibant. Empeño en el que reincidiría en 1978, en el número 87 de la citada Revista, a propósito entonces de la séptima edición de la citada obra. Más tarde llegaría a tener una buena relación con Braibant, fruto de nuestra coincidencia en las sesiones del Instituto Europeo de Derecho Público, que se celebran cada otoño en la isla griega de Spetses. Y es una gran alegría, aparte de un gran éxito, reflejo innegable del buen hacer de la editorial del Boletín Oficial del Estado, que se ofrezca ahora la vigésima edición cuidadosamente actualizada y puesta al día.

De modo que, junto a reiterar mi satisfacción y a manifestar mi agradecimiento, no me queda sino desear el mayor éxito a esta importante aventura editorial, tan decisiva y tan oportuna, para los numerosos interesados, ya sea desde las instituciones públicas ya desde la esfera privada.

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense,  
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

## LISTA DE ABREVIATURAS

<i>ACCP</i>	<i>Actualité de la commande et des contrats publics</i>
<i>ADE</i>	<i>Annuaire de droit européen</i>
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AIDH</i>	<i>Annuaire international des droits de l'Homme</i>
<i>AIJC</i>	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
<i>AJ</i>	<i>Actualité juridique - Droit administratif</i>
<i>AJCT</i>	<i>Actualité juridique - Collectivités territoriales</i>
<i>AJFP</i>	<i>Actualité juridique - Fonctions publiques</i>
<i>AJPI</i>	<i>Actualité juridique - Propriété immobilière</i>
<i>As</i>	<i>Asamblea</i>
<i>As. plen</i>	<i>Asamblea plenaria</i>
<i>BDCF</i>	<i>Bulletin des conclusions fiscales</i>
<i>BJCL</i>	<i>Bulletin juridique des collectivités locales</i>
<i>BJCP</i>	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
<i>BJDU</i>	<i>Bulletin de jurisprudence du droit de l'urbanisme</i>
<i>Bull</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. Jol</i>	<i>Bulletin Joly</i>
<i>CA.</i>	<i>Tribunal de Apelación (Cour d'appel)</i>
<i>CAA</i>	<i>Tribunal de Administrativo de Apelación (Cour administrative d'appel)</i>
<i>Cah. CC.</i>	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>Cah. dr. eur</i>	<i>Chaiers de droit européen</i>
<i>Cas</i>	<i>Tribunal de Casación; Civ.: Sala de lo Civil; Com.: Sala de lo Comercial; Crim.: Sala de lo Penal; Dem.: Sala de demandas; Soc.: Sala de lo Social</i>
<i>CC</i>	<i>Consejo Constitucional</i>
<i>CC</i>	<i>Revue Contrats Concurrence Consommation</i>
<i>C. civ.</i>	<i>Código Civil</i>
<i>C. com.</i>	<i>Código de Comercio</i>

<i>CE.</i>	<i>Consejo de Estado</i>
<i>CEDH</i>	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>CFPA</i>	<i>Cahiers de la fonction publique et de l'administration</i>
<i>CGPPP</i>	<i>Código General de la Propiedad de las Personas Públicas</i>
<i>CIADH</i>	<i>Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>
<i>C. instr. crim.</i>	<i>Código Procesal Penal</i>
<i>Civ.</i>	<i>Tribunal de Casación, Sala de lo Civil</i>
<i>CJA</i>	<i>Código de Justicia Administrativa</i>
<i>CJCE</i>	<i>Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que pasó a ser el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el 1 de diciembre de 2009, abarcando este órgano, en principio, el Tribunal de Justicia, el tribunal y los tribunales especializados</i>
<i>CJCE</i>	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz que pasó a ser Revue juridique de l'entreprise publique (RJEP), luego Revue juridique de l'économie publique (RJEP), luego la Revue Énergie-Environnement-Infrastructures (REEI)</i>
<i>CJFI</i>	<i>Le courrier juridique des finances et de l'industrie</i>
<i>CJUE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>CMP</i>	<i>Contrats et Marchés publics</i>
<i>C. pen.</i>	<i>Código Penal</i>
<i>C. pr. pen.</i>	<i>Código Procesal Penal</i>
<i>Cr.</i>	<i>Crónica</i>
<i>Coll. terr.</i>	<i>Colectividades Territoriales Intermunicipalidad</i>
<i>Com.</i>	<i>Tribunal de Casación, Sala de lo Comercial</i>
<i>Com.</i>	<i>Comentario</i>
<i>Concl.</i>	<i>Conclusiones</i>
<i>Cons.</i>	<i>Considerando</i>
<i>Constituciones</i>	<i>Constituciones (Revista de Derecho Constitucional aplicado)</i>
<i>Constr.-Urb.</i>	<i>Construcción-Urbanismo</i>
<i>Crim.</i>	<i>Tribunal de Casación, Sala de lo Penal</i>
<i>D.</i>	<i>Recopilación Dalloz (Dalloz-Sirey desde 1965); IR: Informations rapides; SC: Sommaires commentés</i>
<i>DA.</i>	<i>Droit administratif (sustituyó a la Revue pratique de droit administratif en 1961)</i>
<i>Dep. y com.</i>	<i>Departamentos y municipios</i>
<i>Der. envir.</i>	<i>Derecho del Medio Ambiente</i>
<i>Der. fisc.</i>	<i>Derecho Fiscal</i>
<i>Dr. ouvr.</i>	<i>Droit ouvrier</i>
<i>Dr. rur.</i>	<i>Revue de droit rural</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit Social</i>
<i>EDCE.</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
<i>Envir.</i>	<i>Environnement et développement durable</i>
<i>GACA</i>	<i>Les grands arrêts du contentieux administratif (por J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade), Dalloz, 4.ª ed., 2014</i>

<i>GACEDH</i>	<i>Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (par F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, L. Milano, H. Surrel), PUF, 7.<sup>a</sup> ed., 2015</i>
<i>GACJUE</i>	<i>Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (por H. Gaudin, M. Blanquet, J. Andriantsimbazovina, F. Fines), Dalloz, 1.<sup>a</sup> ed., 2014</i>
<i>G. av.</i>	<i>Les grands avis du Conseil d'État (por Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Dal Farra, F. Rolin, Dalloz, 3e éd., 2008)</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>GDCC</i>	<i>Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (creado por L. Favoreu y L. Philip), Dalloz, 17.<sup>a</sup> ed., 2013</i>
<i>GDCIADH</i>	<i>Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (por L. Burgorgue-Larsen y A. Ubeida de Torres), Bruylant, 2008</i>
<i>JJCP</i>	<i>Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique), edición general</i>
<i>JCP Adm.</i>	<i>Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique), edición Administración y Colectividades Territoriales</i>
<i>JCP E.</i>	<i>Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique), edición Entreprise</i>
<i>JCP N.</i>	<i>Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique), edición Notarial</i>
<i>JCP S.</i>	<i>Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique), edición Social</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>JO</i>	<i>Boletín Oficial</i>
<i>Just. et cass.</i>	<i>Justice et cassation</i>
<i>LNF</i>	<i>Les Nouvelles Fiscales</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>LQJ</i>	<i>Le Quotidien juridique</i>
<i>Nouv. Cah. CC</i>	<i>Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>Obs.</i>	<i>Observaciones</i>
<i>Ord.</i>	<i>Ordenanza</i>
<i>RA.</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>RD bancaire et bourse</i>	<i>Revue de droit bancaire et de la bourse</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RD publ.</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
<i>RD rur.</i>	<i>Revue de droit rural</i>
<i>REEI</i>	<i>Revue Énergie-Environnement-Infrastructures</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recopilación</i>
<i>Ref.</i>	<i>Recurso de urgencia</i>
<i>Rev.</i>	<i>Revista</i>
<i>Rev. belge de dr. const</i>	<i>Revue belge de droit constitutionnel</i>
<i>Rev. conc. consom.</i>	<i>Revue de la concurrence et de la consommation</i>
<i>Rev. crit. DIP.</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. europ. dr. Envir</i>	<i>Revue européenne du droit de l'environnement</i>

<i>Rev. Marché</i>	<i>Revue du Marché commun (que ha pasado a ser la Revue du Marché commun et de l'Union européenne: RMCUE, y luego Revue du droit de l'Union européenne: RDUE)</i>
<i>Rev. Trésor</i>	<i>Revue du Trésor</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RF décentr.</i>	<i>Revue française de la décentralisation</i>
<i>RGCT</i>	<i>Revue générale des collectivités territoriales</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RJEP</i>	<i>Revue juridique de l'entreprise publique, que pasó a ser en julio de 2007, la Revue juridique de l'économie publique</i>
<i>RJPUF</i>	<i>Revue juridique et politique de l'Union française</i>
<i>RJ env.</i>	<i>Revue juridique de l'environnement, que pasó a ser la Revue européenne du droit de l'environnement</i>
<i>RJF</i>	<i>Revue de jurisprudence fiscale</i>
<i>RJS</i>	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
<i>RLC</i>	<i>Revue Lamy de la concurrence</i>
<i>RLCT</i>	<i>Revue Lamy des collectivités territoriales</i>
<i>RLDI</i>	<i>Revue Lamy Droit de l'immatériel</i>
<i>RPDA</i>	<i>Revue pratique de droit administratif</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de recherche juridique et de droit prospectif</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
<i>RTDSS</i>	<i>Revue trimestrielle de droit sanitaire et social (que ha pasado a ser la Revue de droit sanitaire et social: RDSS)</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l'Homme</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey</i>
<i>Secc.</i>	<i>Sección</i>
<i>TA</i>	<i>Tribunal Administrativo</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal de Conflictos</i>
<i>Trib.</i>	<i>Tribune</i>
<i>T. civ.</i>	<i>Tribunal Civil</i>
<i>T. pen.</i>	<i>Tribunal Penal</i>
<i>TGI</i>	<i>Tribunal de Primera Instancia</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas, que pasó a ser, desde el 1 de diciembre de 2009, el Tribunal de la Unión Europea, que forma parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TDP</i>	<i>Tribune du droit public</i>
<i>Vie jud.</i>	<i>La vie judiciaire</i>

## **PRÓLOGO** **de la primera edición <sup>1</sup>**

La obra que presentamos hoy al lector es la primera de una serie que, bajo el título «Colección de Derecho Público», reúne varios estudios, encomendados a los especialistas más cualificados, sobre los principales problemas actuales en el campo del Derecho Constitucional, el Derecho Público General o el Derecho Administrativo.

El espíritu con el que se han concebido los volúmenes de esta colección se debe a la circunstancia de que sus dos fundadores, ambos universitarios, pertenecen uno de ellos al Consejo de Estado, que se honra en presidir, y el otro a la Facultad de Derecho de París.

Han querido colaborar en esta obra para dejar constancia de que, a su entender, toda empresa colectiva de estudio en el ámbito del Derecho Público debe, hoy en día, implicar la colaboración estrecha y confiada de la doctrina y de aquellos que elaboran la jurisprudencia. Así es como se consigue una síntesis entre el espíritu teórico que anima al barrio de la Montagne Sainte-Geneviève<sup>2</sup> y los deseos de satisfacer, dentro del marco de los principios y de las leyes, las necesidades del bien público, que todos estamos de acuerdo en reconocer como fundamento de la jurisdicción administrativa.

Nuestro deseo y nuestra intención es que cada uno de los volúmenes de esta colección consiga esta síntesis y, sin ánimo de convertirse en doctrina ni mucho menos en dogma del Derecho Público francés, pueda dar un impulso a la formación de un método de aproximación a los problemas del Derecho Público, el cual habrá de mantenerse alejado de las deducciones apriorísticas y del empirismo puro.

---

<sup>1</sup> Esta obra se ha llevado a cabo gracias a la iniciativa de René CASSIN, Vicepresidente del Consejo de Estado francés, y de Marcel WALINE, Profesor de la Facultad de Derecho de París, como se indica en el prólogo de la primera edición, publicada en 1956 y que reproducimos aquí.

<sup>2</sup> N. T.: Barrio de concentración de los grandes centros de investigación y de enseñanza superior de París.

Lo que se pretende con esta colección es que los monólogos alternos del profesor —que tiende a encerrarse en una torre de marfil— y del juez —que no siempre consigue ver el todo que hay detrás de las particularidades en constante cambio de los procesos en los que está inmerso— den paso a un verdadero diálogo, o aún mejor y según la expresión de M. Rivero (*Études et Documents*, facs. 9, p. 36), a un «coro a dos voces».

Este es el espíritu con el que hemos encomendado la redacción de este primer volumen a dos personalidades especialmente brillantes de las Facultades y del Consejo de Estado.

Prosper Weil, alumno en Aix del jurista Louis Trotabas, defendió una tesis excepcional, en la que retomaba un tema clásico: «Las consecuencias de la anulación de un acto administrativo por exceso de poder». Con esta tesis consiguió arrojar nueva luz sobre este tema precisamente porque sometió a un escrutinio minucioso la jurisprudencia del Consejo de Estado, consiguiendo de este modo descubrir nuevas vías abiertas por éste y que planteaban problemas hasta entonces insospechados. Logró, así, poner de manifiesto que la joven escuela del Derecho Público concede una importancia de primer orden al conocimiento de la jurisprudencia y de sus motivaciones profundas. Después de doctorarse en 1952, Prosper Weil consiguió, a finales de ese mismo año, aprobar su primer concurso-oposición para ocupar la plaza de catedrático en las Facultades de Derecho. Ejerce en este momento de docente en Aix y en Niza.

Marceau Long, que fue también alumno brillante de la Facultad de Derecho de Aix y, más tarde, de la Escuela Nacional de Administración, es auditor de primera clase en el Consejo de Estado. Se dio a conocer gracias a sus numerosos artículos, crónicas y sobre todo gracias al excelente curso sobre Mercados Administrativos que impartió en la Escuela Nacional de Aviación Civil. El Consejo de Estado le encomendó la organización de un servicio de documentación que ya ha dado muestras sobradas de su enorme utilidad. Acaba de ser llamado para asumir las funciones de comisario adjunto del gobierno en materia de lo contencioso-administrativo.

A los dos autores ya citados hay que sumar el nombre de Guy Braibant, auditor de primera clase, que tiene actualmente a su cargo el servicio de documentación y que es otra de las jóvenes promesas del Consejo de Estado.

Gracias a la suma de estos tres nombres, los lectores pueden tener la seguridad de que este libro se nutre de las fuentes documentales más fiables y que respeta tanto el espíritu de la alta jurisdicción administrativa como los imperativos de la ciencia jurídica.

En cuanto al tema del presente libro, ¿hace falta acaso justificar su elección? Desde el extranjero nos estaban reclamando este libro desde hace mucho tiempo (y así puede atestiguarlo René David, maestro de la perspectiva comparada). Muchos países que sentían curiosidad por nuestra jurisprudencia administrativa se lamentaban de que no se hubiera escrito sobre la materia una obra equivalente a la de Henri Capitant sobre «Las grandes sentencias de la jurisprudencia civil».

Y en la propia Francia existía desde hace tiempo la misma necesidad. En efecto, desde la recopilación en tres volúmenes de las notas de Hauriou sobre las principales sentencias dictadas por el Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado entre 1892 y 1928, no se había hecho ningún otro intento de presentar una visión de conjunto de la jurisprudencia administrativa. Por lo demás, las notas de Hauriou se referían a sentencias de desigual importancia y su número era excesivo para el objetivo que nos habíamos trazado con los autores de este nuevo libro. Había que «actualizar» el esfuerzo de Hauriou, poner al día la síntesis de la jurisprudencia con los últimos avances conseguidos por ésta; y había también que reducir a cerca de una centena el número de sentencias elegidas, para evitar una dispersión que habría impedido una visión de conjunto.

La publicación de esta obra resultó ser mucho más urgente tras producirse dos acontecimientos independientes por su origen, pero igualmente influyentes.

El primero es la reforma que, desde el 1 de enero de 1954, ha convertido a los tribunales administrativos de París y de las grandes ciudades francesas en los jueces de derecho común en materia administrativa. Puesto que muchos representantes de la ley, y en especial los letrados del Colegio de Abogados, tienen ahora la responsabilidad de aconsejar a los justiciables sobre temas de un ámbito muy amplio, hasta ahora reservado a una élite muy reducida, puede resultarles de una utilidad inestimable conocer las principales sentencias del Consejo de Estado, acompañadas de comentarios claros de un alto valor científico.

Por otra parte, la reforma del plan de estudios de la licenciatura en Derecho y el lugar que concede el decreto de reforma a las prácticas, obligan imperiosamente a poner a disposición de los estudiantes este breviario indispensable para cualquier estudio práctico del proceso contencioso-administrativo. Nuestro deseo es que todas las semanas cada estudiante reflexione y se informe sobre una de las sentencias o grupos de sentencias que se reproducen y comentan en este libro.

Finalmente, son dos los comentarios que queremos formular respecto al espíritu con el que se han elegido las sentencias, por un lado, y su presentación, por otra.

En primer lugar, las sentencias elegidas y publicadas en orden cronológico no son *necesariamente* las que tuvieron, en su momento, la mayor repercusión, ni aquellas de las que se ocupó la prensa de información, dando a conocer al gran público sus circunstancias más o menos pintorescas. Son más bien aquellas que dieron lugar a un avance, una evolución o un cambio duradero de la jurisprudencia respecto a un punto importante o al menos significativo. En cuanto a su presentación, hemos querido que fuera objetiva y útil. Sugerimos a los autores, que aceptaron de buen grado y hasta con cierta abnegación que les hace merecedores de nuestro agradecimiento y felicitación, que hicieran abstracción de su sentimiento personal y que no añadieran «notas de sentencia», aparte de las que ya había suscitado la decisión que se presenta al lector. Lo que les pedimos fue que, además de indicar en qué circunstancias de hecho se había dictado cada sentencia (cuando no estuviera ya suficientemente explicitado), la situaran en el contexto de las realidades administrativas de la época; que precisaran los términos en los que se planteaban el problema o los problemas; las consecuencias que acarreó la solución elegida; la influencia que ésta debía lógicamente tener sobre los problemas conexos; la forma en que fue acogida y, caso de haber creado jurisprudencia, en qué sentido se modificaron a partir de entonces sus soluciones.

Para acometer su trabajo, los autores se vieron obligados a analizar los métodos de formación y desarrollo de la jurisprudencia administrativa y a realizar, en especial respecto a la responsabilidad, comparaciones con las sentencias equivalentes de la jurisprudencia civil.

Para el lector atento, este libro ofrece una reconstrucción de la verdadera historia de nuestro Derecho Administrativo a lo largo de los tres últimos cuartos de siglo, desde el ángulo de lo contencioso-administrativo. Está destinado a convertirse en una guía autorizada y fácil de usar para todos aquellos que participen o bien en la elaboración y la enseñanza de las normas administrativas, o bien en su aplicación concreta, o bien en los litigios a los que éstas puedan dar lugar.

Permitirá, por último, tanto al lector extranjero como al estudiante francés, comprender cómo, mediante la combinación del sentido de la tradición y del espíritu de progreso, una gran institución del Estado ha sabido acometer sin desfallecer su labor de consolidación de la primacía de la Ley, de adaptación de los principios invariables del Derecho a las necesidades en constante evolución de la vida social y, finalmente, de reconciliación de los derechos

individuales y colectivos. Confiamos, por consiguiente, que sirva de complemento al gran *Livre jubilaire* del Consejo de Estado publicado en 1952 y que tenga una continuidad con una actualización periódica que subraye las sentencias nuevas más importantes.

RENÉ CASSIN,  
*Vicepresidente del Consejo de Estado de Francia,*  
*Miembro del Institut de France.*

MARCEL WALINE,  
*Profesor de derecho público en la Facultad de Derecho de París.*

## ADVERTENCIA

*Texto de las sentencias.*—Los motivos de las sentencias seleccionadas se citan, en principio, íntegramente. En casos excepcionales, cuando su extensión era excesiva o cuando algunas de las sentencias no presentaban un interés doctrinal, hemos elegido sólo unos fragmentos. Aparecen en cursiva los pasajes más importantes, los que tienen un valor de principio o los que le dan relevancia a las sentencias. Se incluye entre paréntesis un resumen de la parte dispositiva después de exponer los motivos.

*Referencias.*—Las sentencias y decisiones que se comentan o que se citan en las observaciones se acompañan siempre de una referencia en la Recopilación en la que se aparecen principalmente publicadas. La abreviatura Rec. remite asimismo a la Recopilación propia de la jurisdicción que dictó la sentencia o la decisión: en el caso de las sentencias del Consejo de Estado y de las decisiones del Tribunal de Conflictos, nos estamos refiriendo al *Recueil Lebon*; en el caso de las decisiones del Consejo Constitucional al *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, etc.

Se mencionan otras publicaciones cuando en éstas se publica la sentencia junto con las conclusiones del comisario del gobierno (denominado Juez Ponente desde 2009 para referirse al Consejo de Estado, y desde 2015 al Tribunal de Conflictos) o con una nota, o —en los casos en los que faltan los comentarios— cuando no aparece citada en la Recopilación.

Si una sentencia citada en las observaciones es, además, objeto de un comentario en esta obra, esto se indica mediante un asterisco: las referencias aparecen antes de esta sentencia. Para el resto de las sentencias, las referencias se citan íntegramente en el comentario en el que se les dedica mayor atención. Cuando éstas se citan en otro comentario, este último remite al lector al comentario principal: el primer número remite a la numeración de las sentencias que reproducimos y comentamos, y el segundo a la numeración de los párrafos que aparece al margen de los comentarios.

■ JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

*Aclaraciones sobre los órganos de enjuiciamiento del Consejo de Estado.*—En el caso de las sentencias del Consejo de Estado, a partir de 1928 es posible identificar al órgano de enjuiciamiento. La abreviatura As. indica que la sentencia fue dictada por la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo, y la abreviatura Secc. por la Sección de lo Contencioso-Administrativo. Cuando no haya aclaración alguna, la sentencia emana de subsecciones.

*La presente edición se actualizó el 31 de julio de 2015.*

## 1. COMPETENCIA - RESPONSABILIDAD

### Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873, Blanco

(Rec. 1.º suplto. 61, concl. David; D. 1873.3.20, concl. David;  
D. 1873.3.153, concl. David)

Considerando que la demanda interpuesta por el señor Blanco contra el prefecto del departamento de Gironde, en su calidad de representante del Estado, tiene por objeto declarar al Estado responsable civil, en aplicación de los art. 1382, 1383 y 1384 del Código Civil, por el daño resultante de la herida que ocasionó a su hija la actuación de unos obreros contratados por la administración del tabaco;

*Considerando que la responsabilidad, que podría incumbir al Estado por los daños ocasionados a particulares, como resultado de la actuación de personas empleadas en los servicios públicos, no puede regirse por los principios que se establecen en el Código Civil para las relaciones entre particulares.*

*Que dicha responsabilidad no es ni general ni absoluta; que se rige por normas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados;*

*Que, por tanto, en virtud de las leyes antedichas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer de esta causa;...* (Confirmación de la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional).

## OBSERVACIONES

- 1 A una niña la había atropellado y herido una vagoneta de una fábrica de tabacos gestionada por el Estado; su padre interpuso ante los tribunales ordinarios una demanda por daños y perjuicios contra el Estado como responsable civil de las negligencias cometidas por los obreros de la fábrica.

Habiéndose reconocido que había conflicto de competencias, correspondía al Tribunal de Conflictos determinar, retomando los términos de las conclusiones del Comisario del Gobierno David, sobre

«cuál de las dos autoridades, la administrativa o la ordinaria, debía recaer la competencia general de conocer de las demandas por daños y perjuicios contra el Estado». La sentencia dictada en esta ocasión iba a tener una historia peculiar. Durante mucho tiempo mereció la consideración de sentencia de principio, de «*piedra angular*» del Derecho Administrativo en su conjunto»; Hoy en día algunos autores opinan que ha quedado obsoleta, si acaso tuvo alguna vez la importancia que se le ha atribuido. Sin entrar en estas controversias, conviene determinar *la contribución* de esta sentencia y *sus limitaciones*.

2 I. *La contribución de la sentencia* tiene que ver tanto con la *competencia* de la jurisdicción administrativa (1.º) como con el *contenido* mismo del Derecho Administrativo (2.º); en ella se establece un *vínculo* entre la primera y el segundo (3.º).

1. En lo que respecta a la *competencia*, la sentencia *Blanco* consagra, en primer lugar, el abandono definitivo del criterio de delimitación de competencias fundado en los textos legales, en virtud de los cuales correspondería en exclusividad a los tribunales administrativos declarar deudor al Estado (v. por ej., CE 6 de dic. de 1855, *Rothschild*, Rec. 707, decisión en la que ya aparecen, junto al criterio tradicional de «Estado deudor», los mismos principios y los mismos términos de la sentencia *Blanco*). A partir de entonces sólo subsiste la referencia a las leyes de 16-24 de agosto de 1790 y de 16 de Fructidor del año III, que prohíben a los tribunales ordinarios «alterar del modo que fuere las operaciones de los órganos administrativos», y «conocer de los actos de la Administración, cualesquiera que éstos fueren».

Estos textos dan pie al Comisario del Gobierno David a interpretar que los tribunales ordinarios «*son radicalmente incompetentes para conocer de toda demanda interpuesta contra la Administración por los servicios que dependen de ella, cualquiera que sea el objeto de la demanda, y aunque ésta no persiga la anulación, ni la reforma o la interpretación de los actos administrativos por la autoridad de la jurisdicción ordinaria, sino simplemente la condena de la Administración a unas penas pecuniarias en reparación de los daños causados por sus actuaciones*». De este modo, el servicio público pasa a ser el criterio de la competencia administrativa.

En las demandas por responsabilidad, de forma muy especial, la sentencia y sus conclusiones dejan sentado que la competencia admi-

nistrativa excluye toda consideración de gestión privada. El Comisario del Gobierno descarta expresamente la competencia de los tribunales ordinarios y la aplicación del derecho civil, incluso en este caso concreto en el que se trata de «*una fábrica de tabaco que tiene una gran similitud con una industria privada*» y de «*hechos de imprudencia imputables a unos simples obreros que están fuera de la jerarquía administrativa*».

Este principio es válido «*incluso si el agente que ha causado el daño en la prestación del servicio no tiene condición de funcionario, sino que es un empleado auxiliar o un empleado que presta sus servicios a la Administración en virtud de un contrato suscrito al amparo del derecho común*» (TC, 20 ene. 1945, *Du Verne*, Rec. 274).

- 3           2. En cuanto *al fondo* del Derecho, la sentencia *Blanco* rebasa el ámbito de la responsabilidad del Estado: sus considerandos pueden aplicarse al Derecho Administrativo en su conjunto. En estas consideraciones se descartan, de un lado, los principios que establece el Código Civil y, de otro, se señala el carácter especial de las normas aplicables a los servicios públicos.

Es patente la audacia del juez, que se atreve a rechazar un Código que es obra del legislador. La fórmula encuentra eco en toda una tradición histórica. Pero no por ello pierde la afirmación su tono perentorio y pretoriano.

El carácter especial de las normas aplicables a los servicios públicos lleva implícitos dos aspectos. El primero es la autonomía del Derecho Administrativo, que obedece no sólo a su efecto derogatorio del Derecho Civil, sino también al hecho de constituir un sistema independiente con su propia lógica y sus propias soluciones.

Estas últimas —y entramos aquí en el segundo aspecto— encuentran su justificación en las necesidades del servicio. Así pues, el servicio público, que es el criterio de la competencia administrativa, es al mismo tiempo el fundamento del Derecho Administrativo. La sentencia no excluye del todo la idea de poder, cuando subraya que no se pueden aplicar al Estado las normas válidas «*para las relaciones entre particulares*» y cuando alude a «*los derechos del Estado*». No obstante, parece prevalecer la consideración de servicio público y de sus necesidades.

Esta consideración es la que lleva al Tribunal a sostener que la responsabilidad del Estado «*no es ni general ni absoluta*».

- 4           3. Se afirma el principio de *conexión entre la competencia y el fondo*: tanto las conclusiones como la propia sentencia establecen un

vínculo directo y recíproco entre la aplicación de normas autónomas, que trascienden el ámbito del derecho privado, y la competencia de la jurisdicción administrativa.

Por ello, la sentencia *Blanco* supuso un verdadero punto de inflexión en la jurisprudencia, pese a haberse limitado a sistematizar unas soluciones que ya se habían avanzado anteriormente y aunque, además, algunas de sus afirmaciones fueron parcialmente cuestionadas más adelante.

5           **II.** Sus *limitaciones* se hicieron, en efecto, patentes como resultado de unas decisiones legislativas o jurisprudenciales que afectaron a cada una de las contribuciones a las que acabamos de aludir.

1. En lo que respecta a *la competencia*, el criterio del servicio público no es absoluto ni en el ámbito de la jurisprudencia ni en el legislativo.

a) La *jurisprudencia* no excluye otros criterios para justificar la competencia del juez administrativo; en concreto, el ejercicio del poder público, al que se refería el Comisario del Gobierno David en sus conclusiones sobre la sentencia *Blanco*, basta para respaldar dicha competencia (TC 10 de jul. de 1956, *Société Bourgogne-Bois*, Rec. 586), incluso en materia de responsabilidad (*cf.* concl. Kahn sobre CE Secc. 23 de dic. de 1970, *EDF c. Farsat*, AJ 1971.96).

Por el contrario, el servicio público no siempre es elemento suficiente para determinar por sí solo dicha competencia administrativa: aunque constituya la materia de un litigio, el juez administrativo no será necesariamente el que tenga que resolver.

Así ocurre en los casos de gestión privada de un servicio público. Este supuesto ya había sido mencionado en las conclusiones sobre la sentencia *Blanco* («*El Estado propietario*», «*El Estado persona civil con capacidad para concluir contratos en los términos del derecho común*»); el supuesto experimentaría un nuevo desarrollo en las conclusiones del Comisario del Gobierno Romieu sobre el caso *Terrier\** (CE 6 de febr. de 1903) y se consagraría con la sentencia del 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges\** como aplicable a los conflictos contractuales.

Además, contrariamente a lo que preconizaba David en 1873, se desarrolló en el ámbito de las demandas por responsabilidad extracontractual, en particular en relación con los servicios públicos industria-

les y comerciales, cuyos litigios son en principio competencia de las jurisdicciones ordinarias (TC 22 de ene. De 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain\**). A este respecto, si el servicio de tabaco y de cerillas era en sus orígenes un servicio público de carácter administrativo (véase en este sentido CE Sec. 12 nov. de 1937, *Dame Garnero*, Rec. 928; – Secc. 27 de mayo de 1949, *Blanchard et Dachary*, Rec. 245), su transformación en empresa pública (en forma primero de entidad pública industrial y comercial en 1959, y luego en sociedad en 1980) y su posterior traspaso al sector privado en 1995 impidieron que se aplicara la solución de la sentencia *Blanco*.

La gestión privada de los servicios públicos puede deberse no sólo a su objeto, sino también a su atribución a personas privadas. La presencia de un servicio público no basta para determinar que compe- te a la jurisdicción administrativa conocer de sus litigios extracontractuales o contractuales: el juez administrativo sólo tiene competencia para pronunciarse sobre la reparación de los daños causados por estas personas cuando éstos hayan sido el resultado a la vez de la prestación del servicio público y del ejercicio de una prerrogativa de poder público (CE Sec. 13 de oct. de 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône*, Rec. 368; RD publ. 1979.899, concl. Galabert y nota J. Robert; AJ 1979, n.º 1, p. 22, cr. O. Dutheillet de Lamothe y Robineau; D. 1978. IR. 481, obs. P. Delvolvé; D. 1979.249, nota Amselek y J. Waline; TC 6 nov. de 1978, *Bernardi c. Association hospitalière Sainte-Marie*, Rec. 652; mismas referencias a la AJ; RTDSS 1979.91, nota Moderne; CE 23 de marzo de 1983, *SA Bureau Véritas*, Rec. 134; CJEG 1983.313, nota Dupiellet; D. 1984. IR. 345, obs. Moderne y Bon).

- 6 b) El propio legislador estableció unas excepciones a las normas de competencia que había sentado el Tribunal de Conflictos en la sentencia *Blanco*.

En particular, la ley de 31 de dic. de 1957 traspasó a los tribunales ordinarios, «*como excepción al art. 13 de la ley de 16-24 de agosto de 1790*», el contencioso relativo a «daños de cualquier naturaleza ocasionados por un vehículo, cualquiera que éste fuere», salvo aquellos ocasionados al patrimonio público (art. 1.º). Para la aplicación de esta ley, la jurisprudencia interpretó en su sentido más amplio el concepto de «vehículo», integrando en el mismo una draga fluvial (TC, 14 de nov. 1960, *Compagnie des bateaux à vapeur du Nord*, Rec. 871; JCP 1960. II.11874, nota R. L.; RD publ. 1960.1198, nota M. Wali-

ne; AJ 1960. I.185, cr. Galabert y Gentot), un quitanieves (TC 20 de nov. de 1961. *Dame Kouyoumdjian*, Rec. 882; D. 1962.759, nota Blaevoet; JCP 1961. II.12410, nota R. L.; AJ 1962. II.230, nota de Laubadère), un avión (CE 10 de ene. de 1962, *Ministre des armées-air c. Dame Vve Coppier de Chanron*, Rec. 16; AJ 1962. II.230, nota de Laubadère), un transbordador (TC 15 de oct. De 1973, *Barbou*, Rec. 848; D. 1975.184, nota Moderne; JCP 1975. II.18045, nota Lachaume; AJ 1974.94, concl. Braibant), una carretilla (CE 25 de junio de 1986, *Mme Curtol*, Rec. 177; LPA 9 de dic. de 1986, p. 22, concl. Lasserre; AJ 1986.653, nota J. Moreau), maquinaria de construcción (TC 12 de dic. de 2005, *France Télécom c. Société Travaux Publics Électricité*, Rec. 665). Teniendo en cuenta las decisiones anteriores, no cabe la menor duda de que el contencioso relativo al daño ocasionado por una vagoneta a la joven Blanco recaería hoy en el ámbito de la competencia ordinaria, en virtud de la ley de 31 de dic. de 1957.

Dicha ley se refiere exclusivamente a la responsabilidad extracontractual resultante de la intervención de un vehículo. No es de aplicación ni en el caso de los litigios que enfrentan a las partes de un contrato administrativo (CE Sec. 11 de ene. de 1978, *Compagnie Union et le Phénix Espagnol*, Rec. 6, concl. Genevois; CJEG 1978. J.67, nota Sablière; D. 1978. IR. 219, obs. P. Delvolvé), ni en el caso de la responsabilidad que haya de asumir una entidad pública por un fallo de organización o vigilancia de una obra, habiendo éste contribuido al accidente de un vehículo (TC, 2 de dic. de 1991, *Préfet de la Haute-Loire c. Tribunal correctionnel du Puy-en-Velay*, Rec. 481), ni en el caso del recurso de la Administración contra el funcionario responsable del accidente del vehículo (por ej. CE, 6 de agosto de 2008, *Mazière*, Rec. 919; JCP Adm. 2008.2302 com. J. Moreau; v. nuestras obs. sobre la sentencia de 28 de julio de 1951, *Laruelle\**), ni en el caso de aquellos asuntos que nada tengan que ver con la responsabilidad.

El fragmento ya citado de las conclusiones del Comisario del Gobierno David pone de manifiesto que, si la competencia administrativa podía cuestionarse en materia de indemnizaciones, no cabía duda alguna respecto a la anulación o revisión de un acto de la Administración: en este caso, la competencia administrativa era evidente. Estas conclusiones se ven refrendadas por las decisiones del Consejo Constitucional de 23 de ene. de 1987\* y n.º 89-261 DC de 28 de julio de 1989 (véase n.º 85.10) en las que se establece precisamente que «en última instancia, son competencia de la jurisdicción administrativa la

*anulación o la revisión de las decisiones adoptadas»* por las autoridades administrativas. Si la sentencia *Blanco* ha quedado obsoleta en cierta medida en lo que respecta a la competencia, las conclusiones a las que dio lugar siguen generando controversias en la actualidad.

7 2. En lo que atañe al *fondo* del Derecho, la autonomía del Derecho Administrativo con respecto al Derecho Civil no es tan clara como podría llevar a suponer la sentencia *Blanco*.

En primer lugar, hay ocasiones en que los tribunales administrativos aplican expresamente artículos del Código Civil, y no sólo en aquellas que tienen que ver con el estado de las personas, la situación de los bienes, las sucesiones y las donaciones, sino también, llegado el caso, con personas públicas (por ej. en materia de arbitraje, art. 2060), e incluso en otras que no son específicamente aplicables a las relaciones privadas. Algunas veces los aplican de forma directa: art. 1153 y 1154 sobre intereses moratorios y compensatorios y su capitalización (CE Sec. 6 de mayo de 1983, *Société d'exploitation des établissements Roger Revellin*, Rec. 180, concl. Roux; 4 de mayo de 2007, *Société Sapibat Guyane*, Rec. 197; AJ 2007.1231, cr. Lenica y Boucher; CMP 2007.211, nota Eckert; DA 2007, n.º 117, nota Ménéménis); art. 1641 sobre la garantía contra los vicios ocultos (CE 24 de nov. 2008, *Centre hospitalier de la région d'Annecy*, DA febr. de 2009, p. 22, nota F. Melleray; RJEP marzo de 2009, p. 23, nota Brenet); art. 2277 sobre la prescripción quinquenal (CE 29 de oct. de 2012, *Société France Télécom*, Rec. 746). En cambio, en otras ocasiones sólo aplican los principios en los que se inspiran los artículos en cuestión: art. 1792 et 2270 relativos a la responsabilidad de los constructores (CE, As. 2 de febr. de 1973, *Trannoy*, Rec. 95, concl. Rougevin-Baville; AJ 1973.159, nota Moderne; CJEG 1973. J.258, nota Le Galcher-Baron); art. 1152 relativo a la modulación de las sanciones por mora (CE 29 de dic. de 2008, Servicio Público de Viciendas Protegidas de Puteaux, Rec. 479; BJCP 2009.123 y RJEP de marzo de 2009, p. 25, concl. Dacosta; AJ 2009.269, nota J.-D. Dreyfus; ACCP marzo de 2009, p. 66, nota Letellier; CMP febr. de 2009.24, nota Eckert, JCP, Adm. 2009.2050, com. Linditch). Pero, en todos los casos, es el juez el que decide si procede aplicar el Código Civil o sus principios. También suele aplicar algunas disposiciones del Derecho Penal, Derecho de la Competencia, Derecho del Consumo en la medida en que éstas determinen la legalidad a la que debe someterse la Administración y habida cuenta de la especificidad de su actuación (v. CE 6 de dic.

de 1996, *Société Lambda\**; – 3 de nov. de 1997, *Société Million et Marais\**, et nuestras obs.).

En segundo lugar, se ha producido un acercamiento entre las jurisdicciones administrativa y ordinaria en determinados aspectos del Derecho en materia de responsabilidad (v. CE 26 de jul. de 1918, *Époux Lemonnier\**; – 21 de marzo de 1947, *Compagnie générale des eaux\** y *Dame Vve de Aubry\**; – 24 de nov. de 1961, *Letisserand\**). No obstante, esto no significa que se haya establecido una identificación entre responsabilidad administrativa y responsabilidad civil. Se mantiene la autonomía de la primera. Pero ha adquirido un nuevo significado; aunque en algunos casos siga dando lugar, en consonancia con el significado primitivo de la fórmula de la sentencia *Blanco*, a la aplicación de normas menos favorables a los particulares que las que se hubieran derivado de la aplicación del Código Civil (por ej., en el pasado, la exigencia de una falta grave en determinados casos: v. nuestras obs. sobre CE de 10 de abr. de 1992, *Époux V.\**), también lleva consigo el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración en situaciones en que el Derecho Civil no hubiera permitido dar satisfacción a la víctima (CE, 13 de dic. de 1957, *Trottier*, Rec. 681; AJ 1958. II.92, cr. Fournier y Braibant; *cf.*: Civ. de 23 de nov. de 1956, *Trésor public c. Giry\**).

Todo esto pone finalmente de manifiesto el carácter excesivo de la fórmula según la cual la responsabilidad del Estado «*no es ni general ni absoluta*». Es indudable que la Administración no asume sin condiciones la responsabilidad por los daños que ocasiona. Pero estas condiciones se han concebido de tal forma que los administrados encuentren en la responsabilidad administrativa una protección eficaz contra la Administración y sus agentes –como deja patente en particular la admisión de la responsabilidad de la primera por las faltas personales de los segundos (CE, 26 de jul. de 1918, *Lemonnier\**) y el desarrollo de la responsabilidad sin falta (CE 21 de junio de 1895, *Cames\**; – 30 de nov. 1923, *Couitéas\**; – 14 de ene. de 1938, *La Fleurette\**; – 22 de nov. de 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine\**; – 30 de marzo de 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique\**).

**8** 3. La conexión entre *competencia* y *fondo* no es absoluta.

Sin duda, en ocasiones le ha bastado al legislador con modificar las normas de competencia para poder determinar de este modo el derecho aplicable a los litigios que estaba dirimiendo (Decreto-Ley del 17 de junio de 1938 que atribuye a las jurisdicciones administrativas la competencia para decidir sobre los litigios en materia de contra-

tos que conllevan la ocupación del dominio público; ley de 31 de dic. de 1957 que reconoce a los tribunales ordinarios la competencia para resolver los litigios relativos a accidentes de vehículos).

Y la mera consideración de los principios del derecho público que hay que aplicar permite reconocer a la jurisdicción administrativa como única instancia competente para decidir sobre un litigio (TC, 21 de ene. de 1985, *Hospice de Chateauneuf-du-Pape et Commune de Chateauneuf-du-Pape c. Jeune*; RD publ. 1985.1356, nota R. Drago; RFDA 1985.716, obs. Denoix de Saint Marc).

Pero cabe la posibilidad de que haya que disociar competencia y fondo: por ejemplo, los tribunales ordinarios, que tienen competencia para conocer de las demandas interpuestas contra el servicio público judicial, aplican a éstas el Derecho Administrativo (Civ. 23 de nov. de 1956, *Trésor public c. Giry\**). La solución constituye, al menos, una confirmación de la sentencia *Blanco* en lo que respecta a la especificidad del derecho aplicable al servicio público.

En suma, pese a los matices y excepciones que se formularon posteriormente al respecto, cabe decir que los principios establecidos por la sentencia *Blanco* no se cuestionan en lo fundamental. Por consiguiente, sigue siendo posible retomar sus considerandos si procede en algún momento (TC 27 de nov. de 1933, *Verbanck*, Rec. 1248; D. 1934.3.9, concl. Rouchon-Mazerat; RD publ. 1933.620, concl.; S. 1934.3.33, nota Alibert; CE 13 de dic. de 1957, *Trottier*, prec.; Crim. 25 de ene. de 1961, S. 1961.293, nota Meurisse; JCP 1961. II.12023 *bis*, nota Maestre).

## **2. RESPONSABILIDAD. FALTA PERSONAL Y FALTA DE SERVICIO DISTINCIÓN**

**Tribunal de Conflictos, 30 de julio de 1873, *Pelletier***

(Rec. 1.<sup>a</sup> suplto. 117, concl. David; D. 1874.3.5, concl. David)

Considerando, en lo que respecta a la interpretación que hizo el Tribunal de Senlis del decreto de 19 de sept. de 1870:

Que la Ley de 16-24 de agosto de 1790, título 2, art. 13 dispone que: «Las funciones de los tribunales ordinarios son distintas y seguirán siendo independientes de las funciones de los tribunales administrativos. Los jueces no podrán, si no quieren incurrir en prevaricación, alterar del modo que fuere las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar a declarar a los administradores por hechos relacionados con sus funciones»;

Que el decreto de 16 de Fructidor del año III añade lo siguiente: «Se reiteran las prohibiciones impuestas a los jueces de conocer, sea del modo que fuere, de las actuaciones de la Administración»;

Que el artículo 75 de la Constitución del año VIII, sin pronunciarse sobre la prohibición impuesta a los tribunales civiles de conocer de los actos administrativos, y refiriéndose exclusivamente a la prohibición de citar ante los tribunales civiles a los administradores por hechos derivados de sus funciones, disponía que: «Los agentes del gobierno, a excepción de los ministros, no podrán ser perseguidos por hechos derivados de sus funciones salvo que así lo decida el Consejo de Estado, en cuyo caso, las diligencias se llevarán a cabo ante los tribunales ordinarios»;

Considerando que *el conjunto de estos textos establecía dos prohibiciones distintas* que, pese a derivarse ambas del principio de separación de poderes cuya aplicación pretendían garantizar, se referían no obstante a objetos diferentes y no producían las mismas consecuencias desde el punto de vista jurisdiccional;

Que la *prohibición impuesta a los tribunales ordinarios de conocer de los actos de la Administración*, cualesquiera que éstos fueren, constituía una regla de competencia absoluta y de orden público, destinada a proteger los actos administrativos, y sancionada por el derecho reconocido a la autoridad administrativa de proponer la declinato-

ria y de plantear el conflicto de atribuciones, cuando —contrariamente a esta prohibición— se sometiera a la jurisdicción de los tribunales ordinarios el conocimiento de un acto administrativo.

*Que la prohibición de demandar a agentes del gobierno sin previa autorización, destinada sobre todo a proteger a los funcionarios públicos contra demandas temerarias, no constituía una regla de competencia, sino que creaba un motivo de inadmisión que obstaculizaba cualquier acción judicial contra dichos agentes por hechos relacionados con sus funciones, aún cuando tales hechos no tuvieran un carácter administrativo y constituyeran crímenes o delitos cuya competencia incumbía a los tribunales ordinarios;*

Que este motivo de inadmisión era competencia exclusiva de los tribunales ordinarios y no podía dar nunca lugar, por parte de la autoridad administrativa, a un conflicto de atribuciones;

*Considerando que el decreto dictado por el gobierno de Defensa Nacional, que deroga el art. 75 de la Constitución del año VIII, así como toda disposición de las leyes generales y especiales que tenga por objeto obstaculizar las demandas dirigidas contra los funcionarios públicos sea cual fuere su nivel, no tuvo más efecto que el de suprimir el motivo de inadmisión resultante del defecto de autorización con todas sus consecuencias legales y devolver así a los tribunales ordinarios su plena libertad de actuación dentro de los límites de sus competencias; pero que es posible que haya tenido también como resultado la ampliación de los límites de su jurisdicción, suprimiendo la prohibición, impuesta por otras disposiciones distintas de las que derogaba, específicamente el decreto, de conocer de los actos administrativos y de prohibir, en este caso, a la autoridad administrativa que proponga la declinatoria y plantee el conflicto de atribuciones;*

Que esta interpretación es incompatible con la ley de 24 de mayo de 1872 que, mediante la instauración del Tribunal de Conflictos, volvió a consagrar el principio de separación de poderes y las normas de competencia que de ésta se derivan.

Considerando, por otra parte, que procede en este caso aplicar la legislación especial sobre el estado de sitio;

Considerando, en efecto, que la demanda interpuesta por el Señor Pelletier, ante el tribunal de Senlis, contra el general de Ladmirault, comandante del estado de sitio en el departamento de Oise, el Sr. Chopin, prefecto de este departamento, y el Sr. Leudot, Comisario de Policía en Creil, tiene por objeto conseguir que se declare arbitraria e ile-

gal, y posteriormente nula y sin efecto, el secuestro judicial del periódico que Pelletier pretendía publicar, secuestro que se llevó a cabo el 18 de ene. de 1873 al amparo de la ley sobre el estado de sitio; y, en consecuencia, que se ordene la restitución de los ejemplares indebidamente confiscados y se condene a los demandados solidariamente al pago de 2.000 francos en concepto de daños y perjuicios;

Considerando que la prohibición y el secuestro del periódico, ordenados por el general Ladmiraault, en su calidad de comandante del estado de sitio en el departamento de Oise, constituyen una medida preventiva de alta policía administrativa adoptada por el general Ladmiraault, en su calidad de representante de los poderes públicos, en el ejercicio y dentro de los límites de los poderes excepcionales que le confería el art. 9 n.º 4 de la ley de 9 de agosto de 1849 sobre el estado de sitio, y cuya responsabilidad incumbe al gobierno que le delegó dichos poderes.

*Considerando que la demanda de Pelletier se fundamenta exclusivamente en este acto de alta policía administrativa; y que, salvo en el caso de dicho acto, el demandante no imputa a los defensores ningún hecho personal que, por su naturaleza, pueda comprometer su responsabilidad como particulares, y que en realidad la demanda va dirigida contra el acto en sí mismo, encarnado en la persona de los funcionarios que lo ordenaron o que colaboraron en su puesta en marcha;*

Considerando que, desde todos los puntos de vista antes expuestos, el tribunal de Senlis carecía de competencia para conocer de la demanda del Sr. Pelletier;... (Confirmación de la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional).

## OBSERVACIONES

- 1 Habiendo ordenado la autoridad militar, en virtud de los poderes que ejerce en un estado de sitio, el secuestro judicial del primer ejemplar de un periódico de cuya publicación se había hecho cargo el señor Pelletier, este último demandó ante el tribunal civil al general comandante del estado de sitio del departamento, al prefecto de Oise, y al Comisario de Policía, con objeto de que se declarara la nulidad del secuestro, se ordenara la restitución de los ejemplares incautados y se le concediera una indemnización por daños y perjuicios.

Al haber planteado el prefecto el conflicto de competencia, el Tribunal de Conflictos tuvo que determinar los efectos de la deroga-

ción, por el decreto legislativo de 19 de sept. de 1870, del artículo 75 de la Constitución que establecía «la garantía de los funcionarios». En virtud de este artículo, un particular no podía demandar a un funcionario ante los tribunales ordinarios si no era con la autorización del Consejo de Estado. El texto tenía por objeto evitar la intromisión de los jueces en el funcionamiento de la Administración, pero privaba a los particulares de toda reparación, dado que seguía teniendo validez el principio de irresponsabilidad de los poderes públicos. Este es el motivo por el que el gobierno de Defensa Nacional se apresuró a derogar el artículo 75 por medio del decreto de 19 de sept. de 1870, señalando además que: *«queda asimismo derogada toda disposición de las leyes generales y especiales que tenga por objeto obstaculizar las demandas dirigidas contra los funcionarios públicos sea cual fuere su nivel»*. De este modo se privaba a los funcionarios de toda «garantía» contra eventuales reclamaciones; a partir de entonces quedaban sujetos al derecho común y a los tribunales ordinarios, asemejándose su situación a la de los funcionarios anglosajones. De hecho así lo interpretaban los tribunales ordinarios.

El Tribunal de Conflictos iba, empero, a interpretar este texto de una manera muy restrictiva, estimando que, lejos de derogar las leyes revolucionarias sobre separación de las autoridades de las jurisdicciones administrativa y ordinaria, el texto debía combinarse con éstas. El comisario del gobierno David sostuvo, en efecto, que la doctrina de los tribunales ordinarios, que denegaba a la autoridad administrativa, en aplicación del decreto de 1870, el derecho a elevar ante instancias de ámbito civil el conflicto contra funcionarios por hechos relacionados con sus funciones, aunque estos hechos constituyeran actos administrativos, dejaba sin contenido el principio mismo de la separación de poderes. Demostró que lo que comúnmente se denominaba «garantía de los funcionarios» abarcaba dos conceptos muy distintos.

Uno de ellos es una *«garantía personal que se ofrecía a los funcionarios públicos... para protegerlos contra las animosidades o el partidismo, sometiendo las demandas contra ellos a la previa autorización de la autoridad superior»*; se trataba de una simple norma de procedimiento y ésta es la que pretendía derogar el decreto de 1870. El segundo concepto es una *«garantía real, que se establecía en favor de la Administración, para defender contra la injerencia de los tribunales los actos que, al llevar el sello de su carácter y autoridad, le pertenecen en exclusiva a ésta»*; estamos ante una regla de competencia cuya

aplicación compete exclusivamente al Tribunal de Conflictos y que no logró derogar por sí solo el decreto de 1870.

De esta interpretación se desprende la célebre distinción entre falta personal y falta de servicio. De ella se derivan unas consecuencias sobre *la competencia y sobre el fondo*.

- 2 I. De acuerdo con la concepción de la sentencia *Pelletier*, la falta personal es la que cabe separar casi completamente del servicio, de tal modo que el juez ordinario puede constatarla sin necesidad de formular una valoración sobre el funcionamiento de la administración propiamente dicho. Por el contrario, la falta de servicio está tan vinculada al servicio que su valoración por el juez ordinario implica necesariamente una apreciación sobre el funcionamiento del servicio.

La falta personal es la que cabe imputar a su autor, en el marco de una buena política jurisprudencial, mientras que, en el caso de la falta de servicio, si se le obliga a asumir la responsabilidad personal se estaría actuando de forma inoportuna o injusta. Encontramos respuesta a estas inquietudes en las fórmulas clásicas de Laferrière: se considera que ha habido falta de servicio «*cuando el acto que ocasionó el daño es impersonal, cuando detrás de él subyace un administrador más o menos sujeto a error*»; se considera que ha habido falta personal si el acto pone al descubierto «*al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias*»; «*cuando... la personalidad del agente se manifiesta en faltas de derecho común, en un acto doloso, entonces la falta debe imputarse al funcionario y no a la función*» (concl. sobre TC de 5 de mayo de 1877, *Laumonnier-Carriol*, Rec. 437). Esta concepción se actualizó con la fórmula de una sentencia del Consejo de Estado de 11 de febr. de 2015, *Ministre de Justice c. Craighero*, AJ 2015.944, concl. Von Coeste; DA junio de 2015 n.º 43, p. 41, nota Fort; JCP Adm. 2015.2112, nota Jean-Pierre; DA 2015 no 43, nota Fort: «*debe considerarse como falta personal*» «*una falta... que, a tenor de su naturaleza, de las condiciones en las que se cometió, de los objetivos que perseguía su autor y de las funciones que éste ejercía, reviste una especial gravedad*».

- 3 La falta personal es, por tanto:

– o bien *la falta que se comete al margen del servicio, materialmente* (CE 23 de junio de 1954, *Dame Vve Litzler*, Rec. 376; – 12 de marzo de 1975, *Pothier*, Rec. 190; RA 1975.268, nota Moderne: utiliza-

ción de armas de fuego por militares, policías o aduaneros al margen de toda misión; – Secc. 5 de nov. de 1976, *Ministre des armées c. Compagnie d'assurances «la Prévoyance» et Société des laboratoires Berthier-Derol*, Rec. 475; AJ 1977.365, cr. Nauwelaers y Fabius: utilización de vehículo personal por funcionarios fuera del servicio), aunque también *jurídicamente* (CE 20 de ene. de 1989, *Biales*, rec. 920; D. 1989.619, nota Grellois: al haber sido nombrado el comandante de un puerto autónomo como oficial de guardia de un navío, en su calidad de particular y no como funcionario de una entidad pública, no entrando dicha función entre sus atribuciones, las negligencias que se le imputen constituirán una falta personal desprovista de toda conexión con el servicio),

– o bien la falta que, pese a haberse cometido *durante o con motivo del servicio*, conlleva una intención de perjudicar o reviste una gravedad inadmisibles – pudiendo combinarse ambos supuestos (TC 2 de junio de 1908, *Girodet c. Morizot*, Rec. 597, concl. Tardieu; S. 1908.3.81, nota M. Hauriou: comentarios blasfemos y obscenos pronunciados por un profesor delante de sus alumnos; –9 de jul. de 1953, *Dame Vve Bernadas c. Buisson*, Rec. 593; JCP 1953. II.7797, nota Rivero: falta de protección por parte de la policía a una persona amenazada de muerte que se había refugiado en una comisaría; – 21 de dic. de 1987, *Kessler*, Rec. 456; AJ 1988.364, obs. Prétot: «actos de violencia, injustificados a la vista de las prácticas administrativas normales», cometidos por un funcionario de correos contra un usuario durante la distribución del correo, manifestándose «una actitud malintencionada» del primero hacia el segundo; CE 17 de dic. de 1999, *Moine*, Rec. 425; JCP 2001.II.10508, nota Piastra: «extrema gravedad» de la falta cometida por un oficial que disparó con balas de verdad sobre unos reclutas fuera de toda maniobra organizada por la autoridad superior; – 28 de dic. de 2001, Rec. 680; AJ 2002.359, concl. Schwartz; DA marzo de 2002, n.º 57, obs. Esper: «carácter inexcusable... si se tiene en cuenta la deontología de la profesión» del comportamiento de un jefe de servicio hospitalario que ocultó un error médico cometido en su departamento; – As. 12 de abr. de 2002, *Papon\**: «comportamiento» de un funcionario que, entre 1942 y 1944, «colaboró activamente al arresto e internamiento de personas de origen judío», y que «a tenor de la gravedad excepcional de los hechos y de sus consecuencias, reviste un carácter inexcusable»; – 11 de febr. de 2015, *Ministre de la justice c. Craighero*, citado *ut supra*: falsificación de una nota de audiencia por un magistrado; – Crim. 13 de oct. de 2004,

*Bonnet, Mazères et autres*, Bull. crim. n.º 243, p. 885; orden emitida por un prefecto de destruir mediante incendio unas chozas construidas sin autorización en un dominio público; – 30 de sept. de 2008, Bull. crim. n.º 197; AJ 2008.1801, obs. Brondel; D. 2008.2975, nota Matsopoulou: incumplimiento voluntario e inexcusable por parte de altos funcionarios y personal de alto rango de sus obligaciones profesionales y deontológicas, al institucionalizar un sistema de escuchas telefónicas que suponía un atentado contra la intimidad de la vida pública).

En algún caso, una falta personal ha podido ser al mismo tiempo una vía de hecho: cometida con los medios del servicio y no desprovista del todo de conexión con éste, ha podido por este motivo dar lugar al enjuiciamiento del servicio implicado ante los tribunales ordinarios (TC, 15 de febr. de 2010, *Mme Taharu c. Haut commissaire de la République en Polynésie française*, Rec. 575; v. n.º 115.5).

- 4 En cambio, no se podrá hablar de falta personal, aunque los hechos imputados al funcionario sean graves, cuando éstos no se puedan disociar de la actividad del servicio: éste es el caso, en particular, de las faltas cometidas por médicos y cirujanos en sus intervenciones quirúrgicas (TC 25 de marzo de 1957, *Chilloux et Isaad Slimane*, dos sentencias, Rec. 816; D. 1957.395, concl. Chardeau; S.1957.196, concl.; AJ 1957. II.187, cr. Fournier y Braibant; JCP 1957. II.10004, nota Savatier; RA 1957.427, nota Liet-Veaux), de las valoraciones emitidas por jefes de servicio acerca de sus subordinados en el momento de su despido (TC 28 de febr. de 1977, *X. c. Jouvent y Fifis*, Rec. 664, concl. Morisot) y por los conservadores de un museo sobre los métodos de reproducción de las esculturas (TC, 25 de mayo de 1998, *Mme Paris c. M. Gaudichon, Mme Naturel*, Rec. 537), de las ilegalidades que afectan a los actos administrativos (CE Sec. de 6 ene. de 1989, *Société «Automobiles Citroën»*, Rec. 5; RFDA 1989.871, concl. Tuot: al negarse a autorizar un despido, infringiendo la ley, un inspector que no «haya actuado por motivos distintos al interés general ni haya demostrado ninguna parcialidad respecto a» la empresa, no habrá tenido un comportamiento que pueda ser considerado como falta personal, «sea cual fuere la gravedad de la falta cometida»).

Se han incluso considerado como faltas de servicio la modificación por un funcionario de un plan de ordenación territorial para reducir la extensión de un bosque protegido (TC 19 de oct. de 1998, *Préfet du Tarn c. Cour d'appel de Toulouse*, Rec. 822; v. n.º 44.3) y el incendio de unas chozas por gendarmes que actuaban por orden del prefecto

(Crim. 13 de oct. de 2004, citada *ut supra*), a pesar de que todos ellos eran actos constitutivos de delito (falsificación de escritura pública, destrucción de un bien propiedad de un tercero), puesto que los interesados «*actuaron en cumplimiento de una orden, en el marco de sus funciones... y sin que el interés personal fuera el objetivo perseguido*».

Resulta, así, que ni siquiera una infracción penal (TC 14 de ene. de 1935, *Thépaz\**) ni una vía de hecho (TC 8 abr. de 1935, *Action française*, Rec. 1226, concl. Josse; v. n.º 115.1) constituyen en todos los casos una falta personal. Con mayor razón, se sigue considerando una falta grave (v. CE As. 10 de abr. de 1992, *Époux V.\**) como falta de servicio.

- 5            **II. A.** La distinción entre falta de servicio y falta personal tiene, en primer lugar, consecuencias en el ámbito de la *competencia*, como hace constar la sentencia *Pelletier*: en caso de producirse una falta de servicio, las jurisdicciones ordinarias carecerán de competencia. Sin embargo, sí serán competentes para conocer de una demanda de responsabilidad dirigida contra un funcionario por unas faltas personales, cualquiera que sea su fundamento (TC 15 de junio de 2015, *Verhoeven c. Mme Barthélémy*, req. n.º 4007). El Tribunal de Conflictos, juez supremo en materia de competencia, se ve a menudo obligado a definir el contenido de esta distinción cuando la Administración traslada el conflicto de competencias a los tribunales ordinarios, que han de resolver de este modo una demanda contra un funcionario público por un hecho que la Administración considera indisoluble del servicio.

No siempre es necesario llegar tan lejos, o bien porque la víctima considera ella misma que la falta es una falta de servicio y apela, por tanto, a la jurisdicción administrativa, o bien porque la jurisdicción ante la que se presenta el caso reconoce espontáneamente la existencia de una falta de servicio (por ej., Crim. de 13 de oct. de 2004, *Bonnet, Mazères*, prec.; Civ. 1.º 20 de febr. de 2008, *Gros c. Cantegril*, Bull. civ. I, n.º 58; JCP Adm. 2008. 2118, com. Renard-Payen).

- 6            No obstante, los tribunales ordinarios pueden verse movidos a ejercer su competencia incluso en el caso de una falta de servicio cuando se dan dos categorías concretas de excepciones.

Una de ellas tiene que ver con la falta de servicio constitutiva de una vía de hecho (la cual no es necesariamente una falta personal: TC de 8 de abr. de 1935, *Action française*, prec.); la vía de hecho tiene

como resultado privar a la Administración de su privilegio de jurisdicción; la fórmula de la sentencia *Pelletier* deja de surtir efecto y el juez ordinario recupera su plena competencia frente a la Administración (TC 10 de dic. de 1956, *Randon et al.*, Rec. 592, concl. Guionin; D. 1957.483, concl.; JCP 1958. II.10350, concl.; S. 1957.313, concl.; AJ 1957. II.94, cr. Fournier y Braibant; RD publ. 1957.883, nota M. Waline; RA 1958.29, nota Liet-Veaux). La reducción del ámbito de la vía de hecho, con la sentencia del Tribunal de Conflictos de 17 de junio de 2013, *Bergoend\**, no cuestiona dicha solución en el supuesto de que una vía de hecho pueda volver a producirse y siga constituyendo una falta de servicio.

Las otras excepciones se derivan de aquellos textos legislativos que plantean unas excepciones al régimen establecido por la sentencia *Pelletier*, tanto desde el punto de vista del reparto de competencias como del reparto de responsabilidades: art. 136 del Código Procesal Penal (v. TC de 27 de marzo de 1952, *Dame de la Murette*, Rec. 626; v. n.º 30.6); ley de 5 de abr. de 1937 sobre la responsabilidad por hechos de los maestros (v. TC 31 de marzo de 1950, *Delle Gavillet*, Rec. 658; D. 1950.331, concl. Dupuich; S. 1950.3.85, nota Galland; JCP 1950. II.5579, nota Vedel; RA 1950.261, nota Gervais); ley de 31 de diciembre de 1957 relativa a los daños causados por vehículos (v. n.º 1.6 las decisiones citadas en nuestras obs. sobre la sentencia *Blanco\**).

- 7 B. En cuanto al *fondo*, sólo la falta personal del funcionario le obliga a asumir una responsabilidad frente a las víctimas. La falta de servicio que haya podido cometer el funcionario sólo hace incurrir en responsabilidad a la Administración.

Por ello, en este caso (salvo cuando hay un motivo de interés general: CE 20 de abr. de 2011, *Bertrand*, Rec. 166; AJ 2011.1441, nota Lagrange), la Administración está obligada a brindarle protección al funcionario mediante una decisión generadora de derechos, que no imponga condición alguna ni pueda ser retirada, aunque sí podrá ser revocada si se demuestra posteriormente que la falta es una falta personal (CE Sec. 14 de marzo de 2008, *Portalis*, Rec. 99, concl. N. Bou-louis; v. n.º 102.3). Debe proteger al funcionario contra cualquier condena civil que se pronuncie en su contra por una falta de servicio, como se dispone en la Ley (art. 11 de la ley de 13 de jul. de 1983, en el que se exponen los derechos y obligaciones de los funcionarios) y los principios generales del Derecho (CE Sec. 26 de abr. de 1963, *Cen-*

*tre hospitalier de Besançon*, Rec. 243, concl. Chardeau; S.1963.338, nota). «Dicha protección debe asegurarse a todos los funcionarios públicos, sea cual fuere el modo por el que hayan accedido a sus funciones» (CE Sec. 8 de junio de 2011, T., Rec. 270, concl. Collin). Esta protección no ha lugar en caso de falta personal (CE 11 de febr. de de 2015, *Ministre de la justice c. Craighero*, citada *ut supra*).

El ámbito de aplicación de la falta personal se ha reducido de forma muy considerable con la posibilidad, cada vez más mayoritariamente admitida, de poner en tela de juicio la responsabilidad de la propia Administración en los casos de falta personal, apoyándose para ello en la llamada teoría de la acumulación, ya sea porque haya habido comisión de una falta de servicio al mismo tiempo que una falta personal (CE 3 de febr. de 1911, *Anguet\**), ya sea porque la falta personal se haya cometido en la oficina pública o en el momento de prestar el servicio, o ya sea, más sencillamente, porque la falta personal no esté del todo libre de conexión con el servicio (CE 26 de jul. de 1918, *Époux Lemonnier\**; -19 de nov. de 1949, *Delle Mimeur*, Rec. 492; v. n.º 31.5). Esta evolución hubiera podido desembocar en una irresponsabilidad plena de los funcionarios frente a las faltas por ellos cometidas.

Por este motivo, la jurisprudencia admitió, a través de la sentencia del 28 de jul. de 1951, *Laruelle\**, la responsabilidad personal de los funcionarios frente a la Administración cuando ésta ha tenido que indemnizar a las víctimas por hechos que ellos cometieron. De este modo se pretendía conseguir la «moralización» de la función pública de la que había hecho caso omiso la jurisprudencia anterior en beneficio de los intereses de las víctimas y de los funcionarios públicos; pero, al pasar del plano de las relaciones de la Administración y sus funcionarios con las víctimas al plano de las relaciones de la colectividad con los funcionarios, la distinción de las dos faltas adquiere un significado distinto al que le atribuía la jurisprudencia Pelletier.

Por una parte, la falta personal que puede imputarle la Administración a su funcionario ya no coincide necesariamente con la que habría podido alegar la víctima; la falta puede producirse no en las relaciones entre la víctima y el funcionario, sino entre el funcionario y la Administración, siendo esta última la única que puede alegarla contra el funcionario (CE Sec. 22 de marzo de 1957, *Jeannier*, Rec. 196, concl. Kahn; v. n.º 63.4).

Por otra parte, la jurisdicción competente para valorar la falta personal del funcionario contra la Administración y, correlativamente, la responsabilidad de uno frente a la otra, no es la jurisdicción ordinaria, sino la jurisdicción administrativa (TC 26 de mayo de 1954, *Moritz*, Rec. 708; v. n.º 63.4).

Tanto en lo que respecta al fondo como a la competencia, estamos aquí muy lejos de la sentencia Pelletier.

- 8 A la distinción que se establece en el Derecho Administrativo entre falta de servicio y falta personal corresponde hoy una distinción análoga en el derecho privado respecto a las faltas de los empleados: «no incurre en responsabilidad alguna frente a terceros el empleado que actúa sin rebasar los límites de la misión que le fue encomendada por el empresario» (As. plen. 25 de febr. de 2000, *Castedoat c. Girard*, Bull. as. plen., n.º 2; JCP 2000. II.10295, concl. Kessous, nota Billiau; JCP 2000. I.241, n.º 16, cr. Viney; D. 2000.467, obs. Delebecque, y 673, nota Brun; RTD civ. 2000.582, obs. Jourdain); «una falta personal equiparable a la falta personal separable del servicio del derecho público es la única que podría hacer incurrir en responsabilidad quasi penal» al empleado (Civ. 2.º, 18 de mayo de 2000, *Clauzade c. Picard*, Bull. civ. II, n.º 84; JCP 2000.I.280, n.º 19, cr. Viney). Por consiguiente, las soluciones del derecho privado se inspiran expresamente en las del derecho público, del mismo modo en que las segundas pueden aproximarse a las primeras (v. n.º 1.7, nuestras obs. sobre la sentencia *Blanco\**).

### 3. ACTOS DEL GOBIERNO

#### Consejo de Estado, 19 de febrero de 1875, *Prince Napoléon*

(Rec. 155, concl. David; D. 1875.3.18, concl. David)

Considerando que, para solicitar que se anulara la decisión por la que se le denegó la reincorporación de su nombre a la lista de generales de división publicada en el Anuario Militar, el príncipe Napoleón José Bonaparte alegó que el rango de general de división, que el Emperador le había concedido mediante Decreto de 9 de marzo de 1854, en virtud de los poderes que le concedía el artículo 6 del senadoconsulto de 7 de nov. de 1852, era un rango garantizado por el art. 1.º de la ley de 19 de mayo de 1834;

Considerando, no obstante, que pese a que el art. 6 del senadoconsulto de 7 de nov. de 1852 reconocía al Emperador el derecho a determinar los títulos y la condición de los miembros de su familia y a regular sus derechos y obligaciones, este artículo disponía, al mismo tiempo, que el Emperador tenía plena autoridad sobre todos los miembros de su familia; que, por tanto, las posiciones reconocidas a los príncipes de la familia imperial en virtud del art. 6 del senadoconsulto de 7 de nov. de 1852, estaban en todo momento sometidos a la voluntad del Emperador; que, por consiguiente, la situación reconocida al príncipe Napoleón José Bonaparte mediante Decreto de 9 de marzo de 1854 no constituía un rango cuya propiedad definitiva e irrevocable, no susceptible de supresión más que en los casos expresamente estipulados, estuviera garantizada por el art. 1.º de la ley de 19 de mayo de 1834, y de la que se derivase para el oficial titular de la misma el derecho a figurar en el escalafón que se publica cada año en el Anuario militar; que, en tales condiciones, el príncipe Napoleón José Bonaparte carecía de fundamento para presentar una reclamación porque su nombre ya no aparecía en la lista del estado mayor general del ejército;... (Desestimación).

#### OBSERVACIONES

I. El príncipe Napoleón José Bonaparte había sido nombrado general de división en 1853 por Napoleón III, del que era primo. El

Anuario militar que volvió a aparecer en 1873, por primera vez desde la caída del Imperio, no mencionaba su nombre en la lista de generales. Preguntó al Ministro de Defensa si se trataba de un olvido o de una omisión voluntaria; el Ministro de Defensa le respondió que su nombre no se había podido incluir en el Anuario porque su nombramiento, irregular a tenor de los textos, «estaba vinculado con las circunstancias especiales de un régimen político hoy ya desaparecido y cuya caducidad le afectaba necesariamente». Fue esta decisión declinatoria de la reincorporación de su nombre a la lista de generales la que el príncipe Napoleón remitió al Consejo de Estado.

1 El Ministro de Defensa se opuso al recurso, alegando que la medida impugnada tenía un carácter político que, según él, la convertía en un acto de gobierno que excedía el ámbito jurisdiccional del Consejo de Estado. El Comisario del Gobierno David se opuso a esta tesis, con la siguiente exposición de la teoría de los actos de gobierno: «Se establece, en efecto, como principio en la jurisprudencia del Consejo que, al igual que ocurre con los actos legislativos, los actos de gobierno no pueden dar lugar a ningún recurso contencioso-administrativo, habida cuenta de que resuelven sobre derechos individuales. Pero, si bien es cierto que los actos clasificados en la terminología del Derecho como actos de gobierno son discrecionales por su propia naturaleza, no cabe ampliar, por simple voluntad de los gobernantes, el ámbito al que pertenece dicha clasificación; dicho ámbito se reduce lógicamente a aquellos objetos para los cuales la Ley considera necesario confiar al gobierno los poderes generales, subordinando virtualmente a éstos el derecho particular de los ciudadanos en aras del interés superior del Estado. Estos son los poderes discrecionales que ejerce el gobierno en Francia, ya sea porque así lo dispongan las leyes constitucionales, cuando éstas existen en materia de reglamento y ejecución de los convenios diplomáticos, ya sea porque así lo estipulen las leyes de la policía.

De ello se deduce que, *para que tenga un carácter excepcional que lo sitúe al margen y por encima de todo control jurisdiccional, no basta con que un acto, que emane del gobierno o de uno de sus representantes, haya sido objeto de deliberación en el Consejo de Ministros o se haya dictado por un interés político.* «El Consejo de Estado consagró implícitamente esta teoría con su decisión, al examinar el recurso por motivos de fondo. El Comisario del Gobierno afirmó que esta doctrina podía deducirse de la jurisprudencia anterior del Consejo de Estado. En realidad, esta jurisprudencia se fundaba en la teoría tradi-

cional del móvil político como criterio de los actos de gobierno, es decir, de los actos que quedaban fuera de todo control contencioso-administrativo. Para citar solamente dos ejemplos, el Consejo de Estado rechazó, durante la Restauración, el recurso del banquero Laffitte que solicitaba el pago de atrasos de una pensión que le había cedido la princesa Borghese, miembro de la familia Bonaparte, alegando que «la reclamación del señor Laffitte obedece a una *cuestión política*, cuya decisión corresponde exclusivamente al gobierno» (CE 1 de mayo de 1822, *Laffitte*, Rec. 1821-1825.202); del mismo modo, durante el Segundo Imperio, la incautación de una obra del duque de Aumale y la negativa a restituírle los ejemplares incautados fueron considerados como «*actos políticos* cuya naturaleza no permite, por motivos de exceso de poder, remitirlos en la vía contencioso-administrativa a nuestro Consejo de Estado» (CE 9 de mayo de 1867, *Duque de Aumale y Michel Lévy*, Rec. 472, concl. Aucoc; S. 1867.2.124, concl., nota Choppin). Por tanto, el abandono de la teoría del móvil político no se produjo sino a partir de la sentencia *Prince Napoléon*.

2 **II.** Esta sentencia marca, pues, un hito de suma importancia en la ampliación del control de los actos administrativos por el Consejo de Estado. Hasta entonces, en el marco de una justicia administrativa que empezaba apenas a delimitarse, el Consejo de Estado no podía conocer de un acto si éste tenía un carácter político.

A partir de ese momento, el Consejo de Estado, que ejerce desde que se dictó la ley de 24 de mayo de 1872 una justicia delegada, ya no admite que la naturaleza o la finalidad política de una decisión la sitúen al margen del control contencioso-administrativo. Más bien al contrario, la finalidad política se convierte, a partir de ese momento, en un motivo de anulación por desviación de poder o error de derecho, no estando facultada, por regla general, la Administración para adoptar sus decisiones en función de consideraciones de esta naturaleza. Por ello, en 1954, el Comisario del Gobierno Letourneur y el Consejo de Estado tuvieron que ratificar con la máxima firmeza que un candidato no podía ser excluido de un concurso de acceso a la función pública debido a sus opiniones políticas (28 de mayo de 1954, *Barel\**).

La limitación más estricta del ámbito de los actos de gobierno se enmarca en el contexto de una política jurisprudencial que, en esa misma época y en la siguiente, amplió el alcance y la eficacia del recurso por exceso de poder y de la acción contencioso-administrativa del Consejo de Estado: admisión de la desviación de poder como vía de

anulación (CE, 26 de nov. de 1875, *Pariset\**); renuncia a la teoría del ministro-juez (CE 13 de dic. de 1889, *Cador\**); ampliación del concepto de legitimación procesal (CE 29 de marzo de 1901, *Casanova\**); aprobación del recurso contra los reglamentos de la administración pública (CE 6 de dic. de 1907, *Chemins de fer de l'Est\**); control, por el juez del exceso de poder, de la tipificación jurídica de los hechos (CE 4 de abr. de 1914, *Gomel\**) y de su exactitud material (CE 14 de ene. de 1916, *Camino\**).

Sin embargo, la sentencia *Prince Napoléon* no supuso la supresión total de los actos de gobierno; se limitó más bien a eliminar el antiguo criterio, demasiado amplio, derivado del móvil político. En realidad, este criterio no ha sido sustituido por otro desde entonces, de tal forma que no es posible formular hoy en día una definición general y teórica de los actos de gobierno, sino únicamente hacer una lista basándose en la jurisprudencia. En esta lista se incluían actuaciones del Jefe de Estado en el ejercicio de su derecho de indulto (CE 30 de junio de 1893, *Gugel*, Rec. 544; S. 1895.3.41, nota Hauriou); pero esta jurisprudencia se dejó de lado con la sentencia *Gombert* de 28 de marzo de 1947 (Rec. 138; S. 1947.3.89, concl. Célier; RD publ. 1947.95, nota M. Waline), que desestima con rotundidad la competencia del Consejo de Estado en la materia, aunque se fundamenta en el carácter judicial de dichas decisiones y no ya en la teoría de los actos de gobierno. Este enfoque fue ratificado en una época más reciente en relación con los indultos colectivos concedidos por el Presidente de la República con ocasión del 14 de julio. (CE, 30 de junio de 2003, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. 296).

**III.** La lista de actos de gobierno ya sólo incluye hoy en día dos tipos de medidas: los actos que tienen que ver con las relaciones entre el ejecutivo y el Parlamento, y los que están directamente vinculados con las relaciones entre Francia y las potencias extranjeras o los organismos internacionales.

1. Los actos relativos a las relaciones entre el ejecutivo y el Parlamento

**3** El Consejo de Estado se niega por este motivo a conocer de:

a) las decisiones adoptadas por el ejecutivo en el marco de su participación en la función legislativa: negativa a presentar ante el Parlamento un proyecto de ley (CE Secc. 18 de jul. de 1930, *Rouché*,

Rec. 771; – 29 de nov. de 1968, *Tallagrand*, Rec. 607; D. 1969.386, nota Silvera; RD publ. 1969.686, nota M. Waline; JDI 1969.382, nota Ruzié); decisión de presentarlo o de retirarlo (CE As. 19 de ene. de 1934, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet*, Rec. 98; S. 1937.3.41, nota Alibert); negativa del Primer Ministro a tomar la iniciativa de una reforma constitucional (CE 26 de febr. de 1992, *Allain*, Rec. 659); decreto de promulgación de una ley (CE Secc. 3 de nov. de 1933, *Desreumeaux*, Rec. 993; S. 1934.3.9, nota Alibert; D. 1933.3.36, nota Gros; RD publ. 1934.649, nota Jèze); negativa del Primer Ministro a recurrir al procedimiento de urgencia con motivo de la presentación de una ley orgánica al Consejo Constitucional (CE 9 oct. de 2002, *Meyet et Bouget*, Rec. 329; JCP Adm. 2002.1143, com. Moreau).

- 4 b) las decisiones del Presidente de la República que afectan a las relaciones entre los poderes constitucionales y el ejercicio de la función legislativa: decisión de hacer uso de los poderes excepcionales previstos en el artículo 16 de la Constitución de 1958 (CE As. 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens\**); decreto por el que se somete a referéndum un proyecto de ley (CE As. 19 de oct. de 1962, *Brocas*, Rec. 553; D. 1962.307 y RD publ. 1962.1181, concl. M. Bernard; AJ 1962.612, cr. de Laubadère); decreto de disolución de la Asamblea Nacional (CE 20 de febr. de 1989, *Allain*, Rec. 60; RFDA 1989.868, concl. Frydman); nombramiento de un miembro del Consejo Constitucional (CE As. 9 de abr. de 1999, *Mme Ba*, Rec. 124; RFDA 1999. 566, concl. Salat-Baroux; AJ 1999.409, ch. Raynaud y Fombeur; RD publ. 1999.1573, nota Camby; Cah. CC n.º 7.109, nota Robert; D. 2000.335, nota Serrand); denegación de traslado al Consejo Constitucional de una ley votada y que sigue sin promulgarse (CE ord. 7 de nov. de 2001, Rec. 789, *Tabaka*; RD publ. 2001.1645, nota Jan; LPA 22 de marzo de 2002, nota Curtil).

- 5 c) las decisiones del gobierno que sólo constituyen un trámite preliminar a una decisión del Parlamento, estando este último facultado a partir de ese momento para ejercer él mismo el control sobre las mismas (CE As. 27 de junio de 1958, *Georger et Teivassigamany*, Rec. 403; D. 1959.121, nota Gilli; AJ 1958. II.310, cr. Fournier y Combarnous: acto por el que se convoca una asamblea a la que incumbe pronunciarse sobre el futuro de un territorio, siendo dicho acto el trámite obligatorio previo a la votación de una ley que autorice la ratificación de un tratado). Dentro de esta última categoría cabía clasificar hasta 1958 las decisiones administrativas que eran el trámite prelimi-

nar obligatorio de las elecciones a las asambleas parlamentarias: al estar facultadas estas asambleas, mediante el procedimiento de verificación de poderes, para pronunciarse sobre la legalidad de las elecciones y de los actos administrativos con los que éstas se habían preparado, el Consejo de Estado se negaba a conocer de estos últimos. Por este motivo, se consideraban como actos de gobierno los siguientes: el decreto de convocatoria de los colegios electorales para una elección parlamentaria (CE As. 8 de junio de 1951, *Hirschowitz*, Rec. 320; S. 1951.374, concl. J. Delvolvé; D. 1951.529, nota F. M.), los decretos de organización del régimen de elecciones (CE As. 2 de nov. de 1951, *Tixier*, Rec. 512; D. 1952.39.9, nota F. M.; JCP 1952.II.6810, nota Vedel).

Al entrar en vigor la Constitución de 1958, el contencioso-administrativo de las elecciones parlamentarias y el control de legalidad de la elección del Presidente de la República pasaron a ser misiones encomendadas al Consejo Constitucional. El hecho de que el Consejo de Estado no sea competente en estas materias ya no se justifica, a partir de entonces, amparándose en el concepto de acto de gobierno, sino en la interpretación que se hace de las reglas constitucionales, interpretación que por su propia naturaleza puede tener un carácter evolutivo. El Consejo de Estado se ha negado por ello a conocer de una demanda de reembolso de una fianza y de unos gastos de propaganda (CE As. 11 de ene. de 1963, *Rebeuf*, Rec. 18, concl. Henry; D. 1963.443, nota Philip; AJ 1963.87, cr. Gentot y Fourré), así como de un decreto de convocatoria de electores para la elección de diputados (CE, 3 de junio de 1981, *Delmas*, Rec. 244; AJ, 1981.357, nota Goyard; RA, 1981.272, nota Rials; RD publ. 1982.186, concl. Labetoulle).

Esta solución se puso en entredicho cuando la judicatura aceptó pronunciarse sobre la legalidad de las decisiones administrativas con las que se facultaba a las agrupaciones a participar en los programas de televisión de propaganda para las elecciones legislativas del 21 y 28 de marzo de 1993 (CE, As. 12 de marzo de 1993, *Union nationale écologiste*, Rec. 67, RFDC 1993.411, concl. Kessler; AJ 1993.336, cr. Mauüé y Touvet; RD publ. 1993.1442, nota J.-M. Auby).

Pero, posteriormente, y basándose en la ratificación por el Consejo Constitucional de su competencia para conocer de los decretos de convocatoria de los electores para la elección de diputados o para la elección de senadores, el Consejo de Estado, órgano al que se apeló para estos mismos fines, opuso una decisión de inadmisión derivada de la existen-

cia de una vía de recurso ante el Consejo Constitucional (CE Secc. 14 de sept. de 2001, *Marini*, Rec. 423; AJ 2001.858 cr. Guyomar y Collin).

Dado que el Consejo Constitucional no reconoce su competencia para resolver los recursos de anulación de un acto preparatorio de la elección de un diputado si dicho acto no es susceptible de viciar el desarrollo general de las operaciones electorales (CC 8 de junio de 1995, *Bayeurte*, Rec. 213; AJ 1995.517, cr. Schrameck), el Consejo de Estado asume su competencia en la materia cuando está en juego la legalidad del decreto de convocatoria de los electores con vistas a proceder a la elección de los parlamentarios en una determinada circunscripción (CE, 16 de sept. de 2005, *Hoffer*, Rec. 894; BJCL 10/05. p. 717, concl.; Séners; AJ 2005.2237, nota L. T).

6 La actitud del Consejo de Estado en materia de referéndum también ha sido objeto de modificaciones, aunque conviene establecer una distinción entre referéndum nacional y referéndum local.

En el caso de los *referéndums nacionales*, compete al Consejo Constitucional controlar la legalidad de las operaciones en sí mismas. Una vez se ha decidido el referéndum, las operaciones previas pasan a ser actos administrativos.

Por ello, normalmente son competencia del juez administrativo (CE, As. 19 de oct. de 1962, *Brocas*, Rec. 553; S. 1962.307 y RD publ. 1962.1181, concl. M. Bernard, AJ 1962.612, cr. de Laubadère). Esta competencia de principio lleva, no obstante, implícita una doble limitación. La primera tiene su origen en la tradición: si los resultados de un referéndum pasan a ser *definitivos*, el juez administrativo decidirá que ya no procede una valoración por su parte de los actos preliminares de dicho referéndum (CE As. 27 de oct. de 1961, *Le Regroupement national*, Rec. 594; S. 1963.28, nota L. Hamon; D. 1962.23, nota Leclercq; AJ 1962.672, nota J. Théry). La otra limitación tiene un origen más reciente. Dado que, con motivo del referéndum del 25 de sept. de 2000, relativo a la reducción temporal del mandato del Presidente de la República, el Consejo Constitucional admitió que era competente para conocer de los recursos interpuestos, con anterioridad a la celebración del escrutinio, contra los decretos de organización del referéndum y de la campaña previa al mismo, el Consejo de Estado consideró que esta vía de recurso paralelo era un motivo suficiente para no admitir que estos mismos actos se impugnaran ante uno de sus jueces (CE As. 1 de sept. de 2000, *Larrouturou*, Rec. 365, concl. Savoie; RFDA 2000.989, concl., nota Ghevontian; AJ 2000.803, cr. Guyomar

et Collin; DA 2000, n.º 10, nota Maligner; adopción de la misma solución con motivo del referéndum de 29 de mayo de 2005: – 15 de abr. de 2005, *Meyet et Mouvement républicain et citoyen*, Rec. 895).

En el caso de los *referéndums locales*, el Consejo de Estado aceptó su competencia para conocer de un recurso por exceso de poder presentado contra un decreto del Presidente de la República con el que se pretendía consultar a los electores sobre unos desarrollos institucionales en los territorios de ultramar, amparándose para ello en el art. 73 de la Constitución. Pese a reconocer su competencia, el Consejo de Estado consideró que no le incumbía pronunciarse sobre la oportunidad de la consulta ni la elección de la fecha. Sí le correspondía, en cambio, verificar la legalidad y la sinceridad de la consulta que se iba a celebrar (CE 4 de dic. de 2003, *Feler*, Rec. 491; AJ 2004.594, nota Verpeaux; RFDA 2004.549, nota Thiellay; JCP Adm. 2004.1258, com. Maillard Desgrées du Loû).

2. Los actos que cuestionan las relaciones del gobierno con un Estado extranjero o con un organismo internacional

7 Tradicionalmente, el conjunto de las actividades diplomáticas de Francia quedaban al margen del control de los tribunales franceses. Pero la jurisprudencia ha moderado considerablemente este enfoque y no es fácil determinar cuáles son los límites del acto de gobierno al respecto.

a) Se consideran como actos de gobierno el conjunto de los actos directamente vinculados con las relaciones internacionales de Francia, tales como: la protección de las personas y de los bienes franceses en el extranjero (CE 2 de marzo de 1966, *Dame Cramencel*, Rec. 157; AJ 1966.349, cr. Puissochet y Lecat; RGDIP 1966.791, nota C. Rousseau; – 20 de dic. de 2013, *Mme Fano*, Rec. 826; RFDA 2014.139, cr. Santulli); la negativa a someter un litigio a la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CE 9 de junio de 1952, *Gény*, Rec. 19); la orden de interferir en la programación de una emisora extranjera (TC 2 de febr. de 1950, *Radiodiffusion française*, Rec. 652; S. 1950.3.73, concl. R. Odent; RD publ. 1950.418, concl., nota M. Waline; JCP 1950. II.5542, nota Rivero); la creación de una zona de seguridad en aguas internacionales durante unas pruebas nucleares (CE As. 11 de jul. de 1975, *Paris de Bollardière*, Rec. 423; AJ 1975.455 cr. Franc y Boyon; JDI 1976.126, nota Ruzié); la decisión de reanudar unas pruebas nucleares en un contexto vinculado con la

controversia respecto a un compromiso internacional que prohíbe dichas pruebas (CE As. 29 de sept. de 1995, *Association Greenpeace France*, RD publ. 1996.256, concl. Sanson; AJ 1995.684, cr. Stahl y Chauvaux; JCP 1996.II.22.582, nota Moreau; RFDA 1996.383, nota Ruzié; RD publ. 1996.1162, nota Sabète); la decisión de enviar fuerzas militar a Yugoslavia con motivo de los acontecimientos de Kosovo (CE 5 de jul. de 2000, *Mégret er Mekhantar*, Rec. 291; AJ 2001.95, nota Gounin); la decisión de autorizar que aviones militares norteamericanos y británicos, que cumplen misiones en Irak, atraviesen el espacio aéreo francés (CE 30 de dic. de 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, Rec. 707; DA abr. de 2004, p. 27, nota Lombard; RGDIP 2004.543, nota Poirat; RTDH 2005.855, com. Raux); las decisiones con las que el grupo francés de la Corte Permanente de Arbitraje propone o se niega a proponer una candidatura para la elección de jueces para la Corte Penal Internacional (CE Secc. 28 de marzo de 2014, *de Baynast*, Rec. 59; DA 2014, n.º 43, nota Eveillard; RGDIP 2014.711, nota Tranchant); la decisión del gobierno francés de oponerse a la celebración, en el territorio de la República, de actos que permitan a ciudadanos sirios residentes en Francia votar en las elecciones presidenciales organizadas por las autoridades sirias, a menos que estas últimas creen un órgano de transición (CE ord. 23 de mayo de 2014, *Mme Daoud*, Rec. 486; DA 2014, n.º 57, nota A. de Montis).

Entre los actos que por este motivo quedan al margen del control jurisdiccional, merecen una mención especial los tratados y acuerdos internacionales. El juez administrativo no admite, en efecto, su competencia para resolver sobre la legalidad de los requisitos para la firma de estos acuerdos (CE Secc. 1 de junio de 1951, *Société des étains et wolfram du Tonkin*, Rec. 312; RJP UF 1951.584, nota J. D. V.) ni para adoptar la decisión de no proceder a la publicación de un tratado (CE 4 de nov. de 1970, *de Malglaive*, Rec. 635). Cabe aplicar la misma solución a los actos de ejecución de los tratados que están indisolublemente vinculados con las relaciones internacionales o que se consideran como tales, como los siguientes: el voto del ministro francés en el Consejo de las Comunidades Europeas (CE, As. 23 de nov. de 1984, *Association «Les Verts»*, Rec. 382); la decisión de suspender la ejecución de un tratado (CE As. 18 de dic. de 1992, *Préfet de la Gironde c. Mahmedi*; Rec. 446, concl. Lamy; AJ 1993.82, cr. Maugué y Schwartz; RFDA 1993.333, concl., nota Ruzié; RGDIP 1993.429, concl.; D. 1994.1, nota Julien-Lafferrière); la decisión de suspender la coopera-

ción científica y técnica con Irak, durante la primera guerra del Golfo, decisión que incluía la prohibición para los estudiantes iraquíes de matricularse en las universidades (CE 23 de sept. de 1992, *GISTI*, Rec. 346; aj 1992.752, concl. Kessler, obs. R. S.; RRJ 1993.665, nota Poli).

8 b) La teoría del acto de gobierno está sujeta, no obstante, a una doble limitación.

Por una parte, según lo dispuesto en la Constitución, los tratados internacionales constituyen desde 1946 una fuente de legalidad nacional: por consiguiente, los recurrentes están legitimados para denunciar su violación, del mismo modo que si se tratara de una infracción de la legislación nacional (CE, As. 30 de mayo de 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. 291; RD publ. 1952.781, concl. Letourneur, nota M. Waline; S. 1953.3.33, nota Bouzat; – As. 20 de oct. de 1989, *Nicolo\**). El juez administrativo tiene, pues, la obligación de ejercer un control sobre las modalidades de introducción de un tratado en el orden jurídico interno. Pese a consistir durante mucho tiempo en la mera verificación de la existencia de un acto de ratificación o aprobación (CE As. 16 de nov. de 1956, *Villa*, Rec. 433, RD publ. 1957.123, concl. Laurent; AJ 1956. II.487, cr. Fournier y Braibant), y de su publicación según lo previsto por la Ley (As. 13 de jul. de 1965, *Société Navigator*, Rec. 423, concl. Fournier; AJ 1965.470, cr. Puybasset y Puissochet), dicho control pasó a incluir, posteriormente, la comprobación del respeto, por parte del ejecutivo, de las disposiciones constitucionales que exigen que, en el caso de algunos tratados, como aquellos que modifican unas disposiciones legislativas o que afectan a las finanzas del Estado, quien autorice esta ratificación sea el propio Parlamento (CE As. 18 de dic. de 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, Rec. 483, concl. Bachelier; RFDA 1999.315, concl.; AJ 1999.127, cr. Raynaud y Fombeur). Sin embargo, el juez no ejerce este mismo control sobre la constitucionalidad del contenido del tratado (CE As., 9 de jul. de 2010, *Fédération nationale de la libre-pensée*, Rec. 268, concl. Keller; RFDA 2010.980, concl., 995, nota T. Rambaud y Roblot-Troizier; AJ 2010.1635, cr. Liéber y Botteghi, 1950, nota Legrand; DA 2010, n.º 130, com. Platon; RGDIP 2011.254, nota Brami; RFDA 2011.175, cr. Santulli). Cuando se suspende un tratado, el juez verifica si la decisión de proceder a la suspensión ha sido adoptada por una autoridad legitimada para pronunciarse en materia de relaciones internacionales y de su oponibilidad. 18 de dic. de 1992, *Préfet de la Gironde c. Mahmedi*, citada *ut supra*).

Además, en su decisión del 29 de junio de 1990, *GISTI\**, el Consejo de Estado estimó que el juez administrativo estaba en principio facultado para interpretar él mismo un tratado, sin que fuera obligatorio su remisión prejudicial al Ministro de Asuntos Exteriores como exigía la jurisprudencia anterior (CE As. 3 de jul. de 1931, *Karl et Toto Samé*, Rec. 727; S. 1932.3.129, concl. Etori, nota C. Rousseau). No cabe aplicar la nueva solución al Tratado de Roma, ya que este último atribuye al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, de la Unión Europea) la competencia prejudicial en la materia (véanse nuestras obs. en CE 30 de oct. de 2009, *Mme Perreux\**).

9 Por otra parte, ya antes de que entrara en vigor la Constitución de 1946, el juez administrativo aceptaba ocuparse de las medidas que, a su entender, podían separarse de las relaciones diplomáticas o de los convenios internacionales, es decir, de aquellas que se podían valorar con independencia de sus orígenes o de sus consecuencias internacionales (véase, por ej., CE de 5 de feb. de 1926, *Dame Caraco*, Rec. 125; D. 1927.3.1, nota Devaux; – Secc. 16 de dic. de 1955, *Époux Deltel*, Rec. 592; D. 1956.44, concl. Laurent; RD publ. 1956.150, nota M. Waline; AJ 1956. II.243, nota Copper-Royer; – Secc. 22 de dic. de 1978, *Vo Thanh Nghia*, Rec. 523; AJ 1979.4.36, concl. Genevois).

Este es el caso, en particular, de los decretos de extradición que, desde 1937, pasaron a ser actos susceptibles de impugnación por la vía del recurso por exceso de poder (CE, As. 28 de mayo de 1937, *Decerf*, Rec. 534; S. 1937.3.73, nota P. Laroque; – As. 30 de mayo de 1952, *Dame Kirkwood* prec.), incumbiéndole desde 1977 al juez administrativo supervisar la calificación jurídica de los hechos que los motivaron (CE As. 24 de junio de 1977, *Astudillo Calleja*, Rec. 290; D. 1977.695, concl. Genevois; AJ 1977.490, cr. Nauwelaers y O. Dutheillet de Lamothe; Gaz. Pal. 1977.640, nota Ladhari; RD publ. 1978.263, nota Robert; JDI 1978.71, nota Ruzié; – As. 3 de jul. de 1996, *Koné\**). El Consejo de Estado ha decidido también que las solicitudes de extradición remitidas por el gobierno francés a un gobierno extranjero no sean consideradas como actos de gobierno (CE Secc. 21 de jul. de 1972, *Legros*, Rec. 554; AJ 1974.259, nota Blumann). El Consejo de Estado ha llegado todavía mucho más lejos al reconocer su competencia para pronunciarse sobre la legalidad de una decisión del gobierno francés por la que éste desestima una solicitud de extradición formulada por un Estado extranjero (CE As. 15 de oct. de 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et*

*gouverneur de la colonie royale de Hong Kong*, Rec. 267, concl. Vigouroux; RFDA 1993.1179 y RUDH 1994.217, concl.; AJ 1993.848, cr. Maugüé y Touvet; RGDIP 1994.1016, nota Alland; JDI 1994.89, nota Chappez, JCP 1994.II.22253, nota Espuglas; RD publ. 1994.525, nota Fines; D. 1994.108, nota Julien-Laferrière; Gaz. Pal. 1994. I.102, nota Chabanol; RSC 1994.498, com. Rolin; RFDA 1994.21, estudio Labayle).

Por consiguiente, la tendencia preponderante de la jurisprudencia consiste en admitir de forma cada vez más generalizada que hay actos o actuaciones que pueden disociarse de las relaciones internacionales, tales como: la responsabilidad en la que incurre el Estado por una probable deficiencia en las medidas adoptadas para garantizar la protección de los miembros de una misión diplomática (CE Secc. 29 de abr. de 1987, *Consorts Yener*, Rec. 152; AJ 1987.450, cr. Azibert y de Boisdeffre; RFDA 1987.636, concl. Vigouroux); la destrucción por la marina nacional de un buque abandonado en alta mar (CE Secc. 23 de oct. de 1987, *Société Nachfolger Navigation*, Rec. 319; RFDA 1987.963, concl. Massot y 1988.345, nota Ruzié; AJ 1987.725, ch. Azibert y de Boisdeffre; RD publ. 1988.836, nota J.-M. Auby); la decisión adoptada por los poderes públicos en relación con el territorio de ubicación del laboratorio europeo de radiación «Synchrotron» (CE As. 8 de ene. de 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec. 2; RFDA 1988.25, concl. Daël; AJ 1988.137, cr. Azibert y de Boisdeffre; JCP 1988.II.21084, nota R. Drago; RA 1988.141, nota Terneyre); la inscripción de una asociación sospechosa de haber estado vinculada con organizaciones terroristas internacionales en la lista de personas cuyos movimientos de capitales y operaciones de cambio están sometidos a una autorización ministerial (CE 3 de nov. de 2004, *Association Secours mondial de France*, Rec. 548; AJ 2005.723, nota Burgorgue-Larsen; D. 2005.824, nota Clamour); la negativa del Primer Ministro a notificar a la Comisión Europea una disposición legislativa de puesta en marcha de un mecanismo que pudiera merecer la consideración de ayuda estatal en virtud de los artículos 87 y 88 del tratado fundacional de la Comunidad Europea (CE As. 7 de nov. de 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine*, Rec. 399, concl. Glaser; RFDA 2009.111, concl., nota Mondou y Poteau; RJEP febr. 2008.23, concl.; AJ 2008.2384, cr. Geffray y Liéber; JCP

Adm. 2009.2027, estudio Pelletier; JCP 2009.I.130, § 8, cr. Plessix; RFDA 2009.346, com. Cassia; LPA 7 de jul. de 2009).

10

IV. La inmunidad jurisdiccional que caracterizaba tradicionalmente al acto de gobierno afectaba a la vez al contencioso de legalidad y al de indemnidad; no se podía ni impugnar la legitimidad de la decisión ni solicitar una reparación por sus consecuencias perjudiciales. No obstante, desde este último punto de vista, y desde que el Pleno del Consejo de Estado dictó su sentencia de 30 de marzo de 1966, se ha abierto una perspectiva interesante en la jurisprudencia, al admitir ésta que los daños ocasionados por un convenio internacional, introducido en el orden jurídico interno por la vía regular, podían dar lugar a una indemnización, en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas. ¿Por qué no puede esta solución, que se adoptó con respecto a una determinada categoría de actos no susceptibles de recurso por exceso de poder, extrapolarse a los actos de gobierno?

V. Algunos autores se preguntan si la teoría del acto de gobierno es plenamente compatible con el derecho positivo. Salvo raras excepciones, las sentencias (TC 24 de junio de 1954, *Barbaran*, Rec. 712; CE As. 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens*\*) se abstienen de utilizar el término de «acto de gobierno». El juez se limita a recurrir a perifrasis que evitan la utilización de esta expresión. Durante un largo período, el concepto de acto de gobierno pareció estar en regresión. Una parte de la doctrina consideraba incluso que la negativa del juez administrativo a ocuparse de los actos denominados de gobierno obedecía al funcionamiento normal de las reglas de competencia: según las explicaciones formuladas, se trataría ya sea de «actos mixtos» que no emanan exclusivamente de las autoridades francesas, actos que son competencia de la función ejecutiva en contraposición con la función administrativa, actos que pertenecen al ámbito del Derecho Internacional o actos relacionados con la función legislativa.

11

Todos estos diferentes enfoques contribuyen a delimitar un concepto que, en virtud de la inmunidad jurisdiccional que lleva implícito, se contraponen con el desarrollo general del Estado de derecho. Por ello, después de que el Consejo de Estado hubiera considerado el 3 de junio de 1981 (véase *Delmas* citado *ut supra*) que no le correspondía pronunciarse sobre la legalidad del decreto de convocatoria del cuerpo electoral para la elección de diputados, el Consejo Constitucional admitió ser competente para valorar la legitimidad de dicho acto (CC 11 de junio de 1981, *Delmas*, Rec. 97; AJ 1981.357, nota Goyard y 481, nota Feffer;

RD publ. 1981.1347, nota Favoreu; JCP 1982. II.1975, nota Franck; D. 1981.589, nota F. Luchaire; RA 1981.272, nota Rials y 489, nota de Villiers; Gaz. Pal. 1981.2.709, nota Turpin). Asimismo le corresponde al juez constitucional valorar la legitimidad del decreto mediante el cual el Presidente de la República establece la conveniencia de que una ley sea objeto de una nueva deliberación (CC n.º 85-197 DC, 23 de agosto de 1985, Rec. 70; AJ 1985.607, nota L. Hamon; D. 1986.45, nota F. Luchaire; RA 1986.395, nota Etien).

Por otra parte, aunque el Consejo de Estado opinase que cabía considerar como un acto de gobierno el decreto por el que el Presidente de la República decide someter un proyecto de ley a un referéndum (CE As. 19 de oct. de 1962, *Brocas*, prec.), el Consejo Constitucional reconoció su competencia para conocer de dicho acto (CC 25 de jul. de 2000, *Hauchemaille*, Rec. 117; LPA 2 agosto de 2000, obs. Schoettl; RD publ. 2001.3, obs. Camby).

Pero la competencia del Consejo Constitucional no es extrapolable al decreto de disolución de la Asamblea Nacional (CC 10 de jul. de 1997, *Abraham*, Rec. 157; AJ 1997.684, nota Schoettl).

Conviene señalar, por último, que tanto el Consejo de Estado (CE 20 de ene. de 2014, *Philippe K.*, dem. n.º 372883; Nouv. Cah. CC 2014, n.º 44, p. 77, com. Roblot-Troizier) como el Tribunal de Casación (Civ. 1.ª 4 de febr. de 2005, n.º 14-21.309) se han negado a derivar al Consejo Constitucional una cuestión prioritaria de constitucionalidad relacionada con la compatibilidad entre teoría de los actos de gobierno y derechos y libertades garantizados en la Constitución. En Estados Unidos se advierte una gran cautela por parte del Tribunal Supremo ante aquellas decisiones que tienen algo que ver con las relaciones internacionales, debido al carácter político que tienen por naturaleza: tal es el caso de su negativa a pronunciarse en 1979 sobre la decisión del Presidente Carter de denunciar el tratado de defensa firmado entre Estados Unidos y Taiwan (*Carter c. Goldwater*).

Dentro de este contexto es más fácil comprender la actitud del juez administrativo francés. La teoría de los actos de gobierno obedece fundamentalmente al deseo del Consejo de Estado de no inmiscuirse ni en las relaciones entre el poder legislativo y ejecutivo, ni en la acción diplomática considerada como una prerrogativa exclusiva y tradicional del ejecutivo. Vuelven así a aparecer, bajo un nuevo aspecto y dentro de unos límites más estrechos, las consideraciones de naturaleza política que dieron históricamente origen al concepto de «acto de gobierno».

#### **4. RECURSO POR EXCESO DE PODER. MOTIVOS DE ANULACIÓN. DESVIACIÓN DE PODER**

**Consejo de Estado, 26 de noviembre de 1875, *Pariset***

(Rec. 934)

Considerando que ha quedado establecido tras la instrucción que, al ordenar el cierre de la fábrica de cerillas del señor Pariset, en virtud de los poderes de policía que le conferían las leyes y los reglamentos en materia de establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres, el prefecto no pretendía asegurar la protección de los intereses que estas leyes y reglamentos se proponían garantizar; que actuó siguiendo instrucciones dadas por el Ministro de Economía tras la publicación de la ley de 2 de agosto de 1872 y en beneficio de un servicio financiero del Estado; *que al actuar de este modo utilizó los poderes de policía que le correspondían en materia de establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres para un fin distinto a aquél por el que le fueron conferidos*, y que el señor Pariset tiene motivos fundados para pedir la anulación de la orden impugnada en aplicación de las leyes de 7-14 de oct. de 1790 y 24 de mayo de 1987;... (Anulación).

#### **OBSERVACIONES**

- 1** En 1872, como consecuencia de una ley que instauraba el monopolio de la fabricación de cerillas químicas y promulgaba la expropiación de las fábricas existentes, el Ministro de Economía encomendó al jurado de expropiación que pagara unas indemnizaciones únicamente a los empresarios cuyas fábricas tuvieran una naturaleza legal incuestionable. Consideró que todas aquellas fábricas que, en el momento de la entrada en vigor de la ley, no hubieran renovado los permisos de duración limitada, carecían de existencia legal y, por tanto, no tenían derecho a percibir una indemnización: les ofreció una indemnización como concesión graciosa; muchos empresarios se negaron a aceptarla. El Ministro de Economía envió entonces a los prefectos una circular solicitando que se dictaran unas órdenes para declarar ilegal la existen-

cia de las fábricas cuyos permisos no se hubieran renovado y para solicitar el cierre de las mismas por la autoridad judicial, de conformidad con las leyes y reglamentos relativos a los establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres. El señor Pariset impugnó ante el Consejo de Estado la orden de la prefectura en la que se establecía que su fábrica había dejado de tener existencia legal.

Un recurso similar, presentado en las mismas condiciones por el señor Laumonnier-Carriol, fue objeto de una decisión idéntica dictada el mismo día (CE 26 de nov. de 1875, *Laumonnier-Carriol*, Rec. 936). El Consejo de Estado anuló estas órdenes, reconociendo un nuevo motivo legítimo para iniciar un procedimiento de recurso por exceso de poder: la desviación de poder, cuya creación se remontaba a una decisión adoptada por el Emperador y sus consejeros, el 25 de febr. de 1864, *Lesbats*, Rec. 209, concl. l'Hôpital: los prefectos pueden «controlar la entrada, el estacionamiento y la circulación de los vehículos públicos o particulares en las dependencias de las estaciones de ferrocarril» solamente cuando sea «en interés de la policía y el servicio público» y no para garantizar la ejecución de un contrato entre una compañía de ferrocarril y un empresario de vehículos públicos).

Éste iba a ser el punto de partida de una jurisprudencia dispuesta a admitir la desviación de poder en *determinados casos* (I), a pesar de que fueran patentes *los límites* de este motivo de anulación (II).

- 2 I. La desviación de poder –que se asocia a menudo con la teoría civilista del abuso del derecho y se caracteriza por el ejercicio de una facultad con *una finalidad distinta a aquella por la que fue otorgada* por la Ley– es una figura admitida por la jurisprudencia en relación con *tres grandes categorías de casos*. – Cuando el acto administrativo es ajeno a todo interés público.

Encontramos los ejemplos más ilustrativos de este supuesto, que constituye la forma más grave de desviación de poder, en algunas medidas que afectan a los funcionarios públicos, el mantenimiento del orden público, la expropiación con fines de utilidad pública y el urbanismo.

En lo que respecta a los funcionarios públicos, la reprobación de la desviación de poder se ha producido con frecuencia en relación con medidas de despido adoptadas por mera venganza personal o por motivos políticos (CE 23 de jul. de 1909, *Fabrègue*, Rec. 727; S. 1911.3.121, nota Hauriou: suspensión de un guarda forestal con 10

órdenes municipales sucesivas cuyo objeto era satisfacer los deseos de venganza del alcalde; –26 de oct. de 1960, *Rioux*, Rec. 558, concl. Chardeau: despido de un funcionario alegando una incompetencia profesional, cuando en realidad obedecía a motivos políticos). Más allá de los funcionarios, cabe citar el caso de una orquesta a la que se excluyó de las retransmisiones radiofónicas con fines exclusivos de represalia (CE Secc. 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire\**), el caso de los deportistas cuyas federaciones adoptan medidas que no son de naturaleza estrictamente «deportiva» (CE 25 de mayo de 1998, *Fédération française d'haltérophilie, musculation et disciplines associées*, JCP 1999.II.10001, nota Lapouble: negativa a incluir en la selección a un atleta, que debía participar en un campeonato, para sancionarlo por sus declaraciones públicas sobre el comportamiento de un dirigente de la federación). La desviación de poder puede también estar vinculada con medidas destinadas exclusivamente a favorecer a los interesados (CE 5 de marzo de 1954, *Delle Soulier*, Rec. 139; RJPUF 1954.624, concl. Jacomet: fundación de una escuela en interés exclusivo del director al que pretendía contratar la Administración; –13 de ene. de 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration*, Rec. 23; RD publ. 1995.1091, nota Prétot: decreto de modificación de las condiciones de nombramiento de determinados funcionarios, dictado con el fin exclusivo de permitir el nombramiento de una persona determinada).

También es motivo de censura la utilización de los poderes de policía cuando su objeto no es garantizar el orden público, sino proteger intereses particulares (CE 14 de marzo de 1934, *Delle Rault*, Rec. 337: reglamentación de los bailes y de los salones de baile por un alcalde para impedir que se convirtieran en competidores de la posada de la que era propietario; – Secc. 25 de ene. de 1991, *Brasseur*, Rec. 23, concl. Stirn; RFDA 1991.587, concl., nota Douence; AJ 1991.351, cr. Schwartz y Maugüé; JCP 1991.II.21564, nota Moreau: restricción de la actividad de los feriantes y de los vendedores ambulantes para proteger a los comerciantes locales).

La expropiación por motivos de utilidad pública se desvía de su objetivo cuando se utiliza exclusivamente para favorecer intereses privados (CE 4 de marzo de 1964, *Dame Vve Borderie*, Rec. 157; AJ 1964.624, nota P. L.: expropiación de una propiedad con la finalidad exclusiva de dar allí acogida a un club hípico privado) o con ánimo de menoscabar esos mismos intereses (CE 16 de febr. de 1972, *Minis-*

*tre de l'équipement et du logement c. Baron*, Rec. 139: expropiación con la finalidad exclusiva de impedir la compra o utilización de una propiedad por un particular).

Cabe decir lo mismo en caso de aplicación de unas leyes de urbanismo con el único objetivo de impedir la cesión de un bien a personas ajenas al municipio (CE 1 de febr. de 1993, *M. et Mme Guillec*, Rec. 22; JCP 1993.II.22088, concl. Vigouroux), o de permitir a un propietario construir un edificio (CE 9 de jul. de 1997, *Ben Abdulaziz Al Saoud*, DA 1998, n.º 38, obs. L. T.), o incluso de dificultar la utilización del solar donde se ubica (CAA Bordeaux 21 de dic. de 2010, *Commune de Cilaos*, req. n.º 09BX02340, JCP Adm. 2011.2247, com. Maublanc).

- 3 A. Cuando el acto administrativo se realiza para favorecer el *interés público*, pero con un objetivo distinto a aquél por el que le fueron reconocidas a su autor las facultades necesarias para realizar dicho acto. Este supuesto de desviación de poder es menos grave que el anterior, porque el objetivo que persigue tiene que ver con el interés público. Pero los poderes atribuidos a la Administración no le permiten perseguir cualquier interés público, sea éste cual fuere.

En particular, no cabe utilizar estos poderes indistintamente para satisfacer intereses financieros o para resolver un litigio o para revocar una decisión judicial.

El interés financiero, pese a ser un fin legítimo de toda buena administración, es ajeno a algunas de sus atribuciones. Así quedó establecido en los casos *Pariset* y *Laumonnier-Carriol*: los prefectos no estaban facultados para utilizar sus poderes de control policial sobre los establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres cuando lo que se pretendía era evitar que el Estado tuviera que indemnizar a los industriales cuyas fábricas se veían perjudicadas por la instauración del monopolio de la fabricación de cerillas. Del mismo modo, una expropiación no puede tener como única finalidad conseguir que el Estado ahorre (CE 20 de marzo de 1953, *Bluteau*, Rec. 691), o que un municipio obtenga beneficios (CE 20 de oct. de 1961, *Consorts White*, Rec. 917). Un alcalde, que adopta una medida policial con la finalidad fundamental de evitar al municipio y a sus habitantes unos gastos necesarios, comete una desviación de poder (CE 24 de junio de 1987, *Bes*, Rec. 568).

A la inversa, los poderes financieros no pueden desviarse de sus fines: un ministro no puede ejercer sus poderes de tutela sobre una caja

de ahorros semipública para provocar su liquidación (CE 8 de jul. de 1955, *Caisse de compensation pour la décentralisation de l'industrie aéronautique*, Rec. 398; D. 1955.597, concl. Chardeau; AJ 1955.II bis.18, cr. Long).

La Administración puede tener la intención legítima de resolver un litigio que la enfrenta a un particular, o incluso unos litigios entre particulares. Pero ello no significa que esté legitimada para utilizar con esta finalidad las facultades que no le fueron otorgadas con este objeto. Un alcalde no puede, por tanto, ejercer sus poderes de policía para desahuciar a una asociación con la que tiene una disputa (CE 19 de ene. de 1979, *Ville de Viry-Chatillon*, Rec. 613), ni un concejo municipal puede hacer uso de sus facultades de disposición de los bienes municipales para poner fin a un litigio de naturaleza privada de forma oportuna (CE 16 de dic. de 1970, *Dame Vve Huc*, Rec. 767).

Este último asunto coincide con los casos de desviación de poder consistentes en la adopción de medidas destinadas a revocar una decisión judicial: la ilegalidad reside tanto en el menosprecio de la autoridad de cosa juzgada como en la utilización de los poderes para una finalidad que no es la suya. Tal es el caso de: un decreto normativo con el que se modificó el estatuto del administrador de la Comédie Française para permitir al gobierno adoptar medidas individuales idénticas a otras decisiones que habían sido anteriormente anuladas por el Consejo de Estado (CE As. 13 de jul. de 1962, *Bréart de Boisanger*, Rec. 484; D. 1962.664, concl. Henry; S. 1962.331, concl.; AJ 1962.548, cr. Galabert et Gentot); la supuesta reorganización de un servicio público para evitar las consecuencias de la anulación de un traslado (CE 15 de jul. de 1964, *Dame Michel*, Rec. 403); la negativa a conceder una licencia de obras para «invalidar los efectos de las decisiones jurisdiccionales que habían suspendido y anulado previamente las sentencias anteriores de denegación de la misma solicitud» (CE 7 de nov. de 2012, *M. et Mme Gaigne et commune de Grans*, Rec. 1027; JCP Adm. 2013.2114, com. Pontier).

- 4 B. Cabe asimilar esta forma de desviación de poder a la *desviación procesal*, figura que consiste en el uso por parte de la Administración de un procedimiento que la Ley reserva para otros fines, y ello con el solo objeto de ocultar tras una falsa apariencia el contenido real de un acto. De este modo se consigue eludir determinadas formalidades o suprimir determinadas garantías. Este es el motivo por el que, a la hora de imponer una sanción a una empresa por infracción de la legislación

económica, se consideró que la Administración no estaba facultada para utilizar el procedimiento de confiscación de mercancías (CE Secc. 21 de febr. de 1947, *Guillemet*, Rec. 66), ni para proceder a la detención de personas «con objeto de limitar, en interés de la policía, la libertad de aquellos a los que se aplica la sanción», en particular internándolos en campos (CE As. 3 de febr. de 1956, *Keddar*, Rec. 46). También se produce una desviación procesal cuando un prefecto, en lugar de utilizar sus poderes de policía, recurre al artículo 30 del Código Procesal Penal con objeto de ordenar el secuestro judicial de un periódico (CE 24 de junio de 1960, *Société Frampar\**), o de pronunciar una declaración de utilidad pública con el fin exclusivo de modificar los documentos por los que se rige una recalificación urbanística, sin que proceda una expropiación (CE 16 de ene. de 1998, *Syndicat intercommunal à vocation multiple de canton d'Accous*, Rec. 717).

- 5            **II.** El número de casos en los que la jurisprudencia ha admitido la existencia de una desviación procesal, incluso en épocas recientes, no permite afirmar que este motivo de anulación sea residual o esté en declive. Se ha podido comprobar, sin lugar a equivocarse, que esta causa de anulación conoció su mayor auge entre 1910 y 1940. Sigue estando de actualidad pese a las *limitaciones* con las que tropieza: estas últimas están relacionadas con la presunción, la ampliación y la modificación de la finalidad perseguida.

A. *La presunción de legalidad de la finalidad perseguida* se reduce hoy en día a la mera aplicación de la presunción de legalidad, válida en general para todos los actos administrativos.

Durante un cierto tiempo, la prueba de la desviación de poder era más difícil de conseguir que la de otras ilegalidades. Hasta 1910, para considerar que había habido desviación de poder era imprescindible que ésta fuera el resultado de los propios términos de la decisión. Una primera atenuación de los requisitos consistió en permitir que su existencia se estableciera apoyándose en los elementos que obraban en el expediente, en los que el Consejo de Estado admitía que se buscaran las pruebas (CE 19 de febr. de 1909, *Abbé Olivier\**). A continuación se admitieron presunciones con base suficiente e indicios lo bastante sólidos (CE Secc. 3 de marzo de 1939, *Dame Laurent*, Rec. 138). El Consejo de Estado admitió finalmente las alegaciones que fueran lo suficientemente exactas, a condición de que no entraran en contradic-

ción ni con los elementos que obraban en el expediente ni con el punto de vista de la propia Administración (CE 26 de oct. de 1960, *Rioux*, prec.), así como aquellas otras que permitieran por sí solas comprobar la existencia de «presunciones sólidas» (CE 22 de marzo de 1961, *Enard*, Rec. 202). Las circunstancias del caso (CE Secc. 13 de nov. de 1970, *Lambert*, Rec. 665; AJ 1971.33, cr. Labetoulle y Cabanes), las condiciones en las que se produjo la decisión (CE 13 de ene. de 1995, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration*, prec.) son los elementos que permiten poner de manifiesto la desviación de poder. La demostración de la existencia de una desviación de poder termina, así, por encuadrarse en el procedimiento probatorio general ante el juez administrativo (CE 7 de febr. de 2001, *Adam*, Rec. 50, similar a la sentencia de 28 de mayo de 1954, *Barel\**).

No obstante, la presunción de que existe un interés general y, más concretamente, una voluntad de alcanzar un objetivo que se ajusta a aquél por el que le fueron otorgados unos poderes a la Administración, representan argumentos en favor de esta última. Así pues, para desestimar el motivo que se alega para justificar la desviación de poder, basta con que el Consejo de Estado declare que la decisión impugnada no fue adoptada «por motivos ajenos al interés general» (CE Secc. 27 de mayo de 1949, *Blanchard et Dachary*, Rec. 245; – Secc. 29 de junio de 1951, *Syndicat de la raffinerie de soufre française*, Rec. 377; S. 1952.3.33, concl. Barbet, nota M. L.; D. 1951.661, nota M. Waline). Se ha destacado que esta presunción resultaba especialmente beneficiosa para los servicios financieros y las organizaciones profesionales en un momento en el que la multiplicación de sus intervenciones y de sus prerrogativas hubiera exigido un mayor rigor por parte de los jueces.

Pero lo cierto es que los jueces sólo han reprobado la desviación de poder, en el ámbito del intervencionismo económico y social, cuando éste era absolutamente evidente (CE As. 28 de marzo de 1945, *Devouge*, Rec. 64; S. 1945.3.45, concl. Detton, nota Brimo; Gaz. Pal. 1945.1.123, concl.).

- 6 B. El hecho de que se atribuyera *una definición más amplia a la finalidad perseguida* permite asimismo comprender por qué la acusación de desviación de poder no prosperó en gran número de casos: aunque la Administración pretendiera alcanzar objetivos distintos a los que hubieran normalmente justificado su intervención, no cabía ver en

sus decisiones una desviación de poder en la medida en que persiguiera también un objetivo compatible con sus poderes.

El interés general no es irreconciliable con los intereses privados: el hecho de que una decisión se tome en beneficio de estos últimos no impide que el interés general sea también un objetivo real. La decisión con la que se crea un organismo y se establece el estatuto por el que ha de regirse su director no se adopta necesariamente en interés personal de este último, aunque sea una decisión favorable para él (CE 4 de febr. de 1955, *Ligue des contribuables de la Martinique et Benoit*, Rec. Penant 635, 1955.I.154, concl. Landron). No se puede considerar que un arancel de importación destinado a favorecer a la industria local constituya una desviación de poder, aunque sólo sea una la empresa que fabrica el producto en cuestión y la adopción de la medida haya sido solicitada por ésta (CE 3 de febr. de 1975, *Rabot*, Rec. 82; AJ 1975.467, nota Sabiani). El beneficio que obtiene una empresa con la reestructuración de un determinado barrio no basta para suponer que la operación carece de una finalidad favorable al interés general (CE 9 de nov. de 1983, *Pandajopoulos*, Rec. 609).

En materia de expropiación, hay dos casos que ilustran a la perfección el solapamiento entre interés general e interés privado. El primero tiene que ver con el desvío de una carretera que separaba las fábricas de la empresa Peugeot. «Puesto que, con el desvío de la carretera en cuestión, (dicha) empresa obtiene una ventaja directa y evidente, el interés general se verá satisfecho si se atienden al mismo tiempo las necesidades de la circulación general de vehículos y las exigencias de desarrollo de un complejo industrial que desempeña un papel crucial en la economía regional» (CE 20 de jul. de 1971, *Ville de Sochaux*, Rec. 561; v. n.º 81.2). En el segundo caso, el Consejo de Estado formuló dos opiniones sucesivas: en un primer momento, dictaminó que, al considerar de utilidad pública la construcción de una presa en el territorio de un municipio, el prefecto no perseguía como objetivo promover el desarrollo de actividades de ocio en dicho municipio ni proceder al saneamiento de una zona presuntamente insalubre, sino exclusivamente facilitar la explotación por parte de una empresa privada de una cantera cuyo emplazamiento no iba a ser objeto de recalificación por el prefecto hasta que no se completara dicha explotación, motivo por el cual se estaba cometiendo una desviación de poder (CE 3 de oct. de 1980, *Schwartz*, Rec. 353; AJ 1981.205, nota Lemaurier; D. 1981. IR. 330, obs. Bon); posteriormente, ante la oposición

de terceros interpuesta por el municipio, el Consejo de Estado consideró que el concejo municipal había proyectado el desarrollo de unas instalaciones públicas de recreo náutico y que no había renunciado en ningún momento a dicho proyecto, habiéndose limitado a encomendar a una empresa la explotación de los materiales que había en el subsuelo de los terrenos elegidos como emplazamiento de dichas instalaciones, sin que por ello aplazara, hasta después de completada la explotación, las obras de acondicionamiento necesarias para llevar a cabo el mencionado proyecto. Por consiguiente, la finalidad perseguida por el municipio era alcanzar su objetivo de interés general con el menor coste, no habiéndose producido desviación de poder alguna (CE 7 de dic. de 1983, Municipio de Lautebourg, Rec. 491; D. 1984.583, nota Hostiou; RA 1984.154, nota Pacteau).

- 7 Esta última sentencia pone, al mismo tiempo, de relieve que el interés económico no es necesariamente incompatible con algún otro aspecto de interés general. Resulta, pues, que el hecho de que la Administración satisfaga un interés de índole financiera a la hora de ejecutar una expropiación no impide a ésta actuar con un fin de utilidad pública, habida cuenta del objetivo principal de la operación. (CE 11 de ene. de 1957, *Louvard*, Rec. 27; AJ 1957. II.89, cr. Fournier y Braibant). Del mismo modo, la finalidad y el alcance de los poderes de policía con los que cuenta el Estado para regular el tráfico en el conjunto del territorio le facultan legalmente para tener en cuenta, a la hora de imponer límites de velocidad, los costes que supone el aprovisionamiento nacional de productos petrolíferos y la necesidad de interés general de restringir el consumo de dichos productos, estando destinados los límites de velocidad a disminuir el riesgo de accidente y a limitar sus consecuencias (CE, Secc. 25 de junio de 1975, *Chaigneau*, Rec. 436; RD publ. 1976.342, nota J.-M. Auby).

Es más, no cabe suponer que el interés económico de una medida pone de manifiesto que ha habido desviación de poder cuando los poderes ejercidos tienen en sí mismos una finalidad económica (CE 17 de oct. De 1986, *Commune de Saint-Léger-en-Yvelines*, Rec. 378: supresión de puestos de trabajo con fines de ahorro).

- 8 C. *La desviación de la finalidad perseguida* puede ser alegada, por último, para proceder a una anulación, amparándose no en una desviación de poder, sino en una infracción de la Ley, sobre todo cuando ha habido error en los motivos en los que se fundamenta la decisión. A nivel contencioso el resultado es el mismo. Pero varía la justificación en

la que se basa: la censura de la Administración es menos grave psicológicamente cuando el juez afirma que ésta alegó un motivo con el que no cabe justificar la decisión (control objetivo), que cuando el juez comprueba que, en el ejercicio de sus poderes, la Administración perseguía un objetivo incompatible con dichos poderes (control subjetivo).

El propio contenido de algunas decisiones nos lleva a examinar su relación con el interés general en función de sus motivaciones. Por definición una declaración de utilidad pública será legal únicamente si dicha utilidad es objetiva: de no serlo, cabría considerar ilegal la declaración de utilidad basándose no en una desviación de poder, sino en un defecto de motivación (p. ej. CE 3 de abr. De 1987, *Consorts Métayer et Époux Lacour*, Rec. 121; CJEG 1987.790, concl. Vigouroux; AJ 1987.549, obs. Prétot; RFDA 1987.531, nota Pacteau: no cabe hablar de utilidad pública porque el municipio ya disponía de los terrenos necesarios para llevar a cabo su proyecto; v. también CE 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est\** en lo que respecta al control del «balance»). La aplicación del principio de igualdad está sujeta a excepciones que encuentran justificación en el interés general (v. nuestras obs. en CE 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire\**): cuando se producen discriminaciones que no están suficientemente vinculadas con el interés general, éstas son objeto de censura en virtud no de una supuesta desviación de poder, sino de una infracción de la Ley (CE 30 de junio de 1989, *Ville de Paris c. Lévy*, Rec. 157; RFDA 1990, 575, concl. Lévis; Dr. soc. 1989.767, nota Prétot: las preocupaciones que suscitan en la ciudad de París la preservación del equilibrio demográfico y el deseo de corregir la escasez de familias numerosas francesas no constituyen un motivo legítimo para establecer diferencias de trato entre los residentes parisinos en función de su nacionalidad; no cabe considerar que éstas son necesidades de interés general vinculadas con el objeto de una prestación social). Se hubiera podido también considerar que este tipo de medidas se adoptaban con un objetivo distinto a aquél por el que se había autorizado a las autoridades a ejercer sus poderes.

- 9 En otros casos, la censura de un determinado acto en función de sus motivaciones y no de una desviación de poder parece tener su origen en una genuina elección del juez, que prefiere moderar la severidad de su control.

Resulta así que cuando, debido a una interpretación audaz de la Ley, el Consejo ha limitado la aplicación del concepto de desviación

de poder a determinados fines, ha censurado el desconocimiento de estos últimos por considerar que se trataba de un error de derecho. La ley de 16 de nov. de 1940 había subordinado la validez de las cesiones de suelo rural a una autorización concedida por los prefectos; éstos a menudo denegaban dicha autorización a los empresarios que querían comprar una finca agrícola, alegando que había que dar a los agricultores la oportunidad de adquirirla; el Consejo de Estado dictaminó en dos sentencias (CE As. 9 de jul. de 1943, *Tabouret et Laroche*, Rec. 182; – As. 28 de jul. de 1944, *Dame Constantin*, Rec. 219; D. 1945.163, nota G. Morange), que «el propósito del legislador había sido evitar las especulaciones y el acaparamiento», y que la motivación derivada exclusivamente del hecho de que la solicitud de compra emanara de un empresario «no figuraba entre aquellas que justificaban desde un punto de vista legal la denegación de la autorización prevista por la ley de 16 de nov. de 1940».

En la sentencia *Barel\** de 28 de mayo de 1954, el Consejo de Estado optó por considerar que la negativa a admitir la opción de compra de un candidato en función de sus opiniones políticas constituía un motivo que podía ser tachado de error de derecho, en lugar de dictaminar que el ministro había utilizado sus poderes con un fin ajeno al interés general.

El desarrollo del concepto de control del error manifiesto de apreciación (v. nuestras obs. en CE 4 de abr. de 1914, *Gomel\**) ha permitido al juez fundamentar sus anulaciones en éste en lugar de hacerlo en la desviación de poder (p.ej. CE Ass. 16 de dic. de 1988, *Bléton*, Rec. 451, concl. Vigouroux; RFDA 1989.522, concl., com. Baldous, Négrin y Dietsch; AJ 1989.102, cr. Azibert y de Boisdeffre; JCP 1989. II.21228, nota Gabold: anulación del nombramiento de un funcionario por el cuarto turno).

Por último, los nombramientos a dedo —es decir, los que se producen exclusivamente en interés del beneficiario— se sancionan no mediante una anulación fundamentada en una supuesta desviación de poder, sino mediante el reconocimiento de su inexistencia (declarándolos «nulos y sin efecto»: CE Secc. 30 de junio de 1950, *Massonaud*, Rec. 400, concl. J. Delvolvé; – Secc. 8 de ene. de 1971, *Association des magistrats de la Cour des comptes*, Rec. 26; AJ 1971.672, nota V. S.) – lo que es sin duda mucho más grave (v. nuestras obs. en CE 31 de mayo de 1957, *Rosan Girard\**). Esta sustitución de un motivo de anulación por otro al que ha dado lugar la consideración del fin

perseguido, o incluso del efecto obtenido, no ha supuesto la desaparición de los casos de desviación de poder; éstos siguen existiendo en aquellos ámbitos en los que el juez prefiere en ocasiones ampararse en otros motivos de control (*supra* I). Así ocurrió recientemente (12 de mayo de 2014, *Fédération générale du commerce*, Rec. 132) cuando el Consejo de Estado anuló las disposiciones que imponían solamente a determinados grupos de prensa una fuerte subida de impuestos, amparándose no en una violación del principio de igualdad, sino en una desviación de poder cuya existencia se había establecido a partir de las declaraciones de un dirigente político sobre el tratamiento reservado a un periódico hostil. La censura de una desviación de poder sigue siendo el último recurso del juez cuando pretende sancionar actitudes especialmente escandalosas de la Administración o cuando no existe otro motivo de sanción (v. concl. Kahn en CE Sec. 23 de marzo de 1979, *Commune de Bouchemaine*, Rec. 127).

## 5. COMPETENCIA - CONSEJO DE ESTADO. JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA DE DERECHO COMÚN

**Consejo de Estado, 13 de diciembre de 1889, *Cadot*,**

(Rec. 1148, concl. Jagerschmidt; D. 1891.3.41, concl. Jagerschmidt; S. 1892.3.17, nota Hauriou; «Droits», n.º 9, 1989.78, J. Chevallier «Réflexions sur l'arrêt Cadot»)

Considerando que, ante la negativa del alcalde y del concejo municipal de Marsella a admitir a trámite la reclamación del señor Cadot, se plantea entre las partes un litigio cuya solución es competencia del Consejo de Estado...

### OBSERVACIONES

Ante la decisión de la ciudad de Marsella de suprimir el puesto de ingeniero-director de la red viaria y de las aguas de la ciudad, el titular de dicho puesto presentó contra ella una reclamación por daños y perjuicios; al no ser admitida ésta a trámite por la municipalidad, la reclamación fue trasladada a los tribunales ordinarios, declarándose éstos incompetentes en la materia puesto que no cabía considerar el contrato que vinculaba al demandante con la ciudad de Marsella como un contrato de arrendamiento de obra; el titular del puesto elevó a continuación su demanda al consejo de la prefectura, que también negó su competencia en la materia al no estar fundamentada la demanda en una violación de un contrato de ejecución de obras públicas. El interesado se dirigió entonces al Ministro del Interior, respondiéndole éste que, al no haber admitido el ayuntamiento de Marsella su solicitud de indemnización, no estaba en su mano adoptar otra decisión. Fue esta negativa la que el señor Cadot trasladó al Consejo de Estado. Este último dictaminó que el ministro había actuado de conformidad con la Ley al negarse a resolver sobre asuntos «que, en efecto, no entraban dentro de sus competencias» y que no le correspondía al Consejo de Estado resolver el litigio que se había suscitado entre la ciudad de Marsella y el señor Cadot. Pese a su apariencia anodina, dado que no contiene nin-

guna declaración de principio importante, esta sentencia, acompañada de las esclarecedoras conclusiones del Comisario del Gobierno Jagerschmidt, marcó en realidad un hito fundamental en la evolución del procedimiento contencioso-administrativo, al suponer un tiro de gracia para la denominada teoría del ministro-juez y al convertir al Consejo de Estado en el juez de derecho común de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Las leyes de 16-24 de agosto de 1790 y de 16 Fructidor del año III tenían por objeto sustraer a la Administración de la autoridad de los jueces. Pero poco a poco se fue desarrollando una verdadera jurisdicción administrativa. Aunque dotado al comienzo de un poder meramente consultivo, el Consejo de Estado, creado por la Constitución del año VIII, no tardó mucho, en efecto, en convertirse en un órgano jurisdiccional. Durante mucho tiempo, dispuso exclusivamente de poderes judiciales «restringidos» y el poder decisorio seguía estando, en principio, en manos del Jefe de Estado; no obstante, al adquirir este último el hábito de seguir las recomendaciones del Consejo de Estado, este órgano fue investido por la ley de 24 de mayo de 1872 de la facultad de administrar una justicia «delegada» que le permitía adoptar decisiones en nombre propio.

Pero, incluso después de 1872, la jurisdicción administrativa seguiría adoleciendo de algunas «secuelas» resultantes de estos orígenes y del principio según el cual la Administración no debía someterse a ningún juez. Se siguió considerando en efecto, que el Consejo de Estado era competente únicamente en los casos previstos de forma expresa por la ley: en otras palabras, su única función como juez consistía en determinar cuál era el órgano competente. El juez ordinario seguía siendo, como antes de que se dictaran las leyes de 1790 y del año III, el ministro: cualquier demanda de un particular debía ser presentada primero ante el ministro, que dictaminaba en su condición de juez, y sólo después cabía presentar un recurso ante el Consejo de Estado. Esto es lo que se conocía como teoría del «ministro-juez».

Esta secuela de una época en que la Administración era su propio juez dejó de tener sentido a partir del momento en que se creó una verdadera jurisdicción encargada de resolver los litigios que enfrentaban a la Administración con los particulares. Después de ser censurado este enfoque por la doctrina, fue progresivamente abandonado por la jurisprudencia; quedó excluido, en particular, de los procedimientos contenciosos relativos a decisiones adoptadas por autoridades del Es-

tado, estando exclusivamente reservada su aplicación a los recursos por exceso de poder. El Consejo de Estado lo condenó definitivamente con su sentencia *Cadot*, excluyéndolo de los procedimientos contenciosos que eran competencia de las entidades territoriales, y tomando la decisión, de forma general, de permitir a partir de entonces que los litigios de naturaleza administrativa pudieran ser presentados directamente ante él, *omisso medio*, es decir, sin que tuviera primero que actuar como juez el ministro. El recurso administrativo previo mantuvo su carácter obligatorio únicamente en los casos en los que estuviera previsto en un texto legal.

Retomando los términos del Comisario del Gobierno Jagerschmidt, podemos decir que «siempre que haya una autoridad con poder propio de decisión, y con la facultad de adoptar decisiones administrativas de naturaleza ejecutoria, cabrá la posibilidad de que se plantee un debate de naturaleza contenciosa cuya resolución puede ser competencia directa del Consejo de Estado —basta, para ello, que el debate sea consecuencia de una decisión que ha adoptado la autoridad administrativa sobre el litigio». Por ello, los recursos contencioso-administrativos deberían, por regla general, presentarse contra una decisión administrativa previa; pero la Administración ha perdido su función jurisdiccional. A partir de la sentencia *Cadot*, se reconoció al Consejo de Estado como juez de derecho común en primera y última instancia de los recursos de anulación de actos administrativos y de los recursos de indemnización formulados contra entidades públicas.

Fue esta sentencia la que permitió el desarrollo de la jurisprudencia administrativa en su conjunto. Sin duda, desde el decreto de 30 de sept. de 1953, el Consejo de Estado ha pasado a ser nuevamente un juez de atribución de competencias; ello no obsta para que la jurisdicción de derecho común en primera instancia se ponga en manos de los tribunales administrativos, y no de la propia Administración.

En su contenido literal la sentencia *Cadot* ha quedado obsoleta desde que el Consejo de Estado dejó de ser, con la reforma de 30 de sept. de 1953, juez de derecho común en el ámbito administrativo. Pero su contribución teórica sigue estando en vigor en la medida en que establece una distinción clara entre función administrativa y función jurisdiccional, lo que favorece el desarrollo de esta última.

## 6. RESPONSABILIDAD - RIESGO

### Consejo de Estado, 21 de junio de 1895, *Cames*

(Rec. 509, concl. Romieu D. 1896.3.65, concl.; S. 1897.3.33, concl.; nota Hauriou)

Considerando que el señor Cames, obrero del arsenal de Tarbes, sufrió una herida en su mano izquierda el 8 de jul. de 1892, producida por un trozo de metralla proyectado por efecto del golpe de un martillo pilón; que, a resultas de este accidente, el señor Cames se halla de forma definitiva en la imposibilidad de utilizar su mano izquierda y de asegurar su propia subsistencia;

Considerando que en la fase de instrucción ha quedado demostrado de modo fehaciente que no cabe reprochar falta alguna al señor Cames, y que el accidente no es imputable ni a la negligencia ni a la imprudencia de este trabajador; que, dadas las circunstancias en las que ocurrió el accidente, el Ministro de Defensa carece de todo fundamento para sostener que no recae responsabilidad alguna sobre el Estado, por lo que procede hacer una justa valoración de la misma, concediendo una indemnización de 600 francos de renta vitalicia al señor Cames, con unos atrasos que habrá que abonar desde el día 12 de dic. de 1893, fecha en la que dejó de percibir su salario diario; que al constituir esta condena una reparación suficiente, procede impugnar las conclusiones del señor Cames tendentes a considerar dicha renta como reversible a su mujer y a sus hijos;... (Condena del Estado).

### OBSERVACIONES

- 1 El señor Cames, obrero del arsenal de Tarbes, estaba forjando un amasijo de hierro con el martillo pilón, cuando recibió el impacto de un trozo de metralla que le ocasionó la atrofia total de su mano izquierda. El Ministro de Defensa le asignó una indemnización de 2000 francos. El señor Cames pidió al Consejo de Estado una indemnización más elevada. El Estado se oponía a la demanda alegando el carácter meramente graciable de la indemnización que se ofrecía al recurrente.

La tesis de la Administración podía fundamentarse, según el Comisario del Gobierno Romieu, en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios: no cabía en este caso achacar culpa alguna ni al trabajador ni al patrón; el trabajador, que, por cierto, no imputaba culpa alguna al Estado, no podía aspirar, en el marco del derecho tradicional, a ninguna indemnización. Pero las entidades que trabajan en pro de la defensa nacional constituyen servicios públicos y la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por los servicios públicos no se rige por el derecho común (TC 8 de febr. de 1873, *Blanco\**). «*Compete al juez administrativo —afirmaba el Comisario del Gobierno— examinar directamente, en función de sus conocimientos, de acuerdo con su conciencia, y de conformidad con los principios de igualdad, cuáles son los derechos y obligaciones recíprocos del Estado y de sus trabajadores en la ejecución de los servicios públicos, en particular si el Estado está obligado a proteger a sus trabajadores contra el riesgo resultante de las obras que les encomienda;... si un accidente se produce en el trabajo y si la culpa no es imputable al trabajador, el servicio público deber asumir la responsabilidad e indemnizar a la víctima*».

Al refrendar de este modo la teoría del riesgo profesional -de forma expresa en las conclusiones del Comisario del Gobierno, de modo implícito en su sentencia-, el Consejo de Estado se anticipaba al legislador en su adopción de un enfoque que este último se resistía a aceptar desde hacía muchos años. Poco después de esta decisión del Consejo de Estado, la ley de 9 de abr. de 1898 relativa a los accidentes laborales -que más tarde sería sustituida por la ley de 30 de oct. de 1949 y finalmente por el Código de la Seguridad Social- ampliaría las ventajas de este sistema al conjunto de los trabajadores. Más adelante, fueron muchas las leyes que universalizaron la aplicación de este principio.

Ello no obsta para que siga siendo posible aplicar en ocasiones la jurisprudencia *Cames* a los *colaboradores permanentes* de la Administración (I); su validez se mantiene también en *otros casos de responsabilidad por riesgo* (II).

- 2            I. Los *colaboradores permanentes* pueden acogerse normalmente a determinadas «*disposiciones (que) establecen la indemnización estimativa que tiene derecho a percibir un funcionario que ha sido víctima de un accidente mientras prestaba servicio o que padece una enfermedad profesional, y ello en virtud de la merma que se pro-*

*duce en su integridad física, dentro del marco de la obligación que tienen las entidades públicas de proteger a sus empleados contra los riesgos que puedan correr en el desempeño de sus funciones»* (CE As. 4 de jul. de 2003, *Mme Moya-Caville*, Rec. 323, concl. Chauvau; RFDA 2003.991, concl., nota Bon; AJ 2003.1598, cr. Donnat y Casas; AJFP nov.-dic. 2003.25, estudio Deliencourt; JCP 2003.II.10168, nota Monioll; LPA 15 de abr. de 2005, nota Boutemy y Meir; RD publ. 2003.1237, nota Prétot). Durante mucho tiempo, la prestación complementaria excluía cualquier otra indemnización (CE As. 9 de jul. de 1976, *Gonfond*, Rec. 354; AJ 1976.588, cr. Nauwelaers y Fabius), incluyendo la que correspondía por daño moral (CE 11 de jul. de 1983, *Ministre de la défense c. Consorts Lacourcelle*, Rec. 868). Paradójicamente la protección específica que concedía la legislación a los funcionarios en materia de pensiones acabó por ser menos favorable que el régimen de responsabilidad del derecho común. La legislación y la jurisprudencia han evolucionado de modo a evitar esta incongruencia.

- 3 La propia Ley remite en ocasiones al derecho común. El artículo L. 62 del Código del servicio militar obligatorio permite tanto a los «jóvenes que cumplen sus obligaciones de servicio militar y que son víctimas de daños físicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo del servicio» como a sus familiares reconocidos «recibir del Estado, cuando esté comprometida su responsabilidad, una reparación complementaria destinada a garantizar la indemnización íntegra del daño sufrido, debiendo estimarse esta última de acuerdo con las normas del derecho común».

Del mismo modo la Ley obliga a los municipios, provincias y regiones a asumir la responsabilidad por los daños que sufran, como resultado de un accidente, los cargos electos locales en el desempeño de sus funciones (art. L. 2123-31 y 33, L. 3123-26 y 27, L.4135-26 y 27 del Código general de los entes territoriales —sobre la interpretación de estas disposiciones, v. CE 20 de ene. de 1989, *Guignonis*, Rec. 22; AJ 1989.400, obs. J.-B. Auby). Cuando no se indique lo contrario, estos textos remiten al régimen de responsabilidad por riesgo que establece la sentencia *Cames*.

- 4 La jurisprudencia ha reconocido también que tanto los empleados que no son funcionarios como los que sí lo son pueden acogerse a la jurisprudencia *Cames*. Así lo han admitido los tribunales ordinarios en el caso de los liquidadores, siendo dichos tribunales competentes

para resolver los litigios en que éstos se vean involucrados dada su condición de personal subalterno de la función pública judicial (v. nuestras obs. en Civ. 23 de nov. de 1956, *Trésor public c. Giry\**). Por este motivo le fue concedida una indemnización a un liquidador al que la justicia no había encomendado ningún caso durante diez años, argumentando «*que, aunque no se haya producido falta alguna, la víctima de un daño, a tenor de su condición de colaborador de la función pública, estará legitimada para reclamar al Estado una reparación, siempre y cuando el perjuicio ocasionado revista un grado anormal, especial y relativamente grave*» (Civ.1.<sup>a</sup> 30 de ene. de 1996, *Morand c. Agent judiciaire du Trésor*, v. n.º 70.7); ahora bien, cuando la indemnización se conceda sin que haya habido falta, su fundamento tendrá mucho más que ver con el principio de igualdad ante las cargas públicas (v. CE 14 de ene. de 1938, *La Fleurette\**) que con la teoría del riesgo.

El hecho de que la legislación en materia de pensiones militares no reconozca el derecho a reclamar una pensión a los hermanos y hermanas de los militares fallecidos mientras prestaban servicio no obsta para que estos últimos puedan recibir una reparación por el perjuicio sufrido «*incluso cuando no haya habido falta alguna por parte de la entidad pública*» (CE 27 de jul. de 1990, *Consorts Bridet*, Rec. 230, concl. Fornacciari; AJ 1990.897, nota Darcy; D. 1991. SC. 288, nota Bon y Terneyre; RFDA 1991.141, nota Bon).

5 Los funcionarios pueden obtener una indemnización compatible con la prestación complementaria por daños no vinculados directamente con los servicios que debían prestar.

En estas circunstancias, los riesgos excepcionales a los que está sometido un funcionario público por el desempeño de sus funciones le dan derecho a una reparación por los perjuicios resultantes (CE Secc. 19 de oct. de 1962, *Perruche*, Rec. 55; AJ 1962.668, cr. Gentot y Fourré: daño sufrido por el Cónsul de Francia en Seúl por el saqueo de sus bienes, acaecido tras recibir la orden de permanecer en su puesto cuando ya habían abandonado el país las autoridades de Corea del Sur ante las que estaba acreditado; – As. 16 de oct. de 1970, *Époux Martin*, Rec. 593; JCP 1971.II.16577, concl. Braibant, nota Ruzié: daños sufridos en Laos por los cooperantes a los que las autoridades francesas ordenaron permanecer en el país pese a los disturbios que duraban ya desde hacía varios meses). Vuelve a estar presente, en este caso, de modo explícito o implícito el principio de igualdad ante las cargas pú-

blicas. El riesgo al que se ven sometidos los funcionarios depende mucho más de la situación de peligro en la que los ha colocado la Administración que de su condición de servidores públicos: la reparación del daño se fundamenta tanto en las soluciones a las que dio lugar la jurisprudencia *Regnault-Des-Roziers*\* (28 de marzo de 1919) como en las de la jurisprudencia *Cames*.

En otras circunstancias que no fueran excepcionales, si unos funcionarios han sido víctimas, durante el desempeño de sus funciones, de accidentes que les dan derecho a percibir una prestación complementaria, esta última no es incompatible, según el derecho común, con la indemnización por los daños acaecidos como resultado de los cuidados que recibieron.

Así lo pusieron de manifiesto dos casos juzgados por el Consejo de Estado (Secc.) el 15 de dic. de 2000, *Mme Bernard, M. Castanet* (Rec. 616; RFDA 2001.701, concl. Chauvaux; AJ 2001.158, cr. Guyomar y Collin). En uno de los casos estaba implicado un auxiliar de enfermería de un hospital público y, en otro, un militar, víctimas ambos de accidentes en el desempeño de sus funciones, y que habían sido atendidos, el primero, en el hospital en el que trabajaba y, el segundo, en un hospital militar. Solicitaron la reparación de los daños resultantes de los cuidados que habían recibido en el hospital —perjuicios que nada tenían que ver con los daños provocados por el propio accidente (en el caso del militar, se trataba de una enfermedad nosocomial). Si los interesados hubieran sido simples usuarios del hospital público habrían podido acogerse sin problemas al régimen de responsabilidad del derecho común (v. nuestras obs. en CE, 10 de abr. de 1992, *Époux V.\**). La aplicación estricta del sistema de pensión complementaria vinculado con su calidad de funcionarios públicos hubiera supuesto una solución menos favorable e incluso injusta. Por este motivo, el Consejo de Estado consideró «*que el hecho de que las consecuencias perjudiciales de los cuidados dispensados... a resultas de un accidente acaecido durante el desempeño de una función sean indisociables de dicho accidente, puesto que dan derecho a la percepción de una prestación de incapacidad temporal*» (Sra. Bernard) o «*a la pensión de invalidez*» (Sr. Castanet) previstas por la ley, «*no obsta para que, si el interesado considera que los cuidados le fueron dispensados en condiciones susceptibles de comprometer, según las normas del derecho común, la responsabilidad del hospital*» (Sra. Bernard) o «*de la Administración*» (Sr. Castanet) «*pueda ejercer contra el hospital*» (Sra. Bernard) o con-

tra «el Estado» (Sr. Castanet) «una demanda de reparación con objeto de conseguir un pago complementario que garantice la reparación íntegra de este tipo de perjuicio».

- 6 Se produjo un nuevo avance con la sentencia ya mencionada de 4 de jul. de 2003, *Mme Moya-Caville*, en la que se admitía la indemnización de los daños que, pese a ser resultado directo de los servicios prestados, no estuvieran cubiertos por la prestación complementaria. Cabe citar algún precedente vinculado con casos muy específicos (*a contrario*, por daños materiales: CE Secc. 3 de ene. de 1958, *Levrat*, Rec. 2; D. 1958.99 y S. 1958.113, concl. A. Dutheillet de Lamothe; AJ 1958.II.93, cr. Fournier y Braibant, y 157, nota Coulet; en el caso de los daños corporales: Secc. 26 de nov. de 1976, *Delle Dussol*, Rec. 518; AJ 1977.28, cr. Nauwelaers y Fabius).

La sentencia *Mme Moya-Caville* adopta una solución de principio: las disposiciones en materia de prestación complementaria «no obstan para que el funcionario que haya padecido, por efecto de un accidente o de una enfermedad, sufrimientos físicos o morales, y perjuicios meramente estéticos o que mermen sus capacidades, pueda reclamar a la entidad pública para la que trabaja, incluso cuando ésta no haya cometido falta alguna, una indemnización complementaria que repare este tipo de perjuicios, independientes de la merma en su integridad física».

Puesto que la prestación complementaria cubre únicamente la merma de la integridad física, los sufrimientos físicos o morales, los perjuicios meramente estéticos o que mermen sus capacidades deben ser objeto de una indemnización adicional, que se establezca de acuerdo con el derecho común (v. nuestras obs. a la sentencia *Letisserand*\* de 24 de nov. de 1961. El fundamento de esta indemnización sigue siendo el riesgo profesional, como en la sentencia *Cames*).

Pero la sentencia *Mme. Moya-Caville* rebasa los límites del riesgo, puesto que admite como legítima «la presentación contra la entidad pública de una demanda, susceptible de dar lugar a la reparación íntegra de la totalidad del daño, en los casos sobre todo en que el accidente o la enfermedad pueda ser imputable a una falta que involucre la responsabilidad del organismo o que se derive del estado de una obra pública cuyo mantenimiento fuese responsabilidad del mismo».

De este modo se invalida la jurisprudencia que excluía cualquier indemnización distinta de la prestación. El funcionario que sea víctima de un accidente durante la prestación de un servicio o que padezca una

enfermedad profesional puede: – en todos los casos, recibir, además de la prestación, una indemnización por los sufrimientos y perjuicios meramente estéticos o que mermen sus capacidades; – en caso de que haya habido falta por parte de la Administración o defecto (presunto) de mantenimiento ordinario de la obra pública, reclamar una indemnización que cubra (una vez deducida la prestación) la totalidad de los perjuicios de todo tipo que haya sufrido.

La diferencia que se aprecia en el régimen de responsabilidad de la Administración frente a sus colaboradores permanentes entre la sentencia *Cames* y la sentencia *Mme. Moya-Caville* no impide que la jurisprudencia esté alentada en ambos casos por el mismo espíritu: el deseo de garantizar una protección equitativa a los funcionarios por los perjuicios que puedan sufrir en el desempeño de sus funciones.

7 II. Aunque la sentencia *Cames* se aplica hoy en día únicamente a los funcionarios fijos de la Administración, no deja, por ello, de ser el origen de la ampliación del concepto de *responsabilidad por riesgo* a otros supuestos.

El primero de estos supuestos es el de los *funcionarios eventuales* que, con independencia de que presten un servicio obligatorio, optativo o voluntario, al no estar cubiertos ni por la legislación sobre prestaciones ni sobre accidentes laborales, siguen encontrando en la teoría del riesgo el fundamento de la indemnización por el perjuicio sufrido en el desempeño de sus funciones (CE 22 de nov. de 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*\* y nuestras obs.). En segundo lugar, en virtud del riesgo que se genera, la Administración debe asumir la responsabilidad por los daños causados por sus instalaciones, actividades y armas peligrosas (CE 28 de marzo de 1919, *Regnault-Desroziers*\*) e incluso por *determinadas intervenciones médicas* (CE As. 9 de abr. de 1993, *Bianchi*, Rec. 127, concl. Daël; v. nuestras obs. a la sentencia *Époux V.*\* de 10 de abr. de 1992, n.º 90.4).

Por último, los daños ocasionados a terceros por accidentes vinculados con obras públicas deben asimismo ser objeto de reparación, aunque no haya habido falta, a tenor del riesgo generado (por ej., en relación con la rotura de la presa de Malpasset, CE As. 28 de mayo de 1971, *Département du Var c. Entreprise Bec frères*, Rec. 419; CJEG 1971. J.235, concl. J. Théry; JCP 1972.II.17133, nota Verrier; –22 de oct. de 1971, *Ville de Fréjus*, Rec. 630; RD publ. 1972.695, nota Waline).

Si los daños permanentes ocasionados a terceros por la mera existencia de unas obras públicas pueden asimismo dar lugar a una repara-

ción, incluso cuando no se ha producido una falta, ello obedece no tanto a la teoría del riesgo, sino más bien al principio de igualdad ante las cargas públicas (v. por ej. CE 2 de oct. de 1987, *Spire*, Rec. 302; CJEG 1987.898, concl. E. Guillaume, a propósito de una central nuclear).

Cualquier idea de riesgo desaparece en otros casos de responsabilidad sin falta, fundándose éstos exclusivamente en el no respeto de la igualdad ante las cargas públicas (CE 30 de nov. de 1923, *Couitéas*\*: responsabilidad derivada de la negativa legal a prestar la ayuda de las fuerzas del orden para la ejecución de una decisión de la justicia; – 14 de ene. de 1938, *La Fleurette*\*: responsabilidad derivada de las leyes; – 30 de marzo de 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*\*: responsabilidad derivada de los convenios internacionales).

## 7. ENTIDADES PÚBLICAS. PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO

**Tribunal de Conflictos, 9 de diciembre de 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*,**

(Rec. 731; S. 1900.3.49, nota Hauriou)

Considerando que la agrupación de comunidades de propietarios del canal de Gignac obtuvo la autorización correspondiente con el decreto de la prefectura de 26 de jul. de 1879; que sus obras fueron declaradas de utilidad pública gracias a una ley de 13 de jul. de 1882; que mediante unas decisiones ministeriales de 14 de marzo de 1883 y de 20 de nov. de 1891 se aprobó el pliego de condiciones de la entidad y se estableció su régimen financiero;

Considerando que, *dado que los propietarios incluidos en el perímetro de la agrupación de comunidades tienen la obligación de afiliarse a esta última so pena de tener que abandonar sus inmuebles, al existir una equiparación entre tasas de administración de fincas y contribuciones directas, debido al poder que se reconoce a los prefectos de consignar por iniciativa propia en sus presupuestos los gastos obligatorios, y de modificar sus impuestos para garantizar el pago de estos derechos, resulta que las susodichas agrupaciones presentan las características esenciales de las entidades públicas*, con respecto a las cuales no cabe utilizar las vías de ejecución previstas por el Código Procesal Civil para la recaudación de las deudas de particulares; que correspondía en exclusiva al prefecto, en virtud de los art. 58 y 61 del reglamento de administración pública de 9 de marzo de 1894, establecer las medidas necesarias para garantizar el pago del importe adeudado a los cónyuges Ducornot; que siendo competencia exclusiva de la autoridad administrativa la ejecución del fallo de 24 de junio de 1891 que los declaró acreedores de la agrupación de comunidades de Gignac, no incumbía al tribunal civil de Lodève resolver en la materia y que, al impugnar la declinatoria planteada por el prefecto, el fallo de 5 de jul. de 1899 pasó por alto el principio de separación de poderes;... (Confirmación de la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional).

## OBSERVACIONES

1 Una agrupación de comunidades acreditada había sido condenada a pagar una suma de dinero. Para asegurarse el pago, los acreedores habían recurrido a un tribunal ordinario para que éste pusiera en marcha los procedimientos de ejecución previstos por el Código Procesal Civil para la recaudación de las deudas de particulares. Se elevó el conflicto. El Tribunal de Conflictos consideró que las agrupaciones de comunidades acreditadas eran entidades públicas, contra las cuales no cabía ejercer las vías de ejecución del derecho común (a este respecto v. CE 17 de mayo de 1985, *Mme Menneret\**, con nuestras obs.).

El interés de esta decisión radica sobre todo en el hecho de convertir las *prerrogativas de poder público* en un elemento esencial para la *identificación de las entidades públicas* (I); sirven asimismo para definir *otros conceptos del Derecho Administrativo* (II).

2 I. Aunque el criterio de poder público fue determinante en este caso, no fue el único (A). Además, este criterio no basta en sí mismo para identificar a una entidad pública (B).

A. Para considerar a las agrupaciones de comunidades como entidades públicas, el Tribunal de Conflictos se fundamenta en varios elementos ajenos al derecho común, que se derivan de la ley de 21 de junio de 1865 (hoy derogada y sustituida por el decreto legislativo de 1 de jul. de 2004): dichas entidades tienen unas prerrogativas de poder público que les permiten obligar a los propietarios recalcitrantes a pagarles por sus gestiones, facultándolas también para recaudar impuestos y expropiar fincas; están también sometidas a obligaciones exorbitantes puesto que su acreditación depende de una orden gubernativa y el prefecto puede consignar por iniciativa propia en los presupuestos de estas agrupaciones unos gastos obligatorios y establecer los ingresos correspondientes. Así pues, «reúnen las características esenciales de las entidades públicas». Casi un siglo más tarde, el Consejo Constitucional consideró que se trata «no de asociaciones de derecho privado, sino más bien de entidades públicas de carácter administrativo» (*n.º 89-267 DC, 22 de ene. de 1990, Rec. 27; AJ 1990.329, nota Wachsmann*). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró, por su parte, que no se trataba de asociaciones en el sentido del artículo 11

del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH 6 de dic. de 2011, *Poitevin et Helleboid c. France*).

La solución resulta tanto más excepcional cuanto que las agrupaciones de comunidades reconocidas como tales trabajan no tanto en favor de un objetivo de interés general, sino más bien en favor del interés colectivo, aunque al mismo tiempo privado, de los propietarios: desecación de humedales, lucha contra inundaciones e incendios, etc. Hauriou se manifestó rotundamente contrario a este «amalgama de intereses económicos y de la cosa pública»; veía en las agrupaciones de comunidades catalogadas como entidades públicas «la primera institución colectivista»; se quejaba de que, con tales decisiones, «se estaba modificando nuestro Estado». Sigue siendo objeto de controversia determinar si las agrupaciones de comunidades deberían o no gestionar un servicio público. Se ha señalado que una agrupación de comunidades de vecinos acreditada o constituida por iniciativa propia, pese a estar bajo tutela del Estado, no está sin embargo vinculada a ninguna persona pública (CE ord. 14 de junio de 2006, *Association syndicale du canal de la Gervonde*, Rec. 738; en este mismo sentido, concl. Mitjavile sobre CE 25 de oct. de 2004, *Asaro*, AJ 2005.91).

- 3 El criterio de poder público puede seguir siendo útil para contestar a esta pregunta. Fue éste el motivo que alegó el legislador al pronunciarse sobre las agrupaciones de comunidades con fines de reconstrucción (ley de 16 de ene. de 1948, *cf.* TC 28 de marzo de 1955, *Effimieff\**) y la jurisprudencia respecto a la *Société Nationale des Entreprises de Presse* (Civ. (Secc. com.) 9 de jul. de 1951, D. 1952.141, nota Blavoet).

Esta última decisión aludía, no obstante, tanto a la misión de servicio público como a las prerrogativas de poder público.

Estas últimas iban a dejar de ser necesarias. Cabe, en efecto, hablar de entidades públicas incluso cuando no se les hayan reconocido a éstas unas prerrogativas de poder público. Su clasificación como tales puede derivarse de disposiciones legislativas concretas (por ej., la ley de 17 de mayo de 1946 relativa a las explotaciones de carbón de Francia y a las minas de carbón de hulla ubicadas en cuencas) o de atribuciones de servicio público que les son conferidas (por ej., CE 15 de jul. de 1958, *Dame Meyer*, Rec. 446: escuela de medicina y farmacia; – 8 de nov. de 1961, *Contarel*, Rec. 632: centros de aprendizaje).

- 4 B. Algunos organismos dotados de prerrogativas de poder público y a los que se encomienda una misión de servicio público pueden

*no ser entidades públicas*, sino más bien organismos de derecho privado (CE 31 juill. 1942, *Monpeurt*\*; – 20 de dic. de 1935, *Établissements Vézia*, Rec. 1212; v. n.º 48.2; – 13 de mayo de 1938, *Caisse primaire «Aide et Protection»*\*; – 2 de abr. de 1943, *Bouguen*\*) o bien personas públicas *sui generis*, tales como las agrupaciones de interés público y el Banco de Francia (v. TC 14 de febr. de 2000, *GIP-HIS c. Mme Verdier*\*; CE 22 de marzo de 2000, *Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France c. Banque de France*, Rec. 125; AJ 2000.410, cr. Guyomar y Collin).

La clasificación de las personas jurídicas como entidades públicas o como organismos privados encargados de gestionar un servicio público, y dotados de prerrogativas de poder público da lugar, en la práctica, a serias dificultades. Conviene, en principio, remitirse a los términos de la Ley o a la intención del legislador; pero los textos son a menudo ambiguos o lacónicos y la intención de los autores no siempre se discierne con claridad; en estos casos es necesario cuantificar el peso respectivo de los elementos de derecho público y de derecho privado, los cuales están a menudo estrechamente unidos, y pueden estar relacionados principalmente con el modo de creación del organismo, la situación de su personal, las prerrogativas de las que dispone y los controles a los que está sometido. En las valoraciones complicadas que se ve obligado a realizar el juez por los motivos antes expuestos, éste suele tener en cuenta asimismo consideraciones de oportunidad, en un intento de establecer si conviene reconocer al organismo en cuestión su condición de entidad de derecho público, con todas las consecuencias jurídicas, administrativas y financieras que de ello se derivan.

La jurisprudencia ofrece numerosos ejemplos de las dificultades arriba indicadas. Tal es el caso de la condición de entidad pública que se concedió al Instituto Nacional de Denominaciones de Origen, después de veinticinco años de discusiones doctrinales y de vacilaciones administrativas (Secc. 13 nov. de 1959, *Navizet*, Rec. 592; RD publ. 1960.1034, concl. Heumann). El caso de los centros regionales de lucha contra el cáncer suscitó también serias dudas: tras serle trasladado el caso por el Consejo de Estado, el Tribunal de Conflictos resolvió que «pese a asumir una misión de servicio público y estar sujetos, de conformidad con el decreto legislativo de 1 de oct. de 1945, a un conjunto de normas de organización y de funcionamiento que implicaban un control estrecho por parte de la Administración de diferentes aspectos de su actividad, del conjunto de las disposiciones de

este decreto, disposiciones que retomaban los términos de la exposición de motivos, se desprendía que el legislador había pretendido conceder a los centros regionales de lucha contra el cáncer el carácter de entidades privadas, que era, por cierto, el que le correspondía a este tipo de entidades antes de que se dictaran las disposiciones antedichas» (TC 20 de nov. de 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer «Eugène Marquis»*, Rec. 879; AJ 1962.17, cr. Galabert y Gentot; D. 1962.389, nota de Laubadère; JCP 1962.II.12572, nota J.-M. Auby; RD publ. 1962.964, nota M. Waline; RA 1961.621, nota Liet-Veaux). Coincidiendo con esta jurisprudencias, el Consejo de Estado consideró que, habida cuenta del «conjunto de disposiciones que definen la organización y el funcionamiento de las federaciones de cazadores», cabe deducir que el legislador, pese a solicitar a estos organismos que colaboren en la prestación de un servicio público y, pese a someterlos a un estrecho control administrativo, había decidido concederles el carácter de entidades privadas (CE 4 de abr. de 1962, *Chevassier*, Rec. 244; D. 1962.327, concl. Braibant).

5           II. Aunque las prerrogativas de poder público han dejado de ser determinantes para la identificación de una entidad pública, siguen desempeñando *otras funciones* en el Derecho Administrativo: su existencia permite reconocer la naturaleza administrativa de determinados *actos* (A) y la competencia de la jurisdicción administrativa en el caso de determinados *litigios* (B).

A. Permiten identificar los *actos de la Administración*, ya sean éstos unilaterales o contractuales.

Según diversas sentencias, los actos *unilaterales* tienen naturaleza administrativa porque se adoptan en virtud de prerrogativas de poder público y emanan de organismos de derecho público (por ej., TC de junio de 1963, *Werling c. Ministre de l'agriculture*, Rec. 783) o de organismos de derecho privado: este criterio se ha utilizado sobre todo en este último caso, ya sea de forma aislada (CE Secc. 6 de oct. de 1961, *Fédération nationale des huileries métropolitaines*, Rec. 544; AJ 1961.610, cr. Galabert y Gentot; – Secc. 26 de nov. de 1976, *Fédération française de cyclisme*, Rec. 513; AJ 1977.139, concl. Galabert, nota Moderne), ya sea, con frecuencia, en combinación con el criterio de servicio público (CE Secc. 22 de nov. de 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, Rec. 576,

concl. J. Théry; AJ 1975.19, cr. Franc y Boyon; D. 1975.739, nota Lachaume; RD publ. 1975.1109, nota M. Waline; TC 4 de nov. de 1996, *Société Datasport c. Ligue nationale de football*, Rec. 551; JCP 1997. II.22802, concl. Arrighi de Casanova; AJ 1997.142, cr. Chauvaux y Girardot).

Por el contrario, un acto que realiza un particular al que se ha encomendado un servicio público, que «no conlleva el ejercicio de ninguna prerrogativa de poder público por parte de este último», carece de toda naturaleza administrativa (CE 17 de febr. de 1992, *Société Textron*, Rec. 66; AJ 1992.450, nota Devès; D. 1992.519, nota A. Penneau; JCP 1992.II.21961, nota Icard; RA 1992.523, nota Redor y Fatôme; 19 de marzo de 2010, *Chotard*, Rec. 81; AJ 2010.1443, nota Lapouble).

- 6 En el caso de los *contratos*, el criterio de las cláusulas exorbitantes del derecho común fue considerado como imprescindible por la sentencia CE 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges\**. Aunque, desde entonces, la sentencia *Bertin\** de 20 de abr. de 1956 ha devuelto su función en la materia al concepto de servicio público, esta misma sentencia no ha eliminado el papel de las cláusulas exorbitantes, el cual ha sido incluso objeto de una ampliación al tenerse en cuenta, desde entonces, el régimen exorbitante al que remite el contrato (TC 13 de oct. de 2014, *SA Axa France IARD*, Rec. 472; v. n.º 24.2) o en base al cual se suscribe el mismo (CE Sect. 19 de ene. de 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. 48; v. n.º 24.3).

- 7 B. Para determinar si la *jurisdicción administrativa* es *competente* respecto a un litigio, también se tiene en consideración el ejercicio de prerrogativas de poder público.

Éstas pueden estar relacionadas con el desempeño de una misión de servicio público, como en el caso de la responsabilidad extracontractual de los organismos privados (CE 23 de marzo de 1983, *SA Bureau Véritas*, Rec. 134; v. n.º 1.5).

Las prerrogativas públicas pueden también determinar, por sí solas, la competencia de la jurisdicción administrativa. En una sentencia de 10 de jul. de 1956, *Société Bourgogne-Bois*, Rec. 586; v. n.º 1.5, el Tribunal de Conflictos consideró que una contribución, que no puede clasificarse ni entre las contribuciones directas ni entre las indirectas, «está vinculada con actos y operaciones de poder público» y es competencia, por este motivo, de la jurisdicción administrativa (en este

mismo sentido véase TC 13 de dic. de 2004, *Consorts Tiberghien c. SA des eaux du Nord et de la communauté de Lille*, Rec. 626; JCP Adm. 2005.1065, com. J. Moreau).

Es más, en su decisión de 23 de ene. de 1987\*, el Consejo Constitucional consideró como un principio fundamental reconocido por la leyes de la República «aquel según el cual... compete en última instancia a la jurisdicción administrativa anular o modificar las decisiones adoptadas por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, en el marco del ejercicio de prerrogativas de poder público...».

Por tanto, aunque el concepto de poder público no siempre cumple las funciones que le reconoció la sentencia *Canal de Gignac*, sigue siendo un elemento irreductible del derecho administrativo.

## 8. RECURSO POR EXCESO DE PODER. LEGITIMACIÓN PROCESAL

Consejo de Estado, 29 de marzo de 1901, *Casanova*

(Rec. 333; S. 1901.3.73, nota Hauriou)

*Respecto a los motivos de inadmisión que se derivan de la falta de legitimación procesal que se aprecia en los recurrentes, con exclusión del señor Canazzi, médico en Olmeto;*

Considerando que la deliberación impugnada tiene por objeto consignar un gasto en el presupuesto del municipio de Olmeto; *que a los recurrentes les interesa, en su calidad de contribuyentes de dicho municipio, que se declare esta deliberación nula de pleno derecho y que, por tanto, son parte interesada en el sentido del art. 65 de la ley antes mencionada de 5 de abr. de 1884;*

*En cuanto al fondo:*

Considerando que la deliberación impugnada no tenía por objeto la organización de un servicio médico para los indigentes, de conformidad con la ley de 15 de jul. de 1893; que, pese a estar legitimados los ayuntamientos para intervenir, en circunstancias excepcionales, con objeto de prestar atención médica a aquellos de sus habitantes que no tuvieran acceso a ésta, de la instrucción se desprende que esta circunstancia no existía en Olmeto, municipio donde había dos médicos en ejercicio; que de ello se deduce que el ayuntamiento de dicho municipio no tenía atribuciones para asignar, mediante la deliberación impugnada, un sueldo anual de 2000 francos al médico municipal responsable de atender gratuitamente a todos los habitantes pobres o ricos sin distinción y, por ende, el prefecto no actuó de conformidad con la Ley al aprobar dicha asignación;... (se declara la deliberación nula de pleno derecho y, por tanto, queda también derogada el decreto del prefecto de Córcega de 15 de nov. de 1897).

### OBSERVACIONES

- 1 I. El ayuntamiento de Olmeto, en Córcega, había decidido crear una plaza de médico municipal cuya retribución se financiaría con car-

go a los presupuestos del municipio, correspondiendo a dicho médico atender gratuitamente a los habitantes del lugar. Uno de los habitantes del lugar presentó un recurso por exceso de poder contra dicha decisión, al estimar que no podía ser legal porque obligaba a todos los contribuyentes a pagarle a un médico cuyos servicios sólo iban a utilizar algunos de ellos. La jurisprudencia anterior hubiera llevado a declarar improcedente este recurso, puesto que el recurrente sólo podía alegar su interés como contribuyente del municipio. Pero el Consejo de Estado, deseoso de ampliar la admisibilidad de los recursos por exceso de poder, admitió a trámite la demanda. Precisamente sobre este punto es sobre el que radica la importancia de la sentencia *Casanova* (en cuanto al fondo, v. CE Secc. 30 de mayo de 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*\*); es la primera de toda una serie de decisiones que se adoptaron en la misma época, y a través de las cuales el Consejo de Estado amplió deliberadamente el concepto de legitimación procesal que era imprescindible para justificar la presentación de un recurso por exceso de poder; así fue como se admitió a trámite el recurso por exceso de poder presentado por un alcalde contra el decreto del prefecto que anulaba uno de sus actos (18 de abr. de 1902, *Commune de Néris-les-Bains*\*), por un miembro de una asamblea contra una decisión de dicha asamblea (1 de mayo de 1903, *Bergeon*, Rec. 324; S. 1905.3.1, nota Hauriou), por un elector contra la delimitación de divisiones electorales en un municipio (7 de agosto de 1903, *Chabot*, Rec. 619; 1904.3.1, nota Hauriou), por el titular de un diploma contra el nombramiento para un puesto al cual daba acceso dicho diploma (11 de dic. de 1903, *Lot*\*), por el propietario vecino de una vía pública contra la autorización de instalar cables aéreos para tranvía en esa misma vía (3 de febr. de 1905, *Storch*, Rec. 116; S. 1907.3.33, nota Hauriou; RD publ. 1905.346, nota Jèze), por los usuarios de un servicio público contra la negativa a exigir al adjudicatario que prestara el servicio en los términos previstos en el pliego de condiciones (21 de dic. de 1906, *Croix-de-Seguey-Tivoli*\*), por un feligrés contra el cierre de una iglesia (8 de febr. de 1908, *Abbé Déliard*, Rec. 127, concl. Chardenet).

Con la sentencia *Casanova*, el Consejo de Estado admitió el principio según el cual todo contribuyente miembro de una entidad pública tiene derecho a impugnar, por este sólo hecho, las decisiones que tienen alguna repercusión sobre la economía o el patrimonio de dicha entidad; la norma se aplica a medidas tales como la consignación en

los presupuestos de gastos irregulares, o una decisión ilegal en materia de gestión del ámbito en cuestión; por el contrario, dado que los contribuyentes no sufren perjuicio alguno con las medidas de fomento del ahorro, dado que suelen dar lugar a una reducción de la cuantía de los impuestos o a una contención de la subida de los impuestos, no es admisible la impugnación de dichas medidas ante la jurisdicción administrativa (CE 19 de oct. de 1980, *Rémy*, Rec. 829); tampoco procede la impugnación por parte de un contribuyente de un acto declarativo de utilidad pública que, en sí mismo, no suponga ningún compromiso de gasto por parte del beneficiario (CE 23 de dic. de 2014, *Communauté d'agglomération du Grand Besançon*, Rec. 782-783).

Después de ser admitido en 1901 en el caso del contribuyente municipal, el principio se amplió más adelante al contribuyente provincial (CE 27 de ene. de 1911, *Richemond*, Rec. 105, concl. Helbronner), y luego al contribuyente colonial (CE Secc. 24 de junio de 1932, *Galandou Diouf*, Rec. 626). Dentro de este orden de cosas, la condición de una persona como contribuyente de Polinesia es suficiente para inferir que ésta tiene interés para actuar contra una decisión que suspende la percepción de un impuesto, causando una merma en los ingresos de dicha entidad (CE 1 de jul. de 2009, *Kohumoetini*, Rec. 852). Pero la condición de contribuyente del Estado no supone por sí sola que exista un interés suficiente para presentar un recurso (CE 13 de febr. de 1930, *Dufour*, Rec. 176).

2 II. Pese a carecer de lógica en apariencia, la distinción que establece la jurisprudencia entre contribuyente del Estado y contribuyente de las colectividades territoriales obedece al propósito del juez administrativo de ampliar la admisibilidad del recurso por exceso de poder, sin por ello llegar al extremo de convertirlo en una «acción popular».

La jurisprudencia relativa al interés para interponer un recurso por exceso de poder presenta, pues, muchos matices tal y como han puesto de relieve varios comisarios del gobierno y, en particular, los señores Etori (concl. sobre CE Secc. 18 de dic. de 1931, *Fenaille*, S. 1932.3.14), Chenot (concl. sobre CE 10 de febr. de 1950, *Gicquel*, Rec. 100), Laurent (concl. sobre CE Secc. 2 de abr. de 1954, *Gaebelé*, Rec. Penant 1954.262) y Jacques Théry (concl. sobre CE Secc. 28 de mayo de 1971, *Damasio*, Rec. 391).

Sin duda, tal y como ha subrayado el señor Théry, resulta muy fácil identificar los principios rectores en los que se inspira la jurisprudencia, siendo su objetivo: «facilitar lo más posible a los administra-

dos el acceso a vuestras salas de audiencia sin caer por ello en la acción popular, permitiendo a cualquier persona impugnar un acto, cualquiera que fuere su naturaleza; ampliar el círculo de intereses que justifican el ejercicio de la acción judicial, sin omitir por ello la jerarquía natural de los intereses lesionados ni permitir, por tanto, a los administrados, que sólo se vean afectados de forma secundaria y muy indirecta, que cuestionen retroactivamente situaciones que fueron aceptadas por aquellos a los que afectaban directamente. Entre el trastorno que representa cualquier ilegalidad y la molestia que provoca una anulación, vuestra jurisprudencia en materia de interés se ve forzada a unas concesiones difíciles».

Pero, debido a su carácter general, estos principios no permiten establecer criterios rigurosos de solución, sobre todo si se tiene en cuenta que el concepto de interés para actuar puede presentar peculiaridades muy concretas en el caso de determinadas categorías de recurrentes: así ocurre en el caso de los funcionarios, debido al principio de jerarquía (v. nuestras obs. a la sentencia *Lot*\*), de las agrupaciones en virtud de su capacidad limitada (v. la sentencia *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*\*), de los usuarios de servicios públicos, cuyas posibilidades de intervención se admiten de forma mayoritaria (cf. l'arrêt *Croix-de-Seguey-Tivoli*\*). Pese a todo, el Sr. Théry seguía insistiendo en que se admitiera que «para justificar un interés que legitime por sí solo la interposición de un recurso por exceso de poder, el justiciable tiene que demostrar que del acto impugnado se derivan para él consecuencias suficientemente especiales, evidentes y directas».

1. El acto impugnado debe afectar en primer lugar al recurrente en *condiciones suficientemente especiales*. Tal y como señalaba el Sr. Chenot en sus conclusiones sobre el caso *Gicquel*, esta exigencia obliga a que las consecuencias del acto impugnado «coloquen al recurrente en la categoría claramente delimitada de parte interesada. En otras palabras, no es necesario que el interés alegado sea un interés propio y especial del recurrente, pero sí debe encuadrarse en el ámbito en el cual la jurisprudencia ha admitido a conjuntos cada vez más amplios de interesados, sin llegar empero a alcanzar las dimensiones de la comunidad nacional».

- 3 a) Los contribuyentes del Estado (*Dufour*, prec.; CE 26 de jul. de 2011, *Mme Sroussi et autres*, Rec. 1066; AJ 2011.1959, nota Cas-

sia), los ciudadanos (CE 23 de sept. de 1983, *Lepetit*, Rec. 372), los habitantes de un territorio de ultramar, que ejerciten la acción en su condición de tales (CE Secc. 2 de abr. de 1954, *Gaebelé*, Rec. 212; Rec. Penant, 1954.262, concl. Laurent, nota de Soto), no cumplirán con el criterio de particularidad del interés. Lo mismo cabe decir de un particular que, para oponerse a las órdenes que prohíben una especialidad farmacéutica y que la incluyen en una lista de sustancias venenosas, se limite a invocar de modo general el interés de los consumidores (CE 29 de dic. de 1995, *Beucher*, Rec. 480); de un telespectador que, alegando su interés por la protección de la infancia, se oponga a la negativa del Consejo Superior de los Medios Audiovisuales a pronunciarse sobre el videoclip de una canción (CE ene. de 2002, *Stiegler*, Rec. 10); o incluso de un consejero regional que, amparándose en su condición, pretenda criticar las disposiciones normativas sobre un recurso de urgencia ante el tribunal de primera instancia (CE 5 de jul. de 2000, *Tête*, Rec. 302).

- 4 b) Por el contrario, el Consejo de Estado ha admitido implícitamente, en la sentencia *Gicquel*, que las víctimas de un desastre forman una categoría lo bastante bien delimitada para que les sea reconocido el derecho a impugnar los actos que les atañen. Ha considerado asimismo que el propietario de fincas rústicas tiene, por el hecho de serlo, derecho a ejercitar una acción contra un decreto relativo a los requisitos para el ejercicio del derecho de tanteo que la ley reconoce a las entidades de ordenación territorial y de asentamiento rural (CE Secc. 4 de junio de 1965, *Laudy*, Rec. 336; JCP 1966.II.14489, concl. Galmot, nota Ourliac y de Juglart). El Consejo de Estado ha sostenido incluso que una sociedad mercantil puede impugnar una disposición normativa del Código Penal que se adopte en aplicación del artículo 37 de la Constitución de 1958 y que sancione la utilización de medios de pago distintos a las monedas y billetes de curso legal (CE Secc. 12 de febr. de 1960, *Société Eky*, Rec. 101; S. 1960.131, concl. Kahn; D. 1960.236, nota L'Huillier; JCP 1960.II.11629 *bis*, nota Vedel). En este último caso, la recurrente no podía justificar ningún interés que no fuera el común a todos los habitantes del territorio. Pero el Consejo de Estado ha hecho precisamente todo lo posible para que nadie pueda presentar objeciones contra un acto sancionado penalmente. En este mismo orden de cosas, basta con ser elector para tener interés en la impugnación de actos relacionados con la organización de un referéndum (CE As. 19 de oct. de 1962, *Brocas*, Rec. 553; v. n.º 3.4).

2. El acto impugnado debe asimismo tener sobre el recurrente unas consecuencias suficientemente directas y certeras.

- 5 a) En los ámbitos en los que es difícil determinar las repercusiones financieras o económicas de las decisiones administrativas, el Consejo de Estado se ha visto forzado a considerar que el interés invocado no legitimaba la presentación de un recurso por exceso de poder: tal es el caso de una demanda interpuesta por unos secretarios judiciales contra un reglamento relativo al cobro directo de las multas relacionadas con la policía de tráfico, aunque esta modalidad de recaudación tuviera por efecto reducir el número de multas impuestas por los tribunales (CE Secc. 22 de febr. de 1957, *de Chardon*, Rec. 123); así como de la inadmisibilidad de una demanda interpuesta por usuarios de la electricidad contra un decreto que, sin modificar el precio de venta de la corriente eléctrica, que seguía siendo el estipulado en el pliego de condiciones, tuvo como resultado un incremento de los gastos de electricidad en Francia (CE Secc. 16 de nov. de 1962, *Association nationale des usagers de l'électricité*, Rec. 610).

Del mismo modo, fueron los efectos muy aleatorios de la decisión impugnada los que llevaron al Consejo de Estado a no reconocer a un municipio el interés suficiente para oponerse a la acreditación concedida por el prefecto a una asociación de protección del medio ambiente (CE Secc. 13 de dic. de 2006, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, Rec. 556; RFDA 2007.26, concl. Verot; AJ 2007.367, cr. Lenica y Boucher).

Sin embargo, no se considera como aleatorio el efecto que tiene sobre un asalariado la decisión de validar o de homologar un plan de salvaguarda del empleo, cuando éste lleva al empresario a proponer al interesado, dentro del marco del proyecto de despido colectivo, una modificación de su contrato de trabajo susceptible de dar lugar, en caso de no ser aceptada, a su despido por causas económicas (CE As. 22 de jul. de 2015, *Société Pages Jaunes, ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*, AJ 2015.1444).

En materia de licencia de obras, el juez administrativo, amparándose en la idea de que la legislación persigue unos imperativos de planificación urbana, se ha negado a reconocerle a un agente inmobiliario un interés que le legitime, como tal, para traspasar una licencia concedida en un municipio a otro profesional que es un competidor (CE Secc. 5 de oct. de 1979, *SCI Adal d'Arvor*, Rec. 365 «Droit et

Ville», 1980.188, concl. Galabert). Se ha adoptado una solución idéntica en el caso de la apelación interpuesta por una empresa de explotación de salas de cine contra una licencia de obras concedida a otra empresa competidora (CE Secc. 13 de marzo de 1987, *Société albigeoise de spectacles*, Rec. 97; AJ 1987.334, cr. Azibert y de Boisdeffre; D. 1988.66, nota Thouroude) y en el caso de la licencia concedida en relación con una superficie comercial a una empresa competidora (CE 11 de junio de 2014, *Société Devarocle*, RDI 2014.525, nota Soler-Couteaux). El interés para actuar se aprecia, en este campo, en función de la proximidad con respecto a la construcción y en función de la naturaleza de esta última (CE 27 de oct. de 2006, *Mme Dreysse*, Rec. 1109; AJ 2007.316, nota Nicoud). Al propietario de un terreno se le reconoce, por ser esta su condición, un interés suficiente (CE 6 de dic. de 2013, *Bannerot*, req. n.º 354703).

No obstante, con objeto de impedir que prosperen los recursos abusivos, la orden de 18 de jul. de 2013 relativa al contencioso en materia de planificación urbana ha establecido dos restricciones. Por un lado, el art. L. 600-1-2 del Código de Planificación Urbana exige que el proyecto autorizado tenga un impacto directo sobre las condiciones de utilización y disfrute del bien (v. para conocer una primera aplicación: CE 10 de junio de 2015, *Brodelle et Mme Gino*; AJ 2015.1183). Por otro lado, según el art. L. 600-1-3 del mismo código, el interés para actuar debe valorarse, en principio, en el momento de la publicación de la autorización y no en la fecha de presentación de la solicitud.

- 6 b) En materia de reglamentación, el Consejo de Estado admite más fácilmente la existencia de un interés suficientemente directo y certero. Por ejemplo, consideró que un campista, por el hecho de serlo, estaba legitimado para impugnar una orden municipal que regulaba las acampadas, aunque esta orden no le hubiera sido impuesta personalmente; podría, en efecto, verse forzado en cualquier momento a plantar su tienda de campaña en el territorio de dicho municipio (CE Secc. 14 de febr. de 1958, *Abisset*, Rec. 98, concl. Long; AJ 1958. II.221, cr. Fournier y Combarous; GACA, n.º 31). De igual forma, se reconoció que un hostelero tenía interés en solicitar la anulación de un reglamento relativo a las fechas y duración de las vacaciones escolares (CE Secc. 28 de mayo de 1971, *Damasio*, Rec. 391, concl. J. Théry; AJ 1971.406, cr. Labetoulle y Cabanes), que una periodista judicial estaba legitimada para impugnar un decreto que limitaba la publicidad de las audiencias (CE As. 4 de oct. de 1974, *Dame David*, Rec. 464,

concl. Gentot; AJ 1974.525, cr. Franc y Boyon, D. 1975.369, nota J.-M. Auby; JCP 1974.II.17967, nota R. Drago), o que un obrero portugués tenía interés en impugnar una circular relativa a la situación en Francia de los trabajadores asalariados extranjeros (CE 13 de ene. de 1975, *Da Silva et Confédération française démocratique du travail*, Rec. 16; v. n.º 83.5).

Pese a todo, se ha considerado en un sentido más restrictivo que el subocupante del espacio público del puerto autónomo de París no tenía un interés que le legitimara para impugnar las disposiciones de un decreto relativas a la organización y el funcionamiento de la entidad pública «Puerto autónomo de París», y en especial aquellas relacionadas con la composición de su consejo de administración (CE 2 de nov. de 2013, *Société LCCDC*, req. n.º 360834).

- 7 c) El deseo de obligar a *las autoridades administrativas independientes* a respetar la legalidad ha llevado al Consejo de Estado a admitir que a una persona, que interviene en un mercado sometido al control de una autoridad de esta índole, se le debe reconocer, por este solo hecho, un interés legítimo para impugnar una decisión que declare improcedente una reclamación que ella misma ha interpuesto (CE Sect. 30 de nov. de 2007, *Tinez et autres*, Rec. 459; RFDA 2008.521 y Dr. soc. 2008.477, concl. Olléon; RD publ. 2008.651, com. Guettier; RJEP 2008, com. n.º 11, M. Collet; JCP 2008. I.132, § 2, cr. Plessix; LPA 9 de junio de 2008, nota F. Melleray).

**9. MUNICIPIOS - ALCALDES.  
PODERES DE POLICÍA.  
RECURSO POR EXCESO DE PODER.  
LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LAS  
AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS**

**Consejo de Estado, 18 de abril de 1902,  
*Commune de Nérís-les-Bains***

(Rec. 275; S. 1902.3.81, nota Hauriou; Rev. gén.  
d'adm. 1902.2.297, nota Legoux)

Considerando que de las disposiciones del art. 91 de la ley de 5 de abr. de 1884 se desprende que las funciones de policía municipal son competencia del alcalde y que el ejercicio de las facultades que le han sido concedidas en la materia por el art. 97 de la ley no está sometido a la autoridad, sino a la vigilancia de las instancias superiores de la Administración; que, aunque el art. 99 autoriza al prefecto a establecer reglamentos de policía municipal para el conjunto de los municipios del departamento o para varios de ellos, no existe disposición alguna que prohíba al alcalde de un municipio adoptar, sobre un mismo asunto y en el mismo término municipal, medidas más rigurosas por motivos propios a dicha localidad;

Considerando que, para anular la orden del alcalde de 24 de mayo de 1901, que declaraba totalmente prohibidos los juegos azar en todos los lugares públicos del municipio de Nérís-les-Bains, el prefecto del departamento de Allier alegó que, al dictar dicha orden, se había infringido un decreto del prefecto de 8 de agosto de 1893 que, pese a formular la misma prohibición para todos los municipios del departamento, reservaba, al mismo tiempo, al Ministro del Interior el derecho a autorizar los juegos en las estaciones termales, en aplicación del art. 4 del decreto de 24 de junio de 1806;

Considerando, no obstante, que el decreto de 24 de junio de 1806 fue derogado en su totalidad tanto por el Código Penal como por la ley de 18 de jul. de 1836, cuyo art. 10 dispone que a partir del 1 de ene. de 1838 quedan prohibidos todos los juegos públicos; que, por ende, al dictar el decreto de 5 de junio de 1901 para reconocer a las instancias superiores de la Administración un poder que ya no les correspondía y,

al anular una orden dictada por el alcalde con objeto de garantizar en su municipio la aplicación de la ley, el prefecto se excedió en las facultades de vigilancia que le corresponden;... (Anulación)

## OBSERVACIONES

- 1           **I.** El prefecto de Allier había prohibido, mediante un decreto, los juegos de azar en los lugares públicos, salvo en las estaciones termales a las que el Ministro del Interior hubiera concedido un permiso. Este decreto en materia policial debía aplicarse en todos los municipios del departamento. No obstante, el alcalde de una de ellas dictó la misma prohibición, pero de manera absoluta y sin posibilidad de exención. El prefecto, haciendo uso de su poder de tutela, anuló la orden del alcalde, amparándose en un decreto que ya no estaba en vigor. El alcalde trasladó la decisión del prefecto al Consejo de Estado, que le dio la razón, al admitir que su recurso era procedente y estaba a la vez bien fundamentado.

Esta sentencia resulta interesante, en primer lugar, porque sienta el principio de que un alcalde está facultado para endurecer, en el término municipal, las medidas de policía adoptadas por el prefecto para el conjunto de los municipios del departamento; dicho principio sería más adelante objeto de un reconocimiento todavía más rotundo con la sentencia *Labonne*\* de 8 de agosto de 1919, que suele ser considerada como la sentencia fundamental en la materia. Pero la suerte de esta sentencia se debe sobre todo *al hecho de haber reconocido al alcalde la legitimación para impugnar, por la vía del recurso por exceso de poder, una decisión adoptada por el prefecto, en su calidad de autoridad de tutela, que anula un acto del recurrente*. Tal y como señala Hauriou en su nota, la sentencia cuestiona «hasta qué punto un acto que realiza una autoridad, dentro de los límites de sus atribuciones, le pertenece como propio... y, en consecuencia, hasta qué punto el hecho de haber realizado el acto y de que éste haya sido luego anulado por una instancia superior de la Administración justifica que se le reconozca un interés legítimo para presentar un recurso por exceso de poder contra la orden o el decreto de anulación».

**II.** En un sentido todavía más amplio, la sentencia *Commune de Nérís-les-Bains* constituye el origen de la jurisprudencia en materia de admisibilidad del recurso por exceso de poder presentado por una auto-

ridad administrativa contra los actos de otra autoridad administrativa. Son varios los supuestos que han de tenerse en cuenta en este ámbito.

- 2
  - A. Recurso de un ministro contra la decisión de otro ministro.  
La posibilidad de un recurso de estas características ha sido admitida por el Consejo de Estado en sus sentencias de Sección de 10 de marzo de 1933 *Ministre des finances* (Rec. 307) y de 2 de nov. de 1934, *Ministre de l'intérieur* (Rec. 996; S. 1935.3.105, nota Alibert). Este procedimiento puede parecer sorprendente a primera vista, puesto que su resultado es, a la vez, una demanda que interpone el Estado contra sí mismo y una violación del principio de unidad del Estado; se fundamenta en la idea de que el recurso por exceso de poder persigue como objetivo, no sólo la protección de determinados intereses meramente personales, sino también, y sobre todo, la garantía de que la legalidad va a ser respetada por la Administración.
  - B. Recurso de una autoridad de rango inferior contra los actos de una autoridad superior.  
En una administración centralizada y jerarquizada, podría parecer normal que se excluyeran estos recursos. El Consejo de Estado, alentado por el deseo de que se respete la legalidad, ha admitido, empero, este recurso en determinados casos. Resulta, pues, necesario establecer algunas distinciones:
- 3
 

En el caso de las *autoridades jerárquicas*, el agente subordinado no está nunca legitimado para impugnar las decisiones de su superior por la vía del recurso por exceso de poder. De lo contrario estaría impugnando la valoración de interés público que ha realizado su superior jerárquico; no obstante, hoy en día se admite que, aunque los funcionarios públicos puedan impugnar las decisiones que afecten a su situación o a sus intereses profesionales, no están en principio facultados para impugnar los actos relativos a la organización y el funcionamiento del servicio público (v. las obs. bajo CE 11 de dic. de 1903, *Lot\**);
- 4
 

En el caso de las *autoridades descentralizadas*, el Consejo de Estado admite el recurso contra las medidas de control ilegales que han sido adoptadas por las autoridades de tutela, así como contra los actos que han llevado a cabo estas últimas en el ejercicio de su facultad de sustitución (v. por ej.: CE As. 1 de junio de 1956, *Ville de Nîmes c. Pabion*, Rec. 218; RPDA 1956.121, concl. Laurent). Este recurso no sólo se reconoce como legítimo en el caso de las entidades descentralizadas, en su calidad de personas jurídicas, sino también en el caso de

las propias autoridades locales (alcaldes, concejales, etc.). Esta ha sido la contribución fundamental de la sentencia *Commune de Nérís-les-Bains*, que reconoce una autonomía considerable a las autoridades descentralizadas, permitiendo a los municipios y a sus funcionarios defenderse de modo eficaz contra las medidas ilegales de control adoptadas por las autoridades centrales y contra cualquier vulneración ilegal de las normas de descentralización. Es evidente, sin embargo, que la admisibilidad del recurso queda excluida cuando el funcionario de una administración local interviene como autoridad del poder central, tal como ocurre en el caso del alcalde que actúa en nombre del Estado «al amparo de la autoridad de las instancias superiores de la Administración» (CE 21 de junio de 1961, *Maire de Thionville*, Rec. 422).

C. Recurso de una autoridad de rango superior contra los actos de una autoridad inferior.

Hay otras dos series de supuestos que conviene tener en cuenta.

- 5 En el caso de *autoridades jerárquicas*, el funcionario de nivel superior no tiene, en principio, ninguna necesidad de presentar un recurso contencioso administrativo contra la decisión de su subordinado, ya que por regla general puede anularla administrativamente por la vía del control jerárquico (CE 3 de ene. de 1975, *SCI Foncière Cannes-Benefiat et ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme*, Rec.1; AJPI 1975, concl. Labetoulle; D. 1976.7, nota Petite; RD publ. 1975.1693, nota M. Waline; – Sect. 16 de nov. de 1992, *Ville de Paris*, Rec. 406; AJ 1993.54, concl. Legal; RFDA 1993.602, nota Morand-Deville y Moreno). Por el contrario, el ministro debe recurrir a la vía contencioso-administrativa en relación con las decisiones adoptadas por órganos colegiados dotados de poderes propios y que escapan a todo control jerárquico, como en el caso de las antiguas comisiones de notoriedad médica (v. concl. Braibant sobre CE Secc. 24 de abr. de 1964, *Delahaye, Villard et ministre du travail c. Duflot*, Dr. soc. 1964.433) y las antiguas juntas de revisión (Secc. 6 de dic. de 1968, *Ministre des armées c. Ruffin*, p. 626; RD publ. 1969.700, concl. Rigaud; AJ 1969.20, cr. Dewost y Denoix de Saint Marc). El Consejo Constitucional retomó esta solución en su decisión n.º 86-217 DC de 18 de sept. de 1986 relativa a la ley sobre libertad de comunicación, en la que se hace constar que la Comisión Nacional de la Comunicación y de las Libertades está sometida «al igual que el resto de las autoridades administrativas» al control de legalidad, «pudiendo éste

ser puesto en marcha tanto por el gobierno, que es responsable ante el Parlamento de la actividad de las administraciones del Estado, como por cualquier otra persona que tenga un interés legítimo» (n.º 86-217 DC, 18 de sept. de 1986, Rec. 141; AJ 1987.102, nota Wachsmann).

6

En el caso de una autoridad descentralizada, la jurisprudencia ha establecido normas que no han sido cuestionadas en lo fundamental por la ley de 2 de marzo de 1982 sobre derechos y libertades de los municipios, departamentos y regiones. Desde hace mucho tiempo, el Consejo de Estado admite que la autoridad de tutela puede solicitar al juez administrativo que anule los actos de una entidad territorial respecto de los cuales esta última no dispone de ninguna facultad de anulación por la vía de la tutela administrativa (CE 24 de nov. de 1911, *Commune de Saint-Blancard*, Rec. 1089; S. 1912.3.1, nota Hauriou). Antes de proceder a la tramitación del recurso por exceso de poder, cabe la posibilidad de presentar un recurso gracioso ante la autoridad descentralizada, que no supone modificación del plazo del recurso contencioso (CE 16 de mayo de 1984, *Commune de Vigneux-sur-Seine*, Rec. 182).

Desde la entrada en vigor de la ley de 2 de marzo de 1982, compete en exclusiva al juez administrativo, ante el cual el Estado interpone un recurso dentro de un plazo de dos meses a partir de la recepción del acto o del contrato celebrado por una autoridad descentralizada, que éste considera contrario a la legalidad, pronunciarse sobre la supuesta ilegalidad y, en su caso, anular en su totalidad o en parte el acto que le ha sido remitido por esta vía.

En consonancia con la jurisprudencia anterior, el Consejo de Estado consideró que el prefecto podía, antes de recurrir al tribunal administrativo, interponer un recurso gracioso que tenga como efecto la paralización del plazo del recurso contencioso-administrativo, siempre y cuando el prefecto tuviera la precaución de impugnar en el momento oportuno la desestimación implícita de su recurso gracioso, desestimación que cabe dar por confirmada si no se produce un pronunciamiento del tribunal después de transcurrido un período que fue inicialmente de cuatro meses y que pasó a ser de dos meses, a partir de la entrada en vigor de la ley de 2 de abr. de 2000 (CE Secc. 6 de dic. de 1995, *Préfet des Deux-Sèvres c. Commune de Neuvy-Bouin*, Rec. 425; RF descen-tr. 1996, n.º 3, 113, concl. Touvet; RFDA 1996.329, nota Douence). Debido al alcance de los poderes que otorga la ley al prefecto, el Consejo de Estado consideró que estaba facultado para remitir al tribunal

administrativo las deliberaciones de las colectividades territoriales, pese a constituer éstas unos simples actos preparatorios de futuras decisiones (CE As. 15 de abr. de 1996. *Syndicat CGT des Hospitaliers de Bédarieux*, Rec. 130; AJ 1996.366, cr. Stahl y Chauvaux). En lo que respecta a los actos que no pueden ser remitidos por el representante del Estado al tribunal de conformidad con la ley de 2 de marzo de 1982, sí cabe la posibilidad para el prefecto, o para cualquier otra persona interesada, de presentar contra ellos un recurso por exceso de poder (CE Secc. 13 de ene. de 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, Rec. 7, concl. Roux; RFDA 1988.282, concl.; RD publ. 1988.853, nota Llorens; AJ 1988.143, cr. Azibert y de Boisdeffre; D. 1989.66, nota Négrin).

## 10. ACTOS ADMINISTRATIVOS. EJECUCIÓN FORZOSA

**Tribunal de Conflictos, 2 de diciembre de 1902, *Société immobilière de Saint-Just***

(Rec. 713, concl. Romieu; D. 1903.3.41, concl.; S. 1904.3.17, concl., nota Hauriou)

*Sobre la admisibilidad de la sentencia de conflicto jurisdiccional:*

Considerando que, de conformidad con el Decreto-Ley de 1 de junio de 1828, el plazo de quince días, dentro del cual ha de elevarse el conflicto, empieza a contar a partir de la fecha de remisión al prefecto de la sentencia dictada en materia de competencia;

Considerando que aunque, de acuerdo con el extracto del registro de movimientos, la copia de la sentencia de 13 de agosto de 1902 de desestimación de la declinatoria fue enviada el 14 de agosto por el Procurador General, de ello no se desprende que el prefecto del Ródano no haya tenido conocimiento de esta sentencia del tribunal de Lyon cuando en fecha del 13 de agosto dictó la sentencia de conflicto jurisdiccional que afecta a la decisión adoptada al amparo del art. 9 del Decreto-Ley de 1 de junio de 1828; que, por consiguiente, cabe declarar la admisibilidad de la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional;

*Sobre la validez de la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional:*

Considerando que, mediante su orden de 26 de jul. de 1902, el prefecto del Ródano dispuso la evacuación inmediata del establecimiento que había fundado en Lyon la congregación de las hermanas de San Carlos, en la calle des Farges n.º 22, ordenando que se precintaran las puertas y ventanas del edificio;

Considerando que, al dictar esta orden en cumplimiento del mandato del Ministro del Interior y de Asuntos Religiosos, el prefecto actuó dentro de los límites de sus atribuciones como delegado del poder ejecutivo, en virtud del decreto de 25 de jul. de 1902 por el que se dictaminaba el cierre del susodicho establecimiento, en aplicación del art. 13 párr. 3 de la ley de 1 de jul. de 1901;

Considerando que no compete al juez ordinario anular los efectos de estos actos administrativos e impedir su ejecución; que el precintado, dispuesto como resultado y complemento de la evacuación forzosa de unos locales, y el mantenimiento temporal de los precintos no constituyen un acto de privación de la propiedad que pueda dar pie a una demanda ante un tribunal ordinario; que la demanda interpuesta con posterioridad, en nombre de la empresa propietaria del edificio, cuyo objeto era conseguir la retirada de los precintos para garantizar la aplicación del decreto y de la orden antes citados, sólo podía presentarse ante la jurisdicción administrativa, siendo ésta la única competente para determinar la legalidad de los actos de la Administración y para conocer de las medidas que de ello se deriven; que, de lo antedicho se desprende que, al declararse competente en la materia, el Tribunal de Apelación de Lyon vulneró el principio de separación de poderes;

Considerando, por otra parte, que, después de desestimar la declinatoria, el tribunal omitió, en la misma sentencia, examinar el fondo de la misma; que de este modo hizo también caso omiso de las disposiciones de los art. 7 y 8 de la orden de 1 de junio de 1828;... (Confirmación de la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional).

## OBSERVACIONES

- 1 Esta sentencia se volvió famosa gracias a las conclusiones que formuló el Comisario del Gobierno Romieu sobre este caso, conclusiones que encierran la doctrina consagrada desde entonces por la jurisprudencia en materia de ejecución forzosa de las decisiones administrativas.

Los hechos fueron los siguientes. Al haber dispuesto, por medio de un decreto, el cierre de un asentamiento no autorizado de una congregación, el prefecto del Ródano ordenó la evacuación inmediata del establecimiento; el mismo día, el comisario de policía notificó la orden prefectoral a la superiora, obligó a las monjas a evacuar el edificio y, una vez se habían marchado, procedió a precintarlo. La empresa propietaria del edificio solicitó a los tribunales ordinarios la retirada de los precintos; una vez se hubo suscitado el conflicto, había que determinar si el precintado debía ser considerado como una medida administrativa o como un acto de privación de la propiedad del que podía derivarse la competencia de la jurisdicción ordinaria. El Tribunal de Conflictos se

pronunció a favor de la primera solución y confirmó la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional.

Para justificar esta solución, Romieu había expuesto la teoría general de la ejecución de oficio de los actos administrativos. La idea fundamental es que la Administración no debe, en principio, ejecutar por la fuerza sus propias decisiones; la ejecución de los actos administrativos se ha de garantizar normalmente mediante la utilización de sanciones penales, dictadas por el juez de lo penal, con todas las garantías que conlleva el procedimiento penal. Pero las sanciones penales no son posibles cuando no están previstas en ningún texto legal. ¿Debe en estos casos permanecer impasible la Administración ante la desobediencia de sus administrados? Es evidente que esta solución no resulta aceptable en Francia, «país en el que imperan la Administración y la centralización, país que es origen de la separación de poderes»: la Ley –y no hay que olvidar que la Administración actúa en aplicación de la Ley– debe cumplirse y, si no existe otro medio disponible, tiene que imponerse por la fuerza. La ejecución forzosa es, según Romieu, «un medio empírico que, cuando no hay ningún otro procedimiento disponible, se justifica legalmente por la necesidad de hacer cumplir la Ley».

Por consiguiente, la ejecución forzosa, conocida también como ejecución de oficio, es una medida que se puede aplicar, pero sólo debe utilizarse cuando la obediencia de los administrados no pueda conseguirse por otros medios: tiene un carácter meramente subsidiario. Contrariamente a lo que se suele creer, el privilegio de la ejecución de oficio existe únicamente en casos bastante excepcionales y en un ámbito claramente delimitado por la jurisprudencia.

2 La ejecución de oficio es lícita sobre todo en *dos supuestos de carácter muy general*:

1.º) cuando *la Ley* lo autoriza expresamente: por ejemplo, según la ley de 3 de jul. de 1877, art. 21 (hoy art. L. 2221-10 del Código de la Defensa), las requisiciones militares pueden ejecutarse a la fuerza en caso de necesidad; diferentes textos relativos al medio ambiente contemplan la ejecución forzosa de medidas dispuestas por la autoridad administrativa (Código del Medio Ambiente, art. L. 514-1 y L. 581-29; Código Forestal, art. L. 322-4); lo mismo cabe decir de los textos relativos a la seguridad vial (Código de la circulación, art. L. 325-1) y a la seguridad civil (por ej. Código de Minería, art. L. 163 7), a la entrada y la estancia de extranjeros (ord. de 2 de nov. de 1945, art. 5, art. 26 *bis* –

art. L. 523-1 y art. L. 531-1 del Código de entrada y estancia de extranjeros y del derecho de asilo); el Consejo Constitucional ha reconocido, respecto a las disposiciones relativas a este último supuesto, «que las decisiones adoptadas en el marco de un régimen de policía administrativa pueden ser ejecutadas de oficio» (CC n.º 93-325 DC, 13 de agosto, Considerando 7, Rec. 224; v. n.º 83.2); el Tribunal de Conflictos ha sacado las consecuencias lógicas de este reconocimiento (20 de junio de 1994, *Madaci et Youbi*, Rec. 603);

2.º) Cuando existe una *urgencia*: como señala Romieu, «*la esencia misma del papel que debe desempeñar la Administración impone la necesidad de actuar de inmediato y de utilizar la fuerza pública sin demora y sin más procedimientos, cuando así lo exija el interés inmediato de la conservación pública; si está ardiendo nuestra casa, no vamos a pedirle al juez que autorice la intervención de los bomberos*». La existencia de sanciones penales no modifica en modo alguno esta consecuencia de la urgencia. Así pues, la urgencia justifica, por sí sola, unas medidas que serían ilegales en otras circunstancias. Tiene, en lo que respecta a la ejecución forzosa, los mismos efectos que las circunstancias excepcionales (por ej. CE 4 de junio de 1947, *Entreprise Chemin*, Rec. 246) (v. nuestras obs. a la sentencia CE 28 de junio de 1918, *Heyriès\**). En todos los casos, provoca «una especie de subversión de los valores jurídicos» (Mestre). Este es el motivo por el que el juez examina en cada caso si existe efectivamente una urgencia o un peligro inmediatos (v. CE As. 22 de nov. de 1946, *Mathian*, Rec. 278; S. 1947.3.41, nota Mestre; JCP 1947.II.3377, concl. Célier; TC de 8 de abr. de 1935, *Action française*, Rec. 226, concl. Josse; v. n.º 115.1; – 19 de mayo de 1954, *Office publicitaire de France*, Rec. 703; v. n.º 30.6; – 21 de junio de 1993, *Préfet de la Corse, Préfet de la Corse du Sud*, Rec. 402; D. 1994.37, nota Muscatelli y Pastorel).

3 Cuando no existe un texto legal o una urgencia, la ejecución forzosa (de oficio) de las decisiones administrativas sólo es lícita si se cumplen los cuatro siguientes requisitos.

1.º) Es necesario, en primer lugar, que *no se haya impuesto ninguna otra sanción legal*: esta condición, a la que Romieu sólo asigna el tercer lugar, es en realidad, por sí sola, el requisito fundamental para que se considere legal la ejecución de oficio. Tal y como señalaba el Comisario del Gobierno Léon Blum en sus conclusiones sobre el caso *Abbé Bouchon* (CE 17 de marzo de 1911, Rec. 341, concl. Blum), «la

ejecución administrativa sólo se justifica, en principio, por la necesidad de garantizar el cumplimiento de la Ley y por la imposibilidad de garantizarla con cualquier otro procedimiento jurídico».

La sanción legal que excluye la ejecución de oficio es, ante todo, la sanción penal. A ésta es a la que se refería Romieu: «*si hay una sanción penal, no puede haber ejecución forzosa administrativa, salvo en casos de urgencia o de seguridad, que estamos todos de acuerdo en considerar como una excepción*». Puesto que la ley de 1 de jul. de 1901 de supresión de las congregaciones no incluía ninguna sanción penal, se consideró que no era lícito en su caso el empleo de la coacción; dado que los reglamentos de policía se recogen en el art. R. 610-5 del Código Penal, en principio no es posible su ejecución forzosa.

Existen ejemplos famosos de aplicación de este principio. La ejecución de oficio de las requisiciones civiles previstas por la ley de 11 de jul. de 1938 sobre organización de la nación en tiempo de guerra fueron consideradas ilegales, salvo en caso de urgencia, previendo el art. 31 de esta misma ley penas de multa y de cárcel contra aquellos que desobedecieran las órdenes de requisición. En cuanto a los embargos de viviendas previstos por la orden de 11 de oct. de 1945, su ejecución forzosa fue considerada como ilegal durante muchos años y como una agresión que –salvo en casos de urgencia– justificaba la competencia de los tribunales ordinarios, puesto que la jurisprudencia consideraba que las sanciones penales de la ley de 11 de jul. de 1938 podían aplicarse a los embargos ejecutados en virtud de la orden de 1945 (TC 30 de oct. de 1947, *Barinstein*, Rec. 511; v. n.º 113.1); pero, dado que el Tribunal de Casación había adoptado una posición contraria a ésta y había considerado que las penas previstas por la ley de 11 de jul. de 1938 no podían aplicarse a los embargos, a tenor del principio de interpretación restrictiva de los textos en materia penal (Crim. 11 de mayo de 1949, S. 1949.1.129, nota P. de F. R.; D. 1949.261, informe Pépy), el Tribunal de Conflictos revisó su jurisprudencia y decidió «que cuando no se contemple ninguna sanción penal, las disposiciones de la orden mencionada (de 11 de oct. de 1945) no podrán quedar en papel mojado; que, en tales condiciones, la Administración ha tenido legitimación legal para proceder... a la ejecución forzosa de la susodicha orden»... (TC 12 de mayo de 1949, *Dumont*, Rec. 596; JCP 1949. II.4908, nota Fréjaville; RD publ. 1949.371, nota M. Waline).

- 4 La jurisprudencia va mucho más lejos que Romieu y considera que no es sólo la existencia de una sanción penal, sino la posibilidad de utilizar cualquier otro procedimiento legal para conseguir la obediencia del administrado recalcitrante la que excluye la actuación de oficio. Así ocurre cuando es posible ejercitar una acción judicial, cualquiera que ésta sea, o conseguir el mismo resultado a través de vías legales distintas (CE 23 de ene. de 1925, *Anduran*, Rec. 82; D. 1925.3.43, concl. Josse: ilegalidad del precintado de una fábrica de harinas si el resultado perseguido se hubiera podido conseguir con la suspensión de los suministros de trigo o ejercitando el derecho de embargo). La sentencia *Abbé Bouchon* de 17 de marzo de 1911 (citada *ut supra*) resume esta jurisprudencia con una fórmula particularmente amplia que abarca «cualquier otro procedimiento que pueda ser útil para conseguir el resultado deseado». En cambio, «*la administración que utiliza ante el juez competente unas vías de recurso para poner fin a la ocupación de... unos terrenos, argumentando que ésta es ilegal, no está cometiendo, sea cual fuere la justificación de sus pretensiones, ninguna agresión por considerar que tiene derecho a utilizar estos terrenos*» (TC 24 de febr. de 1992, *Couach*, Rec. 479; AJ 1992.327, cr. Maugué y Schwartz; JCP 1993. II.21984, nota Lavialle).

Pero no siempre es posible utilizar las vías de recurso: el Consejo de Estado ha considerado, por ejemplo, «*que las disposiciones del nuevo Código Procesal Civil y, en particular, del artículo 31 de dicho código, relativas a la legitimación procesal, no tienen por objeto facultar a la autoridad administrativa a actuar en nombre del Estado ante el juez con el propósito de hacer cumplir la Ley*» (As. 21 de oct. de 1994, *Société Tapis Saint Maclou*, Rec. 451, concl. Bonichot; Dr. soc. 1995.139, concl.; RFDA 1995.689, concl.; AJ 1994.874, cr. Touvet y Stahl). Por consiguiente, «cuando el representante de la autoridad no tenga a su alcance ninguna acción judicial que pueda ejercitar», no estará cometiendo ninguna infracción si recurre a la ejecución forzosa (CE 12 de marzo de 1909, *Commune de Triconville*, Rec. 275, concl. Chardenet).

- 5 2.º) «La operación administrativa que requiere la ejecución tiene necesariamente que fundamentarse en un texto legal concreto».

3.º) «Es necesario que haya motivos para la ejecución forzosa», es decir, que la ejecución del acto se vea entorpecida por una *resistencia manifiesta* o, al menos, por una «mala voluntad evidente» (concl. Célier prec. en CE As. 22 de nov. de 1946, *Mathian*).

4.º) «Las medidas de ejecución forzosa tienen que estar exclusivamente encaminadas, como objetivo inmediato, a la realización de la operación que exige la Ley», es decir, no deben ir más allá de *lo estrictamente necesario* para garantizar el cumplimiento de la Ley: no es admisible que, so pretexto de garantizar por la fuerza la ejecución de una decisión legal, la Administración supere, en la práctica, los límites de sus competencias. De este modo se está aplicando una idea habitual en materia de policía: las decisiones de policía sólo son legales en la medida en que sean «indispensables para garantizar el restablecimiento del orden público» (TC 8 de abr. de 1935, *Action française*, antes citado). Aunque se cumplan estos requisitos, la ejecución forzosa sigue estando en manos de la administración que la dicta por su cuenta y riesgo, como lo ha demostrado la sentencia del Consejo de Estado de 27 de febr. de 1903, *Zimmermann* (Rec. 180; S. 1905.3.17, nota Hauriou) en el caso de la ejecución forzosa regular de un acto anulado posteriormente por el juez administrativo.

## 11. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA. SERVICIO PÚBLICO - CONTRATOS

**Consejo de Estado, viernes, 6 de febrero de 1903, Terrier**

(Rec. 94, concl. Romieu; D. 1904.3.65, concl.; S. 1903.3.25, concl., nota Hauriou; AJ 2003.153, art. D. Costa)

*Sobre la competencia:* – Considerando que el señor Terrier remitió al Consejo de Estado una nota redactada en la sala de deliberaciones, en la que el secretario-escribano le informaba de que la petición que había dirigido el señor Terrier al Consejo de la Prefectura del departamento de Saône-et-Loire, para que éste le abonara las bonificaciones establecidas en concepto de destrucción de animales nocivos, había sido sometida a dicho Consejo, habiéndose declarado este último incompetente en la materia;

Considerando que la nota mencionada no constituye una decisión judicial y no puede, por ello, ser remitida al Consejo de Estado;

Considerando, no obstante, que, dada la incompetencia del Consejo de la Prefectura, el recurrente, al interponer un recurso ante el Consejo de Estado, formuló unas conclusiones directamente encaminadas a permitir que éste se pronunciara sobre los fundamentos de su reclamación;

Considerando que, en vista de los términos en los se adoptó la decisión del Consejo General de destinar unas bonificaciones a la destrucción de animales nocivos y en los que se votó el importe consignado a este efecto en el presupuesto departamental del ejercicio del año 1900, cabe deducir que el señor Terrier está legitimado para reclamar la asignación de un importe destinado a este fin; que de la negativa del Prefecto a admitir la reclamación que le fue presentada se derivó un conflicto cuyo conocimiento compete al Consejo de Estado, órgano al que apela lícitamente el recurrente en sus conclusiones subsidiarias;

*En cuanto al fondo:* – Considerando que la fase en que se encuentra la instrucción no permite apreciar a estas alturas la legitimidad de la demanda del señor Terrier y que, por tanto, debe reclamar nuevamente ante el Prefecto para que se tramite el pago del importe al que es posible que tenga derecho;... (El señor Terrier debe reclamar nueva-

mente ante el prefecto para que se tramite el pago de la cuantía a la que que es posible que tenga derecho).

## OBSERVACIONES

**1** Un consejo departamental había adoptado la decisión de asignar una bonificación a toda persona que pudiera demostrar haber destruido una serpiente; el señor Terrier, al que le había sido negado por el Prefecto el pago de la bonificación, alegando que se había terminado el presupuesto previsto, solicitó al Consejo de Estado que censurara la violación por el departamento del contrato que había suscrito con los cazadores de serpientes. El Consejo de Estado reconoció su competencia ya que «*la negativa del Prefecto a admitir la reclamación que le había sido presentada había dado origen entre las partes a un litigio cuya resolución incumbía al Consejo de Estado*». Con esta frase lacónica, la Alta Asamblea dictó una de las sentencias más importantes del derecho administrativo (I), sobre la que arrojan luz las famosas conclusiones del Comisario del Gobierno Romieu (II).

**2** **I.** *Esta sentencia* completa la unificación del procedimiento contencioso-administrativo de las entidades locales y del Estado. El Consejo de Estado ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre los conflictos que se suscitaban entre entidades locales y particulares. Así, por ejemplo, la sentencia *Cadot\** de 13 de dic. de 1889 había resuelto un litigio entre la Ciudad de Marsella y uno de sus funcionarios. Del mismo modo, se había considerado que las obras públicas municipales eran competencia de los consejos de las prefecturas. Pero se solía admitir la idea de que los contratos suscritos por entidades locales eran, en cierta medida, y por su propia naturaleza, contratos de derecho privado, cuyos contenciosos debían ser examinados por los tribunales ordinarios. Desde una perspectiva más general, el criterio de competencia derivado de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, que ya no era válido en el caso del Estado desde que se dictara en 1873 la sentencia *Blanco\**, se mantenía no obstante para los departamentos y los municipios. El Comisario del Gobierno Romieu demostró que había que renunciar a esta diferencia de tratamiento: «con independencia del carácter nacional o local de los intereses a los que haya que dar respuesta, cuando estén en juego unas necesidades colectivas que de-

ban ser atendidas por las personas públicas, no cabrá considerar que estos intereses hayan de regirse exclusivamente por principios del derecho civil».

Desde esta perspectiva, la sentencia *Terrier* supuso la incorporación definitiva del contencioso contractual de las entidades locales al contencioso administrativo. Unos años más tarde, el Tribunal de Conflictos confirmaría el sistema adoptado por el Consejo de Estado, ampliándolo al contencioso de la responsabilidad extra contractual (29 de febr. de 1908, *Feutry*, Rec. 208, concl. Teissier; D. 1908.349, concl.; S. 1908.397, concl.; RD publ. 1908.206, nota Jèze). Después de la sentencia *Blanco*\*, la sentencia *Terrier* marcó también una etapa decisiva en el desarrollo de la competencia de la jurisdicción administrativa.

- 3           **II.** La importancia y la fama de esta sentencia no proceden sólo de su contenido en sí mismo, sino también de las *conclusiones* en las que Romieu sistematizó, en unos términos que siguen siendo hoy válidos en gran medida, los principios que rigen, tanto en el caso del Estado como en el de las entidades locales, la delimitación de las competencias administrativa y ordinaria. Ciertamente no fue él quien «inventó» la distinción entre gestión pública y gestión privada como criterio de reparto de las competencias: ya desde 1873 el comisario del gobierno David había señalado, en sus conclusiones sobre el caso *Blanco*\*, que había que distinguir entre «el Estado poder público» y «el Estado persona civil» según hubiera que considerarlo como propietario o como contratante; la distinción también estaba presente en los trabajos de Hauriou. Pero las conclusiones de Romieu son las que dieron lugar al desarrollo de esta idea fundamental según la cual sólo cabe recurrir al derecho administrativo –y, por consiguiente, a la competencia administrativa– cuando la Administración utiliza de forma abusiva los procedimientos del derecho común.

- 4           La distinción se formula como un principio –la gestión pública– acompañado de una excepción –la gestión privada–.

El *principio* establece que «todo aquello que tenga que ver con la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, ya sean éstos generales o locales..., constituye una *operación administrativa* y pertenece, *por su propia naturaleza*, al ámbito de la jurisdicción administrativa... *Todas las acciones en las que estén implicados a la vez personas públicas y terceros, o exclusivamente personas públicas, y que tengan como fundamento la ejecución, falta*

*de ejecución o mala ejecución de un servicio público son competencia de la Administración».*

Pero –y ésta es precisamente la *excepción*– «se da por supuesto que el principio debe reservarse, tanto en el caso de los departamentos y los municipios como en el caso del Estado, para aquellas circunstancias en las que se espere de la Administración que actúe en las mismas condiciones que un simple particular y se someta tanto a las mismas reglas como a las mismas jurisdicciones. Esta distinción entre lo que se ha dado en llamar la gestión pública y la gestión privada puede establecerse ya sea en función de la naturaleza del servicio que se está cuestionando, ya sea en función del acto que va a ser objeto de valoración. El servicio puede, en efecto, a la vez que afecta a una persona pública, estar exclusivamente relacionado con la gestión de su ámbito privado: en este caso se considera que la persona pública actúa como un propietario con arreglo a las normas del derecho común... Por otra parte, puede ocurrir que, aunque la Administración actúe no como persona privada, sino como persona pública, en interés de un servicio público propiamente dicho, no invoque el privilegio de su situación de persona pública y se coloque voluntariamente en las mismas condiciones que un particular –ya sea al firmar algún contrato de derecho común de un tipo claramente determinado por el Código Civil (alquiler de un inmueble, p. ej., para instalar en el mismo las oficinas de una administración), que no supone en sí mismo la aplicación de norma alguna reservada al funcionamiento de los servicios públicos, –ya sea al realizar alguna de las operaciones corrientes en las que participan diariamente los particulares, operaciones que implican unas relaciones contractuales de derecho común y en el caso de las cuales se sobreentiende que la Administración acepta actuar como un simple particular (pedido verbal a un proveedor, salario para un jornalero, envío por ferrocarril con las tarifas normales, etc.). *Corresponde a la jurisprudencia determinar* –en el caso de las personas públicas de ámbito local, al igual que en el caso del Estado– *cuando se está ante un servicio público que funciona según normas propias y que tiene carácter administrativo o, por el contrario, ante actuaciones que, pese a afectar a la comunidad, adoptan la forma de la gestión privada y procuran mantenerse en el terreno exclusivo de las relaciones entre particulares, de acuerdo con las condiciones del derecho privado».*

5

Tal y como pretendía el Comisario del Gobierno Romieu, la jurisprudencia posterior aclaró la distinción entre las dos modalidades de

gestión. En materia de contratos, constituye –después del objeto del contrato– un elemento de distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho común de la Administración (CE 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges\**; – 20 de abr. de 1956, *Époux Bertin\**); en particular, la posibilidad, mencionada por Romieu, que tiene la Administración de firmar contratos de derecho común de un tipo claramente determinado por el Código Civil se ve reflejada tanto en los contratos clásicos, como el alquiler de inmuebles (por ej., CE 12 oct. 1988, *Ministre des affaires sociales c. Société d'études, de réalisations, de gestion immobilière et de construction*, Rec. 338; CJEG 1990.119, cr. Fatôme; LPA 19 de jul. de 1989, nota Llorens), como en los nuevos contratos, como la venta sobre plano (*en sentido contrario véase* CE Secc. 8 de febr. de 1991, *Région Midi-Pyrénées c. Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne*, Rec. 41; RFDA 1992.48, concl. Pochard; AJ 1991.579, obs. Delcros; CJEG 1991.251, art. Llorens; JCP 1991. II.21738, nota Fatôme; RD publ. 1991.1137, nota J.-M. Auby). En un sentido más amplio, la distinción entre servicios públicos administrativos y servicios públicos industriales y comerciales (TC 22 de ene. de 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain\**) ha ampliado la gestión privada a unos servicios en su conjunto.

*A fortiori*, puesto que sólo da lugar a relaciones que se rigen por el derecho privado, la gestión del ámbito privado está sujeta al procedimiento contencioso ordinario, en particular en lo que respecta a los actos que se enmarcan en una relación de vecindad (TC 22 de nov. de 2010, *SARL Brasserie du théâtre c. Commune de Reims*, Rec. 590; BJCP 2011.55, concl. Collin; AJ 2010.2423, cr. Botteghi y Lallet; CMP ene. 2011.26, obs. Devillers; DA febr. 2011.20, obs. F. Melleray; JCP Adm. 2010.2041, com. Sorbara; RJEP marzo 2011.12, nota Pellissier).

- 6 Ello no obsta para que, incluso en los casos de gestión privada, la competencia administrativa pueda volver a ser válida para aquellos actos o incluso actividades en los que se aprecie alguna particularidad y que presenten un carácter administrativo. Resulta, así, que se admite el carácter administrativo de las decisiones del Ministro de Agricultura o de sus representantes, por las que se autoriza el cupo de talas de madera en los bosques del Estado, dentro del marco de la ejecución de una misión de servicio público en el bosque (CE 3 de marzo de 1975, *Antoine Courrière*, Rec. 165). Lo mismo cabe decir de los actos relativos

a la organización de servicios públicos de carácter industrial y comercial (TC de ene. de 1968, *Époux Barbier\**, junto con nuestras obs.).

Todo esto confirma la importancia que se concede al concepto de servicio público como criterio de la competencia de la jurisdicción administrativa y como fundamento del régimen administrativo, y ello a resultas de la sentencia *Terrier*.

## 12. RECURSO POR EXCESO DE PODER. LEGITIMACIÓN PROCESAL

Consejo de Estado, 11 de diciembre de 1903, *Lot*

(Rec. 780; S. 1904.3.113, nota Hauriou)

*Considerando que, al estipular que, en los Archivos Nacionales, los titulares de los puestos de trabajo que no sean los de auxiliar deberán ser elegidos entre los archivistas paleógrafos, las disposiciones del art. 7 del decreto de 14 mayo de 1887 conceden a estos últimos el derecho exclusivo de acceso a estos puestos de trabajo; que, por tanto, el señor Lot, en su calidad de archivista paleógrafo, tiene un interés personal y está, por consiguiente, legitimado para solicitar la anulación de todo nombramiento que se realice infringiendo las susodichas disposiciones;*

*En cuanto al fondo:* – Considerando que el señor Dejean fue nombrado, al amparo del decreto impugnado, Director de los Archivos, título que impuso el art. 4 del decreto de 23 de febr. de 1897 en sustitución del título anterior de Conservador General, mencionado en el decreto de 14 de mayo de 1887; que esta función, cuya atribución compete en exclusiva al Jefe de Estado, no constituye un puesto de trabajo en el sentido del art. 7 de este último decreto; que, en efecto, los puestos de trabajo que se mencionan en dicho artículo se definen mediante la enumeración del personal de los Archivos, tal y como se reproduce en el art. 4, y que los miembros del personal, que según el art. 11 están sometidos a la autoridad del Conservador General desde el punto de vista disciplinario, son nombrados de conformidad con los art. 5 y 6 ya sea por el Ministro de Instrucción Pública o por el Conservador General; de todo lo cual se desprende que ninguna de las disposiciones vigentes limita la elección por el Presidente de la República del jefe de servicio encargado de la conservación y la administración de los Archivos Nacionales, careciendo el recurrente de fundamento para pedir la anulación del decreto impugnado;... (Desestimación).

### OBSERVACIONES

- 1 El Consejo de Estado decide con esta sentencia que, cuando los textos reservan para los titulares de un determinado diploma (en este

caso, los archivistas paleógrafos) el acceso a tal o cual función (en este caso, los puestos de trabajo en los Archivos Nacionales), cualquier persona titular de dicho diploma estará legitimada para impugnar los nombramientos que, según ella, se hayan efectuado infringiendo dichos textos (v. en este mismo sentido, y en relación con los catedráticos de las facultades de Derecho, CE Secc. 26 de dic. de 1930, *Chauveau*, Rec. 1119; D. 1931.3.27, y RD publ. 1931.127, concl. Etori). Esta decisión ha de vincularse con otras sentencias de la misma época que ampliaban el concepto de interés exigido para presentar un recurso por exceso de poder (v. nuestras obs. en CE 29 de marzo de 1901, *Casanova\**) y que renunciaban, para ello, al requisito de vulneración de los derechos adquiridos que, según el decreto de 2 de nov. de 1864 debía cumplir el recurrente en los casos de recurso por infracción de la Ley.

Aunque el Consejo de Estado ha admitido de forma mayoritaria la legitimación procesal de los funcionarios o de las agrupaciones, reconoce que existe un límite inspirado en el principio de subordinación jerárquica.

Además, el Consejo de Estado no está dispuesto a permitir a terceros impugnar la legalidad de una medida adoptada contra un funcionario público.

1. Casos en los que se admite la legitimación procesal de los funcionarios.

Son tres los supuestos en los que se admite la legitimación procesal de los funcionarios y, sin perjuicio de las normas aplicables a la acción colectiva (v. CE 28 de dic. de 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges\**), también la de sus agrupaciones:

- 2
  - a) Cuando las medidas les atañen personalmente. Tal es el caso de las decisiones relativas a su carrera profesional y, en particular, de las medidas con las que se les destituye como funcionarios o se les excluye de determinadas funciones (CE Secc. 18 de oct. de 1968, *Vacher-Desvernais*, Rec. 494; AJ 1969.169, nota Durand-Prinborgne). El funcionario que es parte interesada sólo puede impugnar la decisión por la que se nombra a un sustituto si tiene un vínculo indisociable con la medida de destitución que le afecta (CE Secc. 8 de abr. de 2009, *Chambre des métiers et de l'artisanat de la Moselle*, Rec. 139; AJ 2009.822, cr. Liéber y Botteghi; DA 2009, n.º 105, nota F. Melleray).

- 3            b) Cuando las decisiones les perjudican debido a un factor de competencia. De acuerdo con la jurisprudencia que se remonta a una decisión del 22 de marzo de 1918, *Rascol*, Rec. 318: «*los funcionarios que pertenecen a una administración pública están facultados para remitir al Consejo de Estado los nombramientos ilegales que se efectúan en dicha administración, cuando éstos consistan en ascensos ya sea a la categoría de la que forman parte o a una de las categorías superiores, pudiendo tener como resultado dichos ascensos ya sea un retraso irregular en su desarrollo profesional, ya sea un entorpecimiento de su desarrollo por la entrada de competidores que no satisfacen las reglas impuestas por las leyes y los reglamentos.*» El Consejo de Estado sigue siendo fiel a este enfoque (CE 26 de dic. de 1925, *Rodière\**).

Su jurisprudencia más reciente exige, sin embargo, que el recurrente «*esté en competencia*» con la persona cuyo nombramiento pretende impugnar. No es éste el caso de un profesor titular de universidad que imparte clases de mecánica en una escuela nacional de ingenieros y cuyos servicios de enseñanza no se ven afectados por el nombramiento de un profesor adjunto encargado de las disciplinas «*literarias y de ciencias humanas*» (CE 5 de dic. de 2011, *Rech*, Rec. 611).

- 4            c) Cuando las decisiones, pese a estar relacionadas con la organización del servicio, supongan una merma en los derechos que tienen los funcionarios debido a su condición, en las prerrogativas del cuerpo al que pertenecen (*Lot*) o simplemente en las prerrogativas vinculadas con el ejercicio de sus funciones (CE Secc. 7 de dic. de 1956, *Dame Delecluse-Dufresne*, Rec. 466). Apoyándose en este fundamento, el Consejo de Estado ha admitido que los miembros de la Inspección General de la Administración podían impugnar la creación dentro de este cuerpo de «*encargados de misión*» (CE As. 5 de marzo de 1948, *Vuillaume*, Rec. 117), o que un funcionario tenía un interés suficiente para trasladarle una decisión por la que se admitía que los funcionarios de su cuerpo pudieran estar sometidos a la autoridad de otro funcionario de menor rango (CE 6 de nov. de 1964, *Monier*, Rec. 523).

En el caso de las agrupaciones de funcionarios, el menoscabo de sus prerrogativas se valora con respecto a los derechos que les reconocen las leyes y los reglamentos, como por ejemplo la obligación de consultarlos (CE Secc. 4 de mayo de 1984, *Syndicat CFDT du Ministère des relations extérieures*, Rec. 164; LPA 26 de nov. de 1984, concl. Labetoulle).

5

El criterio, que se desprende de las prerrogativas inherentes al ejercicio de determinadas funciones, se ha ampliado de modo considerable en el caso de dos categorías de funcionarios, los profesores y los jefes de servicio hospitalario, por el motivo que expone el Comisario del Gobierno J. Théry en sus conclusiones sobre una decisión de Sección de 18 de abr. de 1975, *Syndicat national des personnels administratifs des lycées et établissements secondaires* (Rec. 242), en las que afirma que existe, en el caso de la enseñanza y de la medicina hospitalaria, un vínculo excepcional entre el funcionario y la función, y que en este caso viene a colación «el concepto muy antiguo de las artes liberales, en las que desempeña un papel esencial la personalidad de quién las ejerce».

Este es el motivo por el que se han considerado admisibles a trámite, en el ámbito de la enseñanza, los recursos interpuestos por miembros de la enseñanza pública para defender la prerrogativa que constituye para ellos el monopolio de la concesión de títulos universitarios (CE As. 25 de junio de 1969, *Syndicat autonome du personnel enseignant des facultés de droit et de sciences économiques de l'État*, Rec. 335; RD publ. 1969.965, concl. Braibant) o por jefes de establecimientos de enseñanza contra una circular relativa a la clasificación de los profesores (*Syndicat national des personnels administratifs des lycées et établissements secondaires*, prec.). Del mismo modo, un profesor de universidad está legitimado para impugnar tanto una decisión del Consejo de Universidad que reduzca los créditos de investigación y de funcionamiento (CE Secc. 26 de abr. de 1978, *Crumeyrolle*, Rec. 189; D. 1978. IR. 360, obs. P. Delvolvé) como un decreto que modifique las estructuras de su universidad (CE Secc. 10 de nov. de 1978, *Chevallier*, Rec. 438; AJ 1979.2.33, concl. Massot; D. 1980.333, nota Tedeschi). *A fortiori*, el decano de una facultad está facultado para denunciar un nombramiento que se ha efectuado vulnerando su prerrogativa de presentación de un candidato (CE Secc. 26 de abr. de 1978, *Doyen de la faculté de médecine de Clermont-Ferrand*, Rec. 190; RA 1979.278, nota Moderne).

En lo que respecta al servicio público hospitalario, se ha admitido que existía un interés que otorgaba legitimación procesal al jefe de servicio de cirugía para impugnar la legalidad de una decisión relativa al reparto de los enfermos entre los médicos del servicio (CE 9 de nov. de 1962, *Princeteau*, Rec. 604; AJ 1962.668, cr. Gentot y Fourré), así como al jefe del servicio de ginecología-obstetricia para emprender

una acción contra una decisión que sustraía de su servicio determinados elementos con el fin de crear una unidad especializada independiente de interrupción voluntario del embarazo (CE Sect. 8 de ene. de 1982, *Lambert*, Rec. 17; RTDSS 1982.450, concl. Genevois, obs. de Forges; RD publ. 1982.457, nota J. Robert).

En lo que respecta a las funciones universitarias y hospitalarias, el criterio basado en la vulneración de las prerrogativas de los interesados, entendido de forma amplia, coincide con el menoscabo que sufren específicamente estos profesionales en sus condiciones laborales.

- 6 Este estado de cosas del Derecho fue el que llevó al Consejo de Estado a considerar como procedente un recurso por exceso de poder, interpuesto por un sindicato de magistrados administrativos contra una disposición que reconocía la competencia de los tribunales administrativos de apelación para conocer directamente de un laudo arbitral, alegando que tenía «consecuencias sobre las condiciones de empleo y de trabajo de los miembros de las jurisdicciones administrativas» (CE 28 déc. 2005, *Union syndicale des magistrats administratifs*, Rec. 591; AJ 2006.940, nota Pontier).

La toma en consideración del impacto de una medida «sobre las condiciones de empleo y de trabajo» también ha servido para legitimar procesalmente a un sindicato de funcionarios dependiente del Ministerio de Trabajo para impugnar una orden por la que se creaba una sección interdepartamental de inspección del trabajo (CE 4 de marzo de 2009, *Union nationale CGT des affaires sociales*, Rec. 78).

2. Casos en los que no se admite el interés para ejercer una acción legal de los funcionarios.

- 7 Los funcionarios o sus agrupaciones no están legitimados para impugnar las medidas que, sin suponer un menoscabo de los derechos que se derivan de su condición o de sus prerrogativas, estén exclusivamente relacionadas con la organización del servicio (CE As. 26 de oct. de 1956, *Association générale des administrateurs civils*, Rec. 391; RD publ. 1956.1309, concl. Mosset; AJ 1956.II.491, cr. Fournier y Braibant: inadmisibilidad de un recurso contra un decreto que organizaba el trabajo de diferentes cuerpos de inspección del ministerio de agricultura; – 9 de nov. de 1988, *Association des présidents de chambre régionale des comptes*, Rec. 396: falta de legitimidad de esta asociación para impugnar las disposiciones relativas a la técnica de avoca-

ción utilizada por el Tribunal de Cuentas en relación con determinadas cuentas de entidades públicas).

La falta de procedencia se alega asimismo en el caso de las medidas que se adoptan en interés exclusivo del servicio (CE As. 17 de febr. de 1950, *Moehrlé*, Rec. 114; D. 1950.485, concl. Guionin: un funcionario no está legitimado para impugnar una decisión por la que se retira una tarjeta de circulación con tarifa reducida en las líneas de ferrocarril a los funcionarios de su servicio, al no estar justificada la concesión de dichas reducciones más que «en interés del servicio público»). Un funcionario no está legitimado para impugnar instrucciones o decisiones de sus superiores (CE Secc. 8 de mayo de 1942, *Andrade*, Rec. 147; S. 1943.3.5, nota J. D. V.: decisión del jefe jerárquico del recurrente por la que se anula una sanción impuesta por este último a uno de sus subordinados), un profesor no tiene capacidad para trasladar al juez la negativa del director de su establecimiento de enseñanza de imponer una sanción disciplinaria o de poner en marcha un procedimiento disciplinario contra un alumno (CE Secc. 10 de jul. de 1995, *Mme Laplace*, Rec. 302; AJ 1995.849, obs. Mallol) ni los sindicatos del personal de un establecimiento público para impugnar las medidas de cese en sus funciones del Presidente Director General del establecimiento de enseñanza y de nombramiento de su sustituto (CE As. 4 de nov. de 1977, *Syndicat national des journalistes, Section ORTF*, Rec. 428; AJ 1978.111, concl. Massot, nota Barthélémy).

Un sindicato de policías tampoco puede demostrar que tiene un interés que le legitime para impugnar una instrucción relativa a la organización del servicio de la gendarmería (condiciones en las que se admite que los gendarmes vistan de civil en el ejercicio de sus funciones de policía judicial), si la medida impugnada no supone un menoscabo ni para los derechos que tienen los funcionarios de policía debido a su condición ni para las prerrogativas de los cuerpos a los que pertenecen (CE Secc. 13 de ene. de 1993, *Syndicat national autonome des policiers en civil*, Rec. 13; JCP 1993.II.22 152, nota Gautier).

El Sindicato de la jurisdicción administrativa tampoco puede justificar un interés que le legitime para cuestionar la legalidad de un decreto que autoriza a los ministros a delegar su firma para representar al Estado ante los tribunales administrativos de apelación, si el texto legal en cuestión, que no tenía por qué ser sometido a consulta ante el Consejo Superior de los tribunales administrativos y de los tribunales administrativos de apelación en los que estaba representado dicho sindi-

cato, no supone por sí solo un menoscabo para los derechos y las prerrogativas de los miembros del cuerpo de los tribunales administrativos y de los tribunales administrativos de apelación, ni para sus condiciones de empleo y de trabajo (CE 12 de marzo de 2014, *Syndicat de la juridiction administrative*, req. n.º 371841, AJ 2014.589).

El Consejo de Estado también consideró que un sindicato que agrupaba a los funcionarios del Ministerio de Trabajo no estaba legitimado para trasladarle una circular relativa al descanso dominical de los aprendices (CE 28 de jul. de 2003, *Syndicat Sud Travail*, Rec. 342; RFDA 2004.139, concl. Stahl) ni una circular relativa a un dispositivo de apoyo al empleo de los jóvenes en las empresas (CE 28 de jul. de 2003, *Syndicat Sud Travail*, Rec. 902; RFDA 2004.139, concl. Stahl).

3. Un tercero no puede impugnar la legalidad de una medida disciplinaria.

- 8 Puesto que el derecho disciplinario atañe en primer lugar a las relaciones de la Administración con sus funcionarios, un tercero carece de todo interés para actuar contra una sanción disciplinaria impuesta a un funcionario, incluso cuando el comportamiento del funcionario sancionado le haya ocasionado un perjuicio (CE 17 de mayo de 2006, *Bellanger*, Rec. 257; AJ 2006.1513 concl. Keller; DA oct. de 2006, p. 28, nota Taillefait; JCP Adm. 2006.1212, com. Jean-Pierre). La víctima de un daño ocasionado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones tiene, no obstante, la posibilidad de interponer una demanda de reparación, alegando ante el juez ordinario ya sea una responsabilidad por parte de la Administración debido a una falta de servicio, ya sea, en caso de falta personal no asociada con el ejercicio de sus funciones, una responsabilidad por parte del funcionario (v. nuestras obs. sobre la sentencia de 28 de jul. de 1951 *Laruelle\** y *Delville\**). Ahora bien, no puede en ningún caso solicitar la reparación del perjuicio moral derivado de la insuficiencia de la sanción disciplinaria impuesta, ya que «*la sanción disciplinaria no tiene por objeto reparar un perjuicio de este naturaleza*» (CE de 2 de jul. de 2010, *Consorts Bellanger*, Rec. 826; AJ 2010.1945, concl. Thiellay).

### 13. RECURSO DE CASACIÓN. AUTORIDAD DE COSA JUZGADA

Consejo de Estado, 8 de julio de 1904, *Botta*

(Rec. 557, concl. Romieu; D. 1906.3.33, concl.; S. 1905.3.81, nota Hauriou)

*Sobre las conclusiones tendentes a la anulación de la sentencia impugnada:*

Considerando que de los propios términos de la sentencia de 7 y 21 de jul. de 1902 (Rec. 844) se desprende que el Tribunal de Cuentas se negó a incluir en el gasto asignado al recurrente diversos importes correspondientes a las cuotas devengadas por él en 1894 y 1895 sobre los gastos e ingresos que había efectuado en su calidad de recaudador municipal del municipio de Kolea;

Considerando que, con una sentencia anterior de 6 de dic. de 1899, el Tribunal había instado al contable a que devolviera los importes susodichos ya que estimaba que se había ordenado indebidamente su pago, pero que, con la decisión ya citada de 28 de febr. de 1902 (Rec. 150), el Consejo de Estado, al tener que pronunciarse sobre el recurso interpuesto por el señor Botta contra la sentencia de 6 de dic. de 1899, había dictado su anulación, alegando que no se observaba irregularidad alguna en la orden de pago; que, por consiguiente, la sentencia de 7 y 21 de jul. de 1902 contradecía la decisión del Consejo de Estado sobre la interpretación y aplicación de los actos administrativos que establecen las cuotas concedidas a los recaudadores de las contribuciones de distinto orden en Argelia por la gestión de los fondos de ámbito municipal;

Considerando que el art. 17 de la ley de 16 de sept. de 1807 abre la posibilidad de un recurso de casación ante el Consejo de Estado contra las sentencias del Tribunal de Cuentas por incumplimiento de las formas y de la Ley, y que la Real Ordenanza de 1 de sept. de 1819 dispone que, en caso de interposición de un recurso de casación, el caso se remitirá a una sala del Tribunal distinta a la que resolvió en primera instancia, con el fin de que se pronuncie sobre el fondo del litigio; que de estas disposiciones se desprende *que el Tribunal de Cuentas está sometido a la autoridad soberana del Consejo de Estado*

*que se ha pronunciado, durante el procedimiento contencioso, sobre la interpretación de la Ley, estando obligado el Tribunal a aplicar la decisión del Consejo al enjuiciar el caso con motivo del cual quedaron definitivamente resueltas por este último las cuestiones de legalidad; que esta interpretación del art. 17 de la ley de 16 de sept. de 1807 no ha sido cuestionada por ningún texto legal y que es la única capaz de garantizar la solución definitiva de las causas, al impedir que se susciten unos conflictos que en modo alguno podría haber admitido como posibles el legislador; que se desprende de lo que antecede que el Tribunal, con la sentencia impugnada, hizo caso omiso de la autoridad de cosa juzgada en esta cuestión de derecho, cometiendo así un exceso de poder;*

Considerando, por otra parte, que las cuentas del señor Botta para los años 1894-1895 fueron objeto de una sentencia aprobatoria dictada por el Tribunal el 15 de marzo de 1905 y que adquirió carácter de definitiva; que, por consiguiente, no procede pronunciar, como resultado de la anulación de la sentencia impugnada, la remisión al Tribunal del fallo que se emitió sobre dichas cuentas;

*Sobre las conclusiones que autorizan el reembolso de las cuotas indebidamente devueltas:*

Considerando que, aunque el señor Botta está legitimado para reclamar su derecho a que le sean reembolsados los importes que devolvió en cumplimiento de una sentencia del Tribunal de Cuentas anulada por el Consejo de Estado, esto no obsta para que le corresponda al Consejo, órgano ante el cual se interpuso un recurso en cumplimiento del art. 17 de la ley de 16 de sept. de 1807, condenar al municipio de Kolea a efectuar el reembolso;... (Anulación de la sentencia del Tribunal de Cuentas).

## OBSERVACIONES

- 1 Una sentencia del Tribunal de Cuentas de 6 de dic. de 1899, relativa a las cuentas para los años 1894-1895 del señor Botta, recaudador de las contribuciones en Argelia y recaudador municipal del municipio de Kolea, había declarado que este contable adeudaba al municipio diferentes importes correspondientes a la cuantía de las cuotas proporcionales que habría cobrado indebidamente sobre determinados gastos

en los que había incurrido el municipio durante estos dos años. El Tribunal consideró, en efecto, que estos gastos municipales constituían «conversiones de valores» y, por tanto, no estaban sujetos a unas cuotas proporcionales pagaderas al contable. Habiendo interpuesto el señor Botta un recurso, el Consejo de Estado, por medio de su decisión de 28 de febr. de 1902 (Rec. 150), anuló dicha sentencia y trasladó la cuestión al Tribunal de Cuentas. Este último, mediante una sentencia de 7-21 de jul. de 1902, refrendó íntegramente su decisión sin tener en cuenta la condena de su doctrina por el Consejo de Estado. El señor Botta recurrió contra esta nueva sentencia; el Consejo de Estado consideró procedente su recurso, afirmando que el Tribunal estaba obligado a respetar la decisión de traslado y que no podía ignorar estos principios sin infringir la autoridad de cosa juzgada.

La sentencia *Botta* es digna de atención por un doble motivo; tanto por el *alcance de una sentencia de casación* (I) como por la *autoridad de cosa juzgada* (II).

### I. El alcance de una sentencia de casación.

2 La sentencia Botta establece el principio según el cual, en el procedimiento de la casación administrativa, contrariamente a lo que ocurre en la casación ordinaria, *el juez remitente está obligado a asumir la solución* adoptada por el Consejo de Estado en su condición de juez de casación: esta regla era inevitable, ya que si se hubiera permitido al juez remitente pronunciarse en contra de la doctrina de la sentencia de casación, el debate podría haberse eternizado, dada la ausencia en aquella época de un procedimiento de doble instancia análogo al de la casación ordinaria.

El alcance de la sentencia Botta está doblemente condicionado por la ley de 31 de dic. de 1987 relativa a la reforma del procedimiento contencioso-administrativo. Por un lado, esta ley, que crea unos tribunales administrativos de apelación cuyas sentencias pueden ser remitidas al Consejo de Estado por la vía del recurso de casación (art. 10 – hoy art. L. 821-1 CJA), amplía el papel del Consejo de Estado respecto a la casación, así como el número de sentencias que pueden acogerse, en virtud de ello, al principio de autoridad de cosa juzgada. Por otro lado, al encomendar al Consejo de Estado la solución definitiva de una causa que ha sido objeto de un segundo recurso de casación (art. 11 párrafo 3 – art. L. 821-2 CJA), le permite ser él mismo el que

garantice de forma efectiva y sustantiva la autoridad de cosa que ha sido enjuiciada por este órgano con motivo del primer recurso.

## II. La autoridad de cosa juzgada.

- 3 La sentencia *Botta asimila la vulneración del principio de cosa juzgada con la infracción de la Ley*: la cosa juzgada pasa así a convertirse en una fuente de legalidad, junto con la Ley, los reglamentos, los principios generales del Derecho, etc. Las conclusiones del Comisario del Gobierno Romieu son de carácter formal: «*Concedemos la mayor importancia a la decisión que el Consejo de Estado va a dictar en la causa actual, ya que tendrá un alcance general, y la teoría que de ella se derive será válida para todas aquellas autoridades que dependan de su jurisdicción en materia de anulación, ya se trate de autoridades jurisdiccionales de cualquier índole o incluso de autoridades de la Administración en activo. Es necesario dejar sentado que, cuando un acto o una decisión han sido anulados por el Consejo de Estado por infracción de la Ley, dicho acto no puede reanudarse inmediatamente en las mismas condiciones, dicha decisión no puede repetirse en el procedimiento con los medios del Derecho que han sido condenados, ya que, de lo contrario, procedería una anulación que, esta vez, estaría fundamentada exclusivamente en la vulneración del principio de cosa juzgada.*»

A. La solución excede los límites del recurso de casación y es válida para *todas las sentencias de anulación*, en particular aquellas que se dicten como resultado de un recurso por exceso de poder: la cosa juzgada tiene que ser respetada escrupulosamente por todas las autoridades públicas (v. nuestras obs. a la sentencia CE 26 de dic. de 1925, *Rodière\**). Han de subordinarse no sólo a lo dispuesto sino también al motivo que constituye su soporte necesario (CE 28 de dic. de 2001, *Syndicat CNT des PTE de Paris*, Rec. 673; AJ 2002.542, nota Seiller). Su desconocimiento es objeto de sanción, en primer lugar, desde el punto de vista de la legalidad, en particular, por desviación de poder cuando las medidas se han adoptado para invalidar la anulación de decisiones anteriores (CE As. 13 de jul. de 1962, *Bréart de Boisanger*, Rec. 484; v. n.º 4.3; – 7 de nov. de 2012, *M. et Mme Gaigne et commune de Grans*, Rec. 1027; v. n.º 4.3) y, en segundo lugar, desde el punto de vista de la responsabilidad (pr ej. CE Secc. 21 de febr.

de 1958, *Société nouvelle des établissements Gaumont*, Rec. 124; S. 1958.281, concl. Jouvin).

La autoridad de cosa juzgada puede imponerse asimismo en los procedimientos contencioso-administrativos distintos de la anulación (por ej., en el contencioso de reparación) y es también objeto de sanción (por ej. con respecto al retraso en la ejecución de una condena al pago de una suma de dinero, CE 2 de mayo de 1962, *Caucheteux et Desmonts*, Rec. 291; v. n.º 56.3).

En los procedimientos de recurso de urgencia (v. nuestras obs. después de CE 18 de ene. de 2001, *Communes de Venelles\** y 5 de marzo de 2001, *Saez\**), «*teniendo en cuenta su carácter provisional, las decisiones del juez de los recursos de urgencia no tienen, en lo que atañe al litigio principal, la autoridad de cosa juzgada; no obstante, tienen... un carácter ejecutivo y también obligatorio, en virtud de la autoridad vinculada con las decisiones judiciales; de ello se deriva, en particular, que si el juez de un recurso de urgencia ha dictado la suspensión de una decisión administrativa..., la Administración no puede retomar la misma decisión sin atender contra la Ley...*» (CE Sect. 5 de nov. de 2003, *Association «Convention vie et nature pour une écologie radicale» et Association pour la protection des animaux sauvages*, Rec. 444, concl. Lamy; AJ 2003.2253, cr. Donnat y Casas; DA febr. de 2004, n.º 34, nota M. V.; Dr. rur., ene. 2004.32 y JCP Adm. 2004.1029, com. Gautier). La autoridad de cosa juzgada está garantizada por los mecanismos instituidos por la ley de 16 de jul. de 1980 y por la de 8 de febr. de 1995 (v. nuestras obs. sobre la sentencia CE 17 de mayo de 1985, *Mme Menneret\**).

Se plantea una dificultad específica cuando, después de ser resuelta definitivamente una causa por una jurisdicción nacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la decisión se adoptó en condiciones que excluían el debido respeto a las normas de un juicio justo (art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos v. nuestras obs. sobre la sentencia *Didier\** de 3 de dic. de 1999) y condena a Francia por este motivo; en una sentencia de 4 de oct. de 2012, *Baumet* (Rec. 347; AJ 2012.2162, cr. Domino y Botteghi; DA 2013, n.º 8, nota Sirinelli; JCP Adm. 2013.2060, com. Hoffmann; RFDA 2013.103, nota Sudre), el Consejo de Estado (*Secc.*) consideró «*que la ejecución de la sentencia del Tribunal no puede dar lugar..., cuando no existan procedimientos organizados que prevean la*

*revisión de una causa definitivamente juzgada, a que se despoje de su carácter ejecutivo a las decisiones jurisdiccionales».*

Pero «*la autoridad, vinculada con las sentencias del Tribunal, no sólo implica... que el Estado tenga que abonar al interesado los importes que le haya asignado el Tribunal..., sino también que adopte las medidas de carácter individual y, en su caso, también de carácter general que resulten necesarias para poner fin a la infracción observada*». Así pues, cuando el Tribunal haya resuelto que una sanción fue impuesta indebidamente por una jurisdicción y que esta sanción sigue surtiendo efecto, el interesado podrá solicitar a esta jurisdicción que proceda a una revisión (CE As. 30 de jul. de 2014, *Vernes*, Rec 260, concl. Von Coester; RFDA 2014.953, concl.; AJ 2014.1929, cr. Lessi y L. Dutheillet de Lamothe).

- 4 B. La autoridad de cosa juzgada debe ser respetada tanto por el legislador como por la Administración. Otrora, cuando una ley cuestionaba expresamente la cosa juzgada, el Consejo de Estado estaba obligado a acatarla (por ej., CE Secc. 7 de marzo de 1980, *Association de défense des intérêts des étudiants de l'Université de Paris XIII*, Rec. 128). No obstante, el Consejo de Estado hacía una interpretación restrictiva de las leyes de validación de actos anulados (CE 25 de mayo de 1979, *Sec. d'État aux universités c. Mme Toledano-Abitbol*, Rec. 228; D. 1979. IR. 388, obs. P. D.) y admitía que podían comprometer la responsabilidad del Estado de conformidad con la jurisprudencia *La Fleurette*\* (CE As. 1 de dic. de 1961, *Lacombe*, Rec. 674; v. n.º 47.7).

- 5 Hoy en día, las posibilidades de validación de actos administrativos están restringidas por el efecto combinado de la jurisprudencia del Consejo Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El primero ha denegado al legislador la facultad «de censurar las decisiones de los tribunales» y, en particular, de validar un acto anulado, pese a reconocerle «por motivos de interés general, la facultad de utilizar su poder de dictar disposiciones retroactivas para dar solución a... las situaciones que se deriven de la anulación de un acto» (CC n.º 80-119 DC, 22 de jul. de 1980, Rec. 46; AJ 1980.602, nota Carcassonne; D. 1981.65, nota Franck; JCP 1981.II.19603, nota Nguyen Quoc Dinh; RA 1981.33, nota de Villiers; RD publ. 1980.1658, nota Favoreu; GDCC, n.º 7).

Partiendo de las disposiciones del artículo 6-1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

Fundamentales, el Consejo de Estado deducía «que el Estado no puede, sin infringir estas disposiciones, atentar contra el derecho de toda persona a un juicio justo con la adopción de medidas legislativas de carácter retroactivo cuya consecuencia sea una modificación de las normas que el juez debe cumplir al pronunciarse sobre los litigios de los que es parte el Estado, salvo cuando dicte estas medidas por motivos de interés general» (CE As. 5 de dic. de 1997, *Ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie c. OGEC de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, Rec. 464, concl. Touvet; RFDA 1998.160, concl.: AJ 1998.97, cr. Girardot y Raynaud).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (28 de oct. de 1999, *Zielenski et autres c. France*, Rec. 1999. VII; AJ 2000.533, cr. Flauss; RD publ. 2000.716, nota Gonzalez; RFDA 2000.289, art. Mathieu, y 1254, nota Bolle; RTD civ. 2000.436, nota Marguénaud; GACE-DH 329) ha considerado que: «*el principio de primacía del Derecho y el concepto de juicio justo consagrados por el artículo 6 se oponen, salvo por motivos imperiosos de interés general, a la injerencia del poder legislativo en la administración de la justicia con objeto de influir en el desenlace judicial del litigio*». Los motivos de interés general deben ser «imperiosos». Por consiguiente, se condenó a Francia por una ley de validación cuya conformidad con la Constitución había sido admitida por el Consejo Constitucional (n.º 93-332 DC, 13 de ene. de 1994, Rec. 21).

- 6 Este último se vio instado a estrechar su control por imperativo no del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual no está facultado para valorar la constitucionalidad de una ley (CC 15 de ene. de 1975, Rec. 19; v. n.º 87.3), sino de las normas constitucionales «*que se derivan del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*» (el principio de separación de poderes y el derecho a un recurso jurisdiccional) (CC n.º 99-422 DC, 21 de dic. de 1999, Rec. 143; en el mismo sentido n.º 99-425 DC, 29 de dic. de 1999, Rec. 168; AJ 2000.43 et 48, cr. Schoettl; RD publ. 2000.611, art. Camby; RFDA 2000.289, art. Mathieu). El Consejo Constitucional ha endurecido los requisitos de validación de las decisiones judiciales que tienen carácter de cosa juzgada, subordinándola, como el Tribunal Europeo, a «*un motivo imperioso de interés general*» (CC n.º 2013-366 QPC, 14 de febr. de 2014, AJ 2014.1204, nota J. Roux; RFDA 2014.489, cr. Roblot-Troizier: RJEP oct. de 2014.23, nota Fraisse; RTD civ. 2014.604, nota Deumier).

Ya entonces el Consejo de Estado admitía exclusivamente, al igual que el Tribunal Europeo, las validaciones por motivos imperiosos de interés general y que no afectaran de forma desproporcionada a los derechos de los interesados (CE As. [dictamen] 27 de mayo de 2005, *Mme Provin*, Rec. 213, concl. Devys; JCP Adm. 2005.1252, concl. RFDA 2005.1003, concl.; AJ 2005.1455, cr. Landais y Lenica). Por consiguiente, los motivos de la aprobación retroactiva por la Ley de una cláusula adicional de concesión de carreteras, cuyo objeto sea proteger al adjudicatario contra eventuales recursos y en garantizar la ejecución en el plazo más breve, no revisten un carácter imperioso de interés general que pueda justificar un menoscabo del derecho a un juicio justo (CE Secc. 8 de abr. de 2009, *Association Alcaly et autres*, Rec. 112; RFDA 2009.463, BJCP 2009.476 y RJEP agosto-sept. de 2009, p. 16, concl. N. Boulouis; JCP Adm. 2009.2215, com. Gautier). La «no compatibilidad con un convenio internacional» de una ley de validación se puede apreciar no sólo de modo abstracto, comparándola con la norma convencional, sino también, si procede, de modo concreto, teniendo en cuenta los datos del litigio (CE Secc. 10 de nov. de 2010, *Commune de Palavas-les-Flots, Commune de Lattes*; v. n.º 87.12). El Tribunal de Casación se ha pronunciado en el mismo sentido (As. plen. de 23 de ene. de 2004, *SCI Le Bas Noyer c. Castorama*, Bull. as. plen., n.º 2, p. 2 JCP 2004.10030, nota Billiau; RFDA 2004.224, art. Mathieu; RTD civ. 2004.598, obs. Deumier; RTD com. 2004.74, nota Moneger).

De este modo, los límites de las validaciones de los actos administrativos coinciden con las exigencias del derecho al recurso (v. nuestras obs. a CE 17 de febr. de 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*\*): los principios que garantizan el respeto de la autoridad de cosa juzgada se aplican también al derecho al enjuiciamiento de la cosa.

De ello se desprende asimismo una combinación de las jurisprudencias administrativa, judicial, constitucional y europea en un «diálogo» que hace posible que se siga desarrollando el principio de legalidad.

## 14. RESPONSABILIDAD DEL PODER PÚBLICO. SERVICIOS DE POLICÍA

Consejo de Estado, 10 de febrero de 1905, *Tomaso Grecco*

(Rec. 139, concl. Romieu; D. 1906.381, concl.; S. 1905.3.113,  
nota Hauriou)

*Sobre la desestimación opuesta por el Ministro:* – Considerando que la demanda contiene el enunciado de los hechos que el señor Grecco considera susceptibles de hacer incurrir en responsabilidad al Estado; que cumple, por consiguiente, con los requisitos exigidos por el art. 1 del decreto de 22 de jul. de 1806;

*En cuanto al fondo:* – Considerando que de la instrucción no se desprende que el disparo que hirió al señor Grecco haya sido efectuado por el gendarme Mayrigue, ni que el accidente, del que fue víctima el recurrente, pueda ser atribuido a falta de un servicio público cuya responsabilidad haya de recaer en la Administración; que, por consiguiente, el señor Grecco carece de todo fundamento para solicitar la anulación de la decisión por la que el Ministro de Defensa se negó a concederle una indemnización;... (Desestimación).

### OBSERVACIONES

- 1 Habiéndose escapado un toro enfurecido en Souk-el-Arba (Túnez), la multitud se lanzó en su persecución; se hizo un disparo que hirió al señor Tomaso Grecco en el interior de su casa. La víctima solicitó al Estado una reparación, alegando que el disparo había sido efectuado por un gendarme y que, de cualquier modo, el servicio de policía había cometido una falta al no garantizar el orden para evitar tales incidentes. La situación de la jurisprudencia anterior a 1905 no permitía augurar ninguna posibilidad de éxito al recurrente. El Consejo de Estado decidió, en efecto, que «El Estado, en su condición de poder público, y, en concreto, en lo que respecta a las medidas policiales, no es responsable de la negligencia de sus funcionarios» (CE 13 de ene. de 1899, *Lepreux*, Rec. 18; S. 1900.3.1, nota Hauriou); en relación con las faltas cometidas por el servicio de policía, el Consejo de

Estado mantenía, por tanto, el antiguo principio de irresponsabilidad del poder público.

El Comisario del Gobierno Romieu propuso que se ampliara a este servicio el principio según el cual el poder público debía ser declarado pecuniariamente responsable de las faltas cometidas por sus funcionarios. El Consejo de Estado le dio la razón: aunque desestimó la solicitud de indemnización presentada por el señor Grecco, lo hizo por motivos de hecho que se desprendían del caso -ausencia de falta imputable a la policía en la causa que le había sido trasladada-, pero ya no invocó el principio de irresponsabilidad del Estado en el caso de los servicios de policía.

No obstante, el Comisario del Gobierno había añadido que, en el caso de los servicios de policía, como en el cualquier otro servicio, la responsabilidad de la Administración «no es ni general ni absoluta», según los términos de la sentencia *Blanco*\* (TC 8 de febr. de 1873): «*este es el motivo por el que cualquier error, negligencia, irregularidad... no implicará necesariamente la responsabilidad pecuniaria de la persona pública. Corresponde al juez determinar, en cada caso, si ha habido una falta de servicio manifiesta cuya naturaleza le haga incurrir en responsabilidad, y tener en cuenta a tal efecto tanto la naturaleza del servicio, los riesgos y las dificultades que conlleva, la parte de iniciativa y de responsabilidad que requiere, así como también la naturaleza de los derechos individuales involucrados, su importancia, la magnitud del impacto que han sufrido, la protección mayor o menor que merecen y la gravedad del menoscabo del que han sido objeto*». La jurisprudencia posterior iba, en efecto, a precisar que, en principio, sólo una falta grave puede hacer incurrir en responsabilidad al poder público por los servicios de policía prestados, y ello en atención tanto a la dificultad de las labores de policía como a la necesidad de no «paralizar» estos servicios por la amenaza de una responsabilidad pecuniaria en la que podría incurrir debido a una falta, incluso leve. El Comisario del Gobierno Rivet expuso estos motivos en sus conclusiones sobre el caso *Clef* (CE 13 de marzo de 1925, RD publ. 1925.274): «*para poder cumplir la difícil tarea de mantener el orden en las calles, la actuación de las fuerzas de policía no puede verse alterada por amenazas permanentes de complicaciones contenciosas.*»

Pero la jurisprudencia no estaba dispuesta a quedarse allí: la falta grave dejó de ser un requisito indispensable, o bien por considerar que

era suficiente una falta simple (I) o bien por no exigir siquiera la existencia de una falta (II).

- 2 I. Se ha considerado indispensable la existencia de una *falta grave* en los casos en que los servicios de policía cumplieran sus misiones en condiciones particularmente difíciles (CE As. 27 de dic. de 1938, *Loyeux*, Rec. 985; D. 1939.3.27, concl. Josse, nota A. H.; – As. 22 de ene. de 1943, *Braut*, Rec. 19; S. 1944.3.41, nota Mathiot; D. 1944.87, nota G. B.) – durante mucho tiempo, éste parecía ser el caso de las actividades materiales de policía y sólo de éstas. En ocasiones, la jurisprudencia ha admitido estas condiciones también en el caso de las medidas jurídicas.

Algunas *operaciones de mantenimiento del orden* sobre el terreno, «en caliente», presentan un carácter evidente de dificultad. La exigencia de la falta grave se ha justificado tanto en el caso de comportamientos activos (uso de la fuerza para dispersar una manifestación: CE 16 de marzo de 1956, *Époux Domenech*, Rec. 124, concl. Mosset; AJ 1956. II.226, cr. Fournier y Braibant; – As. 12 de febr. de 1971, *Rebatel*, Rec. 123), como en los casos de falta de intervención (negativa a emplear la fuerza pública para retirar las barricadas de los espacios públicos o para poner fin a una ocupación de una fábrica: CE Secc. 27 de mayo de 1977, *SA Victor Delforge*, Rec. 253; – 11 de mayo de 1984, *Port autonome de Marseille*, Rec. 178; v. n.º 38.5; falta de prevención de las agresiones o de los atentados: – Secc. 29 de abr. de 1987, *Consorts Yener*, Rec. 152; RFDA 1987.643, concl. Fornacciarri; AJ 1987.450, cr. Azibert y de Boisdeffre). Rara vez se ha cumplido este requisito (aunque existen algunos ejemplos como CE dic. de 1986. *Robert*, Rec. 701: expulsión brutal de una comisaría de un joven cuyo estado requería ciertamente precauciones especiales; – 26 de junio de 1985, *Mme Garagnon*, Rec. 209; RA 1987.38, nota Frayssinet: negligencia de los servicios públicos del aire y de las fronteras en la consulta del registro de medidas de prohibición de salida del territorio; – 15 de junio de 1987, *Société navale des Chargeurs Delmas Vieljeux*, Rec. 217: ausencia de medidas para oponerse al levantamiento de barricadas a la entrada de un puerto).

- 3 La adopción de *medidas jurídicas de policía* presenta en ocasiones dificultades insalvables, a menos que se haya cometido una falta grave que haga incurrir en responsabilidad a la Administración.

Este fue el caso de las dificultades que se le plantearon a la autoridad policial para hacer cumplir un reglamento (CE Secc. 14 de dic. 1962, *Doublet*, Rec. 680; D. 1963.117 y S. 1963.92, concl. Combarnous; AJ 1963.85, cr. Gentot y Fourré, a propósito de la acampada). Después de recordar las «*dificultades que tiene la policía de tráfico en París*», el Consejo de Estado consideró que no cabía imputar responsabilidad alguna a la Administración por el hecho de resultar insuficientes las disposiciones dictadas para «*que se respetaran las prohibiciones formuladas y para que se preservase el derecho de acceso de los vecinos*», salvo en el caso de falta grave tanto en las medidas reguladoras, que se adoptan en los despachos, como en el caso de las medidas de ejecución, que se adoptan sobre el terreno (CE As. 20 de oct. de 1972, *Ville de Paris c. Marabout*, Rec. 664; AJ 1972.581, cr. Cabanes y Léger, y 625, concl. G. Guillaume; JCP 1973. II.17373, nota B. Odent; RD publ. 1973.832, nota M. Waline; Gaz. Pal. 1973.265, nota Rougeaux).

La falta grave se pudo apreciar en la incapacidad de las autoridades de policía general para poner fin a un vertedero de basura «salvaje» (CE Secc. 28 de oct. de 1977, *Commune de Merfy*, Rec. 406; JCP 1978. II.18814, concl. Galabert), para adoptar y hacer cumplir las normas relativas a la presencia y a la actividad de «artistas» en la plaza de Terre en París (CE 25 de sept. de 1992, *SCI Le Panorama*, Rec. 1160; D. 1994 SC. 62, obs. Bon y Terneyre).

La exigencia de una falta grave en el caso de determinados aspectos de los servicios de policía podría interpretarse como una secuela del régimen de responsabilidad por falta grave de los servicios que funcionan en condiciones difíciles (servicios fiscales, servicios de tutela y de control: v. CE 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle\** y nuestras obs.). Tras haber renunciado a este requisito en la mayoría de los casos (en particular, en el de las actividades médicas y quirúrgicas; v. CE As. 10 de abr. de 1992, *Époux V.\**, y nuestras obs.), a partir de la sentencia *Tomasso Greco* se renunció a aplicarlo al propio servicio de policía.

4 La jurisprudencia mantiene hoy en día en todo los casos la falta simple (que es «*la falta cuya naturaleza puede hacer incurrir en responsabilidad a la Administración*»).

Por regla general, ésta ya se consideraba suficiente para justificar las *medidas jurídicas* de policía (CE As. 13 de febr. de 1942, *Ville de Dôle*, Rec. 48), puesto que la adopción de medidas, de carácter ya sea

reglamentario o individual, no suele tropezar con grandes obstáculos. Se produce o bien cuando se adopta una decisión ilegal (orden municipal por la que se prohíbe la proyección de una película: CE Secc. 25 de marzo de 1966, *Société «Les Films Marceau»*, Rec. 240; v. no 73.6; decisión del prefecto de prohibir la explotación de máquinas de juego: Secc. 26 de ene. de 1973, *Ville de Paris c. Driancourt*, Rec. 78; AJ 1973.245, cr. Cabanes y Léger; RA 1974.29, nota Moderne; suspensión ilegal de un carné de conducir adoptada por la vía de urgencia. 2 de febr. de 2011, *Radix*, Rec. 29), o bien cuando se mantiene una medida policial, aunque ha quedado suficientemente probada su inutilidad (CE 31 de agosto de 2009, *Commune de Crégols*, Rec. 343; RJEP de marzo de 2010.34, concl. de Salins; AJ 2099.1824, cr. Liéber y Botteghi; JCP Adm. 2009.2288, com. J. Moreau), o bien cuando se infringe la Ley renunciando a hacer uso de los poderes de policía (renuncia de un alcalde a dictar una normativa destinada a reducir la contaminación acústica: 28 de nov. de 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, Rec. 464; BJCL 2004.60, concl. Le Chatelier y obs. Bonichot; AJ 2004.988, nota Deffigier; JCP Adm. 2004.1053, com. J. Moreau). Encontramos un ejemplo ilustrativo de la renuncia a la exigencia de la falta grave en el caso de la policía encargada de los edificios en estado de abandono (CE-27 de sept. de 2006, *Commune de Baalon*, Rec. 1061; BJCL 2006.838, concl. Olson, obs. Poujade; AJ 2007.385, nota Lemaire; JCP Adm. 2006.1641, com. Pellissier).

La falta simple se considera asimismo suficiente hoy en día en lo que atañe a las *actividades materiales* de policía o a la incapacidad de las autoridades de policía en el ejercicio de sus funciones. Resulta así que, tras exigir la existencia de una falta grave en una causa relacionada con unos dispositivos de seguridad destinados a proteger a los espectadores de unos fuegos de artificio (CE Secc. 21 de febr. de 1958, *Commune de Domme*, Rec. 118; AJ 1958. II.225, cr. Fournier y Combarnous), el Consejo de Estado se contenta ahora con una falta simple (CE 30 de marzo de 1979, *Moisan*, Rec. 143; D. 1979.552, nota Richer). Esta misma evolución se observa en materia de seguridad en las playas (CE Secc. 13 de mayo de 1983, *Mme Lefebvre*, Rec. 194; AJ 1983.476, concl. Boyon), en la montaña (CE Secc. 12 de dic. de 1986, *Rebora*, Rec. 281; AJ 1987.354, concl. Bonichot; RA 1987.34, nota Terneyre) y en los aeropuertos (CE 3 de marzo de 2003, *Groupe-ment d'intérêt économique «La réunion aérienne»*, Rec. 76; JCP Adm. 2003.1570, com. Quillien).

Las actividades de rescate y de lucha contra los incendios que, por estar relacionadas con la seguridad de las personas y de los bienes, son competencia de la policía, se consideraron durante mucho tiempo como tareas que se desarrollaban en condiciones difíciles, hecho que justificaba la exigencia de una falta grave para reconocer la responsabilidad de la Administración. Esto ha dejado de ser así. Hoy basta con que se cometa una falta simple (respecto al salvamento marítimo: Ce Secc. CE Secc. 13 de marzo de 1998, *Améon*, Rec. 82; CJEG 1998.197, concl. Touvet; AJ 1998.418, cr. Raynaud y Fombeur; D. 1998.535, nota Lebreton; respecto a un servicio de lucha contra los incendios: 29 de abr. de 1998, *Commune de Hannapes*, Rec. 185; D. 1998.535, nota Lebreton; JCP 1999.II.10109, nota Genovese; RD publ. 1998.1001, nota Prétot).

Pero la clasificación de la falta se realiza en función de las condiciones en las que se ejercen las actividades. De ello se desprende, en cualquier caso, que la renuncia al requisito de la falta grave «no obsta... para que se tenga en cuenta la dificultad de la actuación administrativa» (J.-H. Stahl, concl. sobre CE Secc. 20 de junio de 1997, *Theux*, Rec. 254).

- 5 **II.** La ampliación de la responsabilidad a los casos en los que sólo ha habido una falta simple no es la única manifestación de la relajación de la jurisprudencia en materia de responsabilidad por actuaciones de la policía. También ha dado lugar al reconocimiento de la *responsabilidad sin falta*.

En primer lugar, el Consejo de Estado aplica el régimen de responsabilidad por riesgo en los casos de uso de armas de fuego (CE 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, Rec. 307; v. n.º 33.2). El tribunal administrativo de Grenoble (4 de nov. de 1991, *Mme Colombier c. ministre de l'intérieur*, D. 1993.161, nota Couzinet) lo ha admitido incluso para el servicio encargado de la protección de altas personalidades extranjeras.

En segundo lugar, se reconoce la responsabilidad de la Administración, amparándose en el principio de igualdad ante las cargas públicas, en el caso de las medidas policiales que suponen para los administrados una molestia especial y anormal (CE Secc. 22 de febr. de 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. 113 y 13 de mayo de 1987, *Aldebert*, Rec. 924; v. n.º 38.7: órdenes municipales que regulan la circulación; – Secc. 15 de febr. de 1961, *Werquin*, Rec. 118; v. n.º 38.7: embargo de vivienda dictado legalmente por el alcalde en virtud de sus poderes de

policía; – Secc. 27 de mayo de 1977, *SA Victor Delforge*, y 11 de mayo de 1984, *Port autonome de Marseille*, prec.: renuncia al uso de la fuerza pública para despejar una vía navegable o un puerto).

Estamos hoy en día lejos del la falta de responsabilidad de principio que se reconocía a los poderes públicos en materia de policía antes de la sentencia *Tomaso Grecco*, sentencia que fue la que abrió una primera brecha en esta doctrina. Encontramos aquí uno de los mejores ejemplos del carácter progresivo de la jurisprudencia administrativa.

## 15. RECURSO POR EXCESO DE PODER. LEGITIMACIÓN PROCESAL

**Consejo de Estado, 21 de diciembre de 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli***

(Rec. 962, concl. Romieu; D. 1907.3.41, concl.; S. 1907.3.33, nota Hauriou)

*Sobre la no admisión a trámite fundamentada en el hecho de que la agrupación recurrente no constituía una asociación con capacidad para recurrir ante un tribunal:*

Considerando que la comunidad de propietarios y contribuyentes del barrio de la Croix-de-Seguey-Tivoli se constituyó con el fin de asumir la defensa de los intereses del barrio, y de conseguir que se acometieran allí todas las mejoras de la red viaria, de saneamiento y de embellecimiento, objetivos que figuran entre aquellos que pueden dar lugar a la constitución de una asociación según los términos del art. 1 de 1 de jul. de 1901; que, por consiguiente, la asociación recurrente, al obrar de conformidad con las disposiciones de los art. 5 y siguientes de la ley de 1 de jul. de 1901, estaba legitimada para presentar un recurso ante los tribunales:

*Sin que sea necesario entrar a examinar el resto de los motivos de desestimación alegados por la compañía de tranvías eléctricos contra el recurso:*

Considerando que la agrupación recurrente pidió al Prefecto que hiciera uso de los poderes que le habían sido conferidos por los art. 21 y 39 de la ley de 11 de junio de 1880 para garantizar el funcionamiento de los tranvías, de modo a obligar a la compañía de tranvías eléctricos de Burdeos a que reanudara sus servicios, los cuales habían sido interrumpidos por ésta en el tramo de Tivoli de la línea n.º 5;

Considerando que, para desestimar la petición de la agrupación, el Prefecto alegó que el tramo de la línea en cuestión no formaba parte de la red adjudicada mediante decreto de 19 de agosto de 1901; que, dado que no había sido adoptada una decisión por una jurisdicción competente que interpretara el contrato de concesión de una manera diferente a la admitida por el Prefecto, la agrupación carecía de fundamento para considerar que

la negativa del Prefecto, tal y como había sido argumentada por éste, adolecía de un vicio por exceso de poder;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

1 La compañía concesionaria de la red de tranvías de Burdeos había procedido, tras la sustitución en 1901 de la tracción animal por la tracción mecánica, a una remodelación de sus líneas y había decidido, en particular, suprimir la línea que prestaba servicio al barrio de la Croix-de-Seguey-Tivoli.

El decano de la facultad de Burdeos, Léon Duguit, tomó la iniciativa de reunir a los habitantes del barrio en una agrupación de propietarios y contribuyentes; esta última pidió a la autoridad prefectoral que instara a la compañía a prestar sus servicios en las condiciones estipuladas en el pliego de condiciones. Habiéndose negado el Prefecto a admitir esta petición, la agrupación trasladó su negativa al Consejo de Estado por la vía del recurso por exceso de poder. Después de haber declarado procedente el recurso, el Consejo de Estado lo desestimó por motivos de fondo.

El problema que se le planteaba al Consejo de Estado no radicaba tanto en decidir si la negativa del Prefecto era o no válida -este no era más que un problema clásico de interpretación de un pliego de condiciones-, sino en determinar si el recurso era o no admisible: ¿cabe reconocerles a unos simples usuarios de un servicio público un interés suficiente para poder impugnar, por la vía del recurso por exceso de poder, las decisiones administrativas que omiten la obligación de garantizar el funcionamiento de un servicio de conformidad con los textos vigentes? El Consejo de Estado resolvió afirmativamente esta pregunta, confirmando así la tendencia de aquella época a ampliar los motivos de admisibilidad de un recurso por exceso de poder (v. nuestras obs. a la sentencia *Casanova*\* de 29 de marzo de 1901). Desde entonces no se ha producido desmentido alguno de esta jurisprudencia.

Ésta reconoce a los usuarios de los servicios públicos, por el solo hecho de serlo (I), un interés suficiente para impugnar por la vía del recurso por exceso de poder los actos administrativos relativos a dichos servicios (II) y la posibilidad de conseguir de este modo que se respeten sus derechos (III).

2 I. La condición de usuario de un servicio público basta para conferir un interés suficiente para impugnar los actos que atañen al servicio, sin que resulte necesario justificar ningún otro interés.

Por ello, la sentencia *Croix-de-Seguey-Tivoli* amplía el concepto de capacidad para ejercer una acción judicial, que ya se reconocía en el caso de los contribuyentes locales (*Casanova\**) y de los miembros de un determinado cuerpo (CE 11 déc. 1903, *Lot\**), admitiéndola a partir de entonces en todos los casos en que se justifique «la pertenencia a una determinada categoría jurídica» (Azibert y de Boisdeffre, AJ 1987.338).

La sentencia es de aplicación tanto a los usuarios de un servicio público industrial y comercial (CE 1 de jul. de 1936, *Veyre*, Rec. 713; S. 1937.3.105, nota L’Huillier) como a los usuarios de un servicio administrativo (CE Ass. 9 de oct. de 1996, *Mme Wajs et Monnier*, Rec. 387; CJEG 1997.52 y RFDA 1997.726, concl. Combrexelle; AJ 1996.973, cr. Chauvaux y Girardot; JCP 1997.II.22777, nota Peyrical: usuarios de autopistas) y de un servicio público operado por un concesionario (*Croix-de-Seguey Tivoli – Wajs et Monnier*), tanto en el caso de los usuarios de un servicio gestionado por una empresa privada, como en el de los usuarios de un servicio público nacional (CE 19 de dic. de 1979, *Meyet*, Rec. 475; D. 1980. IR. 124, obs. P. D.: usuario del servicio de telecomunicaciones que impugna un decreto que establece las tarifas telefónicas) y en el del usuario de un servicio público local (*Croix-de-Seguey-Tivoli*).

No obstante, la condición de usuario de un servicio público sólo justifica un interés para actuar cuando dicho servicio sea directamente objeto de cuestionamiento: en caso contrario, dicha condición ya no interviene y desaparece la legitimación procesal. Por ello, los estudiantes pueden impugnar los nombramientos de sus profesores (CE Secc. 29 de oct. de 1976, *Association des délégués et auditeurs du Conservatoire national des arts et métiers*, Rec. 460), pero no la decisión por la que se nombra a un inspector general y se le encomiendan las funciones de jefe de servicio en el ministerio del que depende su especialidad pedagógica (de la misma fecha, Secc. *Rouillon, Pommeret et Sion*, Rec. 453, concl. Massot; AJ 1976.635, nota J. Théry); los alumnos de un colegio pueden oponerse a su reorganización, pero no a la creación y organización de otro colegio (CE Sect. 5 de oct. de 1979, *Lamar*, Rec. 365).

Los usuarios pueden cuestionar los gastos cubiertos por las tasas que tienen que pagar (CE 9 de oct. de 1996, *Mme Wajs et Monnier*), pero no así los gastos cuya repercusión en las tarifas tienen una naturaleza meramente indirecta e incierta (CE 8 de dic. de 2000, *Wajs*, Rec. 1145; DA 2001, n.º 48, nota C. M.), ni *a fortiori* impugnar una deliberación cuya finalidad es reducir la cuantía de los importes que deben abonar (CE 28 déc. 1992, *Commune de Liffre c. Carlier*, Rec. 1195).

3 II. Los usuarios pueden remitir al juez responsable del recurso por exceso de poder todos *los actos que estén vinculados con la organización y el funcionamiento del servicio*.

Estos actos pueden emanar no sólo del organismo encargado del servicio, sino también de la entidad que lo controla: actos de la autoridad de tutela (CE 1 de jul. de 1936, *Veyre*, prec.) o decisiones con las que la autoridad concedente se niega a intervenir para obligar al concesionario a cumplir con el pliego de condiciones (*Croix-de-Seguey-Tivoli*).

Estos actos son a menudo de carácter reglamentario (por ej., CE 26 de jul. de 1985, *Association «Défense des intérêts des lecteurs de la Bibliothèque nationale»*, Rec. 478: notificación remitida a los lectores y decisión del conservador del departamento de impresos de la Biblioteca Nacional, a través de las cuales se establecen las condiciones restrictivas de acceso para los lectores; – 11 de febr. de 2010, *Mme Borvo et autres*, Rec. 18; v. n.º 79.3: decisiones de supresión de la publicidad en la televisión en horario de noche).

Estos actos pueden ser partes disociables de un contrato, como en el caso de la negativa del prefecto a hacer lo necesario para que se ejecutara el contrato de concesión en el caso *Croix-de-Seguey-Tivoli* y en el de las cláusulas reglamentarias de un contrato (CE As. 10 de jul. de 1996, *Cayzeele*, Rec. 274; v. n.º 116.6). Pero el nuevo recurso establecido contra los contratos administrativos, que excluye el recurso por exceso de poder contra los actos previos, sólo puede ser interpuesto por los usuarios que hagan valer un interés que se haya visto perjudicado (v. nuestras obs. a CE 4 de abr. de 2014, *Département de Tarn-et-Garonne\**).

Los actos susceptibles de ser impugnados por los usuarios pueden ser *individuales* (por ej., prohibición de acceso al servicio: CE 7 de febr. de 1936, *Jamart\**; negativa a reembolsar una cuantía de más percibida: – 19 de junio de 1991, *Meyet*, Rec. 250). Pero las medidas individuales que afectan a los usuarios de servicios públicos industriales

y comerciales quedan fuera de la competencia del juez administrativo (por ej., CE 21 de abr. de 1961, *Dame Vve Agnesi*, Rec. 253; D. 1962.535, nota F. B.; – 20 de ene. de 1988, *SCI La Colline*, Rec. 21; v. n.º 35.3) (v. nuestras obs. a TC 22 de ene. de 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain\**).

El recurso por exceso de poder se suma, así, a las acciones que pueden ejercer los usuarios ante los tribunales, en particular, ante los tribunales ordinarios, cuando el operador del servicio público industrial y comercial se niegue a contratar con ellos o cuando los usuarios aleguen un incumplimiento del contrato (CE Secc. 5 de nov. de 1937, *Société L'Union hydroélectrique ouest constantinois*, Rec. 896; S. 1938.65, nota P. L.). La fórmula de los actos disociables del contrato resulta, por tanto, especialmente beneficiosa para los usuarios.

4 III. Esta jurisprudencia les permite, pues, hacer valer *sus derechos*.

Pueden intervenir para que se garantice la organización y el funcionamiento correctos de un servicio ya creado, de conformidad con las disposiciones por las que se rige. Estas figuran no sólo en los actos reglamentarios adoptados unilateralmente por las autoridades administrativas, sino también en las cláusulas reglamentarias incluidas en los contratos de concesión, y que los usuarios pueden ya sea invocar (*Croix-de-Seguey-Tivoli*) o impugnar (*Cayzeele, Mme Wajs et Monnier*). Los usuarios pueden también pedir que se cumpla el principio de igualdad ante el servicio público (v. nuestras obs. sobre la sentencia CE 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire\**; – 19 de dic. de 1979, *Meyet*, citada *ut supra* y 8 de abr. de 1987, *Association Études et consommation CFDT*, Rec. 128, en relación con las tarifas telefónicas), y uno de sus aspectos, el principio de neutralidad del servicio público (CE As. 21 de oct. de 1988 *Fédération des parents d'élèves de l'enseignement public*, Rec. 361; RFDA 1989.124, concl. Faugère), así como el principio de continuidad del servicio público (v. nuestras obs. a la sentencia CE 7 de jul. de 1950, *Dehaene\**; – 13 de febr. de 1987, *Touchebeuf et Mme Royer*, Rec. 45: recurso contra el cierre de un colegio tres semanas antes de la fecha prevista para la finalización del año escolar).

Pueden incluso hacer que se eliminen unas cláusulas cuyo carácter abusivo se aprecia no sólo respecto a las propias cláusulas, sino también cuando se tiene en cuenta el conjunto de las estipulaciones del contrato y de las características específicas del servicio público al que

se refieren (CE Secc. 11 de jul. de 2001, *Société des eaux du Nord*, Rec. 348, concl. Bergeal; v. n.º 95.7).

Por último, pueden reivindicar el mantenimiento de un servicio público ya existente o, incluso, la creación de un nuevo servicio. El incumplimiento de una norma de legalidad externa les otorga la posibilidad de obtener satisfacción (por ej., CE 28 de jul. de 2004, *Fédération nationale des associations des usagers des transports*, Rec. 561; RFDA 2005.364, nota Lachaume: anulación de un decreto de supresión de determinados tramos de las líneas de la red ferroviaria nacional, que no se ha visto precedida, tal como exige la ley, de una consulta a las organizaciones nacionales que representan a los usuarios de los transportes; 11 de febr. de 2010, *Mme Borvo et autres*, citada *ut supra*: anulación por falta de competencia de las decisiones de supresión de la publicidad en la televisión en horario de noche). Pero, en cuanto al fondo, sus derechos son más limitados. Aunque unos servicios públicos respondan a exigencias de orden constitucional (p. ej., el servicio público de enseñanza o de sanidad) o de orden legislativo (por ej., el servicio público de transporte o de correos) o incluso reglamentario, la autoridad administrativa conserva un margen de discrecionalidad para proceder a las remodelaciones que considere oportunas.

El Consejo de Estado ha considerado en muchas ocasiones que un servicio público podía ser suprimido en un momento dado (CE Secc. 27 de ene. de 1961, *Vannier*, Rec. 60, concl. Kahn; AJ 1961.74, cr. Galabert y Gentot; – Secc. 18 de marzo de 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle*, Rec. 153, concl. Massot). Como en otros supuestos de poder discrecional (p. ej., CE de 2 de nov. de 1973, *SA Librairie Maspero*, Rec. 611; v. n.º 27.8), es requisito indispensable que haya habido un error manifiesto de apreciación tanto en el caso de la creación de un servicio público (CE 10 de nov. de 1997, *Poirrez*, Rec. 414) como en el de su supresión (CE 16 de ene. de 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, Rec. 14; CJEG 1991.279, nota Lachaume).

Por consiguiente, los usuarios pueden, gracias a la capacidad para actuar que les reconoce la sentencia *Croix-de-Seguey-Tivoli*, hacer valer no sólo su derecho a un funcionamiento adecuado del servicio público, sino a su propia existencia.

## 16. RECURSO POR EXCESO DE PODER. LEGITIMACIÓN PROCESAL

Consejo de Estado, 28 de diciembre de 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*

(Rec. 977, concl. Romieu; S. 1907.3.23, concl.; RD publ. 1907.25, nota Jèze)

*Sobre la intervención del sindicato de trabajadores de peluquería de Limoges:*

Considerando que el escrito de formalización de la intervención no se presentó en papel timbrado; que, por consiguiente, no procede admitirlo;

*A petición del sindicato de empresarios de peluquería de Limoges:*

Considerando que, aunque –según el último párrafo del art. 8 de la ley de 13 de jul. de 1906– la autorización concedida a un establecimiento debe hacerse extensiva a todos aquellos que, en la misma ciudad, se dediquen al mismo tipo de actividad y tengan la misma clientela, el art. 2 exige al prefecto que proceda necesariamente a un examen especial de la situación de cada uno de los establecimientos que solicite el permiso.

Considerando, por otra parte, que si bien *corresponde a las asociaciones profesionales asumir en nombre de sus asociados la defensa de sus intereses según lo dispuesto en el art. 3 de la ley de 21 de marzo de 1884, éstas no pueden intervenir en nombre de intereses personales sin haber sido autorizadas por un mandato especial*; que, por consiguiente, la asociación recurrente sólo podía dirigir una solicitud al Prefecto como representante autorizado por todos y cada uno de los miembros en cuyo nombre solicitaba que se aplicara la excepción;

Considerando que la solicitud colectiva que presentó el sindicato al Prefecto y que, por otra parte, no incluía indicación alguna de los nombres de los empresarios de peluquería en cuyo nombre se había constituido, ni del domicilio de sus establecimientos, no iba acompañada de ninguna autorización; que, en tales condiciones, la petición no

se ajustaba a la Ley y, por consiguiente, el recurso contra la orden que la declaró improcedente debe ser desestimado;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 I. La ley de 13 jul. de 1906 por la que se instauraba el descanso semanal dio lugar, desde su entrada en vigor, a un contencioso importante, debido sobre todo al poder que otorgaba al Prefecto de establecer excepciones en determinados supuestos. Esto fue lo que llevó al sindicato de empresarios de peluquería de Limoges a presentar al Prefecto del departamento de Haute-Vienne una solicitud general de exención para el conjunto de sus miembros, trasladando al Consejo de Estado la negativa que se había opuesto a su petición. Dado que era obligado someter a un examen especial la situación de cada uno de los establecimientos para los cuales se solicitaba este tipo de autorización, el Consejo de Estado estimó que la exención tenía un carácter individual y, por ello, no podía ser solicitada ni a la Administración ni al juez por una asociación profesional. Por este motivo, desestimó el recurso de la asociación por considerarlo inadmisibile.

Esta causa dio pie al Comisario del Gobierno Romieu a enunciar las normas que determinan la capacidad de los sindicatos profesionales para actuar ante la Justicia. Se vio primero en la necesidad de distinguir la acción sindical de la acción individual. «La acción sindical es la que ejerce el sindicato en nombre propio como persona civil encargada de la defensa de unos intereses colectivos que le corresponde salvaguardar...; para que pueda existir, es necesario que esté en juego un interés profesional colectivo y que las conclusiones no contengan nada que pueda tener un carácter meramente individual...; en cambio, la acción individual tiene por objeto conseguir una ventaja determinada en beneficio de un miembro del sindicato nominalmente designado... Sólo puede ser ejercida por la persona interesada, pudiendo ésta ejercer ella misma la acción o hacerlo a través de un representante; sólo puede ser presentada de oficio por el sindicato que pretenda ejercer en su nombre la acción sindical en interés de sus miembros *ut singuli*... Que la acción sindical no fuera admisible, en este caso, no obedeció en modo alguno a la falta de interés del sindicato en la solución del conflicto... sino al hecho de que su acción directa se viera obstaculizada por la aplicación del principio: «*Nul ne plaide par procureur*»

(nadie puede reclamar por otro);... aunque un sindicato no puede ejercer una acción individual presentándola como una acción sindical, nada le impide ser elegido como representante autorizado por la persona interesada para que ejerza la acción individual en su nombre.»

La acción corporativa presenta, no obstante, una particularidad en materia de recurso por exceso de poder: «Si el recurso tiene por objeto anular un acto positivo, individual o colectivo, que resulta lesivo para los intereses generales de la asociación, el sindicato está legitimado para interponerlo... Si el recurso tiene por objeto anular un acto negativo, es decir, un acto a través del cual la Administración se niega a tomar una medida, habrá que proceder a un examen más detenido... En el caso de que se trate de un acto colectivo (por ej., la negativa a anular un reglamento), el recurso del sindicato se considera procedente... Si, por el contrario, se trata de una negativa de autorización individual, la acción de impugnación tendrá ella misma un carácter claramente individual... Poco importa que el beneficio que se derive del juicio sea de interés para el resto de los miembros del sindicato, los cuales podrán a su vez interponer la misma demanda, la acción conserva, pese a todo, su carácter individual y sólo puede ser ejercida por cada uno de los interesados directos o en nombre de cada uno de éstos...

La sentencia se inspira en los principios que de ello se derivan:

1. los sindicatos profesionales no pueden intervenir en nombre de intereses individuales sin haber sido autorizados por un mandato especial;

2. un sindicato profesional no está legitimado para remitir al Consejo de Estado, por adolecer de un vicio por exceso de poder, una orden con la que el prefecto se ha negado a conceder a sus miembros el descanso semanal de sus trabajadores los días lunes.

**2**            **II.** Retomando, en sus líneas fundamentales, el sistema propuesto por el Comisario del Gobierno Romieu, la jurisprudencia ha tenido desde entonces múltiples oportunidades para explicarlo y, en lo que respecta a algunos de sus puntos, para modificarlo.

En términos generales, un sindicato profesional sólo tiene legitimación procesal para actuar contra un acto que afecta a los intereses de sus miembros. No puede hacer valer oportunamente los principios generales cuya defensa le encomiendan sus estatutos (CE 27 de mayo de 2015, *Syndicat de la magistrature*, req. n.º 388705; AJ 2015.1068).

1. Salvo por esta reserva, el Consejo de Estado admite mayoritariamente la acción de los sindicatos y de las agrupaciones contra las medidas de carácter reglamentario o colectivo que supongan un menoscabo para los intereses morales o materiales del conjunto de sus miembros o para una parte de ellos.

a) Por ello, si *los actos en cuestión son de carácter reglamentario*, la liga nacional contra el alcoholismo está legitimada para impugnar una decisión ministerial que beneficie a las destilerías (CE Secc. 27 de abr. de 1934, *Ligue nationale contre l'alcoolisme*, Rec. 493), una asociación de padres de alumnos puede defender la libertad de enseñanza (CE 22 de marzo de 1941, *Union nationale des parents d'élèves de l'enseignement libre*, Rec. 49), un sindicato obrero puede impugnar las circulares relativas a la situación en Francia de los trabajadores extranjeros (CE 13 de ene. de 1975, *Da Silva et Confédération française démocratique du travail*, Rec.16; v. n.º 83.5), un sindicato de abogados puede recurrir contra una normativa relacionada con la detención de extranjeros sujetos a un expediente de expulsión (As. 7 de jul. de 1978 *Syndicat des avocats de France*, Rec. 297; RD publ. 1979.263, concl. J.-F. Théry; AJ 1979.1.28, cr. O. Dutheillet de Lamothé y Robineau; D. 1978. IR.486, obs. P. Delvolvé). Se aplican exactamente las mismas soluciones a los recursos interpuestos por los sindicatos de funcionarios (consultar respecto a un recurso contra unas disposiciones estatutarias: CE Secc. 10 de febr. de 1933, *Association amicale du personnel de l'administration centrale du ministère de l'agriculture*, Rec. 193), sin perjuicio de las normas específicas aplicables a las medidas de organización del servicio (v. nuestras obs. a la sentencia *Lot\**).

Es preciso, no obstante, que el reglamento impugnado afecte a los intereses que tiene la misión de defender el sindicato. A este respecto, unas organizaciones sindicales, cuyo objeto sea la defensa de los intereses del personal relacionado con la energía y el medio ambiente, sólo estarán legitimadas para impugnar la legalidad de un decreto de nombramiento de los prefectos como delegados territoriales de seis establecimientos públicos en la medida en que el texto legal sea de aplicación a la Agencia para el Medio Ambiente y el Control de la Energía (CE 20 de febr. de 2013, *Fédération Chimie Énergie CFDT et autres*, Rec. 671).

- 3            b) Los *actos colectivos* cuyo alcance sea suficientemente general pueden asimismo someterse al juez en materia de legalidad mediante una acción sindical o colectiva. Una agrupación de propietarios puede presentar un recurso contra «unas medidas generales que puedan suponer un menoscabo para los derechos de los propietarios», tales como las órdenes relativas a la prórroga por otros seis años de todos los embargos de viviendas (CE Secc. 7 de mayo de 1948, *Chambre syndicale de la propriété bâtie de la Baule*, Rec. 202). Del mismo modo, el Consejo de Estado ha admitido que el comité de un establecimiento público presente un recurso contra las decisiones administrativas cuya naturaleza puede «incidir en las condiciones de empleo y de trabajo del personal de la empresa» (CE As. 22 de dic. de 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, Rec. 436; v. n.º 94.8).
- 4            2. En lo que respecta a los *actos individuales*, conviene establecer una distinción, que coincide en cierta medida con la que había formulado el Comisario del Gobierno Romieu. Las agrupaciones están legitimadas para impugnar los actos positivos que resulten lesivos para sus intereses generales o que supongan un menoscabo para los derechos de una fracción o de la totalidad de sus miembros (CE As. 13 de jul. de 1948, *Société des amis de l'École polytechnique*, Rec. 330: recurso contra unas decisiones de admisión a la escuela de unos alumnos). En cambio, los actos relativos a la situación individual de uno de sus miembros sólo pueden ser impugnados por la persona afectada; la asociación, que no tiene capacidad en este caso para actuar con carácter principal, puede pese a todo intervenir en apoyo del recurso de la parte interesada (CE 21 de mayo de 1953, *Chambre syndicale nationale des fabricants de spécialités chimiques destinées à l'horticulture*, Rec. 241: recurso contra la negativa de homologación de un producto).
- 5            Existen ejemplos llamativos de estas normas en el caso de la función pública: un sindicato de funcionarios puede impugnar una medida individual de nombramiento, incorporación o promoción que suponga un perjuicio colectivo para todos aquellos de sus miembros que aspiraban a beneficiarse de esta medida (CE 11 de dic. de 1908, *Association des employés civils du ministère des colonies*, Rec. 1016, concl. Tardieu; – Secc. 12 de junio de 1959, *Syndicat chrétien du ministère de l'industrie et du commerce*, Rec. 360; AJ 1960.II.62, concl. Mayras) y, en particular, cuando el nombramiento se produzca por orden de un

magistrado (CE Secc. 18 de ene. de 2013, *Syndicat de la magistrature*, Rec. 5; Gaz. Pal. 28 de febr. de 2013, nota Guyomar; JCP Adm. 2013.2128, com. Biagini-Girard). Una organización sindical también tiene capacidad para impugnar la legalidad de una decisión relativa al destino de unos funcionarios (CE Secc. 13 de dic. de 1991, *Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes*, Rec. 443; RFDA 1993.250, concl. Toutée; AJ 1992.350, nota Breton).

Por el contrario, un sindicato no está legitimado para impugnar una negativa de nombramiento, una evaluación, una sanción disciplinaria o una retención sobre el salario por participación en una huelga, que sólo interesan directamente a la persona afectada por la medida (v. por ej., CE 21 de nov. de 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes*, Rec. 748; RD publ. 1923.582, concl. Corneille; – Secc. 13 de dic. de 1991, *Syndicat Inter-Co-CFDT de la Vendée*, Rec. 444; RFDA 1993.250, concl. Toutée; AJ 1992.350, nota Breton). Tal es el caso, en particular, de un cambio de destino de oficio que tiene un carácter disciplinario (CE 23 de jul. de 2014, *Fédération des syndicats de fonctionnaires*, Rec. 727). En este mismo sentido, una unión de sindicatos de la función pública a nivel territorial no tiene un interés suficiente que la legitime para solicitar la anulación de una orden individual que fija la remuneración asignada a un Secretario General de un municipio en atención a sus funciones accesorias de dirección de un establecimiento público (CE 2 de junio de 2010, *Centre communal d'action sociale de Loos*, Rec. 191).

Esta jurisprudencia obedece al deseo de evitar que los sindicatos puedan interponer recursos sin el conocimiento o incluso contra la voluntad del principal interesado; pero es indudable que, con mucha frecuencia, los funcionarios vacilan a la hora de interponer un recurso que podría granjearles la animosidad de sus superiores, y que estos mismos funcionarios estarían en condiciones de defender mejor sus derechos si la acción sindical gozara de una mejor acogida.

- 6 Ello explica que, en determinadas circunstancias, el Consejo de Estado se vea en la necesidad de flexibilizar su jurisprudencia en materia de acciones sindicales contra las medidas individuales: de hecho, ha admitido que un sindicato pudiera impugnar una decisión administrativa que autorizaba el despido de los asalariados de una empresa privada (Secc. 23 de junio de 1972, *Syndicat des métaux CFDT, CFTC, des Vosges et autres*, Rec. 474, concl. A. Bernard; AJ 1972.458, cr. Labetoulle et Cabanes) o incluso la decisión de un inspector del traba-

jo que autorizaba el despido de un representante sindical del personal (As. 10 de abr. de 1992, *Société Montalev*, Rec. 170; RFDA 1993.261, concl. Hubert; AJ 1992.482, cr. Maugué y Schwartz).

**III.** Las asociaciones y las federaciones de asociaciones no pueden, en principio, impugnar unas medidas que sólo afecten a una categoría, ya sea profesional o regional, de sus miembros, que está de hecho, o debería de estar, representada por una organización especial. El hecho de determinar si la categoría en cuestión está lo bastante delimitada, si tiene una autonomía y una originalidad suficientes para que esta norma se pueda aplicar, plantea en ocasiones dificultades y ha dado lugar a una jurisprudencia que parece recoger una doble corriente.

- 7 a) Varias de las decisiones ponen de manifiesto el deseo del juez de no dejarse llevar por un formalismo excesivo. En este sentido, el Consejo de Estado ha admitido la admisibilidad de un recurso interpuesto por una federación de sindicatos de funcionarios contra un decreto relativo al estatuto de los administradores civiles; también ha admitido el recurso presentado por una unión interfederal de sindicatos de policía contra un estatuto particular que afectaba a «las personas pertenecientes a varios de los sindicatos que la componen» (CE As. 7 de ene. de 1966, *Fédération générale des syndicats chrétiens de fonctionnaires*, Rec. 17; RA 1966.26, concl. Braibant; – As. 21 de jul. de 1972, *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale*, Rec. 584; AJ 1973.125, concl. Morisot; AJ 1972.458, cr. Labetoulle y Cabanes).

El Consejo de Estado consideró que una unión de sindicatos tenía capacidad para pedir la anulación de una decisión con la que se desautorizaba la creación de un comité técnico paritario en el *Institut de France*, incluso a pesar de que dicha unión incluyera a un sindicato presente en dicha institución (CE As. 12 de dic. de 2003, *USPAC-CGT des personnels des affaires culturelles*, Rec. 508; RFDA 2004.322, concl. Le Chatelier; AJ 2004.199, cr. Donnat y Casas; JCP 2004. IV.1424, nota Rouault; GACA, n.º 32).

Del mismo modo, habida cuenta de los intereses colectivos que representa, una unión de sindicatos de asalariados tiene capacidad para ejercer una acción contra una decisión de validación o de homologación de un plan de salvaguarda del empleo (CE As. 22 de jul. de 2015, *Syndicat CGT de l'Union locale de Calais et environs*, AJ 2015.1444).

- 8            b) Ello no obsta para que el juez administrativo exija una adecuación mínima entre la decisión impugnada y el objetivo estatutario de la asociación que cuestiona su legalidad. No es admisible, en particular, que la finalidad de la agrupación, cuando se trata de una asociación, se defina de forma tan amplia que permita, en la práctica, la impugnación de cualquier medida administrativa. En este sentido, se ha declarado inadmisibile el recurso de una asociación cuyo objetivo era «velar por el respeto de las normas propias de la función pública con el fin, sobre todo, de garantizar el respeto del principio de igualdad» (CE 13 de marzo de 1998, *Association de défense des agents publics*, Rec. 77).

Pero el mero hecho de que el objetivo de una asociación, tal y como se define en sus estatutos, no especifique un ámbito geográfico determinado no es motivo suficiente para deducir que tiene un alcance nacional y es, por tanto, demasiado amplio. Deben tenerse en consideración todos los demás elementos relativos a los estatutos (modalidad y condiciones de adhesión) que permitan circunscribir su ámbito de intervención (CE 17 de marzo de 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, Rec. 56).

- 9            IV. Con el desarrollo de esta jurisprudencia, compleja y llena de matices, el Consejo de Estado puso de manifiesto su deseo de tener en cuenta, por un lado, la importancia creciente de las asociaciones, sindicatos y agrupaciones de todo tipo en la vida social contemporánea, pero también, por otro, su voluntad de impedir que su acción sustituya sistemáticamente a la de los individuos y que, al rebasar el ámbito de sus objetivos, se vulnere el principio de especialidad de las personas jurídicas (v. CE Secc. 4 de junio de 1954, *École nationale d'administration*, Rec. 338, concl. Chardeau).

## **17. RECURSO POR EXCESO DE PODER. REGLAMENTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**Consejo de Estado, 6 de diciembre de 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres***

(Rec. 913, concl. Tardieu; D. 1909.3.57, concl.; S. 1908.3.1, nota Hauriou, concl.; RD publ. 1908.38, nota Jèze)

Sobre los motivos de inadmisión que alega el Ministro de Obras Públicas y que se derivan del hecho de que, al ser el decreto de 1 de marzo de 1901 un reglamento de administración pública, no cabe impugnarlo por la vía del recurso por exceso de poder:

Considerando que, a tenor de las leyes de 11 de junio de 1842 (art. 9) y de 15 de jul. de 1845 (art. 21), los reglamentos de administración pública son los que determinan las medidas y disposiciones necesarias para garantizar la vigilancia policial, la seguridad, la conservación, el uso y la explotación de los ferrocarriles; que, con sus conclusiones, las compañías de ferrocarriles pretenden que se resuelva que las disposiciones dictadas por el reglamento de administración pública de 1 de marzo de 1901 exceden de los límites de la delegación otorgada al gobierno por las susodichas leyes;

*Considerando que, según el art. 9 de la ley de 24 de mayo de 1872, cabe la posibilidad de interponer un recurso de anulación por exceso de poder contra los actos de diversas autoridades administrativas;*

*Considerando que, aunque los actos del Jefe de Estado relativos a los reglamentos de administración pública se realicen en virtud de una delegación legislativa e impliquen, por tanto, el pleno ejercicio de los poderes que han sido otorgados por el legislador al gobierno en la materia, no por ello, y dado que emanan de una autoridad administrativa, han de quedar al margen del recurso previsto por el art. 9 antes citado; que, por ende, corresponde al Consejo de Estado, al que compete pronunciarse sobre los litigios de carácter administrativo, examinar si las disposiciones contenidas en los reglamentos de administración pública se enmarcan dentro de los límites de dichos poderes;*

Teniendo en cuenta que, con la promulgación del Decreto-Ley de 15 de nov. de 1846 (art. 21), se había extinguido la delegación concedida al Jefe de Estado por las leyes de 11 de junio de 1842 (art. 9) y 15 de jul. de 1846, cabe afirmar que el decreto de 1 de marzo de 1901 no hubiera podido modificar las disposiciones del mencionado decreto, a menos que el legislador previera una nueva delegación de poder;

Considerando que cuando el legislador encomienda al Jefe de Estado que garantice la ejecución de una ley mediante un reglamento de administración pública, en principio, este mandato no se agota con el primer reglamento que se dicta para ejecutar dicha ley; que, en efecto, salvo excepción derivada del objeto mismo de la delegación o de una disposición expresa de la Ley, esta delegación conlleva necesariamente el derecho del gobierno a proceder a las modificaciones del reglamento inicial que la experiencia o las nuevas circunstancias requieran para garantizar la ejecución de la Ley;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 Las leyes de 11 de junio de 1842 y de 15 de jul. de 1845 delegan en el gobierno la facultad de promulgar, a través de un reglamento de administración pública, las medidas destinadas a garantizar la vigilancia policial, la seguridad, la conservación, el uso y la explotación de los ferrocarriles. Estas medidas se consignaron en un decreto legislativo de 15 de nov. de 1846, que fue más adelante modificado en muchos aspectos por el decreto de 1 de marzo de 1901, tal y como exigían la expansión económica y los avances técnicos de los transportes ferroviarios. Las grandes compañías privadas concesionarias de los ferrocarriles interpusieron unos recursos contra este decreto, alegando, por un lado, que el gobierno no podía dictar legalmente tal decreto sin una nueva delegación del legislador y, por otro, que modificaba unilateralmente el pliego de condiciones de sus concesiones, imponiendo mediante el ejercicio de la autoridad unas obligaciones que no estaban previstas en los contratos. El Consejo de Estado no admitió a trámite este recurso por motivos de fondo. Pero tuvo, previamente, que pronunciarse sobre los motivos de inadmisión presentados por la Administración, habiendo ésta alegado que un reglamento de administración pública no era susceptible de impugnación por la vía del recurso por exceso de poder.

Se consideraba, en efecto, que el acto que emanaba de una autoridad delegada tenía el mismo carácter que el acto de la autoridad delegante; pero, dado que los reglamentos de administración pública se establecen en virtud de una «delegación legislativa», se argumentaba que participaban del carácter general de la Ley y constituían una especie de legislación secundaria.

El Comisario del Gobierno Tardieu se propuso refutar estas teorías, defendidas por autores muy reconocidos (Aucoc, Batbie, Laferrrière). «Conviene señalar –afirmaba Tardieu– que, en ningún momento de la historia, ningún texto ha concedido expresamente un carácter legislativo a los reglamentos de administración pública... Si hubiera que reconocer el carácter legislativo de los reglamentos de administración pública por el sólo hecho de que se establecen en virtud de una delegación directa del Parlamento, esto nos llevaría a otorgar el mismo carácter a los reglamentos dictados por autoridades distintas al Jefe de Estado... Aunque los reglamentos de administración pública se establezcan en virtud de una delegación del poder legislativo, no por ello dejan de ser obra de una autoridad administrativa».

El Consejo de Estado ratificó estas conclusiones. Para ello, se fundamentó sobre todo en la ley de 24 de mayo de 1872 que abrió la puerta al recurso por exceso de poder «contra los actos de las diferentes autoridades administrativas»; resulta, así, que el órgano del que emana el acto es el que le confiere un carácter administrativo, carácter que determina la legitimidad del recurso.

Prevalece, por tanto, el *criterio orgánico* en la determinación de la naturaleza jurídica de los actos en el derecho público francés (respecto al papel de este mismo criterio en los contratos administrativos, v. nuestras obs. sobre la sentencia TC 9 de marzo de 2015, *Mme Rispal c. Société des autoroutes du Sud de la France\**).

El criterio se aplica a todos los *actos unilaterales* que emanan de una *autoridad administrativa* (I). Su control ha permitido al Consejo de Estado precisar *el régimen* al que están sometidos (II).

- 2            I. La decisión *Chemins de fer de l'Est* representa una nueva etapa en el camino emprendido hacia la ampliación del control jurisdiccional de la Administración.

El Comisario del Gobierno Tardieu había recordado en sus conclusiones la evolución que durante el siglo XIX experimentó el control de la legalidad de los actos administrativos por el Consejo de Estado:

en un primer momento, la Alta Asamblea consideró improcedente todo recurso presentado contra un acto de carácter reglamentario general; más adelante, hacia mediados del siglo XIX, empezó a admitir los recursos contra los actos reglamentarios con la excepción, no obstante, de los decretos relativos a un reglamento de administración pública; finalmente, a partir de 1872, accedió a comprobar la legalidad de estos decretos en cada caso individual de aplicación concreta de los mismos (CE 13 de mayo de 1872, *Brac de la Perrière*, Rec. 299).

La sentencia de 1907 admite que se examine directamente la legalidad a través del recurso por exceso de poder.

Esta evolución no se iba a detener aquí.

Quedaban todavía más actos a los que se iba a reconocer su carácter administrativo (A). Únicamente aquellos que emanan de las autoridades legislativas o judiciales quedan al margen del control del juez administrativo (B).

- 3 A. La legitimidad del recurso por exceso de poder terminaría por admitirse también en el caso de otros actos cuyo carácter administrativo se deriva exclusivamente de la naturaleza administrativa de su autor, aunque se adopten en el ámbito de la Ley o al amparo de una habilitación legal:

– decretos dictados antes de 1958 por el Jefe de Estado en materia de asuntos coloniales (CE 29 de mayo de 1908, *Colonie du Sénégal*, Rec. 578; S. 1909.3.26, nota Girault; - Secc. 22 de dic.de 1933, *Maurel*, Rec. 1226; S. 1934.3.57, nota Roques; D. 1936.3.17, nota Gros: «*en virtud del art. 18 del senadoconsulto de 13 de mayo de 1854, las colonias... se rigen por decreto; aunque el régimen que se establece de este modo implica el derecho del Jefe de Estado a resolver cuestiones que, en la metrópoli, pertenecen al ámbito de la Ley, ello no obsta para que estos decretos constituyan actos administrativos susceptibles... de ser trasladados al Consejo de Estado por la vía del recurso por exceso de poder*»);

– durante la Tercera República, decretos-ley (CE As. 25 de junio de 1937, *Union des véhicules industriels*, Rec. 619; RD publ. 1937.501, concl. Renaudin, nota Jèze; S. 1937.397, nota P. de F. R.; D. 1937.333, nota Rolland).

– durante la Cuarta República, decretos dictados en virtud de la ley de 17 de agosto de 1948 cuyo objeto era la recuperación económica y financiera (CE As. 15 de jul. de 1954, *Société des Établissements*

*Mulsant*, Rec. 481; AJ 1954.II.459, nota Long) y decretos dictados al amparo de las leyes de habilitación especial (CE As. 16 de marzo de 1956, *Garrigou*, Rec. 121; D. 1956.253, concl. Laurent; AJ 1956. II.199, nota J. A.; AJ 1956. II.220, cr. Fournier y Braibant).

– durante la Quinta República, órdenes dictadas al amparo ya sea de una ley parlamentaria de conformidad con el artículo 38 de la Constitución (CE As. 24 de nov. de 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec. 658; AJ 1962.114, nota J. T; S. 1963.59, nota L. Hamon; D. 1962.424, nota Fromont; – 29 de oct. de 2004, *Sueur*, Rec. 393, concl. Casas; RFDA 2004.1103, concl.; BJCP 2005, n.º 38, p. 65, concl.; AJ 2004.2383, cr. Landais y Lenica; CMP dic. 2004.20, nota Eckert; DA 2005, n.º 3, 4 y 5, nota Ménéménis: para la parte del decreto legislativo de 17 de junio de 2004 sobre el contrato de asociación que no fue implícitamente ratificado por el legislador), ya sea de una ley aprobada por referéndum (CE 19 de oct. de 1962, *Canal\**).

*A fortiori* constituyen actos administrativos las medidas adoptadas por el gobierno en el marco del poder reglamentario autónomo que le reconoce el artículo 37 de la Constitución (v. CE 26 de junio de 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils\**, y nuestras obs.), las decisiones de carácter reglamentario adoptadas por el Presidente de la República en el ejercicio de sus poderes excepcionales previstos por el artículo 16 (CE 2 mars 1962, *Rubin de Servens\**).

Esta evolución ha llevado al Consejo de Estado a considerar también como actos administrativos las decisiones adoptadas por órganos de una nueva categoría, que se crearon, en particular, en el ámbito económico y profesional (v. CE 31 de jul. de 1942, *Monpeurt\** y 2 abr. 1943, *Bouguen\**, y nuestras obs.), así como por órganos parlamentarios (v. CE 5 de marzo de 1999, *Président de l'Assemblée nationale\**, y nuestras obs.), y a considerar que emanan también de autoridades administrativas los actos que ejecutan órganos que no forman parte de la jerarquía administrativa. Este hecho justifica que puedan ser objeto de recurso por exceso de poder.

- 4 B. Los actos legislativos o judiciales quedan lógicamente al margen del control del juez administrativo (1.º), pero cabe restablecer este control por determinadas vías (2.º).

1.º) Las leyes, que emanan del Parlamento o de la autoridad legitimada para ejercer el poder legislativo, no pueden ser remitidas al

Consejo de Estado. Este último renunció, con este principio, a su función de verificación de la constitucionalidad:

- de las leyes votadas por el Parlamento (Secc. 6 de nov. de 1936, *Arrighi*, Rec. 966; D. 1938.3.1, concl. R. Latournerie, nota Eisenmann; RD publ. 1936.671, concl.; S. 1937.3.33, concl., nota Mestre; – As. 20 de oct. de 1989, *Roujan-sky*, JCP 1989.II.21371, concl. Frydman; RFDA 1989.993);

- de las leyes dictadas por el Gobierno de Vichy (22 de marzo de 1944, *Vincent*, Rec. 417; S. 1945.353, concl. Detton, nota Charlier);

- de las ordenanzas del Comité Francés de Liberación Nacional y del Gobierno Provisional de la República Francesa (22 de febr. de 1946, *Botton*, Rec. 58; S. 1946.3.56, nota P. H.);

- de las ordenanzas dictadas al amparo del artículo 92 de la Constitución de 4 de oct. de 1958 (Secc. 12 de febr. de 1960, *Société Eky*, Rec. 101; S. 1960.131, concl. Kahn; D. 1960.236, nota L’Huillier; JCP 1960.II.11629 *bis*, nota Vedel).

- de las ordenanzas dictadas por el gobierno en aplicación del art. 38 de la Constitución una vez ratificadas por el Parlamento –la ratificación, que podía ser explícita o incluso implícita (CC n.º 72-73 *L*, 29 de febr. de 1972, Rec. 31; AJ 1972.638, nota Toulemonde; CE 29 de oct. de 2004, *Sueur*, respecto a una de las partes del decreto legislativo relativo al contrato de asociación), debe, desde la modificación del art. 38 por la ley constitucional de 23 de jul. de 2008, ser expresa (sin que se cuestionen las ratificaciones implícitas anteriores –CC n.º 2014-392 *QPC*, 25 de abr. de 2014);

- de las decisiones de carácter legislativo adoptadas por el Presidente de la República al amparo del artículo 16 de la Constitución de 1958 (2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens\**).

Las leyes propiamente dichas sólo pueden ser sometidas a un control de constitucionalidad por el Consejo Constitucional, ya sea directamente *a priori*, cuando apelen a él las autoridades facultadas para este fin por el artículo 61 de la Constitución, ya sea *a posteriori* por la vía de una pregunta que la reforma constitucional de 23 de jul. de 2008 (art. 61-1 refundido) autoriza a plantear al Consejo de Estado y al Tribunal Supremo.

En cuanto a los actos de los tribunales ordinarios, quedan al margen del control del juez administrativo por el mero hecho de emanar de

una autoridad judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional (v. nuestras obs. a TC 27 de nov. de 1952, *Préfet de la Guyane\**).

- 5           2.º) No obstante, el control del juez administrativo se puede volver a implantar ya sea directa o indirectamente en el caso de las medidas relacionadas con el orden legislativo o con el orden judicial. En primer lugar, el juez administrativo comprueba si los actos legislativos emanan efectivamente de la autoridad facultada para ejercer el poder legislativo (CE As. 1 de jul. de 1960, *Fédération nationale des organismes de sécurité sociale et Fradin*, Rec. 441; D. 1960.690, concl. Braibant, nota L'Huillier; S. 1961.69, concl. AJ 1960.I.152, cr. Combarrous y Galabert). En segundo lugar, hace valer respecto a éstos la autoridad de los tratados internacionales (CE As. 20 de oct. de 1989, *Nicolo\**), salvo que exista una disposición constitucional que se oponga a ello (CE As. 30 de oct. de 1998, *Sarran\**). Por último, determinados actos que emanan de órganos parlamentarios (CE As. 5 de marzo de 1999, *Président de l'Assemblée nationale\**) o de tribunales ordinarios (v. nuestras obs. a la sentencia *Préfet de la Guyane\**) pueden ser actos administrativos genuinos, sobre los que puede pronunciarse el juez administrativo.

- 6           **II.** El reconocimiento del carácter administrativo de los reglamentos de administración pública por la sentencia *Chemins de fer de l'Est* se acompaña de aclaraciones sobre su *régimen*.

A. *Formalmente*, su adopción se hacía no sólo a instancias del legislador, sino después de ser objeto de deliberación por la Asamblea General del Consejo de Estado. Esta doble característica, de la que se derivarían tanto la ampliación de las facultades del gobierno como la garantía de poder ejercerlas, explica por qué la anulación de los reglamentos de administración pública ha sido un hecho menos frecuente que la anulación de los decretos simples (v. CE As. 12 de dic. de 1953, *Union nationale des associations familiales*, Rec. 545; S. 1954.3.45, nota Tixier; D. 1954.511, nota Rossillion) y por qué los primeros tienen mayor valor que estos últimos.

Sin embargo, la evolución del procedimiento de los decretos aprobados en el Consejo de Estado, en especial al amparo del artículo 37 apartado 2 de la Constitución de 1958 y del decreto de 30 de jul. de 1963 relativo a la organización y funcionamiento del Consejo de Estado, iba a alterar la situación de los reglamentos de administración pública con respecto al resto de los decretos. El Consejo de Esta-

do ha mantenido su preeminencia (As. 7 de mayo de 1971, *Joseph Rivière*, Rec. 331; AJ 1971.607, concl. Kahn y nota Ferrari). Pero la fórmula del reglamento de administración pública fue finalmente suprimida por la ley de 7 de jul. de 1980, la ley orgánica de 21 de jul. de 1980 y el decreto de 31 de jul. de 1980, que la sustituyeron, en todos los textos correspondientes, por la del decreto reglamentario, aprobado en el Consejo de Estado.

- 7 B. *Materialmente*, la solución que se desprende de la sentencia *Chemins de fer de l'Est* para los reglamentos de administración pública es aplicable a todo decreto al que remita la Ley para detallar el modo en que ha de ejecutarse: los poderes del gobierno no se agotan con la adopción de un primer reglamento.

Cabe siempre la posibilidad de modificarlo o de derogarlo por medio de un nuevo reglamento (CE 30 de marzo de 1960, *Comptoir agricole et commercial*, Rec. 237), incluyendo normalmente en varios reglamentos las medidas que han de tomarse para la aplicación de la Ley (CE 20 de nov. de 1953, *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes*, Rec. 511).

Es más, cuando el legislador encomienda al gobierno que dicte unos decretos de aplicación en un plazo que no está sujeto a pena de nulidad en caso de incumplimiento y que no se establece como una garantía para los administrados, ello no obsta para que el gobierno pueda y tenga incluso el deber de adoptar medidas una vez agotado el plazo (CE As. 23 de oct. de 1992, *Diemert, Union nationale des organisations syndicales des transporteurs routiers automobiles*, Rec. 374 y 375; D. 1992.511.1, concl. Legal; AJ 1992.785, cr. Maugüé y Schwartz; LPA 4 de nov. de 1992, nota Massot; Gaz. Pal. 3-4 de marzo de 1993, nota Couzinet).

- 8 La aplicación de este principio a *las ordenanzas previstas en el artículo 38 de la Constitución* de 1958 ha dado lugar a soluciones matizadas, ya que éstas se dictan al amparo de una habilitación concedida por el Parlamento al gobierno para intervenir en el ámbito legal durante un tiempo limitado.

Ante todo, el gobierno debe ejercer plenamente la competencia que le ha sido atribuida, al igual que tendría que hacerlo el Parlamento si ejerciera la suya propia: debe determinar las normas susceptibles de garantizar el respeto de las exigencias constitucionales aplicables en la materia objeto del decreto; en caso contrario, incurriría en una «*incompetencia negativa*» (por ej., en lo que respecta a la transacción penal,

CE As. 7 de jul. de 2006, *France Nature Environnement*, Rec. 329; RFDA 2006.1261, concl. Guyomar; AJ 2006.2053, cr. Landais y Lenica; RD publ. 2007.601, com. Guettier).

En segundo lugar, contrariamente a lo que ocurría con los antiguos reglamentos de administración pública y con los decretos a los que remite la Ley para su ejecución, las ordenanzas sólo pueden aprobarse durante el plazo establecido por la ley de habilitación.

Mientras no se agote este plazo, cualquier gobierno tiene la posibilidad de aprobar unas ordenanzas en el ámbito con respecto al cual se haya concedido la habilitación: si el gobierno cambia antes de que finalice el período de habilitación, el nuevo gobierno puede seguir haciendo uso de ella (CE Secc. 5 de mayo de 2006, *Schmitt*, Rec. 220, concl. Keller; RFDA 2006.678, concl., nota Boyer-Mérentier; AJ 2006.1362, cr. Landais y Lenica; Just. y cas. 2007.203, com. Morelli).

Una vez agotado el plazo de habilitación, el gobierno ya no puede modificar las ordenanzas que ha aprobado, dado que su objeto vuelve a inscribirse en el ámbito de la Ley, incluso en los casos en que, no habiendo sido todavía ratificadas, sean de naturaleza administrativa. Lo mismo ocurre cuando incluyen disposiciones que son ilegales (CE As. 11 de dic. de 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec. 510; AJ 2007.133, cr.de Landais y Lenica). Sólo cuando la ordenanza está relacionada con una materia reglamentaria y no ha sido todavía objeto de ratificación, podría ser modificada por un decreto aprobado por el Consejo de Ministros y por el Consejo de Estado, tanto si es legal como si es ilegal (CE 30 de junio de 2003, *Fédération nationale ovine du Sud-Est*, Rec. 292).

## 18. POLICÍA. CULTOS RELIGIOSOS

**Consejo de Estado, 9 de febrero de 1909, *Abbé Olivier***

(Rec. 181; S. 1909.3.34, concl. Chardenet; D. 1910.3.121, concl.;  
RD publ. 1910.69, nota Jèze)

Considerando que la ordenanza impugnada distingue, por un lado, «las procesiones, desfiles y demás manifestaciones o ceremonias exteriores que tengan que ver con una creencia o con un culto religioso», cuya prohibición se establece en el art. 1; y, por otro, los cortejos fúnebres que se regulan en los art. 2 a 8;

*En cuanto al art. 1 de la Ordenanza:*

Considerando que, al ampararse en este artículo, que reproduce las disposiciones de ordenanzas anteriores todavía vigentes, para prohibir las manifestaciones exteriores del culto religioso consistentes en procesiones, desfiles y ceremonias, el alcalde se limitó a ejercer los poderes que le fueron otorgados, en interés del orden público, por el art. 97 de la ley de 5 de abr, de 1884, al cual se remite el art. 27 de la ley de 9 de dic. de 1905;

*En cuanto a los art. 2 a 8 de la Ordenanza:*

*Considerando que, si el art. 97 de la ley de 5 de abr. de 1884 encomienda al alcalde el mantenimiento del orden en el municipio, corresponde a éste el deber de conciliar el cumplimiento de su misión con el respeto de las libertades cuya garantía aseguran las leyes; que corresponde al Consejo de Estado, siempre que se le someta un recurso por exceso de poder contra una ordenanza dictada al amparo del art. 97 antes mencionado, no sólo determinar si esta ordenanza se refiere a un objeto que entra dentro de las atribuciones de la autoridad municipal, sino también dictaminar, en función de las circunstancias de la causa, si en el caso concreto el alcalde no hizo un uso no previsto por la ley de sus facultades;*

Considerando que el art. 1 de la ley de 9 de dic. de 1905 garantiza la libertad de conciencia y el libre ejercicio del culto religioso, estando éstos sometidos exclusivamente a las restricciones que dicte el interés del orden público, y que el art. 2 de la ley de 15 de nov. de 1887

prohíbe a los alcaldes establecer normas particulares de aplicación a los funerales en virtud de su carácter civil o religioso; que, de las cláusulas preliminares de la ley de 9 de dic. de 1905 y de la ley de 28 de dic. de 1904 en materia de pompas fúnebres, se desprende que la intención manifiesta del legislador no era otra, en especial, en lo que respecta a los funerales, que garantizar en la medida de lo posible el respeto de las costumbres y tradiciones locales, evitando todo menoscabo de las mismas salvo cuando sea estrictamente necesario para mantener el orden;

Considerando que de la instrucción se desprende que, en la ciudad de Sens, no existía causa alguna, motivada por la necesidad de mantener el orden en la vía pública, que justificara el derecho del alcalde a regular los cortejos fúnebres, en las condiciones que se establecen en su ordenanza, y, en particular, a prohibir a los miembros del clero acompañar a pie, vestidos de sus ropas sacerdotales, los cortejos fúnebres tal y como establece la tradición local; que, por el contrario, se desprende de los elementos que obran en el expediente y, en especial, de la deliberación del consejo municipal de 30 de junio de 1906 que dio lugar a la ordenanza impugnada, que las disposiciones de las que se trata se inspiraron en consideraciones ajenas a la finalidad por la cual se encomendó a la autoridad municipal que regulara los entierros; que, por consiguiente, las susodichas disposiciones adolecen de un vicio por exceso de poder;... (Anulación de los art. 2 a 8 de la ordenanza impugnada).

## OBSERVACIONES

- 1 I. El 1 de sept. de 1906, el alcalde de Sens dictó una ordenanza por la que se prohibían «todas las manifestaciones religiosas y, en especial, las que acontecen en la vía pública con motivo de los entierros»; Pese a que el abad Olivier había infringido esta ordenanza, el juez de simple policía no lo condenó, al considerar que la ordenanza era ilegal, pero el Tribunal de Casación, que se limitó a comprobar que el alcalde había actuado en un asunto que era de su competencia, revocó esta decisión. El abad Olivier había, por otra parte, trasladado la ordenanza del alcalde al Consejo de Estado.

La Alta Asamblea ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre la legalidad de las ordenanzas relativas a las manifestaciones de culto

religioso. Se había esforzado, en sus decisiones en materia de procesiones y de campanadas, en conciliar el respeto de las libertades religiosas con las necesidades del orden público (*cf.* por ej., CE 5 de agosto de 1908, *Morel et autres*, Rec. 858, concl. Saint-Paul). El caso de Sens le había dado la oportunidad de precisar su jurisprudencia. El Comisario del Gobierno Chardenet instó al Consejo de Estado a examinar este asunto desde una perspectiva distinta a la del Tribunal de Casación. «Ustedes, a quienes incumbe en cierto modo desempeñar el papel de superiores jerárquicos de las autoridades administrativas, tienen la obligación de examinar cuál es el límite de los deberes del alcalde y determinar si las ordenanzas de policía se han dictado para favorecer el mantenimiento del orden público». El ambiente que imperaba en ese momento era, no obstante, de tal naturaleza que el alcalde no dudó en reconocer la legalidad de las disposiciones de la ordenanza por la que se prohibían «las procesiones, desfiles y demás manifestaciones exteriores de culto religioso», pese a lo cual consideró que no cabía admitir como legales las disposiciones que regulaban los cortejos fúnebres. Éstas sólo permitían al clero ir delante del cortejo en coche cerrado: ¿exigía la ordenanza pública que se modificaran unas costumbres ancestrales, que consistían en que el clero fuese a pie al domicilio del difunto y encabezara luego el cortejo? «Los habitantes de Sens tienen un sentimiento muy arraigado de respeto por el difunto y el dolor de sus allegados, que excluye toda posibilidad de manifestaciones al paso del cortejo fúnebre.» Por este motivo, la autoridad municipal no había actuado motivada por el deseo de evitar los desórdenes, sino por la idea de que los entierros religiosos se imponen a la vista de todos, y pueden herir las creencias filosóficas de otras personas y destruir la neutralidad de la vía pública.

Según su comisario, el Consejo de Estado declaró legal la prohibición de las procesiones, desfiles y ceremonias religiosas, pero anuló el reglamento de los cortejos fúnebres. Sabiendo hasta que punto podían llegar las pasiones, dedicó todo el tiempo y la atención necesarios para motivar su sentencia, preocupándose incluso por revestirla de la autoridad del legislador.

**II.** La sentencia *Abbé Olivier* es la base sobre la que se asienta toda la jurisprudencia protectora de las manifestaciones exteriores de culto religioso. Pese a ser estas manifestaciones la consecuencia normal de la libertad de conciencia y de la libertad de culto que garantizaba la República, los círculos dirigentes anticlericales de la Segunda

República, anterior a 1914, hicieron todo lo que estaba en su mano para obstaculizarlas, reaccionando así contra la tradición, interrumpida durante un tiempo por la Revolución, pero retomada por Napoleón, que asociaba a las autoridades civiles con las ceremonias religiosas.

- 2 El Consejo de Estado protegió, primero, las ceremonias tradicionales: sólo pueden ser prohibidas en caso de amenaza grave y manifiesta para el orden público (CE Secc. 2 de marzo de 1934, *Prothée*, Rec. 1235). El decreto de 23 de oct. de 1935, que somete todos los desfiles en la vía pública a la obligación de una declaración previa –salvo en el caso de los desfiles que responden a usos locales–, no permite a los alcaldes prohibir las procesiones tradicionales (CE 25 de ene. de 1939, *Abbé Marzy*, Rec. 709). El decreto establece incluso que la antigüedad de la prohibición no constituye un motivo para que una procesión pierda su carácter tradicional –incluso cuando la procesión ha dejado de celebrarse desde hace varias décadas (CE 3 de dic. de 1954, *Rastouil, évêque de Limoges*, Rec. 639; AJ 1955. II *bis*.1, cr. Long).

No ha sido el concepto de uso local, sino de interés público local el que ha servido recientemente de fundamento para autorizar a las colectividades territoriales a adoptar decisiones o a financiar proyectos relacionados con edificios o prácticas culturales, siempre y cuando respeten el principio de neutralidad respecto a los cultos religiosos y el principio de igualdad, además de excluir cualquier exceso (CE As. 19 de jul. de 2011, *Commune de Montpellier*; de la misma fecha, *Commune de Trélazé; Fédération de la libre-pensée et de l'action sociale du Rhône; Communauté urbaine du Mans; Mme Vayssière*; v. n.º 18.5).

- 3 Aunque las procesiones y manifestaciones ajenas a la tradición no se protegieron inicialmente con el mismo rigor, el Consejo de Estado no tardó en someterlas también al control general que este órgano ejerce sobre todas las prohibiciones de policía y en anular las prohibiciones demasiado generales o que no estaban motivadas por la necesidad de mantener el orden público. Haciéndose eco de la evolución general de la mentalidad pública, el Consejo de Estado se muestra exigente respecto a la naturaleza y la gravedad de la amenaza alegada por la Administración. En este orden de cosas, ha considerado que el prefecto de policía no podía, sin vulnerar la libertad de culto, prohibir cualquier ceremonia u oficio religioso organizados por adeptos del culto krisnaita en el antiguo palacete de Argenson, y destinados en particular a personas que residen en este edificio (CE 14 de mayo

de 1982, *Association internationale pour la conscience de Krisna*, Rec. 179; D. 1982.516, nota Boinot y Dubouy). No obstante, es legal la prohibición de estas manifestaciones cuando el peligro para el orden público sea realmente importante: tal es el caso, en particular, de una manifestación religiosa análoga a otra que ha provocado alteraciones en los municipios limítrofes (CE 2 de jul. de 1947, *Guiller*, Rec. 293). Del mismo modo, el Consejo de Estado ha mantenido, respecto a una procesión religiosa, una prohibición dictada por un alcalde -cuando ya se habían acordado exenciones en el caso de otras manifestaciones-, alegando que la prohibición, válida exclusivamente en determinadas vías públicas, tenía por objeto facilitar la circulación en las mismas (CE 21 de ene. de 1966, *Legastelois*, Rec. 45; JCP 1966.II.14568, concl. Galmot; AJ 1966.435, nota J. Moreau).

- 4 **III.** Cabe aplicar los mismos principios a los desfiles y manifestaciones de naturaleza política o social. El Consejo de Estado no puede ser insensible al hecho de que el Consejo Constitucional, al verse instado a pronunciarse sobre una ley que modificaba el decreto de 23 de oct. de 1935 relativo a las manifestaciones en la vía pública, incluyó en el rango de las libertades garantizadas constitucionalmente el «derecho de expresión colectiva de las ideas y opiniones» (*n.º 94-352 DC, 18 de ene. de 1995*, Rec. 170; RFDC 1995.362, nota Favoreu; JCP 1995.II.22525, nota Lafay; RD publ. 1995.577, com. F. Luchaire).

Aprobó, así, la anulación por el Tribunal Administrativo de París de una ordenanza del prefecto de policía por la que se prohibían las manifestaciones previstas con motivo de una visita del Presidente de la República Popular de China a París, alegando que, aunque incumbía a la autoridad de policía «adoptar todas las medidas oportunas, en particular, en los alrededores de la embajada de China, para prevenir los riesgos de desorden», no podía dictar una «ordenanza de prohibición general que, en las circunstancias del caso concreto, excediera los límites de las medidas que cabría aplicar a tenor de las necesidades de mantenimiento del orden público con motivo de esta visita». (CE 12 de nov. de 1997, *Ministre de l'intérieur c. association «Communauté tibétaine en France et ses amis»*, Rec. 417).

En cambio, se admitió la legalidad de la prohibición de una manifestación contra el aborto delante del centro hospitalario de Alençon, considerando que estaba justificada por la necesidad de preservar la tranquilidad pública en los alrededores inmediatos de un establecimiento hospitalario (CE 25 de junio de 2003, *Association «SOS tout petits»*,

Rec. 962; JCP Adm. 2003.1975, com. J. Moreau). Se adoptó una solución idéntica en el caso de una manifestación de la misma naturaleza en la explanada de la catedral de Notre-Dame en París, cerca del establecimiento hospitalario de Hôtel-Dieu (CE 30 de dic. de 2003, *Le-hembre*, Rec. 888; BJCL 2004.322, y LNF mayo 2004, p. 322, concl. Chauvaux; AJ 2004.888, nota Le Bot; JCP Adm. 2004.1097, com. Tchen).

- 5 **IV.** Además de la cuestión de las procesiones y manifestaciones religiosas, se ha suscitado el problema de la posibilidad de que las colectividades territoriales adopten decisiones o financien proyectos relacionados con edificios o prácticas culturales. Se ha admitido esta posibilidad en consideración del interés público local, en la medida en que se respeten el principio de neutralidad frente a los cultos religiosos y el principio de igualdad, y que se excluya todo exceso (CE As. 19 de jul. de 2011, *Commune de Montpellier*; de la misma fecha, *Commune de Trélazé*; *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône*, Rec. 372, concl. Geffray; *Communauté urbaine du Mans*, RFDA 2011.967, concl.; AJ 2011.1667, cr. Domino y Bretonneau; misma revista 2014.124, nota Hubac; JCP Adm. 2012.2172, com. Amedro; RD publ. 2012.499, nota Pauliat, 1523, nota Boualili, 1553, nota Gély; LPA 11 de ene. de 2013, nota Nicoud). Además, el Consejo de Estado ha considerado que las disposiciones del art. L. 1311-2 del Código General de las Colectividades Territoriales permiten a estas últimas firmar un contrato de arrendamiento enfiteútico administrativo con vistas a la edificación de un nuevo establecimiento cultural (CE As. 19 de jul. de 2011, *Mme Vayssière*, concl. Geffray prec.; AJ 2011.2010, nota Fâtome et Richer; JCP Adm. 2011.2308, com. Dieu).

## 19. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA. SERVICIO PÚBLICO-CONTRATOS

Consejo de Estado, 4 de marzo de 1910, *Thérond*

(Rec. 193, concl. Pichat; D. 1912.3.57, concl.; S. 1911.3.17, concl., nota Hauriou; RD publ. 1910.249, nota Jèze)

*En cuanto a la competencia:*

Considerando que el contrato suscrito entre la ciudad de Montpellier y el Señor Thérond tenía como objeto la captura y encierro en perreras de los perros vagabundos, además de la retirada de la circulación de los animales muertos; que, debido a su finalidad, no era posible asimilar dicho contrato a un contrato de obras públicas cuya competencia hubiera correspondido al Consejo de la Prefectura de Hérault, en aplicación del art. 4 de la ley de 28 de Pluvioso del año VIII; que, por consiguiente, dicho consejo carecía de competencia para pronunciarse sobre la demanda del Señor Thérond, debiendo ser anulada la orden dictada por este órgano territorial;

*Considerando que, al suscribir un contrato, en las condiciones antes mencionadas, con el señor Thérond, la ciudad de Montpellier actuó en defensa de la higiene y la seguridad de la población y que su objetivo era, por tanto, prestar un servicio público; que, en vista de ello, las dificultades que se puedan derivar de la no ejecución o de la ejecución deficiente de este servicio son competencia del Consejo de Estado, caso de no existir ningún texto legal que atribuya su conocimiento a otra jurisdicción;*

Considerando que, para apoyar la demanda de indemnización que presentó al alcalde de Montpellier, el señor Thérond alegó que la ciudad habría vulnerado el privilegio que, según él, le reconocía el contrato, causándole un perjuicio que le daría derecho a una reparación; que con la negativa del alcalde y del concejo municipal de acceder a esta reclamación se ha suscitado entre las partes un conflicto cuya solución se encomienda al Consejo de Estado, órgano competente como se acaba de indicar, en atención de las decisiones adoptadas ante él y encaminadas a la rescisión del contrato y a la asignación de una indemnización.

*En cuanto al fondo:*

Considerando que, de las disposiciones y de los art. 1, 6 y 7 del pliego de condiciones de la empresa, se desprende que la ciudad de Montpellier concedió al señor Thérond el privilegio exclusivo de la captura de perros y de la retirada de los animales muertos en las estaciones de ferrocarril, el matadero, la vía pública o el domicilio de particulares, cuando no hubieran sido éstos reclamados por sus propietarios, así como de aquellos considerados como perjudiciales para la salud por el servicio de inspección sanitaria; que, en uno y otro caso, la carne de los animales enfermos debe ser desnaturalizada por el concesionario; que los cadáveres de los animales muertos por enfermedad no contagiosa se entregarán a los propietarios que los reclamen a cambio del pago de las tasas previstas en el art. 7 del contrato, siendo responsable el concesionario de deshacerse de los cadáveres de los animales muertos por enfermedad contagiosa o que no hayan sido reclamados por sus propietarios; que estas tasas y el valor de los cadáveres constituyen la remuneración que establece el contrato para el concesionario.

Considerando, empero, que las disposiciones arriba indicadas establecen en beneficio del señor Thérond un auténtico monopolio, lo que constituye una vulneración del principio de libertad de industria y de comercio, recogido en la ley de 17 de marzo de 1791; que son, además, contrarias a los art. 27 y 42 de la ley antes citada de 21 de junio de 1898, y que autorizan a los propietarios de los animales muertos a encargarse ellos mismos de la destrucción mediante uno de los procedimientos que se enumeran en estos artículos; que de ello se desprende que la ciudad no podía obligar legalmente a los propietarios de animales muertos a solicitar su retirada y desnaturalización al concesionario y, por ende, no era posible garantizar a este último el producto que confiaba poder conseguir con la concesión; que, por tanto, no tenía posibilidad alguna de cumplir con sus compromisos; que, en tales condiciones, procede, tal y como se dispone en las conclusiones de la demanda, dictar la rescisión del contrato adjudicado al señor Thérond y condenar a la ciudad de Montpellier a indemnizarlo por los perjuicios que se deriven para él de la no ejecución del contrato;

Considerando que el estado de la instrucción no permite apreciar la magnitud de los daños ocasionados al señor Thérond y que, por tal motivo, procede ordenar un peritaje para este fin;... (Anulación; peritaje solicitado).

## OBSERVACIONES

1 La ciudad de Montpellier adjudicó al señor Thérond el privilegio exclusivo de capturar y encerrar en perreras a los perros vagabundos, así como de retirar los animales muertos que no hubieran sido reclamados por sus dueños, y de aquellos otros considerados como un peligro para la salud por el servicio de inspección sanitaria; la remuneración del concesionario se efectuaría mediante el pago de tasas a cargo de los propietarios, al que se añadiría el valor de los cadáveres que quedaban a su disposición. Al no haberse ejecutado las estipulaciones de este contrato en lo relativo a la retirada de los animales muertos pertenecientes a propietarios conocidos, el señor Thérond interpuso ante el Consejo de la Prefectura de Hérault una demanda por rescisión de contrato, solicitando ciento veinte mil francos en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Al haber desestimado el Consejo de la Prefectura este recurso, el señor Thérond elevó su demanda al Consejo de Estado, el cual decidió, por motivos de fondo, que el contrato establecía en beneficio del concesionario un verdadero monopolio, contrario a la libertad de industria y comercio, y que, en tales condiciones, había que rescindir el contrato, correspondiéndole a la ciudad indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le había ocasionado la no ejecución del contrato. Pero, antes de pronunciarse en cuanto al fondo, el Consejo de Estado tuvo que opinar sobre la competencia jurisdiccional; consideró, y es en esta afirmación donde radica la importancia de la sentencia, que con la firma de dicho contrato la finalidad perseguida por la ciudad había sido prestar un *servicio público* y que, por consiguiente, el conflicto era *competencia de la jurisdicción administrativa*.

2 I. La sentencia *Thérond* confirma, así, *la unificación del procedimiento contencioso de ámbito local y de ámbito estatal*.

En el caso de las operaciones calificadas en el siglo XIX de «actos de gestión», en contraposición con los «actos de autoridad», el principio de separación entre las autoridades de las jurisdicciones administrativas y ordinarias sólo se aplicaba, en efecto, al Estado desde la sentencia *Blanco\**; los departamentos y los municipios seguían rigiéndose en lo relativo a los «actos de gestión» por las normas del Código Civil; la unificación se produjo, desde el punto de vista de lo contencioso contractual, con la sentencia *Terrier\** (CE 6 de febr. de 1903) y,

desde el punto de vista de lo contencioso quasi-penal con la sentencia *Feutry* (TC 29 de febr. de 1908, Rec. 208, concl. Teissier; v. n.º 11.2).

La sentencia *Thérond* aplica a los contratos de los municipios el principio que estableció la sentencia *Terrier*\* en lo relativo a los contratos de los departamentos, de tal modo que el conjunto de los contratos de la Administración se rige a partir de entonces por las mismas normas.

- 3        **II.** Esta unificación se lleva a cabo al amparo del *criterio de servicio público*: todo acto que se realice con un fin de servicio público entra dentro del ámbito de la competencia administrativa; en particular, todos los contratos que concluya la Administración con este fin son contratos administrativos. En el caso que nos ocupa, el contrato que firmó el señor Thérond con la ciudad de Montpellier para la captura y encierro en perreras de los perros vagabundos, así como para la retirada de los animales muertos, no incluía ninguna cláusula exorbitante de derecho común: en sus conclusiones, el Comisario del Gobierno Pichat mencionaba expresamente que se trataba de un «contrato municipal de arrendamiento de servicio» que se celebraba de conformidad con los art. 1710, 1779 y 1780 del Código Civil. Si entraba dentro del ámbito de la competencia administrativa, ello se debía exclusivamente a la finalidad que perseguía el contrato. La sentencia es muy explícita a este respecto («... la ciudad de Montpellier actuó *en beneficio de la higiene y la seguridad de la población y, por ende, su objetivo era prestar un servicio público*; por tanto, las dificultades que puedan derivarse de la no ejecución o de la ejecución deficiente de este servicio son... competencia del Consejo de Estado»). Al adoptar este punto de vista, el Consejo de Estado rompía con el criterio anterior de separación entre las autoridades de las jurisdicciones administrativas y ordinarias. Tal y como había hecho antes que él el Comisario David en 1873 en el caso *Blanco*\*, el Comisario del Gobierno Romieu había previsto expresamente, en 1903 en el caso *Terrier*\*, la posibilidad de que la Administración suscribiera, «al tiempo que actuaba... en beneficio del servicio público propiamente dicho,... uno de esos contrato de derecho común... que no suponen en sí mismos la aplicación de ninguna norma especial de funcionamiento de los servicios públicos». La sentencia *Thérond* excluye, por el contrario, toda posibilidad de gestión privada en el caso de los contratos de la Administración que se celebren en interés del servicio público.

4

No obstante, poco tiempo después, la jurisprudencia iba a retomar con entusiasmo la distinción entre gestión pública y gestión privada, que subyace ya tras las conclusiones de David de 1873, y que desarrolló en 1903 el Comisario del Gobierno Romieu en sus conclusiones sobre la sentencia *Terrier*\*: Este paso hacia atrás se había producido ya en 1912, en materia contractual y, en 1921, se amplió al ámbito de lo contencioso-administrativo en materia de responsabilidad (CE 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*\*; TC 22 de ene. de 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*\*).

En aquel entonces se pensó que la sentencia *Thérond* se circunscribía a un caso concreto, y que introducía, en una causa un tanto insólita, un elemento heterogéneo dentro de una jurisprudencia que en su conjunto había tenido una evolución uniforme desde la sentencia *Blanco*\*, y que se confirmaría con la decisión *Société commerciale de l'Ouest africain*\*. No obstante, no había caído en el olvido el criterio de competencia de la sentencia *Thérond* – participación en el servicio público que implica por sí sola, y con independencia de las cláusulas del contrato, la competencia de la Administración. Dado que este criterio estaba presente de modo subyacente en la jurisprudencia, era irremediable que volviera a aparecer cada vez que se advirtiera su utilidad en un caso concreto (TC 6 de abr. de 1946, *Société franco-tunisienne d'armement*, Rec. 327; CE 7 de marzo de 1923, *Iossifoglu*, Rec. 222; – 13 de febr. de 1948, *de la Grange*, Rec. 76: sentencias en las que se considera que el contrato no implica la participación del cocontratante en la ejecución de un servicio público). Pero estas decisiones eran cada vez menos explícitas, cada vez menos frecuentes y más espaciadas en el tiempo cuando, en el punto probablemente más álgido de la desafección doctrinal respecto al servicio público, volvieron a recuperar su fuerza y vitalidad los principios en los que se fundamentaba la sentencia *Thérond* (CE 20 de abr. de 1956, *Époux Bertin*\*; 20 de abr. de 1956, *Grimouard*\*): el contrato a través del cual una persona jurídica de derecho público encomienda al cocontratante la ejecución propiamente dicha del servicio público es un contrato administrativo. Esto es exactamente lo que había dictaminado la sentencia *Thérond*. La solución que se adoptó entonces conserva hoy toda su actualidad.

## 20. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MUTABILIDAD - ECUACIÓN FINANCIERA

**Consejo de Estado, 11 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways***

(Rec. 216, concl. Blum; D. 1912.3.49, concl.; S. 1911.3.1, concl., nota Hauriou; RD publ. 1910.270, nota Jèze)

*En cuanto a la admisión a trámite:*

Considerando que el litigio planteado por la Compañía General Francesa de Tranvías ante el Consejo de la Prefectura de Bouches-du-Rhône estaba relacionado con la interpretación del pliego de condiciones del contrato de adjudicación suscrito con el Estado; que, por tanto, correspondía al Estado asumir su defensa en este caso y que se debió a un error el hecho de que el informe presentado en su nombre ante el Consejo de la Prefectura fuera declarado improcedente por la orden impugnada;

*En cuanto al fondo:*

Considerando que, en el procedimiento incoado por esta empresa ante el Consejo de la Prefectura, la Compañía General Francesa de Tranvías sostuvo que la orden de 23 de junio de 1903, con la que el Prefecto de Bouches-du-Rhône había establecido el horario del servicio de verano, se había dictado contraviniendo el art. 14 del pliego de condiciones del contrato de adjudicación, y que, basándose en las conclusiones de la compañía, el Consejo de la Prefectura anuló la susodicha orden del Prefecto; que, en las observaciones que presentó ante el Consejo de Estado, la compañía concluía que procedía desestimar el recurso del Ministro de Obras Públicas por los motivos enunciados en su demanda inicial;

Considerando que la orden del prefecto de Bouches-du-Rhône se dictó dentro de los límites de los poderes que le confiere el art. 33 del reglamento de administración pública de 6 de agosto de 1881, establecido en cumplimiento de las leyes de 11 de junio de 1880 (art. 38) y de 15 de jul. de 1845 (art. 21), poderes que *reconocen a la Administración el derecho no sólo a aprobar los horarios de los tre-*

*nes, atendiendo a motivos de seguridad y de comodidad de la circulación, sino también a ordenar las modificaciones y añadidos necesarios para garantizar, en interés del público, el funcionamiento normal del servicio; que, por consiguiente, el hecho de haberle impuesto el Prefecto, según afirma la compañía de tranvías, un servicio distinto al que habían acordado las partes contratantes no reviste un carácter que pueda implicar por sí solo, en este caso, la anulación de la orden del prefecto de 23 de junio de 1903; que el Consejo de la Prefectura actuó indebidamente al proceder, mediante la orden impugnada, a dicha anulación; que corresponde en exclusiva a la Compañía, caso de considerarse justificada para hacerlo, presentar una demanda de indemnización destinada a reparar los perjuicios que a su juicio le hayan sido ocasionados por el aumento de los costes de explotación que de todo ello se deriva;... (Anulación de la orden del Consejo de la Prefectura; desestimación de la reclamación de la Compañía).*

## OBSERVACIONES

- 1 **I.** El Prefecto de Bouches-du-Rhône, al establecer en su departamento el horario de verano del servicio de tranvías, había obligado a la Compañía General Francesa de Tranvías a aumentar, con el fin de satisfacer las necesidades crecientes de la población, el número de tranvías que daban servicio. Los derechos del Estado frente a los concesionarios de los tranvías se estipulaban en el art. 33 del reglamento de administración pública de 6 de agosto de 1881 en virtud del cual: «el Prefecto es quien determina... a propuesta del concesionario... el cuadrante de servicio de los trenes». La tesis del Ministro de Obras Públicas era que la expresión «cuadrante de servicio» se refería no sólo a los horarios, sino también al número de trenes. El concesionario alegaba, por el contrario, que, al incluir en el pliego de condiciones una cláusula (art. 14) que establecía el número mínimo de trenes que tenía que poner en circulación el concesionario, el Estado había circunscrito la determinación del número de tranvías al ámbito contractual, no siendo posible modificar este número si no era a través de una cláusula adicional, por lo que, según este argumento, la expresión «cuadrante de servicio» se refería únicamente al horario de los trenes.

La alegación de la compañía hallaba un fundamento muy sólido en la sentencia de 23 de ene. de 1903, *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* (Rec. 61; S. 1904.3.49, nota Hauriou), en la que se decía que el art. 33 del reglamento de administración pública de 6 de agosto de 1881 debía conciliarse con el art. 14 del pliego de condiciones y que el número de viajes que se establecía en este último «constituye, por ende, un mínimo contractual que no puede ser modificado salvo acuerdo mutuo entre las partes».

El Comisario del Gobierno Léon Blum propuso al Consejo de Estado que retomara esta jurisprudencia. Formuló, con este motivo, una teoría general de los poderes de la entidad pública respecto al concesionario: *«Es evidente que las necesidades que debe satisfacer un servicio público de esta naturaleza y, por tanto, las necesidades de explotación del servicio, no tienen un carácter inmutable... El Estado no puede dejar de prestar atención al servicio público de transportes una vez ha sido adjudicado. Sin duda, es objeto de concesión, pero no por ello deja de ser un servicio público. La concesión representa una delegación, es decir, constituye una modalidad de gestión indirecta, no equivale ni a un abandono ni a una falta de atención. Por tanto, el Estado ha de intervenir necesariamente para imponer al concesionario, cuando proceda, una prestación mayor a la prevista en sentido estricto, con el fin de obligar a una de las partes de esta ecuación financiera que es, en cierto sentido, toda concesión, haciendo uso no ya de las facultades que le otorga el convenio, sino de la facultad que le corresponde como poder público.»* Mediante la aplicación de estos principios al caso particular, el Comisario del Gobierno consideró, amparándose en el reglamento de los ferrocarriles de interés local y en la doctrina de la Sección de Obras Públicas del Consejo de Estado, que el establecimiento de las tarifas de los trenes y del número de viajes era competencia del poder reglamentario y que, al establecer en el pliego de condiciones el mínimo de trenes que debía garantizar el concesionario, el Estado no había renunciado contractualmente a sus derechos reglamentarios. *«La finalidad única de estas precisiones consiste en establecer, a través de una correlación equitativa, de una supuesta compensación, la unidad financiera del contrato. Estas precisiones no pueden limitar, por el mero hecho de ser enunciadas, por el mero hecho de existir, un derecho de reglamentación independiente del contrato, puesto que su objetivo final consiste en garantizar, por encima de*

*lo que se haya acordado, por encima de lo que acontezca, la ejecución normal del servicio público.»*

El Comisario del Gobierno enunciaba, así, del modo más rotundo posible *el principio de mutabilidad del contrato administrativo*, que el Consejo de Estado ya había consagrado con la misma claridad en su sentencia, al reconocer al Prefecto *«el derecho no sólo a aprobar los horarios de los trenes..., sino también a ordenar las adendas y modificaciones necesarias para garantizar, en interés del público general, el funcionamiento normal del servicio»*.

Pero este principio no debe otorgar al contrato *«un carácter leonino»*. Su aplicación puede justificar por parte del concesionario una demanda de indemnización: *«Si se destruye la economía financiera del contrato, si, al hacer uso la autoridad concedente de su poder de intervención, se falsea algún aspecto de este equilibrio de ventajas y deberes, de obligaciones y derechos que hemos intentado definir, no habrá nada que impida al concesionario a apelar al juez para que se pronuncie sobre el contrato. Conseguirá demostrar que la intervención, pese a ser legal, pese a ser obligatoria en su caso, le ha ocasionado un perjuicio por el que merece una reparación.»*

*«El espíritu de esta jurisprudencia -terminaba diciendo el Comisario del Gobierno- radica, en suma, en el deseo de organizar un doble contencioso de la adjudicación.» El contencioso de legalidad de la reglamentación, cuya manifestación habitual es el recurso por exceso de poder. Y el contencioso contractual, que incluye necesariamente el examen de las repercusiones que pueda tener la reglamentación sobre la economía del contrato. El doble contencioso coincide con el doble aspecto, la doble naturaleza de la concesión que es, en cierto sentido, un acuerdo financiero con toda certeza y, en otro sentido, la modalidad de gestión de un servicio público con necesidades variables. Por este motivo... al mismo tiempo que se reconoce que tal o cual medida de reglamentación es legal... se reserva el derecho de los interesados, siempre que éstos consideren que se han superado los límites de las disposiciones contractuales, a someter el contrato al juez... Este último podrá concederles una indemnización. Podrá, si las modificaciones introducidas en el contrato cambian por completo la economía... decidir la rescisión del contrato en beneficio del concesionario...»*

El Consejo de Estado tuvo la precaución, en su sentencia, de reservar de modo expreso *el derecho a indemnización del concesionario*. *«Corresponde en exclusiva a la compañía, si ésta se considera legiti-*

*mada para hacerlo, presentar una demanda de indemnización cuyo objeto sea la reparación de los perjuicios que, según ha podido ella misma demostrar, le ocasionó la imposición de un aumento de los costes de explotación.»*

De este modo se confirma a la vez el principio de *mutabilidad* (II) del contrato administrativo y el principio de *ecuación financiera* (III) de este mismo contrato.

- 2        **II.** El principio de *mutabilidad* se desprendía ya de la sentencia *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* de 10 de ene. de 1902 (Rec. 5; 1902.3.17, nota Hauriou), en la que se admitía la posibilidad que tenía la entidad concedente de solicitar a su concesionario la modificación de las condiciones de ejecución del servicio adjudicado. Se conoce esta causa como la querrela del gas y la electricidad. Un municipio había concedido en 1874 a una compañía el privilegio exclusivo del alumbrado de gas. Dado que se estaba generalizando el alumbrado eléctrico, solicitó a la compañía que prestara en adelante su servicio por medio de la electricidad. Ante la negativa de esta compañía, el municipio se dirigió a otra. Amparándose en una interpretación constructiva de la intención de las partes, el Consejo de Estado consideró que el privilegio exclusivo concedido a la compañía era válido para cualquier forma de alumbrado, pero que, ante la negativa de la compañía a prestar el servicio por medio de la electricidad, el municipio estaba legitimado para encomendar el servicio a un tercero.

A. La sentencia *Compagnie générale française des tramways* va más allá, al admitir la potestad de modificación unilateral con independencia de la intención de las partes.

Se fundamenta en las disposiciones de un reglamento de administración pública relativo a los ferrocarriles. Algunos autores han deducido de esta sentencia que la facultad de modificación unilateral sólo puede ser ejercida al amparo de unos textos legales especiales, diferentes al contrato, o de unas cláusulas añadidas por las partes al contrato; en ambos casos, no sería una facultad inherente a los contratos administrativos (L'Huillier, D. 1953, cr. 87; Bénoit, JCP 1963. I.1775). Aunque es cierto que hay sentencias que se amparan en disposiciones aplicables al contrato para admitir su modificación unilateral por la Administración, otras reconocen esta facultad sin remitirse a ningún otro texto (CE Secc. 12 de mayo de 1933, *Compagnie générale des*

*eaux*, Rec. 508; – 9 de febr. de 1951, *Ville de Nice*, Rec. 80; *cfr.* A. de Laubadère, RD publ. 1954.36).

De forma todavía más rotunda, la sentencia de 2 de febr. de 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux* (Rec. 33; RD publ. 1984.212, nota J.-M. Auby; RFDA 1984, n.º 0, p. 45, nota Llorens) se remite a la facultad de la autoridad organizadora de los servicios públicos de transporte de «aportar unilateralmente modificaciones a la permanencia de los servicios y a sus modalidades de explotación» en «aplicación de las normas generales aplicables a los contratos administrativos». Estas normas incluyen «en particular, el principio de mutabilidad» (CE As. 8 de abr. de 2009, *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet*, Rec.116, concl. Geffray; v. n.º 108.7). La facultad de modificación unilateral constituye «un elemento de la teoría general de los contratos administrativos» (B. Genevois, concl. sobre CE Secc. 9 de dic. de 1983, *SA d'étude, de participation et de développement*, RFDA 1984, n.º 0, p. 39). Por consiguiente, el juez de los recursos de urgencia puede ordenar al cocontratante que adopte las medidas necesarias para la ejecución de las obligaciones que se derivan de su ejercicio (CE 5 de jul. de 2013, *Société Véolia Transports Valenciennes*, Rec. 770; RJEP de junio de 2014, p. 17, concl. Dacosta; CMP 2013, n.º 262, com. Pietri).

- 3 Esto no significa que se pueda ejercer respecto a cualquier objeto. Su fundamento determina, al mismo tiempo, sus limitaciones. La sentencia de 1910 habla expresamente de «interés público»; Léon Blum invocaba las necesidades del servicio público, que no desatiende la Administración al encomendar su gestión a un cocontratante. Su facultad de modificación unilateral está vinculada con su facultad de organización del servicio público, «facultad que le corresponde en su calidad de poder público» y a la que no puede renunciar.

Por consiguiente, la Administración sólo puede imponer a sus cocontratantes modificaciones que afecten a las condiciones del servicio. En principio, no cabe la posibilidad de que se vean afectadas las cláusulas financieras en sí mismas (CE 11 de jul. de 1941, *Hôpital-hospice de Chauny*, Rec. 129), pero si cabe esta posibilidad al amparo ya sea de determinadas cláusulas del contrato (CE 9 de abr. de 2010, *Société Vivendi*, Rec. 860; BJCP 2010.254, concl. N. Boulouis), ya sea incluso, en ausencia de toda cláusula y en lo que respecta a los acuerdos de ocupación del dominio público, en virtud de la facultad del responsable de la gestión del servicio (CE 5 de mayo de 2010, *Ber-*

*nard*, Rec. 728, concl. Escaut; BJCP 2010.266, concl.; JCP Adm. 2010.2288, com. Collet; RJEP de dic. de 2010.19, nota Chamard-Heim). Además, «las modificaciones que se introduzcan de este modo no deben ser incompatibles con la modalidad de gestión elegida» (*Union des transports publics urbains et régionaux*, prec.), ni pueden cambiar el objeto del contrato, su «sustancia», su «esencia» (CE 17 de febr. de 1978, *Société Compagnie française d'entreprise*, Rec. 88), ni alterar la economía del contrato (CE 27 de oct. de 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la-Napoule*, Rec. 850; BJCP 2010.410 y RJEP abr. 2011, concl. Dacosta; DA 2011.3, nota Brenet; RD publ. 2011.562, nota Pauliat).

En el caso de las concesiones y de los contratos, las modificaciones deben asimismo respetar los límites establecidos -en materia tanto de medidas unilaterales como de acuerdos contractuales- por los textos legales al amparo del Derecho de la Unión Europea, límites más allá de los cuales tendrá que organizarse un procedimiento de licitación para la atribución y conclusión de un nuevo contrato (directivas de 26 de febr. de 2014 decreto de 6 nov. de 2014).

4 B. A la facultad de modificación unilateral se suma la *facultad de rescisión unilateral* en interés del servicio -la cual ha de distinguirse de la rescisión dictada para sancionar una falta del cocontratante.

Cuando la Administración considera que el contrato ya no responde a las necesidades del servicio público, puede ponerle fin por iniciativa propia. Esta es otra facultad que le incumbe «en cualquier caso, en virtud de las normas aplicables a los contratos administrativos» (CE As. 2 de mayo de 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. 246; AJ 1958.II.282, concl. Kahn; D. 1958.730, nota de Laubadère). Puede ejercerse por vía reglamentaria, afectando entonces a un conjunto de contratos (misma sentencia y CE Secc. 15 de jul. de 1959, *Société des alcools du Vexin*, Rec. 451; RD publ. 1960.325, nota M. Waline), o bien de modo aislado en relación con un único contrato (CE 3 de jul. de 1925, *de Mestral*, Rec. 639; D. 1926.3.17, concl. Cahen-Salvador, nota Trotabas; 21 de dic. de 2007, *Région du Limousin et autres*, Rec. 534; BJCP 2008, n.º 57, p. 138 y RJEP abr. 2008, p. 15, concl. Prada-Bordenave; AJ 2008.481, nota J.-D. Dreyfus; JCP Adm. 2008.2050, com. Pontier). No se puede renunciar a ella a través de una cláusula del contrato (CE 6 de mayo de 1985, *Association Eurolat, Crédit foncier de France*, Rec. 141; RFDA 1986.21, concl. Genevois; AJ 1985.620, nota Fatôme y Moreau; LPA 23 de oct. de 1985, p. 4, nota Llorens; - 1 de oct. de 2013, *Société Espace Habitat Construc-*

tion, Rec. 700; BJCP 2014.32, concl. Daumas; AJ 2013.2275, nota Giacuzzo; DA 2013, n.º 8, com. Breunet; JCP Adm. 2014.2196, nota Pauliat).

- 5 Esta facultad ha sido objeto de una triple ratificación. En primer lugar, el Consejo de Estado consideró, en el caso de las adjudicaciones concedidas en materia audiovisual, utilizando unos términos que van más allá de este supuesto, que «*corresponde a la autoridad concedente, en virtud de las normas generales aplicables a los contratos administrativos... poner fin antes del plazo a un contrato de adjudicación... por motivos de interés general que justifiquen, en la fecha en que se adopta la decisión, que la explotación del servicio adjudicado debe terminarse o establecerse sobre nuevas bases*» (CE As. 2 de febr. de 1987, *Société TV 6*, Rec. 29; v. n.º 116.8); «*puede hacer uso de esta facultad incluso cuando no haya ninguna disposición legislativa o reglamentaria, ni tampoco ninguna estipulación contractual, que prevean su ejercicio*» (CE 22 de abr. de 1988, *Société France 5 et Association des fournisseurs de la cinq*, Rec. 157; AJ 1988.540, nota B. D.; RA 1988.240, nota Terneyre).

El Tribunal de Conflictos también se ha referido a la «*facultad que... corresponde a la autoridad concedente, incluso cuando no haya ninguna estipulación contractual en este sentido, de poner fin al contrato de concesión por motivos de interés general*» (TC 2 de marzo de 1987, *Société d'aménagement et de développement de Briançon-Montgenèvre c. commune de Montgenèvre*, RFDA 1987.191, nota F M.).

El propio Consejo Constitucional ha reconocido que la ampliación a la enseñanza pública de la facultad de rescisión, prevista por el legislador para los contratos de asociación de los colegios privados, «*se ajusta a los principios aplicables a los contratos administrativos*» (CC n.º 84-185 DC, 18 de ene. de 1985, Rec. 36; RFDA 1985.624, nota P. Delvolvé).

- 6 Al igual que ocurre con la facultad de modificación, el fundamento y los límites de la facultad de rescisión unilateral residen en el interés general (mismas sentencias).

Toda consideración ajena a dicho interés convierte la rescisión en ilegal (por ej., 2 de febr. de 1987, *Société TV 6* prec.: rescisión basada en un proyecto de ley cuya aprobación no estaba asegurada).

El interés general está relacionado, en particular, con los «*cambios en las necesidades y en el funcionamiento del servicio público*» (CE 23 de mayo de 1962, *Ministre des finances c. Société financière*

*d'exploitations industrielles*, Rec. 342), con la remodelación o supresión de una actividad (CE 19 de ene. de 2011, *Commune de Limoges*, Rec. 1012; BJCP 2011.105, concl. Dacosta; AJ 2011.626, nota J.-D. Dreyfus; DA abr. de 2011.38, nota Brenet; JCP Adm. 2011.2101, com. Vila); puede tener que ver también con la falta de entendimiento entre dos cocontratantes de la Administración (CE 31 de ene. de 1968, *Office public d'HLM de la ville d'Alès c. Brasseur*, Rec. 79) o entre los concesionarios y los usuarios (CE 26 de febr. de 1975, *Société du port de pêche de Lorient préc.*), con un cambio en el capital social de la empresa contratante (CE 31 de jul. de 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, Rec. 334; JCP 1997. II.22790, concl. Delarue; AJ 1996.788, nota Gilli), «con el coste elevado y la poca rentabilidad socioeconómica del proyecto de enlace por tren pendular» acordado entre el Estado y las regiones (CE 21 de dic. de 2007, *Région du Limousin et autres*, citada *ut supra*), o incluso con la voluntad de garantizar una explotación más eficiente de la propiedad pública (CE 23 de mayo de 2011, *EPAD*, Rec. 1012; CMP jul. de 2011, n.º 217, obs. Soler-Couteaux), o, simplemente, con «la necesidad de poner fin a un contrato que supera el plazo previsto por la Ley para las delegaciones de servicio público» (CE 7 de mayo de 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, Rec. 137; BJCP 2013.353, concl. Dacosta; AJ 2013.1271, cr. Domino y Bretonneau; JCP Adm. 2013.2297, nota Vila).

7 El ejercicio de la facultad de rescisión unilateral presenta una particularidad en dos categorías de casos.

La primera es la de los contratos que se suscriben entre personas públicas: ¿puede una de ellas pretender ejercer la facultad de rescisión unilateral? La jurisprudencia ha tendido a responder afirmativamente a esta pregunta (cfr. concl. Dacosta sobre CE 4 de junio de 2014, *Commune d'Aubigny-les-Pothées*, BJCP 2014.335). Lo ha hecho de forma muy explícita la sentencia de 27 de febr. de 2015, *Commune de Béziers* (BJCL 2015.381, concl. Cortot-Boucher, obs. J.-D. Dreyfus; AJ 2015.1482, nota Bourdon; DA de junio de 2015, n.º 40, p. 32, nota Brenet; JCP Adm. 2015.2183, nota J. Martin), en un caso que era la continuación de un importante contencioso al que había dado inicio el mismo municipio (28 de dic. de 2009\* y 21 de marzo de 2011\*). En esta sentencia se afirma «*que un contrato suscrito entre dos personas públicas en materia de organización de un servicio público o de las modalidades de realización en común de un proyecto de interés general sólo puede ser objeto de una rescisión unilateral si así lo justifica*

*un motivo de interés general, en particular, en caso de que se rompa el equilibrio del contrato o que desaparezca su causa; por el contrario, el sólo hecho de que se produzca, durante la ejecución del contrato, un desequilibrio en las relaciones entre las partes no es un motivo que justifique dicha rescisión».* En el caso que nos ocupa, no cabía aplicar ninguno de los dos motivos de rescisión: por tanto, se trataba de una rescisión culposa.

El segundo caso es insólito con respecto al principio de atribución por la jurisprudencia a la persona pública contratante de la facultad de rescisión unilateral: ¿puede el contrato reconocer esta facultad a la parte privada? El Consejo de Estado lo ha admitido en determinadas circunstancias en su sentencia de 8 de oct. de 2014, *Société Grenke Location* (Rec. 302, concl. Pellissier; BJCP 2015.3, concl.; AJ 2015.396, nota F. Melleray; CP-ACCP de dic. de 2014.62, nota Messtres y Minaire; D. 2015.145, nota Pugeault; JCP Adm. 2014.2327, nota Ziani; RFDA 2015.47, nota Pros-Philippon). Considera, en primer lugar, «que el cocontratante vinculado a una persona pública por un contrato administrativo tiene la obligación de garantizar su ejecución, salvo en caso de fuerza mayor, y no tiene derecho, en particular, a invocar los incumplimientos o las deficiencias de la Administración como causa para sustraerse a sus propias obligaciones contractuales o para rescindir unilateralmente el contrato por iniciativa propia»: por tanto, la excepción de la no ejecución del contrato no puede ser invocada por la parte privada. La sentencia admite «que se reconoce, no obstante, a ambas partes la posibilidad de prever, en un contrato cuyo objeto no sea la ejecución misma del servicio público, las circunstancias bajo las cuales el cocontratante de la persona pública está legitimado para rescindir el contrato si esta última incumple sus obligaciones contractuales». Esta posibilidad está, pues, reservada a determinados contratos (respecto a los contratos cuyo objeto es la ejecución del servicio público, y que quedan al margen de esta posibilidad, v. nuestras obs. a la sentencia de 20 de abr. de 1956, *Bertin\**); es necesario que esta posibilidad se estipule de forma expresa y sólo puede darse en el supuesto de incumplimiento por parte de la persona pública contratante; no autoriza al cocontratante privado a alegar en su favor un motivo de interés general. Su aplicación está subordinada a determinadas circunstancias: «el cocontratante no puede proceder a la rescisión del contrato sin dar previamente la oportunidad a la persona pública a oponerse a la terminación de las relaciones contractuales por un motivo de interés gene-

ral, que se derive, en particular, de las exigencias del servicio público;... si se le opone un motivo de interés general, el cocontratante tendrá la obligación de seguir con la ejecución del contrato;... un incumplimiento por su parte de este deber es motivo suficiente para dar lugar a la rescisión del contrato por causas sólo imputables a éste». Puede, no obstante, impugnar ante el juez el motivo de interés general que alega la otra parte para rescindir el contrato. La facultad de rescisión unilateral sigue siendo, por tanto, en lo esencial, una prerrogativa exclusiva de la administración contratante.

- 8 **III.** El *principio de ecuación financiera*, que desarrolló Léon Blum en 1910, impone una reparación como contrapartida para los casos en los que la Administración cuestiona determinados aspectos (modificación) o la totalidad (rescisión) del contrato: la Administración debe, mediante la concesión de una indemnización, compensar los costes en los que ha incurrido por este motivo su cocontratante, de tal modo que se restablezca el equilibrio financiero que habían acordado las partes en un primer momento. «Los principios jurisprudenciales del equilibrio financiero de los contratos» se mencionan tanto en las sentencias como en los dictámenes del Consejo de Estado (por ej., dictamen de la Sección de obras públicas de 24 de sept. de 1998, EDCE 1999, n.º 50, p. 218). Si se niega a restablecer el equilibrio financiero del contrato en caso de modificación unilateral, la Administración estaría cometiendo una falta cuya gravedad podría justificar la rescisión por causas imputables a ella sola (CE 12 de marzo de 1999, SA *Méribel* 92, Rec. 61; BJCP 1999.444, concl. Bergeal). El perjuicio, caso de producirse, debe ser reparado en su totalidad: puede incluir, a la vez, la pérdida ocasionada (*damnum emergens*) y, cuando proceda, el lucro cesante (*lucrum cessans*).

La solución es válida tanto en el caso de modificación unilateral como en el de rescisión unilateral (en el primer caso, por ej., CE Secc. 27 de oct. de 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec. 401; D. 1979.366, nota D. Joly; en el segundo, por ej., CE 31 de jul. de 1996, *Société des téléphériques du Mont-Blanc*; 21 de dic. de 2007, *Région du Limousin et autres*, prec.). El alcance y las modalidades de la indemnización pueden determinarse mediante estipulaciones incluidas en el contrato, pero sin que de ello pueda derivarse, en detrimento de la persona pública contratante, una desproporción manifiesta entre la indemnización establecida de este modo y la cuantía del perjuicio (CE 4 de mayo de 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bag-*

*nols, Le Vigan*, Rec. 205; BJCP 2011.285; RJEP dic. de 2011.36, concl. Dacosta; DA jul. de 2011, p. 23, nota Brenet). Lo mismo cabe decir de la indemnización en caso de no renovación del contrato (CE 22 de junio de 2012, *Chambre de commerce et d'industrie de Montpellier*, BJCP 2012.330, concl. Dacosta). Las cláusulas del contrato pueden excluir la indemnización (CE 19 de dic. de 2012, *Société AB Trans*, DA 2013, n.º 42, nota E. Colson).

La jurisprudencia administrativa encuentra eco en «la jurisprudencia internacional, jurisdiccional o arbitral», que «reconoce, de hecho, a todo Estado un poder soberano que le faculta para modificar, e incluso rescindir, mediante compensación, un contrato suscrito con particulares» (CEDH 9 de dic. de 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, § 74, Série A, vol. 301-B; DA 1995.200).

## 21. RESPONSABILIDAD. FALTA PERSONAL Y FALTA DE SERVICIO. ACUMULACIÓN

Consejo de Estado, viernes, 3 de febrero de 1911, *Anguet*

(Rec. 146; S. 1911.3.137, nota Hauriou)

Considerando que de la instrucción se desprende que la puerta asignada al paso del público en la oficina de correos sita en el número 1 de la calle Filles-du-Calvaire se cerró, el 1 de ene. de 1908 antes de la hora establecida y antes de que el señor Anguet, que se encontraba en el interior de esta oficina, hubiera terminado sus gestiones en las ventanillas; que el único motivo por el que el señor Anguet salió de la oficina por la zona reservada a los funcionarios del servicio de correos fue porque así se lo indicó un empleado y porque no había ninguna otra salida; *que, en tales circunstancias, el accidente, del que fue víctima el recurrente a resultas de su brutal expulsión de esta zona de la oficina, ha de atribuirse, con independencia de la responsabilidad personal imputable a los funcionarios autores de la expulsión, al mal funcionamiento del servicio público*; que, por consiguiente, el señor Anguet está legitimado para solicitar al Estado la reparación del perjuicio que le fue ocasionado por este accidente; que, dadas las circunstancias del caso, cabe considerar que se estaría evaluando equitativamente el perjuicio ocasionado si se condenara al Estado a abonar al señor Anguet un importe de 20.000 francos como indemnización total, en concepto tanto de capital como de intereses... (Anulación; indemnización concedida).

### OBSERVACIONES

- 1 I. El señor Anguet había entrado, a las 8 y media de la tarde del 11 de ene. de 1908, en la oficina de correos de la calle Filles-du-Calvaire en París para cobrar un giro postal. Cuando quiso abandonar la oficina, comprobó que estaba cerrada la puerta habitualmente destinada al paso del público, y, por indicación de un empleado, atravesó los locales reservados al personal para dirigirse hacia otra salida. Dos empleados, que estaban clasificando efectos postales, movidos sin duda

por la impresión de que se estaba demorando en abandonar los locales y pensando, tal vez, que se trataba de un malhechor, lo empujaron con tal brutalidad hasta la calle que le provocaron una fractura en una pierna.

Habiendo sido interpuesta por el recurrente una demanda de indemnización ante el Consejo de Estado, el Ministro de Correos y Telégrafos replicó que, dado que los funcionarios culpables de las brutalidades padecidas por el señor Anguet habían incurrido en responsabilidad personal frente a éste, no cabía exigirle al Estado que asumiera las consecuencias de su falta.

La doctrina imperante en aquel momento sostenía que «*la responsabilidad de la Administración y la del funcionario no pueden acumularse; además de no ser responsables solidariamente, no pueden serlo al mismo tiempo y por el mismo hecho*» (Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1928*, t. 1, p. 630). La sentencia *Anguet* se aparta por primera vez de este principio y, aunque lo hace de forma todavía tímida, allana el camino a la sentencia *Lemonnier*\* (CE 26 de jul. de 1918) y a la jurisprudencia que se conoce como de «acumulación de responsabilidades».

El Consejo de Estado admite, en efecto, que, aunque la causa *directa y material* del accidente reside en la *falta personal* de los funcionarios, dicha falta sólo ha podido producirse debido a una *falta de servicio*: la oficina se había cerrado antes de la hora establecida y antes de que el señor Anguet hubiera terminado sus gestiones. La existencia de esta falta de servicio basta para que la Administración incurra en responsabilidad por el daño ocasionado.

2 Al menos en lo que respecta al caso *Anguet*, la falta de servicio es independiente en cierta medida de la falta personal: el daño ocasionado se debe a dos hechos distintos, constituyendo uno de ellos una falta de servicio y el otro una falta personal.

Muy pronto la jurisprudencia se limitaría a subordinar la responsabilidad del servicio a la mera escasez de vigilancia que ha dado origen a la falta personal. Por ejemplo, en el caso de un accidente acaecido a un soldado, resultando éste herido por la imprudencia de uno de sus compañeros que había vuelto a su habitación con el mosquete cargado, se admitió que el Estado había incurrido en responsabilidad porque el Sargento Jefe había omitido cumplir el reglamento militar, permitiendo a este soldado abandonar su puesto de guardia con el arma cargada (CE 20 de febr. de 1914, *Martin-Justet*, Rec. 231). La falta de servicio no dejaría a partir de entonces de ir perdiendo relevancia.

Más adelante, la falta personal de un funcionario o de un tercero sería motivo para *presumir* un funcionamiento deficiente del servicio. El Consejo de Estado terminaría por admitir esta fórmula con su sentencia de 23 de junio de 1916, *Thévenet* (Rec. 244; RD publ. 1916.378, concl. Corneille, nota Jèze) relativa a un accidente ocasionado por un disparo en una feria y cuya responsabilidad se imputó al encargado de un puesto, ya que había utilizado una cortina de protección insuficiente: «*como la autoridad municipal encargada de vigilar la seguridad de las plazas y de las vías públicas (había) omitido asegurarse de que la instalación y la localización del puesto de tiro ofrecieran las garantías suficientes para dicha seguridad*», se declaró al municipio responsable de las consecuencias del accidente.

Esta evolución de la doctrina hizo posible que se admitiera la acumulación de responsabilidades resultantes de una sola y misma falta, tal y como se había propuesto en la sentencia *Lemonnier*\* y en las conclusiones de Léon Blum, posibilidad que terminarían por consagrar las sentencias de 18 de nov. de 1949 *Mimeur* y otros (Rec. 492; v. n.º 31.5), al declarar que el Estado debía asumir alguna responsabilidad a partir del momento en que la falta personal «no estuviera desprovista de algún vínculo con el servicio».

**II.** El Consejo de Estado ha preferido, no obstante, incluso después de la sentencia *Lemonnier*\*, y tal y como ocurre en la sentencia *Anguet*, seguir fundamentando la responsabilidad administrativa, en los casos de falta personal, en la coexistencia de dos hechos distintos –el hecho de servicio y el hecho personal– antes que en la existencia de un hecho imputable a la vez al funcionario y al servicio. Pero, hoy en día, admite mayoritariamente a trámite las demandas de responsabilidad contra el poder público cuando hay coexistencia de faltas, sin tener en cuenta la gravedad de la falta personal, y evitando un exceso de rigor en la exigencia de una relación causa-efecto entre la falta de servicio y el daño ocasionado. Se pueden, por tanto, citar algunos ejemplos de imputación de responsabilidad a la Administración relacionados con diferentes materias y procedentes de diferentes épocas:

– el fallecimiento de una persona, residente en un asilo departamental, a resultas de los malos tratos perpetrados por un enfermero, malos tratos que sólo pudieron producirse debido a una falta de vigilancia (CE 22 de ene. de 1936, *Dame Duxent*, Rec. 101);

– el accidente provocado por el conductor de una ambulancia militar, que la utilizaba para fines personales, dado que tal accidente sólo pudo producirse por la escasa vigilancia ejercida por la Administración sobre los conductores y la cochera (CE 19 de mayo de 1943, *Dame Simon*, Rec. 126);

– las actuaciones delictivas de militares que se niegan a abonar sus viajes en los tranvías de una ciudad, dado que tienen su origen en una falta de vigilancia (CE 10 de jul. de 1953, *Société des tramways Lille-Roubaix-Tourcoing*, Rec. 778);

– la malversación cometida por la empleada de una oficina de recaudación, en detrimento de una persona que le había remitido una suma de dinero destinada a la compra de bonos del tesoro, puesto que dicha malversación sólo fue posible como resultado de la autorización concedida por el recaudador a la empleada de ir al domicilio del suscriptor durante el horario del servicio (CE 18 de ene. de 1957, *Consorts Lacroix*, Rec. 45).

– el asesinato de un conductor de taxi por cuatro militares que habían abandonado indebidamente el campo en el que estaban acantonados, dado que el crimen se pudo cometer por la mala organización y la disciplina insuficiente del campo (CE Secc. 13 de dic. de 1963, *Ministre des armées c. Consorts Occelli*, Rec. 629, concl. Braibant; AJ 1964.29, cr. Fourré y Puybasset).

Puede ocurrir, a la inversa, que sea la falta personal la que contribuya a la comisión de la falta de servicio (CE 2 de junio de 2010, *Mme Fauchère, M. Mille*, Rec. 978; Procedimientos agosto 2010.331, nota Deygas; AJ 2010.2165, nota Deffigier: tal fue el caso de la falta personal cometida por un comisario de policía directamente interesado en la expulsión de los ocupantes de un inmueble, y condenado penalmente por asunción ilegal de intereses, que dio lugar a que se declarara ilegal la decisión de expulsión adoptada por el Prefecto, al ser ésta también constitutiva de una falta).

3 La jurisprudencia *Anguet* conserva su vigencia y se siguen aplicando sus principios, paralelamente a las teorías enunciadas en las sentencias *Lemonnier\** y *Mimeur*, siendo éstas últimas más audaces y conservando su carácter subsidiario.

De hecho, esta jurisprudencia ha encontrado, mucho después de la sentencia *Anguet*, un nuevo campo de aplicación: la coexistencia de dos hechos distintos como origen de un mismo perjuicio puede servir de

■ JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

fundamento al reparto por el juez administrativo, entre la Administración y su funcionario, de los costes de la indemnización adeudada a la víctima (CE 28 de jul. de 1951, *Delville*\*: accidente de automóvil ocasionado a la vez por el estado de ebriedad del conductor del vehículo administrativo –falta personal– y por el mal estado de los frenos – alta de servicio; As. 12 de abr. de 2002, *Papon*\*: acumulación, en el arresto e internamiento de personas de origen judío, de la falta personal del funcionario y de la falta de servicio resultante de «actos o actuaciones de la Administración francesa»).

## 22. RECURSO POR EXCESO DE PODER Y RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN

Consejo de Estado, 8 de marzo de 1912, *Lafage*

(Rec. 348, concl. Pichat; D. 1914.3.49, concl.; S. 1913.3.1, concl.,  
nota Hauriou; RD publ. 1912.266, nota Jèze)

*Considerando que lo único que alega el señor Lafage es que, debido a la decisión antes mencionada del Ministro de las Colonias, fue privado de la posibilidad de acogerse a los privilegios que le conferían, en su calidad de funcionario, los reglamentos vigentes; que su demanda cuestiona, por ende, la legalidad del acto de una autoridad administrativa; que, por consiguiente, el recurrente está legitimado para impugnar la decisión en cuestión por la vía del recurso por exceso de poder;*

*En cuanto al fondo:*

Considerando que la tarifa n.º 12, aneja al decreto de 29 de dic. de 1903 y el cuadro B anejo a la decisión presidencial del mismo día disponen la asignación de indemnizaciones, por gastos de representación en las colonias, a los subdirectores o jefes del servicio de salud;

Considerando que, aunque el art. 10 de 3 de nov. de 1909 sobre funcionamiento de los servicios médicos no ha mantenido el cargo de subdirector, sí prevé expresamente el de jefe del servicio de salud;

Considerando que no se pone en duda que el recurrente estuviera cumpliendo funciones de jefe del servicio de salud en Cochinchina; que, por consiguiente, está legitimado para solicitar la anulación por exceso de poder de la decisión con la que el Ministro de las Colonias lo privó de la posibilidad de acogerse a las prestaciones previstas para los jefes del servicio de salud en el decreto y la decisión presidencial antedichos de 29 de dic. de 1903, no habiéndose modificado estos últimos en lo tocante a este punto;... (Anulación).

### OBSERVACIONES

- I.** El señor Lafage, médico principal de las tropas coloniales, remitió al Consejo de Estado una decisión ministerial que lo privaba de

determinadas ventajas pecuniarias que, según él, le correspondían en virtud de los textos en vigor. Habiéndose interpuesto el recurso sin la mediación de un abogado ante el Consejo de Estado, se planteaba la duda de saber si procedía, por regla general, el recurso por exceso de poder contra las decisiones por las que se denegaban unas ventajas pecuniarias a los funcionarios públicos.

Pese a que, en la jurisprudencia tradicional, se consideraban de plena jurisdicción los recursos cuyo objeto fuera de naturaleza pecuniaria, el Comisario del Gobierno Pichat presentó dos series de argumentos en favor de la admisión a trámite del recurso. Los conflictos relativos a los sueldos y salarios de los funcionarios a menudo están relacionados con importes mínimos: si no fuera posible presentar las reclamaciones en la materia ante el Consejo de Estado sin la intermediación de un abogado, «los gastos de la demanda superarían, en muchos casos, el importe de la prestación que se reclama, y la obligación de que medie un abogado, al restarle todo interés a la demanda, llevaría a la práctica desaparición del recurso y a la admisión de decisiones contrarias al derecho». Por otra parte, el recurso por exceso de poder debe ser un «instrumento puesto a disposición de todos para defender la legalidad vulnerada»: siempre que una decisión administrativa, incluso aquella que tenga consecuencias pecuniarias, infrinja la legalidad, debe ser admitido a trámite el recurso por exceso de poder.

El Comisario del Gobierno proponía, por consiguiente, que sólo se considerara admisible el recurso por exceso de poder cuando el funcionario se limitase a solicitar la anulación de la medida alegando su ilegalidad.

En este caso concreto, el Consejo de Estado decidió que «el señor Lafarge se limita a alegar que... ha sido privado del beneficio de los privilegios que, en su calidad de funcionario, le conceden los reglamentos vigentes; su demanda pone, por tanto, en duda la legalidad de un acto de una autoridad administrativa»:

**II.** La solución a la que llegó la sentencia *Lafage* conserva hoy en día su valor de principio, sobre todo si se tiene en cuenta que, al definir sus límites, el Consejo de Estado lo hizo en un sentido que favorece al justiciable.

A. Pese a considerar que, cuando había, en un recurso de anulación, conclusiones de plena jurisdicción, por mínimas que éstas fueran (pago de intereses de demora), ello obligaba a tratarlo en su con-

junto como un recurso de plena jurisdicción (CE 7 de nov. de 1990, *Ministre de la défense c. Mme Delfau*, Rec. 649), el Consejo de Estado suavizó su postura por un doble motivo.

De un lado, a partir de entonces, se empezó a considerar que, cuando ante un mismo juez, se presentaban conclusiones que podían dar lugar a la anulación por exceso de poder, y conclusiones de plena jurisdicción que imponían el pago de una indemnización para reparar el perjuicio ocasionado por la ilegalidad culposa que el recurrente atribuía a esta misma decisión, «esta circunstancia no tenía como resultado que se pudiera otorgar al conjunto de las conclusiones el carácter de una demanda de plena jurisdicción».

Por otra parte, cuando se está ante un conflicto cuyo objeto es el pago de una suma de dinero, las conclusiones que se refieren al principal y las que se refieren a los intereses «tienen la misma naturaleza». De ello se deriva que, cuando un recurrente está legitimado para interponer, por la vía del recurso por exceso de poder, una demanda de anulación de la decisión administrativa que lo ha privado del cobro de este importe, también está legitimado para interponer, por la misma vía, una demanda de anulación de la decisión que lo ha privado del cobro de los intereses resultantes. (CE Secc. 9 de dic. de 2011, *Marcou*, Rec. 616, concl. Keller; RFDA 2012.279, concl. y 441, nota R. Rambaud; AJ 2012.897, nota Legrand; JCP Adm. 2012.2175, com. Pacteau).

2 Aunque el marco jurídico que se desprende de lo anterior se desarrolló para que fuera de aplicación principalmente a los litigios en materia de indemnización, que son propios de la función pública, su campo de aplicación es más amplio.

Por ejemplo, las decisiones adoptadas por el Primer Ministro al amparo de las disposiciones del decreto de 10 de sept. de 1999, relativas a la indemnización de las víctimas de expoliación como resultado de las legislaciones antisemitas vigentes durante la Ocupación, pueden ser impugnadas por la vía del recurso por exceso de poder. Si se interpela al juez administrativo por este motivo, éste puede no sólo anular la decisión que le ha sido remitida, sino también «instar a la Administración a que adopte las medidas que requiere necesariamente su decisión y, en particular, a que proceda a un nuevo examen de los puntos conflictivos aún no resueltos y a adoptar, en su caso, una decisión por la que se conceda total o parcialmente la indemnización solicitada» (CE 23 de jul. de 2012, *Callou et autres*, Rec. 290).

**II.** Aunque es incontestable la importancia de la jurisprudencia *Lafage*, está sujeta a una doble limitación: los casos en los que el recurrente tiene la posibilidad de optar entre el exceso de poder y la plena jurisdicción tienden a limitarse; en los casos en los que se contempla esta alternativa, ésta tiene sus riesgos.

- 3** 1.º) La distinción entre recurso de plena jurisdicción y recurso por exceso de poder está condicionada por un criterio esencial, que se fundamenta en los poderes del juez, y en ella sólo interviene de forma subsidiaria el criterio basado en el objeto de los recursos. El criterio esencial se basa en la idea de que el juez administrativo, en el caso de algunas categorías de litigios, dispone de la facultad de anular la decisión administrativa que le ha sido remitida únicamente o de modo especial desde que se dictó la sentencia *Marcou*, mientras que, en el caso de otros litigios, dispone de facultades más amplias cuya naturaleza depende del objeto de la impugnación: concesión de una renta mínima de inserción (CE Secc. 27 de jul. de 27 de jul. de 2012, *Mme Labachiche, épouse Beldjerrou*, Rec. 299, concl. Landais; RFDA 2012.922, concl.; AJ 2012.1845, cr. Domino y Bretonneau; DA 2012, n.º 11, nota F. Melleray; JCP Adm. 2013.2084, com. Claeys) o de los ingresos de solidaridad activa (CE 30 de abr. de 2014, *Département de Loir-et-Cher*, req. n.º 357900); reconocimiento de la condición de refugiado (CE 10 de oct. de 2013, *Office français de protection des réfugiés et apatrides c. Yarici*, Rec. 254); concesión de un permiso al amparo de la legislación sobre instalaciones clasificadas (CE 22 de sept. de 2014, *Syndicat mixte pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères (SIETEM) de la région de Tournan-en-Brie*, Rec. 753-754; AJ 2015.106, nota Pouthier).

Cuando el juez administrativo tiene la posibilidad de ejercer dichas facultades, en principio sólo se puede recurrir a él legítimamente como juez de plena jurisdicción.

a) Resulta, así, que con independencia del enunciado de las conclusiones de la demanda, pertenecen al ámbito del contencioso de plena jurisdicción los siguientes conflictos: el contencioso electoral (CE Secc. 16 de dic. de 1955, *Fédération nationale des syndicats de police de France et d'outre-mer*, Rec. 596; RPDA 1956.41, concl. Laurent), el contencioso de las instalaciones clasificadas (CE Secc. 16 de dic. de 1955, *Société MORAI*, Rec. 595; RPDA 1956.3, concl. Lau-

rent; – Secc. 15 de dic. de 1989, *Ministre de l'environnement c. société SPECHINOR*, Rec. 254; RA 1990.45, nota Terneyre; CJEG 1990.136, concl. de la Verpillière), el contencioso relativo a la certificación de la condición de trabajador con discapacidad (CE (dictamen) 6 de abr. de 2007, *Douwens Prats*, Rec. 153; DA 2007, n.º 153, nota Glaser) así como los litigios relativos a los ingresos de solidaridad activa (CE (dictamen) 23 de mayo de 2011, *Mme Popin et M. El Moumny*, Rec. 253).

- 4 b) Con el fin de conseguir la unificación de los motivos de atribución de competencia a los tribunales administrativos de apelación instaurados por la ley de 31 de dic. de 1987, el Consejo de Estado tomó la decisión de incluir obligatoriamente en el ámbito de la plena jurisdicción los recursos de anulación tanto de las ejecutorias (CE Secc. 27 de abr. de 1988, *Mbakam*, Rec. 172; AJ 1988.438, cr. Azibert y de Boisdeffre) como de las órdenes de pago o de reembolso (CE Sect. 23 de dic. de 1988, *Cadilhac*, Rec. 465; AJ 1989.254, concl. Fornacciari).
- 5 c) Con el fin de autorizar al juez a modular las sanciones de carácter pecuniario que se establecen en el caso de las infracciones contra la legislación económica y hacer posible que las personas enjuiciadas puedan acogerse a una atenuación de la sanción prevista por un texto posterior a la fecha de comisión de los actos incriminados, el Consejo de Estado terminó por vincular con la plena jurisdicción los recursos que se interponen contra las sanciones pecuniarias administrativas (CE As. 16 de febr. de 2009, *Société Atom*, Rec. 25, concl. Legras; RFDA 2009.259, concl.: AJ 2009.583, cr. Liéber y Botteghi; JCP 2009.II.10087, nota Grabarczyk; DA 2009, n.º 30, nota F. Melle-ray; JCP 2009.26, cr. Plessix, § 8; JCP Adm. 2009.2089, com. Bailleul; RFDA 2012.257, estudio Martínez-Mehlinger; en el mismo sentido, CE As. 21 de dic. de 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi Universal*, RFDA 2013.55, concl. Daumas; v. n.º 95.5).
- 6 d) El deseo de ofrecer mayores garantías a los administrados ha llevado al juez a asignar al ámbito de plena jurisdicción el contencioso de retirada de puntos del carné de conducir (CE (dictamen) 9 de jul. de 2010, *Berthaud*, Rec. 287; AJ 2010.2162, nota Ginocchi; DA 2010, n.º 133, nota Bailleul) así como el recurso interpuesto por un propietario contra un Decreto-Ley relativo al riesgo para la seguridad (CE 18 de dic. de 2009, *SCI Ramig*, Rec. 868; AJ 2010.690, concl. Thiellay). El legislador se ha pronunciado en el mismo sentido en el caso de los recursos interpuestos contra la decisión de autorizar una instalación

nuclear permanente (CE 23 de abr. de 2009, *Association France Nature Environnement*, RJEP 2009, n.º 37, concl. de Silva) y, de modo más atenuado, en el caso de la impugnación de las decisiones relativas a la instauración del derecho a la vivienda (CE (dictamen), 21 de jul. de 2009, *Mme Idjihadi*, Rec. 288; RFDA 2010.157, concl. Struillou, nota Donier).

e) Retomando una jurisprudencia anterior, el Consejo de Estado reconoció al recurso prefectoral interpuesto contra un contrato administrativo el carácter de un recurso de plena jurisdicción (CE 23 de dic. de 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, Rec. 662; BJCP 2012.125, concl. Dacosta; RFDA 2012.683, nota P. Delvolvé; AJ 2012.1064, nota Quoyollet; RJEP mayo 2012.16, nota Brenet; RD publ. 2012.494, com. Pauliat; DA 2012, n.º 27, nota Claves; ACCP marzo de 2012, p. 73, nota Lauret y Proot). La autoridad de tutela puede, así, instar al juez del contrato a que haga uso de las facultades ampliadas que le corresponden (*cfr.* nuestras obs. a CE As. 28 de dic. de 2009, *Commune de Béziers\**).

7           2.º) En los casos en los que se reconoce esta alternativa al recurrente, ésta no sólo presenta ventajas.

Sin duda, en un primer momento podía interponer un recurso por exceso de poder en materia pecuniaria sin que ello le privara de la posibilidad de un recurso posterior de plena jurisdicción encaminado a conseguir el pago del importe objeto del litigio. Efectivamente, si el interesado había omitido interponer el recurso por exceso de poder dentro de los plazos legales, podía en principio solicitar una indemnización basándose en la ilegalidad de la decisión que había adquirido el carácter de definitiva (CE 31 de marzo de 1911, *Blanc, Argaign et Bezié*, Rec. 407, 409 y 410; S. 1912.3.129, nota Hauriou; – 3 de dic. de 1952, *Dubois*, Rec. 555; JCP 1953. II.7353, nota Vedel; – Secc. 14 de oct. de 1960, *Laplace*, Rec. 541; AJ 1960.I.160, cr. Combarrous y Galabert). La combinación de esta norma con la jurisprudencia *Lafage* abría, pues, a los interesados una doble oportunidad contenciosa: de forma inmediata, el recurso de anulación y, más adelante, una vez agotado el plazo establecido para este recurso, la demanda de indemnización que permite obtener prácticamente el mismo resultado.

8           Pero el Consejo de Estado ha limitado esta facultad de acumulación de recursos. Ha considerado que, cuando una decisión tiene una

consecuencia meramente pecuniaria, como una retención salarial o la negativa a conceder una subvención, y cuando adquiere el carácter de definitiva porque se ha agotado el plazo del recurso contencioso, el recurrente ya no puede presentar una demanda encaminada a la asignación del mismo importe y fundamentada exclusivamente en la ilegalidad de la decisión (Secc. 2 de mayo de 1959, *Ministre des finances c. Lafon*, Rec. 282; AJ 1960. I.160, cr. Combarnous y Galabert). Por consiguiente, ya no puede corregir por la vía de la plena jurisdicción el error que cometió al no interponer, dentro del plazo legal, un recurso por exceso de poder. La jurisprudencia *Lafage* puede, por tanto, perjudicar a aquellos a los que pretendía beneficiar: les permite eludir la obligación de mediación de un abogado, pero los obliga a ejercitar la acción en un plazo más corto. Pese a todo, el campo de aplicación de esta solución tan rigurosa está sujeto a una doble limitación: por un lado, sólo puede aplicarse a las decisiones definitivas con una finalidad exclusivamente pecuniaria (CE As. 7 de jul. de 1989, *Ordonneau*, Rec. 161; AJ 1989.598 cr. Honorat y Baptiste); y, por otro, no interviene en el caso de las decisiones implícitas de desestimación, en virtud de los textos relativos a los plazos de recurso (CE Secc. 5 de ene. de 1966, *Delle Gacon*, Rec. 4; D. 1966.362, nota Sandevour; AJ 1966.39, cr. Puissochet y Lecat).

## 23. FUNCIÓN PÚBLICA. ACCESO. FACULTAD DE APRECIACIÓN

Consejo de Estado, 10 de mayo de 1912, *Abbé Bouteyre*

(Rec. 553, concl. Helbronner; S. 1912.3.145, nota Hauriou; D. 1914.3.74, concl.; RD publ. 1912.453, concl., nota Jèze)

Considerando que el decreto de 10 de abr. de 1852, en su art. 7 relativo a los requisitos exigidos a los candidatos para ser admitidos a las oposiciones a cátedra de la enseñanza secundaria, estipula que los candidatos están obligados a presentar una autorización ministerial; que el reglamento de 29 de jul. de 1885 sobre las oposiciones a cátedra de esta misma enseñanza reza como sigue: «Art. 4. Los aspirantes deberán inscribirse, con una antelación mínima de dos meses antes de la fecha de comienzo de la oposición, en la secretaría de la Academia del lugar en que residan; el rector deberá informar sobre la validez de esta inscripción en un plazo de ocho meses al Ministro de Instrucción Pública, acompañando su decisión de sus observaciones. – Art. 5. La composición definitiva de las listas de candidatos será la que establezca el ministro. Los candidatos admitidos a presentarse a las pruebas serán informados de esta decisión en un plazo mínimo de quince días antes del comienzo de la oposición».

Considerando que la oposición a cátedra se instituyó exclusivamente con vistas a la contratación de profesores de la enseñanza secundaria pública; que no reconoce a los catedráticos un título universitario, sino que les hace acreedores de una titulación de índole profesional cuyo objeto es reconocer a los profesores, que la han obtenido después de una oposición, unas ventajas especiales dentro de la carrera de la docencia pública; *que, por tanto, los textos antes mencionados han podido, dado el carácter de la oposición a cátedra de la enseñanza secundaria, restringir legalmente el acceso a la misma, reservándola para aquellos candidatos reconocidos como aptos por el ministro –jefe responsable del servicio de enseñanza secundaria pública–, siéndole reconocida a estos candidatos la posibilidad de asumir funciones de profesor en un liceo o en un colegio*; que al oponerse, con la decisión impugnada, a que el recurrente pudiera participar en la oposición a la cátedra de filosofía, el Ministro de Instrucción Pública

se limitó a ejercer respecto al candidato, y en interés del servicio cuya responsabilidad le compete, el derecho de apreciación que le reconocen el decreto de 10 de abr. de 1852 y el reglamento de 29 de jul. de 1885, y que la decisión antes mencionada no adolece, por ende, de un vicio ni por exceso ni por desviación de poder;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 **I.** El abad Bouteyre se había inscrito, en 1911, en la lista de candidatos a la oposición a catedráticos de filosofía de la enseñanza secundaria, pero el Ministro de Instrucción Pública le había hecho saber que «la labor eclesiástica a la que había decidido consagrarse se oponía a que fuera admitido a formar parte del personal de la enseñanza pública, cuyo carácter era laico, y que, por consiguiente, no procedía autorizarle a participar en unas pruebas destinadas a satisfacer las necesidades de contratación de personal de los liceos». Al considerar que esta decisión descalificaba a los ministros del culto, atribuyéndoles una incapacidad manifiesta, el abad Bouteyre solicitó su anulación por exceso de poder.

El Comisario del Gobierno Helbronner alegó que la existencia de normas legales relativas a los requisitos de idoneidad para una función pública (edad, duración del servicio, diplomas, etc.) no suponía un obstáculo para que el ministro descartara, en interés del servicio, a los candidatos que no considerara aptos para desempeñar las funciones para las que iban a ser contratados: «El Estado tiene derecho... a asegurarse de que un candidato que va a ser contratado para una función no se encuentre en situación de no poder desempeñarla de conformidad con el espíritu y la finalidad para los cuales fue instituida». Por consiguiente, la autoridad responsable del nombramiento está obligada, *en interés del servicio* que la función esta encaminada a garantizar, a ejercer una facultad determinada de valoración de los méritos del candidato». Incumbe ejercer esta facultad de apreciación, a menudo calificada de «discrecional», a la Administración ya sea en virtud de unos textos explícitos al respecto —como en el caso que nos ocupa—, ya sea en virtud del principio general que encomienda al gobierno la responsabilidad de garantizar el funcionamiento adecuado de los servicios públicos (sobre este punto, *cfr.* CE Secc. 7 de febr. de 1936, *Jamart\**). Pero el Comisario del Gobierno añadía que este poder, que ha ido limitando progresi-

vamente la jurisprudencia, se ejerce en el marco de las leyes y bajo el control del juez: «Es una facultad plena de apreciación que se reconoce a la persona a la que se confiere, siempre que la ejerza legalmente y con la finalidad para la que fue concebida. Las condiciones en las que se ejerce no están sometidas, en principio, al control del juez, salvo cuando puedan constituir una desviación de poder.»

Ha de evitarse también que la facultad que se reconoce de este modo a la Administración pueda dar lugar a una vulneración del principio de igualdad de acceso para todos a los empleos públicos, principio que se establece en la Declaración de Derechos Humanos. Por ello, según el Comisario del Gobierno, hay que distinguir entre las opiniones de los candidatos y determinadas manifestaciones exteriores de estas opiniones: «Sin duda... el ministro no puede basarse en las ideas presuntas, las opiniones políticas o religiosas de los candidatos. Las opiniones, las ideas de los candidatos no están sometidas al control de la autoridad que ha de ocuparse de los nombramientos, y el hecho de reconocer al ministro el derecho a excluir a un candidato practicante de tal o cual religión –o del que se presume que profesa tal o cual opinión filosófica o política– constituiría un atentado inaceptable contra la libertad de los ciudadanos... Cuando las ideas, las opiniones se manifesten o se hayan manifestado antes de presentar la candidatura para una función pública, ya sea mediante un hecho público, ya sea mediante un acto público cuya naturaleza pueda ser incompatible con el ejercicio de las funciones que se aspira a desempeñar, habrá que incluir entre las facultades de valoración de la autoridad encargada del nombramiento el derecho a descartar, por este motivo, a un candidato que se haya permitido esta manifestación o que haya realizado un acto de esta naturaleza... Por tanto, no se trata de descalificar a tal o cual categoría de ciudadanos, sino a una persona a la que se podrá negar el acceso a determinadas funciones públicas cuando un acto, del que éste haya sido autor, no permita al ministro encomendarle dichas funciones». ¿Estaba legitimado el ministro, en tales circunstancias, a negarle a un sacerdote el acceso a una oposición a cátedra, que no supone la concesión de un título universitario, sino de un diploma profesional que constituye la «puerta de entrada a una función pública»? No existe, en el caso de la enseñanza secundaria, un texto análogo a la ley de 30 de oct. de 1886, que reserva la enseñanza primaria pública al personal docente laico. Sin embargo, tal y como señala el Comisario del Gobierno, el ministro puede tener motivos legítimos para considerar

que, al abrazar la vocación sacerdotal, un candidato a cátedra está manifestando, mediante un acto exterior, que no dispone de la aptitud para demostrar, en su desempeño como docente, la imparcialidad y neutralidad necesarias; al descartar su candidatura, no descalifica a los miembros del clero achacándoles una especie de incapacidad; se limita a considerar, en interés del servicio, que las funciones clericales no son compatibles con las de docente de la enseñanza secundaria pública. El Comisario del Gobierno precisa, no obstante, que dicha incompatibilidad no puede en modo alguno aplicarse a la enseñanza superior pública: «la naturaleza de la enseñanza que se imparte, el carácter de las personas a las que va dirigida, dispensa en principio al Estado de la obligación de asumir... la responsabilidad de las doctrinas impartidas. El público, los alumnos tienen, en este caso, edad suficiente para juzgar... La incompatibilidad entre esta enseñanza o, al menos, determinadas partes de esta enseñanza, y la condición de eclesiástico pierde, pues, su razón de ser.

Amparándose en estas conclusiones, el Consejo de Estado desestimó el recurso del abad Bouteyre.

- 2        **II.** La sentencia y las conclusiones de las que se acompaña tuvieron una doble consecuencia en la jurisprudencia posterior. De un lado, el control del juez sobre los actos calificados de «discrecionales» se amplió y abarca hoy en día no sólo a la desviación de poder, sino también al error de derecho, la realidad material de los hechos (v. CE As. 28 de mayo de 1954, *Barel\**) y el error manifiesto en la apreciación (CE As. 2 nov. de 1973, *SA Librairie François Maspero*, Rec. 611; v. n.º 27.8).

De otro lado, la distinción entre las opiniones y su manifestación, que se estableció en 1912 como criterio para el acceso a la función pública, se ha ampliado a las medidas que afectan a los funcionarios públicos que ya ocupan un cargo (v. nuestras obs. a la sentencia de 13 de marzo de 1953, *Teissier\**).

- 3        **III.** Como ha sugerido parte de la doctrina, cabe cuestionar que el punto de vista asumido por el Consejo de Estado en 1912 siga siendo representativo de la actitud del Derecho en lo que respecta al acceso de los religiosos a la enseñanza pública. El Tribunal Administrativo de París consideró que era ilegal negarse a admitir que un religioso participara en una oposición a la cátedra de inglés (TA París 7 de jul. de 1970, *Spagnol*, Rec. 851). Del mismo modo, se desprende no de una sentencia de la Alta Asamblea, sino de un dictamen de su Asamblea General Administrativa que «aunque las disposiciones constitucionales, con las

que se estableció el carácter laico del Estado y de la enseñanza, obligan al conjunto de los servicios públicos y, en particular, al servicio de enseñanza a respetar la neutralidad respecto a todas las religiones, estas mismas disposiciones no suponen impedimento alguno para que las funciones de este servicio sean encomendadas a miembros del clero» (dictamen de 21 de sept. de 1972, EDCE n.º 55, p. 422).

II. Ello no obsta para que el principio de laicidad de la enseñanza siga siendo esencial. Pero el principio no se interpreta del mismo modo en lo que respecta a los docentes y a los alumnos.

- 4 A. Para el Consejo de Estado, aunque es evidente que se debe reconocer a los funcionarios del servicio de enseñanza pública, al igual que al resto de los funcionarios públicos, la libertad de conciencia que prohíbe toda discriminación en el acceso a los cargos y en el desarrollo de la carrera profesional por motivos relacionados con su religión, el principio de laicidad supone un obstáculo para que puedan ejercer, en el marco del servicio público, el derecho a manifestar sus creencias religiosas, en particular, mediante la exhibición de signos destinados a indicar su pertenencia a una religión (CE (dictamen) 3 de mayo de 2000, *Melle Marteaux*, Rec. 169; RFDA 2001.146, concl. Schwartz; AJ 2000.673, cr. Guyomar y Collin; D. 2000.747, nota Koubi).

El principio de laicidad visto desde esta perspectiva es válido para el conjunto de los funcionarios públicos y no sólo para los docentes de la enseñanza pública (CAA Lyon 19 de nov. de 2003, *Melle Ben Abdallah*, RFDA 2004.588, concl. Kolbert; AJ 2004.154, nota F. Melleray).

El hecho de que un empleado de ventanilla de Correos utilice sus funciones para repartir entre los usuarios material impreso de carácter religioso se ha considerado incluso como una infracción contra el honor profesional, que queda excluida por este motivo de la aplicación de una ley de amnistía (CE 19 de febr. de 2009, *Bouvier*, AJFP 2009.253, concl. Bourgeois-Machureau, nota Bailleul).

El principio de laicidad se aplica paralelamente a los organismos privados que gestionan un servicio público (Soc. 19 de marzo de 2013, *Mme X*, JCP Adm. 2013.2131, nota Dieu). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera, en este mismo sentido, que el derecho de un funcionario público a manifestar su religión en su lugar de trabajo puede ser objeto de restricciones siempre que esta manifestación suponga un menoscabo para el derecho de los usuarios del servicio

público (CEDH 15 de ene. de 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, RD publ. 2014.807, com. Gonzalez; RJS 2013.285, cr. Gardin; AJ 2013.1802, cr. Burgorgue-Larsen).

Suscita mayor controversia el caso de otros organismos privados. Al ser consultada sobre la legitimidad del despido de una empleada de una asociación responsable de la gestión de una guardería, empleada a la que se acusaba de haber infringido las disposiciones del reglamento interior que prohibían el uso del velo islámico, la Asamblea Plenaria del Tribunal de Casación consideró, al término de un largo procedimiento, que como se trataba de una asociación con un número limitado de empleados, que estaban en contacto directo con los niños, la restricción impuesta por el reglamento interior no presentaba un carácter general, estaba justificada por la naturaleza de las tareas desempeñadas por los asalariados y era proporcional a la finalidad perseguida (As. plen. 25 de junio de 2014, *Mme Afif c. Association Baby Loup*; RFDA 2014.954, nota P. Delvolvé; AJ 2014.1842, nota Mouton y Lamarche; JCP 2014. II.903, nota Corrignan-Carsin; DA 2014, n.º 47, nota Crouzatier-Durand; JCP Adm. 2014.2322, nota Dieu).

B. La situación de *los alumnos de la enseñanza pública y la de los docentes* son distintas, aunque se han aproximado con la promulgación de la ley de 15 de marzo de 2004.

- 5 1.º) Antes de que se dictara esta ley, el consejo de Estado, en un dictamen emitido por su Asamblea General el 27 de nov. de 1989 (EDCE 1990.239; AJ 1990.39, nota J. P. C; RFDA 1990.1, nota Rive-ro; G. dic. n.º 17, p. 197), había considerado que el uso por parte de los alumnos de signos con los que pretendieran poner de manifiesto su pertenencia a una religión no era, en sí mismo incompatible con el principio de laicidad. Podía, no obstante, ser objeto de una reglamentación con el fin, sobre todo, de evitar que se viera alterado el desarrollo normal de las actividades de enseñanza.

Cuando se apeló al Consejo de Estado para que resolviera un conflicto suscitado por el mismo problema, éste se pronunció en el mismo sentido, censurando las medidas de prohibición de carácter general y absoluto (CE 2 de nov. de 1992, *Kherouaa*, Rec. 389; RFDA 1993.112, concl. Kessler; AJ 1992.790, cr. Maugüé y Schwartz y 2014.104, nota Lallet y Geffray; RD publ. 1993.220, nota Sabourin; D. 1993.108, nota Koubi; Vie jud. 21-27 de dic. de 1992, nota Tchikaya; JCP 1993. II.21998, nota Tedeschi; LPA 24 de mayo de 1993, nota

Lebreton, Gaz. Pal. 24 nov. de 1993, nota Mandesson), pero consideró, en cambio, que no era ilegal la expulsión de un establecimiento escolar de unos alumnos que, durante una clase de educación física, se habían negado a quitarse un pañuelo que usaban como símbolo de sus creencias religiosas (CE 20 de oct. de 1999, *Ministre de l'éducation nationale c. M. et Mme Ait Ahmad*, Rec. 776; D. 2000.251, concl. Schwartz; AJ 2000.165, nota De La Morena; JCP 2000. II.10306, nota Koubi).

No obstante, se ha criticado esta jurisprudencia porque obliga a abordar caso por caso la cuestión del uso por los alumnos de símbolos religiosos, exponiendo, así, a conflictos frecuentes a los directores de los establecimientos escolares. Además, no se podía excluir la posibilidad de que algunas jóvenes estuvieran siendo objeto de presiones para obligarlas a utilizar símbolos religiosos.

- 6 2.º) Se dictó, por consiguiente, una ley de 15 de marzo de 2004 que prohibía el uso de símbolos o de formas de vestir con los que los alumnos manifestaran ostensiblemente su pertenencia a una religión. El Consejo de Estado consideró que esta ley no era incompatible con las disposiciones del artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, disposiciones que se refieren a la libertad religiosa (CE 8 de oct. de 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, Rec. 367; RFDA 2004.977, concl. Keller; AJ 2005.43, nota F. Rolin; JCP Adm. 2004.1412, nota Tawil; RRJ 2006.1091, nota Bangui). El Consejo de Estado controla su aplicación (CE 5 de dic. de. 2007, *M. et Mme Ghazal*, Rec. 464; RFDA 2008.529, concl. Keller; JCP Adm. 2008.2070, com. Dieu).

Tal y como cabía deducir de la posición que había adoptado en su día respecto a la normativa turca de prohibición del uso del velo islámico en la universidad (CEDH gr. ch. 10 de nov. de 2005, *Sahin*; AJ 2006.315, nota Gonzalez; RTDH 2006.183, nota Burgorgue-Larsen y Dubout), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admitió la conformidad con los convenios internacionales de las restricciones que se derivaban tanto de la jurisprudencia del Consejo de Estado anterior a la ley de 15 de marzo de 2004 (CEDH 4 de dic. de 2008, *Dogru*, DA 2009, n.º 8, nota Raimbault) como de esta misma ley (CEDH 30 de junio de 2009, *Aktas*, AJ 2009.2077, nota Gonzalez; JCP Adm. 2009.2263, nota Dieu).

## 24. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CRITERIO. RÉGIMEN EXORBITANTE

Consejo de Estado, 31 de julio de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*

(Rec. 909, concl. Blum; D. 1916.3.35, concl.; S. 1917.3.15, concl.; RD publ. 1914.145, nota Jèze; AJ 2013.1489, com. M. Gros y 2474, com. Giacuzzo)

Considerando que, con su demanda, la *Société des granits porphyroïdes des Vosges* se propone conseguir el reembolso del importe de 3.436,20 francos que, debido a los retrasos en las entregas, le dedujo del precio total de unos materiales para pavimentos la ciudad de Lille, en concepto de sanción;

*Considerando que el contrato de adjudicación suscrito entre la ciudad y la Empresa excluía cualquier obra que pudiera ejecutar la empresa y tenía como único objeto los materiales que debía entregar con arreglo a las normas y condiciones de los contratos entre particulares; que, por ello, se han formulado objeciones contra la demanda antes mencionada cuya solución no es competencia de la jurisdicción administrativa; que, por consiguiente, la demanda de la Empresa no es admisible a trámite... (Desestimación).*

### OBSERVACIONES

- 1 Ante el litigio que se suscitó entre la ciudad de Lille y la *Société des granits porphyroïdes des Vosges* en relación con un contrato de adjudicación cuyo objeto eran unos materiales para pavimentos, el Consejo de Estado declaró que la jurisdicción administrativa carecía de competencia para conocer de un contrato que «*tenía por único objeto unos materiales que debían entregarse con arreglo a las normas y condiciones de los contratos suscritos entre particulares*».

En sus conclusiones, el Comisario del Gobierno Léon Blum señaló que, en virtud de las sentencias *Blanco\** (TC 8 de febr. de 1873) y *Feutry* (TC 29 de febr. de 1908, Rec. 208, concl. Teissier; v. n.º 11.2), todas las acciones que estuvieran fundadas en el cuasidelito adminis-

trativo, es decir, en la no prestación o en la prestación deficiente de un servicio público, pertenecían al ámbito de la competencia administrativa; pero añadía que la jurisprudencia es mucho menos amplia de miras cuando de lo que se trata es de un contrato, puesto que, de acuerdo con los términos utilizados por Romieu en sus conclusiones sobre la sentencia de 6 de febr. de 1903, *Terrier\**, la Administración, a la vez que actúa en interés de un servicio público, puede suscribir contratos «*en las mismas condiciones que un simple particular y estar sometida tanto a las mismas normas como a las mismas jurisdicciones que este último*».

De este modo se establecía el principio según el cual los contratos suscritos en interés de un servicio público pueden ser o bien contratos de derecho común o bien contratos administrativos. Léon Blum enuncia los elementos y el criterio de la distinción: «*Cuando se ha de establecer el carácter de un contrato, se debe determinar no tanto la finalidad con la que éste se suscribe, sino lo que representa el contrato por su propia naturaleza. Y, para atribuirle la competencia al juez administrativo, no basta con que los materiales suministrados objeto del contrato tengan luego que ser utilizados para un servicio público; es necesario que el contrato en sí mismo, por su propia naturaleza, forme parte de aquellos contratos que sólo está legitimada a suscribir una persona pública, es decir, que sea, por su forma y contextura, un contrato administrativo... Lo que hay que examinar es la naturaleza del propio contrato, con independencia de la persona que lo ha firmado y de la finalidad con la que se ha suscrito*». El Comisario del Gobierno considera que el criterio para identificar un contrato administrativo es la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común.

Se introducen, así, unos matices en la doctrina establecida por la sentencia *Thérond\** de 4 de marzo de 1910, según la cual cabía considerar como un contrato administrativo todo aquel que suscribiera una ciudad con «la finalidad de garantizar un servicio público».

A partir de la sentencia *Société des granits porphyroïdes*, la jurisprudencia amplió el criterio de *cláusula exorbitante*, sustituyéndolo por el de *régimen exorbitante* (I) y especificando su campo de aplicación (II).

**2**           **I.** El criterio de la cláusula exorbitante, que se admitió durante mucho tiempo sin cuestionarlo, no era meridianamente claro.

En su momento, no fueron consideradas como exorbitantes del derecho común ni una cláusula de rescisión de pleno derecho en caso

de incumplimiento de determinadas obligaciones (TC 15 de junio de 1970, *Commune de Comblanchien*, Rec. 889), ni una cláusula por la que un municipio se comprometía a recaudar los impuestos necesarios para el reembolso de un préstamo (CE 6 de dic. de 1989, *SA de crédit à l'industrie française (CALIF)*, Rec. 452; AJ 1990.484, obs. J. M.: Civ. 1.º 18 de febr. de 1992, *Cie La Mondiale c. Ville de Roubaix*, Bull. civ. I, n.º 59, p. 40).

En cambio, algunas sentencias han considerado como exorbitante una cláusula que no es «habitual» en las relaciones entre particulares (TC 14 de nov. de 1960, *Société agricole de stockage de la région d'Abilis*, Rec. 867; AJ 1961.89, nota A. de L.), o incluso una cláusula «cuya consecuencia sea otorgar a las partes unos derechos o imponerles unas obligaciones ajenas, por su naturaleza, a las que estaría en condiciones de admitir cualquier persona en el marco de las leyes civiles y comerciales» (CE Secc. 20 de oct. de 1950, *Stein*, Rec. 505; TC 15 de nov. de 1999, *Commune de Bourisp c. Commune de Saint-Lary-Soulan*, Rec. 478). Pero todas ellas son valoraciones negativas, cuya inexactitud es aún mayor si se tiene en cuenta que los contratos de derecho privado pueden por sí solos, y en virtud de la libertad contractual, imponer a las partes unas obligaciones o reconocerles unos derechos no previstos por la Ley.

Desde una perspectiva más positiva, se ha admitido el carácter exorbitante de las cláusulas que permiten a la administración adjudicataria rescindir el contrato (TC 16 de ene. de 1967, *Société du vélodrome du Parc des Princes c. Ville de Paris*, Rec. 652; D. 1967.416, concl. Lindon; JCP 1967.II. 15246, nota Charles; – 17 de nov. de 1975, *Leclert*, Rec. 800; D. 1976.340, nota Roche; JCP 1976.II.18480, nota Ourliac y de Juglart), dirigir, vigilar o controlar su ejecución (CE Secc. 10 de mayo de 1963, *Société coopérative agricole «La prospérité fermière»*, Rec. 289; RD publ. 1963.584, concl. Braibant). No sólo la acumulación de cláusulas exorbitantes en un mismo contrato (CE As. 26 de febr. de 1965, *Société du vélodrome du Parc des Princes*, Rec. 133; RD publ. 1965.506, concl. Bertrand, nota Waline), sino también la presencia de una sola cláusula exorbitante le otorgan un carácter administrativo (TC 16 de ene. de 1967, *Société du vélodrome du Parc des Princes c. Ville de Paris*, antes citada).

Ha sido necesario proceder a un análisis más detenido debido a dos tipos de consideraciones. El primero tiene que ver con los motivos de interés general, o incluso de servicio público, en los que se funda-

menta una cláusula (en este sentido, TC 17 de nov. de 1975, *Leclert*, antes citada). El segundo afecta a las prerrogativas de poder público cuyo ejercicio se cuestiona en el momento de la ejecución de un contrato (TC 28 de marzo de 2011, *Groupement forestier de Beaume Haie c. Office national des forêts*, Rec. 1002; DA junio 2011.59, nota F. Melleray; JCP Adm. 2011.2386, nota J. Martin).

Ambos tipos de consideraciones se combinan en la fórmula que adopta la sentencia del Tribunal de Conflictos de 13 de oct. de 2014, *SA Axa France IARD* (Rec. 472; BJCP 2015.11 y RFDA 2014.1068, concl. Desportes; AJ 2014.2180, cr. Lessi y L. Duthéillet de Lamothe; CMP 2014, no 322, com. Eckert; DA 2015, n.º 3, com. Brenet; JCP Adm. 2015.2010, nota Pauliat; RFDA 2015.23, nota J. Martin), la cual se refiere a la «cláusula que, debido en particular a las prerrogativas que reconoce a la persona pública en la ejecución del contrato, implica, en beneficio del interés general, su adscripción al régimen exorbitante de los contratos administrativos». De este modo, como señala M. Desportes en sus conclusiones, se especifica qué es «lo que confiere su especificidad a la acción administrativa: el cumplimiento de una misión de interés general mediante el ejercicio de unas prerrogativas de poder público».

Estas prerrogativas pueden aparecer de dos maneras distintas: o bien se hacen patentes, pese a ser ajenas al contrato, como consecuencia de éste (supuesto que recoge la sentencia ya citada del Tribunal de Conflictos de 28 de marzo de 2011); o bien están estipuladas en y por el contrato, como ocurre con las que confieren a la administración contratante un poder de dirección, control o sanción del cocontratante, o un poder de modificación o rescisión del contrato.

No son las únicas que otorgan carácter administrativo a un contrato (se lo confieren de modo muy especial, pero no exclusivo). En términos más generales, también contribuyen a darle este carácter las cláusulas que, en beneficio del interés general, implican que haya que adscribir el contrato, dados los derechos y obligaciones que se atribuyen a las partes, a un régimen exorbitante del derecho común, característico de las relaciones de derecho público. La referencia al interés general permite reconocer objetivamente el carácter administrativo del contrato: esta referencia sustrae la incorporación de cláusulas exorbitantes a la voluntad arbitraria de las partes. La referencia al régimen exorbitante de los contratos administrativos remite a las «normas generales aplicables a los contratos administrativos» (CE 2 de febr.

de 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, (Rec. 33; v. n.º 20.2).

En el caso *SA Axa France IARD*, la cláusula que permite a la administración contratante utilizar libremente, para su propio uso, los locales que arrienda a una asociación, a la que se exige, a su vez, de la obligación de ocuparse del mantenimiento, no tiene como objetivo el interés general; no reconoce a la administración involucrada una prerrogativa exorbitante. Dicha cláusula no implica que el contrato haya de someterse al régimen de los contratos administrativos.

3 Aunque el régimen exorbitante del contrato administrativo puede, por tanto, derivarse de las cláusulas del contrato, cabe también la posibilidad de que sea resultado de las condiciones en las que se suscribe. Tal fue el caso del carácter administrativo que se concedió a los contratos con los que la compañía EDF (Électricité de France), que era entonces una entidad pública, compraba a los productores autónomos de electricidad la corriente que producían sus instalaciones, contratos cuya firma era obligatoria y que daban lugar a una intervención previa del ministro en caso de contencioso (CE Secc. 19 de ene. de 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. 48; CJEG 1973.239, concl. Rougevin-Baville, nota Carron; AJ 1973.358, cr. Léger y Boyon; JCP 1974.II.17629, nota Pellet; RA 1973.633, nota Amselek) –solución que, al quedar suspendida con la fragmentación de EDF en varias compañías (CE 1 de jul. de 2010, *Société Bioenerg*, Rec. 687; BJCL 2011.86 y RJEP ene. de 2011.17, concl. Collin; DA nov. de 2010.139, nota Brenet; JCP Adm. 2010.2359, nota Pacteau; TC 13 de dic. de 2010, *Société Green Yellow et autres c. Électricité de France*, Rec. 592; AJ 2011.439, concl. Guyomar, nota Richer; RJEP jul. de 2011, p. 17, nota Loy), fue retomada por el legislador (art. 88 de la ley de 12 de jul. de 2010 reproducido en el art. L. 314-7 del Código de la energía), y que podría tener validez en el marco de otras legislaciones.

4 El criterio de la cláusula o del régimen exorbitantes del derecho común es una cuestión que se plantea, sobre todo, en el caso de las adjudicaciones públicas, entendidas éstas como unos contratos por medio de los cuales unas personas públicas encomiendan unos suministros (materiales, obras, servicios) a una empresa, suministros por los que ésta recibe una remuneración consistente en el precio que le paga la Administración. En el caso *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, el hecho de que no hubiera una cláusula exorbitante hizo que el Consejo de Estado se negará a reconocerle a la adjudicación un

carácter administrativo. La ley de 11 de dic. de 2001 (conocida como ley «MURCEF») ha permitido que se reconozca a partir de esa fecha un carácter administrativo a las adjudicaciones que se realizan en aplicación del Código de Contratos del Sector Público. Este reconocimiento se produce incluso cuando las adjudicaciones se realizan sin formalidades previas (CE Secc. (dictamen) 29 de jul. de 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*, Rec. 297; BJCP 2002.427, concl. Piveteau; AJ 2002.755, nota J.-D. Dreyfus; CJEG 2003.163, nota Gourdou y Bourrel n.º 207, nota Llorens).

El caso de las personas públicas que no están sometidas al Código de los Contratos del Sector Público (como las entidades públicas industriales y comerciales del Estado) quedó resuelto con la sentencia del Tribunal de Conflictos de 20 de junio de 2005, *SNC Société hôtelière guyanaise c. Centre national d'études spatiales* (Rec. 664; BJCP 2005.422, concl. Bachelier, nota R. S.; Rev. Trésor 2006.155, nota Pissaloux): sus adjudicaciones sólo tienen carácter administrativo cuando los contratos incluyen cláusulas exorbitantes del derecho común.

La jurisprudencia *Granits porphyroïdes des Vosges* conserva, por tanto, su actualidad en el caso de los contratos a los que no se aplica la ley MURCEF.

**5**        **II.** Sin embargo, *el criterio de la cláusula exorbitante* y, de forma más general, *del régimen exorbitante* no tiene un alcance universal.

Para que se pueda aplicar, hace falta primero que una de las partes del contrato sea una persona pública (A). Pero, incluso si se da esta circunstancia, la cláusula o el régimen exorbitantes no son siempre determinantes (B).

A. *La presencia de una persona pública en el contrato* es una condición necesaria para que sea administrativo (v. nuestras obs. sobre TC 9 de marzo de 2015, *Mme Rispal c. Société des autoroutes du Sud de la France\**).

Los contratos que suscriban las *personas privadas*, incluso los que incluyan cláusulas que puedan ser consideradas como exorbitantes del derecho común, los que se remitan a un pliego de cláusulas administrativas generales aplicable a las adjudicaciones públicas (CE 14 de nov. de 1973, *Société du canal de Provence*, Rec. 1030), los que se suscriban de conformidad con el Código de Contratos del Sector Público (TC 17 de dic. de 2001, *Société Rue Impériale de Lyon c. Société Lyon Parc Auto*, Rec. 761; BJCP 2005.422, concl. Bachelier, nota R. S.;

Rev. Trésor 2006.155, nota Pissaloux), los que reproduzcan los términos de un acuerdo firmado por una persona pública (TC 10 de ene. de 1983, *Centre d'action pharmaceutique c. Union des pharmaciens de la région parisienne*, Rec. 535; JCP 1983.II.19938, concl. Gulphe; AJ 1983.359, nota J. Moreau), o los que se acojan a un régimen exorbitante del derecho común (obligación de contratar, por ej.), mantienen su carácter de contratos de derecho privado, siendo competentes las jurisdicciones ordinarias para resolver los conflictos que de ellos se deriven –salvo excepción legislativa.

- 6 B. *Cuando es una persona pública la que suscribe un contrato*, el criterio del régimen exorbitante del derecho común tiene plena validez para los servicios públicos de *gestión pública*, es decir, para los servicios públicos administrativos. Esta solución no se ha cuestionado nunca: aunque ya desde la sentencia *Terrier*\* se les reconocía la facultad de suscribir contratos de derecho común, facultad que confirmó la sentencia *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, el criterio de cláusula exorbitante del derecho común, vinculado con el concepto mismo de gestión pública, ha determinado siempre el carácter administrativo de sus contratos.

Pero la aplicación del criterio de la cláusula o del régimen exorbitantes puede estar sujeta a una doble limitación: en el caso de los servicios de gestión privada, puede no ser siempre efectiva (1.º); en el caso del conjunto de los servicios, puede no ser siempre necesaria (2.º).

1.º El principio mismo de *gestión privada* que afecta a determinados servicios puede ser un obstáculo para que se reconozca un carácter administrativo a sus contratos.

Tal ha sido el caso de los contratos relativos al dominio público, considerados durante mucho tiempo como pertenecientes al ámbito del derecho privado por su propia finalidad, con independencia de las cláusulas que incluyeran (CE Secc. 26 de ene. de 1951, *SA minière*, Rec. 49). Hoy en día, aunque la gestión del dominio privado sea normalmente competencia del derecho privado y corresponda a las jurisdicciones ordinarias resolver los conflictos que de ésta se deriven (TC 22 de nov. de 2010, *SARL Brasserie du théâtre c. Commune de Reims*, Rec. 590; v. no 11.5), ello no obsta para que se reconozca su carácter administrativo cuando los contratos incluyan cláusulas exorbitantes del derecho común (TC 17 de nov. de 1975, *Leclert*, citada *ut supra.*; CE 19 de nov. de 2010, *Office national des forêts c. Girard-*

*Mille*, Rec. 448; BJCP 2011.64; JCP Adm. 2011.2020, nota J. Moreau; RJEP marzo de 2011.9, concl. Dacosta; AJ 2011.281, nota J.-D. Dreyfus; CMP febr. de 2011.36, nota Devilliers: convenio que autoriza al contratante a ocupar una dependencia del dominio privado, reconociendo a la Administración la facultad de controlar directamente el conjunto de los documentos contables, ejecutar obras dentro o en las cercanías de la parcela sin que de ello se deriven indemnizaciones o una reducción del alquiler, e imponiendo, a la vez, al cocontratante la obligación de cumplir las instrucciones que se le transmitan). Pero este reconocimiento de su carácter administrativo puede ser invalidado por una disposición legislativa especial que atribuya la competencia a los tribunales ordinarios (por ej., en el caso de los arrendamientos rurales: TC 22 de nov. de 1965, *Calmette*, Rec. 819; JCP 1966.II.14483, concl. Lindon, nota O. D.; D. 1966.258, nota Lenoir).

- 7 En lo que respecta a los *servicios industriales y comerciales*, el principio de su sujeción al derecho privado (TC 22 de ene. de 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*\*) no impide que sus contratos puedan ser de carácter administrativo si las cláusulas que incluyen son propias de un régimen exorbitante del derecho común (CE Secc. 20 de oct. de 1950, *Stein*, citada *ut supra*.; TC 14 de nov. de 1960, *Société agricole de stockage de la région d'Ablis*, citada *ut supra*) o si tienen este carácter las disposiciones que corresponde aplicarles (CE Secc. 19 de ene. de 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, citada *ut supra*).

Pero ni los contratos celebrados con sus funcionarios (salvo excepción: *cfr.* nuestras obs. sobre CE 26 de ene. de 1923, *de Robert Lafrégeyre*\*) ni los contratos suscritos con sus usuarios pueden ser administrativos, aunque incluyan cláusulas exorbitantes del derecho común (CE Secc. 13 de oct. de 1961, *Établissements Campanon-Rey*, Rec. 567; AJ 1962.98, concl. Heumann, nota de Laubadère; CJEG 1963.17, nota A. C.; D. 1962.506, nota Vergnaud; TC 17 de dic. de 1962, *Dame Bertrand*, Rec. 831, concl. Chardeau; AJ 1963.88, cr. Gentot y Fourré; CJEG 1963.114, nota A. C.; Civ. 1.º 18 de nov. de 1992, *SA OTH International c. Coface*, Bull. civ. I, n.º 279, p. 182).

- 8 2.º) El criterio de la cláusula exorbitante, al que durante mucho tiempo se atribuyó un carácter exclusivo como resultado de la sentencia *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, no lo tiene en realidad: un contrato que no incluya una cláusula de esta naturaleza puede, a pesar de todo, tener un carácter administrativo en la medida en que

encomiende al contratante la prestación del servicio público o que el propio contrato constituya una modalidad de prestación del servicio público, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia a partir de la sentencia Époux Bertin\* de 20 de abr. de 1956. Esta alternativa se pone de manifiesto de modo patente en dos sentencias del Tribunal de Conflictos de 5 de jul. de 1999, *Commune de Sauve* y *Union des groupements d'achats publics* (Rec. 465; BJCP 1999.526 et RFDA 1999.1153, concl. Schwartz; AJ 1999.554, cr. Raynaud et Fombeur, et 2000.115, nota Fardet; CJEG 2000.169, nota de Béchillon y Terneyre; RD publ. 2000.247, nota Llorens).

Por consiguiente, el criterio de la cláusula exorbitante y, a partir de ahora, del régimen exorbitante, no siempre resulta ni suficiente ni necesario.

Con las reservas expuestas, los principios que se derivan de la sentencia *Société des granits porphyroïdes des Vosges* siguen siendo válidos.

## 25. RECURSO POR EXCESO DE PODER. OPOSICIÓN DE TERCEROS

Consejo de Estado, 29 de noviembre de 1912, *Boussuge*

(Rec. 1128, concl. Blum; S. 1914.3.33, concl., nota Hauriou;  
D. 1916.3.49, concl.; RD publ. 1913.331, concl., nota Jèze; JCP  
Adm. 2012.2309 y s., «Cent ans après l'arrêt Boussuge»;  
N. Foulquier, «L'arrêt Boussuge»)

Considerando que, aunque en virtud del art. 37 del decreto de 22 de jul. de 1806, toda persona que no haya sido requerida ni representada en la causa está legitimada para presentar una oposición de terceros contra una decisión del Consejo de Estado adoptada en materia contenciosa, *esta vía de recurso sólo puede ser utilizada, según la norma general establecida en el art. 474 del Código Procesal Civil, por las personas que hagan valer un derecho que haya sido vulnerado por la decisión adoptada;*

Considerando que el art. 61 del reglamento de administración pública de 8 de oct. de 1907, en su enunciado inicial, disponía que la zona destinada a mercado en las Halles estaba reservada a los agricultores que exponían allí sus productos para venderlos y a los distribuidores que vendían los productos de los que eran propietarios;

Considerando que, con la decisión antes mencionada de 7 de jul. de 1911, el Consejo de Estado anuló el art. 61 antes citado, ya que admitía en la zona de mercado de las Halles de París, junto a los agricultores que llevaban a vender sus propios productos, a los «distribuidores que venden los productos de los que son propietarios los primeros»;

Considerando que los recurrentes alegan que, en su calidad de distribuidores, han sido privados personalmente, por la decisión antes citada, de un derecho que les había reconocido la ley de 11 de junio de 1896 en las Halles centrales de París así como el decreto de 8 de oct. de 1907; que, por consiguiente, se ha de estimar procedente su demanda de oposición de terceros;... (Admisión a trámite de la oposición de terceros de los señores Boussuge y otros).

### OBSERVACIONES

- 1 I. En aplicación de la ley de 11 de junio de 1896 sobre el régimen de las Halles, se había aprobado el reglamento de administración

pública de fecha 8 de oct. de 1907. Una sentencia del Consejo de Estado de 7 de jul. de 1911 (*Decugis*, Rec. 797, concl. Blum; S. 1914.3.36, concl.) había anulado el artículo del mencionado reglamento que admitía la presencia de los distribuidores en la zona de mercado, junto a los propietarios agricultores que vendían sus productos. Los distribuidores presentaron una oposición de terceros contra esta sentencia, alegando que vulneraba sus derechos y que no habían contado con representación en la causa.

¿Cabía aplicar al recurso por exceso de poder el art. 37 del decreto de 22 de jul. de 1806, en el que se prevé el procedimiento de oposición de terceros ante el Consejo de Estado?

En un primer momento, el Consejo de Estado lo admitió (28 de abr. de 1882, *Ville de Cannes*, Rec. 387), vinculando el derecho a presentar una oposición de terceros con el derecho de intervención. Pero, más adelante, un cambio en la jurisprudencia (8 de dic. de 1899, *Ville d'Avignon*, Rec. 719, concl. Jagerschmidt; S. 1900.3.73, nota Hauriou) excluyó la posibilidad de la oposición de terceros en materia de exceso de poder, alegando que el exceso de poder no creaba un conflicto entre partes.

El Comisario del Gobierno Léon Blum observó, en sus conclusiones, que el carácter objetivo del recurso por exceso de poder se debilita significativamente cuando el recurso va dirigido contra actos individuales: «Con independencia de la forma exterior del recurso, aunque el acto impugnado sea un acto de poder público, el conflicto que se suscita ante esta instancia, en todos los casos de esta naturaleza, es indudablemente un litigio entre intereses individuales contrapuestos». Consideraba, no obstante, que no ocurría lo mismo cuando el recurso se presentaba contra unos actos reglamentarios: «El recurrente desaparece, y ustedes se limitan a cuestionar si el acto impugnado es legal. Las dos partes son, en realidad: el reglamento, por un lado, la ley o los principios generales del derecho, por otro... Frente a actos de esta naturaleza, ¿cuál podría ser la consecuencia de la oposición de terceros? Su finalidad sería restablecer la vigencia de un reglamento que ustedes han anulado no porque vulnerara unos derechos, sino porque infringía el Derecho. ¿Cómo cabe siquiera imaginar que la justificación de un derecho individual les obligue a revisar su decisión...?». Terminaba defendiendo la procedencia de la oposición de terceros contra las sentencias que se pronuncian sobre actos individuales, pero

no la consideraba posible en el caso de las sentencias que se pronuncian sobre actos reglamentarios.

Su opinión no tuvo ningún eco, y el Consejo de Estado admitió la procedencia de la oposición de terceros presentada por el señor Bousuge contra la anulación de un acto reglamentario,

La decisión suscitó cierta controversia. «Hay algo que ha cambiado en el procedimiento contencioso-administrativo francés –escribía Hauriou– y el cambio va más allá de la cuestión concreta de la oposición de terceros y de su admisibilidad... El cambio que se ha producido es que el recurso por exceso de poder se debilita y se ve desplazado cada vez más por el recurso contencioso ordinario...». En efecto, esta sentencia se inscribía, según Hauriou, en el marco de la evolución histórica que descartaba el carácter objetivo del recurso por exceso de poder.

- 2 En realidad, el Consejo de Estado no ha admitido todavía, de forma general, que el recurso por exceso de poder tenga un carácter subjetivo análogo al del recurso de plena jurisdicción y que acontezca, como éste, entre «partes» (CE As. 21 de abr. de 1944, *Société Dockès frères*, Rec. 120). El recurso por exceso de poder sigue siendo, en esencia, una vía para enjuiciar la legalidad de un acto administrativo; y la decisión de justicia que de éste se deriva tiene, en principio, una autoridad absoluta respecto a todos los intervinientes y no sólo respecto al recurrente (CE Secc. 13 de jul. de 1967, *Ministre de l'éducation nationale c. École privée de filles de Pradelles*, Rec. 339; RD publ. 1968.187, concl. Michel Bernard; AJ 1968.344, nota O. Dupeyroux; D. 1961.431, nota Voisset). No obstante, cuando así lo exijan unas necesidades prácticas o unos motivos de equidad, el Consejo de Estado podrá atenuar estos principios.

En lo que respecta a la oposición de terceros, el Consejo de Estado parece haber sido sensible a consideraciones de equidad: las personas a las que admita como intervinientes en una causa deben tener la posibilidad, si no se les previno a tiempo, de impugnar la decisión que se haya adoptado en su ausencia. El inconveniente práctico de esta solución era que, si se permitía interponer la demanda de oposición de terceros a cualquier persona interesada, todas o casi todas las sentencias de anulación serían objeto de esta vía de recurso, ya que casi siempre hay personas interesadas en que se mantenga un acto administrativo. Para solventar este problema, Laferrière había propuesto que se estableciera, según lo estipulado en el texto que dio origen a la oposi-

ción de terceros, una distinción entre la vulneración de un simple interés y la de un derecho, no siendo posible el recurso a esta vía más que en el segundo caso. De hecho, respecto al caso que nos ocupa, la sentencia *Decurgis* de 1911 había vulnerado los derechos que otorgaban los textos a los distribuidores en las Halles de París.

**3**        **II.** Desde que se dictó la sentencia *Boussuge*, la oposición de terceros constituye, pues, una vía de recurso general, que se puede utilizar contra las decisiones del Consejo de Estado, siempre que se cumplan dos requisitos:

– debe emanar de una de las partes que no haya participado ni haya estado representada en la causa (CE As. 21 de ene. de 1938, *Compagnie des chemins de fer PLM*, Rec. 70, concl. Josse);

– debe ir dirigida contra una decisión contencioso-administrativa que suponga un perjuicio para los derechos del tercero que opta por esta vía de recurso.

Esta exigencia, que constituye una norma procesal general, se deriva del artículo 474 del antiguo Código Procesal Civil (CE 15 de marzo de 1939, *Berge*, Rec. 173). Se ha mantenido, aunque el art. 583 del actual Código Procesal Civil exija únicamente que se lesione un interés. El Consejo de Estado deduce a partir de aquí que no es admisible a trámite una oposición de terceros contra una sentencia que desestima una demanda (CE 5 de ene. de 1951, *Dame Guiderdoni*, Rec. 5) o cuyos motivos sólo podrían ser censurados por el tercero que utiliza esta vía de recurso (CE As. 29 nov. de 1929, *Baumann*, Rec. 1061).

**4**        Ahora bien, sin conformarse con que se lesione un interés (CE 4 de abr. de 2012, *Société Céphalon France*, Rec. 141), el Consejo de Estado interpreta en sentido amplio el concepto de derecho en la materia. Reconoció, por ejemplo, la admisibilidad de la oposición de terceros presentada por una ciudad contra una sentencia que, con la anulación de una deliberación de su concejo municipal, había «vulnerado su derecho a reestructurar los servicios asistenciales» (CE Secc. 8 de jul. de 1955, *Ville de Vichy*, Rec. 396), de la oposición de terceros presentada por la persona que había conseguido un dictamen favorable del Consejo a la legitimidad de la adopción de un niño puesto bajo su cuidado por la Asistencia Pública, oponiéndose así al fallo de un tribunal administrativo que anulaba el registro de este mismo niño como menor bajo tutela del Estado (CE As. 29 de oct. de 1965, *Dame Béry*,

Rec. 565; D. 1966.105, concl. Rigaud; RD publ. 1966.151, nota M. Waline), de la oposición de terceros de una empresa contra un auto que obligaba a proceder, en el marco de un procedimiento de urgencia, a un peritaje que podía dar lugar a que se le exigieran responsabilidades (CE Sect. 18 de junio de 1982, *SA Bureau Véritas*, Rec. 240, concl. Biancarelli; – 27 de mayo de 1991, *Société NERSA*, Rec. 1125; CJEG 1991.336, concl. Legal), y también la precedencia de la oposición de terceros de un municipio por la anulación de un acto con el que se declaraban de utilidad pública las obras de las que era beneficiaria (CE 7 de dic. de 1983, *Commune de Lauterbourg*, Rec. 491; v. n.º 4.6; *cf.* también 10 de mayo de 1985, *Chambre de commerce d'Annecy*, Rec. 659; RFDA 1986.60, nota Pacteau).

En el contencioso de las instalaciones clasificadas para la protección del medio ambiente, la oposición de terceros es una vía a la que pueden recurrir terceros que justifiquen tener un interés suficiente en el supuesto en el que el juez, que se pronuncia como juez de plena jurisdicción, conceda una autorización inicialmente denegada por la Administración (CE [dictamen] 29 de mayo de 2015, *Association Nonant environnement*, AJ 2015.1071).

5 En sentido opuesto, y para evitar una inestabilidad de las normas en materia de urbanismo, el Consejo de Estado ha considerado que «el propietario de parcelas situadas en zonas afectadas por la anulación por exceso de poder de las disposiciones... de un plan local de urbanismo no se convierte, por esta sola circunstancia, en titular de un derecho» que se haya visto lesionado por la decisión de anulación, y que le confiere legitimación para presentar una oposición de terceros contra dicha decisión. 2009, *Société les Résidences de Cavalière*, Rec. 926).

6 Cuando se considera admisible a trámite la oposición de terceros, el Consejo de Estado procede a un nuevo examen del caso. Considera de que ninguna de las normas procesales generales y, en particular, el principio de imparcialidad, constituye un impedimento para que un recurso de oposición de terceros, que ha de presentarse ante la jurisdicción de la que emana la decisión jurisdiccional impugnada, sea enjuiciado por el órgano judicial que dictó dicha decisión (CE 10 de dic. de 2004, *Société Resotim*, Rec. 853; AJ 2005.782, nota Mazetier; v. nuestras obs. sobre CE 3 de dic. de. 1999, *Didier\**).

Cuando un juez desestima una oposición de terceros por carecer de fundamento, las disposiciones del Código de Justicia Administrativa (art. R. 832-5 y R. 741-12) le permiten condenar a una multa a la parte

perdedora. Esta disposición encuentra su justificación en el hecho de que la oposición de terceros puede ser utilizada por litigantes de mala fe con el fin de invalidar la cosa juzgada (CE Secc. 29 de jul. de 1953, *Minart*, Rec. 408). En los casos, muy poco frecuentes, en que el Consejo de Estado admite la oposición de terceros por motivos de fondo, declara «sin efecto» la sentencia inicial de anulación, que desaparece así retroactivamente (CE Secc. 14 de oct. de 1966, *Delle Boulanger*, Rec. 547; AJ 1967.53, concl. Galmot). Dependiendo de las conclusiones y de los motivos que se aleguen, cabe la posibilidad de que la sentencia o el fallo se declaren parcialmente «sin efecto» (CE 24 de jul. de 1987, *Huguet*, Rec. 682; LPA 30 oct. 1987.4, concl. Fouquet).

## 26. JURISDICCIONES. PROCEDIMIENTO. DERECHO A LA DEFENSA

Consejo de Estado, 20 de junio de 1913, *Téry*

(Rec. 736, concl. Corneille; S. 1920.3.13, concl.; RD publ. 2014.3, O. Danic, «Les cent ans de l'arrêt *Téry* ou un siècle de droits de la défense»)

Considerando que, para pedir la anulación de la decisión antes citada, el señor *Téry* alega, de un lado, que el Consejo Superior se pronunció después de haber examinado un expediente incompleto y, de otro, que no se había respetado su derecho a la defensa;

*Sobre el primer argumento:* Considerando que el señor *Téry* no dio a conocer ni en su demanda, ni en el informe complementario que presentó ante el Consejo de Estado, los elementos que faltaban, al parecer, en el expediente disciplinario presentado al Consejo Superior, y que tampoco los mencionó en las observaciones formuladas por él en contestación a la defensa del ministro; que, por consiguiente, el primer argumento alegado en el recurso debe desecharse como carente de toda justificación;

*Sobre el segundo argumento:* Considerando que el Consejo Académico de Lille, al que se remitió el expediente disciplinario contra el señor *Téry*, se pronunció el 22 de junio de 1910 sobre dicho expediente mediante dos decisiones independientes, desestimando, con la primera, tanto la excepción de incompetencia como los presuntos defectos de forma alegados en su defensa por el señor *Téry*, y destituyendo, con la segunda, al señor *Téry*;

Considerando que, en el recurso que interpuso el mismo día ante el Consejo Superior, el señor *Téry* declaró expresamente que sólo le remitía la primera de las decisiones; que, en la sesión del 7 de jul. de 1910, el Consejo Superior, tras considerar que la apelación en materia disciplinaria era indivisible, desestimó como improcedente el recurso del señor *Téry*; que con la decisión del Consejo Superior se cerró la causa que le había sido trasladada;

Considerando que, con posterioridad a esta decisión, cuando todavía no se había agotado el plazo para el traslado de las decisiones antes citadas del Consejo Académico de Lille, el señor *Téry* interpuso,

en fecha de 9 de julio, un recurso conjunto contra estas dos decisiones ante el Consejo Superior;

Considerando que, la víspera de la vista, el señor Téry pidió a su abogado que informara al secretario del consejo que, dado que a resultas de una enfermedad, no estaba en condiciones de presentarse ante el Consejo Superior al que deseaba someter él mismo unas observaciones verbales, solicitaba un aplazamiento;

Considerando que, para rechazar la solicitud de aplazamiento en su sesión de 18 de jul., el Consejo Superior no se fundó en la inexactitud del motivo alegado para justificar la petición, inexactitud que le correspondía valorar a este órgano, sino en el único motivo de que, en la sesión del 7 de jul., el señor Téry ya había basado su defensa en motivos de fondo;

Considerando que, incluso si se da por cierto que las observaciones sometidas por el señor Téry al Consejo Superior el 7 de jul. no estaban exclusivamente vinculadas con las cuestiones de competencia y de procedimiento sobre las que resolvió el Consejo Académico con su primera decisión, habiendo sido ésta la única objeto de traslado en ese momento, sino también con la motivación del expediente disciplinario, de ello no cabría deducir que estas observaciones, manifestadas durante la primera deliberación que se cerró con la decisión de 7 de jul. de desestimación del primer recurso, constituyeran un motivo que eximiera al Consejo Superior de oír las alegaciones del recurrente sobre el recurso interpuesto en fecha posterior de 9 de jul. contra la segunda decisión por la que el Consejo Académico lo había destituido;

Considerando que, dado, sobre todo, que las decisiones de 7 y 18 de jul. omitieron mencionar los nombres de los miembros que habían asistido a los debates y participado en las decisiones antes citadas, hecho que no permite asegurar que todas las personas que participaron en la decisión de 18 de jul. hayan oído las observaciones presentadas por el señor Téry y su defensa en la sesión del 7 de jul., *el susodicho señor Téry tiene motivos fundados para sostener que fue privado del derecho a la defensa que le reconocen las disposiciones del art. 11 párrafo 5 de la ley de 27 de febr. de 1880 y del art. 11 del decreto de 11 de marzo de 1898, y para solicitar, por esta razón, la anulación de la decisión impugnada;...* (Anulación; se remite al señor Téry al Consejo Superior de Instrucción Pública para que éste se pronuncie sobre el recurso que ha interpuesto, una vez dicho consejo haya oído sus explicaciones o lo haya citado para que las presente).

## OBSERVACIONES

El señor Téry, profesor de filosofía en el liceo de Laon, había sido objeto de un expediente disciplinario presentado ante los tribunales académicos. Al ser destituido por el Consejo Académico de Lille, recurrió ante el Consejo Superior de Instrucción Pública; presentó el primer recurso por motivos de competencia, siendo éste desestimado, luego un segundo recurso por motivos de fondo; la víspera de la vista durante la cual debía someterse a examen este último recurso, el señor Téry hizo saber por correo neumático al Presidente del Consejo Superior que estaba siendo atendido en un centro de salud, que los médicos le habían prohibido cualquier traslado y que, en estas condiciones, no podía asistir a la audiencia. Al enterarse del contenido de la carta, el Consejo Superior hizo caso omiso de la misma y se negó a aplazar su decisión, alegando que «los hechos, inmutables, bastaban para justificar la sentencia de los primeros jueces», sin que las explicaciones del interesado, ya manifestadas durante la sesión dedicada al examen del primer recurso, «pudiesen modificar en modo alguno su carácter»; por consiguiente, el Consejo Superior confirmó el fallo que le había sido trasladado. El Consejo de Estado censura esta actitud y anula esta decisión, afirmando que los dos recursos eran distintos uno de otro, que la defensa presentada con motivo del primer recurso no podía ser válida para el segundo y que, al pronunciarse sin oír nuevamente al señor Téry y sin examinar si estaba justificado el motivo de no asistencia invocado por éste, el Consejo Superior había vulnerado el derecho a la defensa que se contempla expresamente en la legislación.

- 1 I. La sentencia *Téry* constituye un hito importante en el desarrollo de la protección de los derechos individuales por el Consejo de Estado, ya que supone la consagración del *derecho a la defensa ante los tribunales administrativos* y la enunciación de algunas de las *normas procesales y de funcionamiento* que deben cumplir todos los tribunales. Los motivos y la naturaleza de estos derechos y de estas normas se definen con notable precisión en las conclusiones del Comisario del Gobierno Corneille:

«El Consejo Superior es un tribunal disciplinario... Ello significa, de un lado, que a ustedes se les reconoce la facultad para valorar no el fondo de sus decisiones, pero sí su legalidad; significa, de otro lado, que ante el Consejo Superior, hay normas procesales que son de obli-

gado cumplimiento, ya que el respeto del procedimiento es el corolario indispensable de la instrucción de un tribunal. ¿Pero de qué procedimiento se está hablando?

«En los tribunales disciplinarios, las normas procesales no están reflejadas en un texto general, en un código; desde hace mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia tanto de las jurisdicciones ordinaria como administrativa han reconocido que las normas del Código de Instrucción Criminal no debían servir de fundamento inmutable al procedimiento concreto del que se trate, que había al menos que aplicar a este procedimiento “las normas esenciales de las formas judiciales” que constituyen la garantía natural de todo particular al que se le impute una infracción punible. Y estas garantías de derecho común que protegen a los justiciables han sido objeto de una clasificación: tal es el caso de la citación formal, el plazo de comparecencia, el derecho a la defensa. Pero el derecho a la defensa requiere que se cumpla lo siguiente: 1.º que todos los miembros del tribunal profesional hayan asistido a la sesión en su totalidad, o a todas las sesiones de la causa que se está enjuiciando, para que ninguno de ellos pueda formarse una imagen incompleta del conjunto de los debates; 2.º que la decisión contenga los nombres de todos aquellos cuya colaboración ha sido necesaria para adoptar la decisión, ya que la defensa tiene derecho a conocer la composición del tribunal para poder impugnar, si procede, su legalidad; 3.º que se haya respetado el orden lógico de las fases del procedimiento, debiendo la defensa presentar sus alegaciones después del informe, después de presentadas las alegaciones de inculpación y antes de la deliberación; 4.º que las decisiones estén motivadas, dado que la enunciación de los motivos permite al inculpado verificar si la sanción aplicada se fundamenta en un texto legal, y le da también la posibilidad de comprobar si los jueces han respetado un principio fundamental en materia de represión, que consiste en la obligación del juez de pronunciarse únicamente sobre las pruebas aportadas, y luego examinadas, en la misma instancia en la que se adoptó la decisión. Además, hay un último punto sobre el que es necesario insistir, ya que es esencial para la protección del justiciable: se tiene que oír al inculpado y la ausencia de una comparecencia sólo se puede salvar con la justificación (aportada en la propia decisión) de una excepción a este principio motivada por una falta del inculpado que, teniendo la posibilidad de presentar su defensa, no ha comparecido, pese a haber sido

debidamente citado, sin invocar excusa alguna, o después de haber alegado una excusa considerada como no legítima por el propio juez».

2           **II.** Son muy numerosas las sentencias que han aplicado estos principios. De acuerdo con una fórmula que se repite en muchas decisiones, un tribunal administrativo debe: «incluso cuando no exista un texto legal que así lo disponga, respetar todas las normas procesales generales cuya aplicación no haya sido descartada por una disposición formal o que no sea incompatible con su organización» (CE 10 août 1918, *Villes*, Rec. 841, concl. Berget).

3           A. El primer requisito es el *carácter contradictorio* que ha de tener el procedimiento administrativo. Se trata de un principio general del Derecho (CE As. 12 de oct. de 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, Rec. 370; JCP 1980.II.19288, concl. Franc, nota Boré; D. 1979.606, nota Bénabent; Gaz. Pal. 1980.I.61, nota Julien; AJ 1980.248, nota Debouy).

El principio de contradicción implica, por regla general, que las personas interesadas sean informadas de la presentación de una demanda (CE Secc. 11 de marzo de 1960, *Société des travaux et carrières du Maine*, Rec. 195), que se mantenga informadas a las partes de los diferentes elementos que pasen a formar parte del expediente (CE Sect. 26 de marzo de 1976, *Conseil régional de l'ordre des pharmaciens de la circonscription d'Aquitaine*, Rec. 182; AJ 1977.157, concl. Dondoux) siempre y cuando esta comunicación sea de utilidad (CE Sect. 29 de ene. de 1993, *Association des riverains de l'Herrengrie*, Rec. 21; RFDA 1994.60, concl. Scanvic; AJ 1993.510, obs. Richer; RA 1993.222, nota Sueur), que dispongan de un plazo razonable para la presentación de eventuales observaciones (CE Secc. 31 de dic. de 1976, *Association des amis de l'Île de Groix*, Rec. 585; JCP 1977. II.18.589, concl. Genevois, nota Liet-Veaux), que se les avise a su debido tiempo la fecha de la comparecencia (CE As. 23 de dic. de 1959, *Jaouen*, Rec. 707; S. 1961.38, concl. Mayras) y que esta fecha no se adelante en condiciones que no permitan a la defensa organizarse debidamente (CE 26 de dic. de 2012, *Gardier*, Rec. 829; AJ 2013.1705, nota Cassard-Valembois).

4           B. La *publicidad de los debates* se fundamenta en un principio general del Derecho aplicable a los debates ante el juez ordinario (CE As. 4 de oct. de 1974, *Dame David*, Rec. 464; v. n.º 8.6).

En el caso de las jurisdicciones contencioso-administrativas de derecho común, es decir, de los tribunales administrativos, los tribunales administrativos de apelación y el Consejo de Estado, así como en el caso de determinados tribunales disciplinarios, tales como el Colegio Nacional de Médicos, la publicidad se menciona en los textos que rigen su actividad.

En el caso de las jurisdicciones contencioso-administrativas especializadas, cuando no hay un texto de derecho interno que exija la publicidad de los debates, ésta ha terminado imponiéndose en la mayoría de ellas al amparo del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Este texto, que exige que los debates sean públicos cuando se formulen objeciones que afecten a los derechos y obligaciones de carácter civil o al examen de la legitimidad de toda acusación en materia penal, ha sido interpretado de modo amplio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Partiendo de esta interpretación, el Consejo de Estado ha considerado que la publicidad de los debates era obligatoria en la jurisdicción social (CE Secc. 29 de jul. de 1994, *Département de l'Indre*, Rec. 363; RFDA 1995.161 y RDSS 1995.324, concl. Bonichot; AJ 1994.691, cr. Touvet y Stahl; D. 1994.593, nota Prétot), en materia de disciplina de los abogados (CE As. 14 de febr. de 1996, *Maubleu*, Rec. 34; v. n.º 98.3), en el Tribunal de disciplina presupuestaria y financiera (CE Secc. 30 de oct. de 1998, *Lorenzi*, Rec. 374; RD publ. 1999.833, nota Eckert; RFDA 1999.1022, nota Surrel), en el Tribunal de Cuentas, tanto en la fase de examen de un procedimiento de gestión de hecho (CE 30 de dic. de 2003, *Beausoleil et Mme Richard*, Rec. 531; v. n.º 98.3) como en el caso de un procedimiento por alcance contra un contador certificado (CE 30 de mayo de 2007, *Garnier*, Rec. 770; BJCL 838, concl. Guyomar, obs. Thévenon).

El Consejo de Estado ha incluso considerado que la publicidad de los debates es obligatoria, como lo es también el respeto del principio de contradicción, en el marco del procedimiento de recurso precontractual, previsto por el art. L. 22 del Código de los Tribunales Administrativos y de los Tribunales Administrativos de Apelación, luego sustituido por el art. 551-1 del Código de Justicia Administrativa, que permite al Presidente del tribunal, por vía conminatoria o de anulación, garantizar el respeto de las normas de formalización de determinados contratos o adjudicaciones (CE As. 10 de junio de 1994, *Commune de Cabourg*,

Rec. 300, concl. Lasvignes; RFDA 1994.728, concl.; AJ 1994.560, cr. Maugué y Touvet; LPA 20 de ene. de 1995, nota Clément).

- 5 C. La composición de los tribunales debe ser conforme a la ley. Toda decisión de justicia debe dar fe por sí sola de su legalidad y contener la mención del nombre de los jueces que participaron en ella. 23 de ene. de 1948, *Bech*, Rec. 33).

Aunque el secretario del tribunal pueda asistir a las deliberaciones, no tiene derecho a participar en ellas (CE Secc. 15 de oct. de 1954, *Société financière de France*, Rec. 536; AJ 1954.II.461, concl. Laurent, nota J. L.; AJ 1954.II bis.14, cr. Long). Los miembros del tribunal deben, efectivamente, estar presentes durante toda la duración de las sesiones en las que se someta el litigio a examen (CE Secc. 13 de ene. de 1933, *Saussié*, Rec. 48).

- 6 La exigencia de imparcialidad es inherente a la actividad jurisdiccional. Para el Consejo de Estado, se trata de una norma general que el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no hizo más que recordar (CE 7 de ene. de 1998, *Trany*, Rec. 1; AJ 1998.445, concl. Schwartz; v. nuestras obs. a CE 3 de dic. de 1999, *Didier\**).

Hay casos en los que la aplicación de la norma no plantea ninguna dificultad. A este principio obedece, por ejemplo, el hecho de que el autor de la decisión impugnada ante el juez no pueda formar parte del tribunal encargado de examinar el caso (CE Secc. 2 de marzo de 1973, *Delle Arbousset*, Rec. 190; RD publ. 1973.1066, concl. Braibant).

Más delicada es la situación que plantea el ejercicio sucesivo de diferentes funciones en el seno de una misma institución. En un primer momento, el Consejo de Estado, había admitido, pese a las conclusiones desfavorables del Comisario del Gobierno, que un presidente de un tribunal administrativo, que hubiera previamente emitido un dictamen sobre una decisión administrativa, pudiera participar en la vista durante la cual el tribunal del que era miembro deliberaba sobre la legalidad de dicha decisión (CE Secc. 25 de ene. de 1980, *Gadiaga*, Rec. 44, concl. Rougevin-Baville, AJ 1980.283, cr. Robineau et Feffer; D. 1980.270, nota Peiser; RA 1980.609, notae Bienvenu y Rials).

Esta solución no fue ratificada posteriormente ya que no resulta compatible con las normas establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la exigencia de imparcialidad de los tribunales, tal y como podría ser percibida subjetivamente por los justiciables y que aplicó por primera vez el Consejo de Estado de Luxemburgo (CEDH 28 de sept. 1995, *Procola*; D. 1996.301, nota Benoît-Rohmer;

RFDA 1996.777, nota Autin y Sudre; RTDH 1996.271, nota Spielmann) seguido del Consejo de Estado de Holanda (CEDH 6 de mayo de 2003, *Kleyn*; AJ 2003.1490, nota F. Rolin; LPA 2 de marzo de 2004, nota de Benardinis), y luego del Consejo de Estado francés (CEDH 9 de nov. de 2006, *Sacilor-Lormines*; DA 2007, n.º 12; JCP Adm. 2007.2002, nota Szymczak; RFDA 2007.342, nota Autin y Sudre; JDI 2007.704, nota S. T; AIDH 2008.652, nota Prévédourou). Después de esta sentencia, tanto en los textos (nota del vicepresidente del Consejo de Estado de 14 de dic. de 2006, decreto de 6 de marzo de 2008) como en la jurisprudencia (CE 11 de jul. de 2007, *Union syndicale des magistrats administratifs et Ligue des droits de l'Homme*, Rec. 638, AJ 2007.2212, nota Gründler), se considera como obligatoria la práctica consistente en que un miembro del Consejo, que se haya ocupado de una cuestión en el seno de una formación administrativa, se abstenga posteriormente de participar en el procedimiento contencioso-administrativo en un litigio que tenga que ver con la misma cuestión. Esta práctica ha sido aprobada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH 30 de junio de 2009, *Union fédérale des consommateurs «Que choisir» de Côte d'Or*, RFDA 2009.885, nota Pacteau).

Dentro de este mismo espíritu, el Consejo de Estado ha estado aplicando de manera estricta el principio de imparcialidad frente a los tribunales en materia financiera. Exigió, por ejemplo, que en su informe anual el Tribunal de Cuentas no prejuzgara la responsabilidad exigible a los contables no habilitados por una autoridad competente, exigencia que no sólo incide en la composición del Tribunal de Cuentas (CE As. 23 de febr. de 2000, *Société Labor Métal*, Rec. 83, concl. Seban; RFDA 2000.435, concl.; AJ 2000.464, cr. Guyomar y Collin; RD publ. 2000.323, nota Prétot; RA 2001.30, nota Haudry), sino también en la del Tribunal de Disciplina Presupuestaria y Financiera debido a la presencia en su seno de miembros del Tribunal de Cuentas (CE Ass. 4 de jul. de 2003, *Dubreuil*, Rec. 313, concl.; Guyomar; RFDA 2003.713, concl.; AJ 2003.1596, cr. Donnat y Casas; RD publ. 2004.369, com. Guettier).

Más delicada aún es la aplicación del principio de imparcialidad cuando un mismo magistrado se ve en la necesidad de conocer de un litigio por diferentes motivos. Para el Consejo de Estado «dada la naturaleza de la función... que se encomienda al magistrado que ha de pronunciarse sobre una *solicitud de asistencia letrada*... el hecho de que un mismo magistrado se vea obligado a pronunciarse sobre una demanda,

después de haberle sido sometida una solicitud de asistencia letrada para la interposición de la misma, no tiene en sí mismo ninguna incidencia sobre la legalidad de la decisión judicial con la que se resuelve la demanda» (CE Secc. 12 de mayo de 2004, *Hakkar*, Rec. 224; RFDA 2004.713, concl. de Silva; AJ 2004.1354, cr. Landais y Lenica; RD publ. 2005.543, nota Guettier; D. 2005.1182, com. Cassia; GACA, n.º 4). Se ha admitido una solución idéntica en el caso del magistrado que se ve obligado a pronunciarse sobre una demanda de recurso de urgencia-suspensión contra una decisión y, posteriormente, sobre un recurso por motivos de fondo contra la misma decisión, siempre y cuando no haya tenido que tomar decisiones que excedan de los límites de la función normal del juez de los recursos por motivos de fondo (CE Secc. [dictamen] 12 de mayo de 2004, *Commune de Rogerville*, Rec. 223; v. n.º 98.9).

El Consejo de Estado ha admitido que no se estaba vulnerando el principio de imparcialidad al permitir a un juez que interviniera como tal para resolver sobre un mismo caso (CE Secc. 11 de febr. de 2005, *SA Librairie François Maspero*, Rec. 55; v. n.º 98.9).

En cambio, se ha considerado contrario al principio de imparcialidad el hecho de que un magistrado administrativo interviniera como juez de un recurso de rectificación de un error material interpuesto contra una decisión jurisdiccional en la que él mismo había participado (CE 22 de junio de 2005, *M. et Mme Hespel*, Rec. 248; RFDA 2006.58, concl. Glaser, nota Pouyaud).

Por último, la exigencia de imparcialidad debe respetarse también en lo que respecta a la composición del Tribunal de Conflictos (TC 18 de mayo de 2015, *Krikorian et autres c. Premier ministre*, req. n.º 3995).

- 7 D. Todo juicio debe estar motivado (CE As. 23 de dic. de 1959, *Gliksmann*, Rec. 708; S. 1961.38, concl. Mayras; D. 1961.256, nota Jeanneau).

La no alegación de un motivo puede dar lugar a un recurso de rectificación de un error material CE Sect. 29 de marzo de 2000, *Grouperment d'intérêt économique du Groupe Victoire*, Rec. 144; AJ 2000.419, cr. Guyomar y Collin).

**III.** Las «normas procesales generales» aplicables a los tribunales, incluso en ausencia de un texto legal en la materia, han dado origen a una doble evolución.

- 8 A. Por un lado, han facilitado el reconocimiento en el ámbito de los procedimientos administrativos, del principio del derecho a la defensa, que es el equivalente del principio de contradicción.

La jurisprudencia consiguió un avance decisivo en esta vía cuando el Consejo de Estado convirtió el respeto del derecho a la defensa en un principio general del Derecho, aplicable incluso cuando no exista un texto que lo consagre expresamente. Poco importa que la decisión emane de un tribunal administrativo u ordinario, o que afecte o no a un funcionario; a partir del momento en que vulnera una situación individual y que revista el carácter de una sanción, la autoridad que la adopta debe respetar el derecho a la defensa (v. nuestras obs. sobre CE Secc. 5 de mayo de 1944, *Dame Vve Trompier-Gravier\**).

- 9 B. Por otro lado, las normas que ha sentado la jurisprudencia del Consejo de Estado han dado lugar a que el Consejo Constitucional otorgue el rango de principios de valor constitucional tanto al principio de respeto del derecho a la defensa (*n.º 76-70 DC, 2 de dic. de 1976, Rec. 39; RD publ. 1978.817, com. Favoreu*), como al principio de contradicción, considerado como el corolario del primero (*n.º 89-268 DC, 29 de dic. de 1989, Considerando 58, Rec. 110; RFDA 1990.143, nota Genevois*).

## 27. RECURSO POR EXCESO DE PODER. CONTROL DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Consejo de Estado, 4 de abril de 1914, *Gomel*

(Rec. 488; S. 1917.3.25, nota Hauriou; S. Moutouallaguin,  
«Le centenaire de l'arrêt *Gomel*,» DA junio de 2015. Estudio 8)

Considerando que, de conformidad con el art. 3 del decreto de 26 de marzo de 1852, «todos los constructores de viviendas, antes de iniciar una obra, deberán solicitar la alineación y nivelación de la vía pública en la que se localiza su parcela, respetando los parámetros que se establezcan»; que el art. 4 del mismo decreto, modificado por el art. 118 de la ley de 13 de jul. de 1911, dispone lo siguiente: «Deberán asimismo remitir a la Administración un plano y unas secciones acotadas de las edificaciones que proyectan realizar, y cumplir con los requisitos que ésta les imponga en interés de la seguridad pública, la salubridad y la conservación de los conjuntos monumentales y de los espacios protegidos, salvo recurso interpuesto ante el Consejo de Estado en vía contencioso-administrativa»;

Considerando que este último artículo, acompañado de las disposiciones complementarias de la ley de 13 de jul. de 1911, tenía como objeto reconocer al prefecto el derecho a denegar, por medio de una decisión individual, la licencia de obras, cuando el proyecto presentado pudiera suponer un menoscabo para un conjunto monumental; que las únicas restricciones impuestas a la facultad reconocida al prefecto, cuyo ejercicio no está subordinado por la Ley a una calificación previa de los conjuntos monumentales, son aquellas que se derivan de la necesidad de conciliar la conservación de dichos conjuntos con el respeto debido al derecho de propiedad;

*Considerando, empero, que corresponde al Consejo de Estado comprobar si el emplazamiento de la edificación proyectada está incluido en un conjunto monumental ya existente y, en caso afirmativo, si esta edificación, tal y como se ha proyectado, podría suponer un menoscabo de dicho conjunto;*

*Considerando que no cabe considerar la plaza Beauvau y sus aledaños como parte integrante de un conjunto monumental;* que, por

consiguiente, al denegar al recurrente la licencia de obras con la decisión impugnada, el prefecto del Sena aplicó de manera incorrecta el art. 118 de la ley antes mencionada de 13 jul. de 1911;... (Anulación).

## OBSERVACIONES

**1** El artículo 118 de la ley de 13 de jul. de 1911 reconocía al prefecto el derecho a denegar la licencia de obras cuando el proyecto presentado pudiera suponer un menoscabo para un conjunto monumental. El señor Gomel, al serle negado, en aplicación de dicho texto, el premiso para construir en la plaza Beauvau de París, impugnó esta denegación por la vía del recurso por exceso de poder.

El Consejo de Estado decide, en este caso, que le corresponde la tarea de «comprobar si el emplazamiento de la edificación proyectada está incluido en un conjunto monumental ya existente y, en caso afirmativo, si esta edificación, tal y como se ha proyectado, podría suponer un menoscabo para dicho conjunto». De este modo, reconoce su propia facultad para controlar dos consideraciones: la primera relativa a la calificación de conjunto monumental, la segunda referida al menoscabo que supone para este conjunto el proyecto de edificación. En este caso concreto, al haber considerado el Consejo de Estado que «no procedía considerar la plaza y su entorno como un conjunto monumental», no era necesario examinar si el proyecto del recurrente podía causarle menoscabo: la primera comprobación bastaba para anular la negativa a conceder la licencia de obras por carecer de fundamento legal.

El Consejo de Estado amplió de esta manera su control respecto al exceso de poder, aceptando intervenir en el examen de las cuestiones relativas a los hechos. Hasta entonces, sólo lo había admitido en casos excepcionales (cf. CE 13 de mayo de 1910, *Dessay*, Rec. 405; RD publ. 1911.286, nota Jèze). Algunos autores habían manifestado su deseo de que la Alta Asamblea ampliara su control de los hechos, mediante el mismo planteamiento que la había llevado, unas décadas antes, a incluir la desviación de poder entre los motivos de anulación de los actos administrativos (CE 26 de nov. de 1875, *Pariset*\*). El Consejo de Estado se comprometió, efectivamente, a seguir por esta vía con la sentencia *Gomel*, sentencia que constituye el origen de la abundante jurisprudencia relativa al control, por el juez del exceso de poder, de la

*calificación jurídica* de los hechos. Ésta permite determinar *en qué consiste* el hecho (I) y *cuál es su alcance* (II).

- 2            I. El control de la calificación jurídica de los hechos está relacionado con la necesidad de determinar *si los hechos*, tal y como se producen, *presentan las características que son indispensables para tomar la decisión*, es decir, si «por su naturaleza» justifican dicha decisión.

No se trata, pues, de analizar si los hechos alegados por la Administración existen. Esta cuestión está exclusivamente relacionada con la exactitud material de los hechos: el Consejo de Estado aceptará ejercer un control sobre este aspecto cerca de dos años más tarde, con la sentencia *Camino\** de 14 de ene. de 1916.

Se trata de atribuir a los hechos objeto de examen una calificación. Esta última depende de una valoración que, *a priori*, parece ser competencia de la propia Administración, y no de su juez. Ante la presencia de determinadas circunstancias, la Administración ha de valorar si justifican la adopción del acto que tiene la facultad de ejecutar. Los poderes de los que dispone le han sido concedidos no para afrontar todas las circunstancias, cualesquiera que éstas sean, sino sólo aquellas que coincidan con una definición jurídica. Ya no se trata de una cuestión de hechos, sino de una cuestión de derecho cuyo control ha sido encomendado al juez. Está relacionada con unos *textos* que definen las facultades de la Administración (A), *facultades que, en ocasiones, se encarga de definir el propio juez*.

- 3            A. Cada vez que *un texto* subordina el ejercicio de una facultad de la Administración a unos datos materiales que merecen una determinada calificación, el juez del recurso por exceso de poder comprueba si estas circunstancias se dan efectivamente y, en particular, si los hechos presentan un carácter que justifique la decisión que se ha adoptado.

Como resultado de la sentencia *Gormel*, el Consejo de Estado accedió a examinar, por ejemplo, si un monumento (CE 29 de jul. de 2002, *Caisse d'allocations familiales de Paris*, Rec. 301; LPA 2003, n.º 28, concl. Maugué; AJ 2002.1023, nota Frier) o un espacio protegido (CE As., 16 de dic. de 2005, *Groupement forestier des ventes de Nonant*, Rec. 583; AJ 2006.320, concl. Aguila; RD publ. 2006.505, com. Guettier; RRJ 2007.327, nota Ballandras-Rozet) presentaban características que pudieran justificar total o parcialmente su «calificación» como tales, y si las edificaciones proyectadas entrañaban un

riesgo de menoscabo para éstos (CE 29 de ene. de 1971, *SCI «La Charmille de Montsoul»*, Rec. 87; AJ 1971.234, concl. Gentot; – Secc. 11 de ene. de 1978, *Association pour la défense et l'aménagement d'Auxerre*, Rec. 4; JCP 1979.II.19033, concl. Genevois; – As. 3 de marzo de 1993, *Ministre de l'équipement, du logement et des transports c. commune de Saint-Germain-en-Laye*, Rec. 60; CJEG 1993.360, concl. Sanson; AJ 1993.340, cr. Maugüé y Touvet; RFDA 1994.310, nota Morand-Deviller). Lo mismo cabe decir de la calificación de un municipio como municipio litoral (CE 14 de nov. de 2012, *Société Neo Plouvien*, Rec. 1017; RFDA 2013.357, concl. de Lesquen; BJDU 2013.23, concl.; AJ 2013.308, nota Eveillard; DA 2013, n.º 10, com. Le Bot). El Consejo de Estado consideró también (19 de junio de 2015, *Société Grands magasins de la Samaritaine-Maison Ernest Cognacq, Ville de Paris*, RFDA 2015, n.º 4, concl. Domino, nota Priet) que «aunque, en el tramo en el que hay soportales, *la calle Rivoli presenta una unidad arquitectónica de carácter especial, no ocurre lo mismo en la zona en la que se ubica el proyecto objeto de litigio*» (reestructuración de los almacenes la Samaritaine), y que dicho proyecto podía incluirse en el tejido urbano existente.

La represión administrativa es uno de los ámbitos de elección del control de la calificación jurídica de los hechos ya que, para poder imponer una sanción, es requisito indispensable la comisión de una falta, es decir, de unos hechos que puedan «motivar legalmente la aplicación de las sanciones previstas» por los textos legales (CE 14 de ene. de 1916, *Camino\**; – 13 de marzo de 1953, *Teissier\** y, como ejemplo de una jurisprudencia muy abundante, cabe citar: CE Sect. 18 de mayo de 1973, *Massot*, Rec. 360; AJ 1973.353, cr. Léger y Boyon; D. 1974.482, nota Blumann; 15 de junio de 2005, *B.*, Rec. 244; AJ 2005.1689, concl. Casas; sobre la depuración administrativa después de la Liberación: CE As. 26 de oct. de 1945, *Aramu*, Rec. 213; v. n.º 51.2).

Las fórmulas contenidas en los textos legales aplicables son también las que utiliza el juez para verificar la representatividad de una organización sindical (CE As. 21 de ene. de 1977, *CFDT y CGT*, Rec. 39, concl. Denoix de Saint Marc; AJ 1977.256, cr. Nauwelaers y Fabius; – As. 5 de nov. de 2004, *Union nationale des syndicats autonomes*, Rec. 420; RFDA 2005.400, concl. Stahl; AJ 2004.2391, cr. Landais y Lenica), el carácter licencioso o pornográfico de una publicación (CE 5 de dic. de 1956, *Thibault*, Rec. 463; D. 1957.20, concl. Mosset; AJ 1957.II.94, cr. Fournier y Braibant), de una película (CE Secc. 30

de junio de 2000, *Association Promouvoir, M. et Mme Mazaudier*, Rec. 265, concl. Honorat; v. n.º 73.9), el carácter político de una demanda de extradición (CE As. 24 de junio de 1977, *Astudillo Calleja*, Rec. 290; v. n.º 3.9), la naturaleza de una operación que sirva para justificar la creación de una zona de ordenación concertada (CE Secc. 28 de jul. de 1993, *Commune de Chamonix-Mont-Blanc*, Rec. 251; RD publ. 1993.1452, concl. Lasvignes; AJ 1993.688, cr. Maugüé y Touvet), los criterios de concesión de una autorización a una emisora de radio (CE Secc. 13 de dic. de 2002, *Société Radio MonteCarlo*, Rec. 451; AJ 2003.135, concl. Chauvaux), el comportamiento de los miembros de una asociación seguidora de un club deportivo que ha provocado su suspensión (CE 9 de nov. de 2011, *Association «Butte Paillade 91» et Morgavi*, Rec. 545; AJ 2012.655, nota Cresp), o incluso el interés legítimo que motiva una solicitud de cambio de nombre (CE 31 de ene. de 2014, *Retterer*, Rec. 11, concl. Domino; RFDA 2014.387, concl.; AJ 2014.444, cr. Bretonneau y Lessi).

- 4 B. En ocasiones, los textos son muy generales o poco claros respecto a las características que deben presentar algunas circunstancias para justificar una decisión. El Consejo de Estado se encarga él mismo de precisarlas y este proceso de clarificación es el que le permite examinar si los requisitos que de ellas se derivan son satisfactorios

En materia de policía, el Consejo especifica en qué consisten «el buen orden, la vigilancia, la seguridad y la salubridad públicos» cuyo mantenimiento encomienda la ley municipal al alcalde (v. CE 27 de oct. de 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge\** y nuestras obs.), y se asegura de que las alteraciones del orden público que este último intenta evitar tengan el alcance suficiente para justificar las restricciones impuestas al ejercicio de las actividades en cuestión (CE 19 de mayo de 1933, *Benjamin\**; - 22 de junio de 1951, *Daudignac\**).

La expropiación sólo puede llevarse a cabo por un motivo de utilidad pública, que corresponde a la Administración declarar, sin que las disposiciones en la materia especifiquen en qué consiste; el Consejo de Estado examina la valoración efectuada por la Administración de dicha utilidad, sopesando sus ventajas y sus inconvenientes (CE 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est\** y nuestras obs.).

En ocasiones los textos ni siquiera mencionan los motivos que justifican el ejercicio de las facultades que reconocen a la Administración. El juez suple este vacío con sus propias afirmaciones que sirven de fundamento a su control.

Por ejemplo, como sostiene el señor Massot en sus conclusiones sobre la sentencia CE As. 8 de abr. de 1987, *Ministre de l'intérieur et de la décentralisation c. Peltier*, Rec. 128, cabe afirmar que «sólo en la jurisprudencia es donde, efectivamente, encontramos enunciada la idea de que es posible denegar un pasaporte a una persona cuando su viaje al extranjero pueda suponer un riesgo para la seguridad pública... El criterio es de naturaleza meramente jurisprudencial». Si los motivos alegados para negar la concesión de un pasaporte no coinciden con este criterio, se anula la denegación (misma sentencia). También el Consejo de Estado, después de reconocerle a un gobierno dimisionario la facultad de tramitar los asuntos ordinarios, procede a examinar si las decisiones adoptadas por dicho gobierno entran dentro de esta categoría. 4 de abr. de 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, Rec. 210; Gaz. Pal. 1952.1.261, concl. J. Delvolvé; S. 1952.3.49, concl.; JCP 1952.II.7138, nota Vedel; RD publ. 1952.1029, nota M. Waline).

Puede ocurrir que el juez exprese unos motivos que, sin ser contrarios a la Ley, limiten en gran medida su aplicación. Por ejemplo, dado que la ley de 16 de nov. de 1940 había subordinado las transmisiones de bienes inmuebles a una autorización de la prefectura, los prefectos a menudo se negaban a concederla cuando un empresario quería comprar suelo agrícola, ya que consideraban que había que reservar esta compra a los agricultores. El Consejo de Estado decidió que el propósito de la Ley no era otro que evitar la especulación y el acaparamiento, y que una motivación basada en el hecho de que la demanda procediera de empresarios no era suficiente para justificar que se denegara la autorización (CE As. 9 de jul. de 1943, *Tabouret et Laroche*, Rec. 182; – As. 28 de jul. de 1944, *Dame Constantin*, Rec. 219; v. n.º 4.9).

- 5 En ocasiones ya no es ni siquiera necesario que el juez, en algunos casos, ante el silencio de los textos, enuncie él mismo los motivos que permiten su aplicación. El juez procede directamente a la valoración de los hechos para determinar si su naturaleza justificaba el acto impugnado. El control de las negativas de admisión a un concurso es un buen ejemplo de lo que precede. El Consejo de Estado examina si el comportamiento anterior del candidato era efectivamente incompatible con el puesto para el que presentaba su candidatura (CE 18 de marzo de 1983, *Mulsant*, Rec. 125; – Secc. 10 de junio de 1983, *Raoult*, Rec. 251; AJ 1983.527, cr. Lasserre y Delarue, y 552, concl. M. Laroque; RA 1983.370, nota Pacteau; RD publ. 1983.1404, nota J. Waline:

en el primer caso, «dado que la participación del recurrente, varios años antes de la presentación de su candidatura, en manifestaciones estudiantiles de carácter vehemente, pero en las que no se produjo ningún acto violento, era la que se alegaba para poner de manifiesto la incapacidad del interesado para ejercer las funciones judiciales con la prudencia y ponderación exigibles a los magistrados, el Ministro de Justicia fundó su decisión en unos hechos que no eran los idóneos para justificarla»; en el segundo caso, por el contrario, el Ministro de Justicia fundamentó su decisión en unos hechos que sí la justificaban, al poner de relieve la participación del recurrente, durante su servicio militar, en la redacción y difusión, entre jóvenes reclutas, del periódico de un comité de soldados que incluía algunos fragmentos particularmente violentos).

Queda así demostrado que el control de la calificación jurídica de los hechos puede dar lugar a que la valoración del juez sustituya a la de la Administración.

**6**            **II.** Ello no implica que no existan *grados* que permitan matizar el rigor de este control.

1.º) Se da por supuesto, en primer lugar, que el control de la calificación jurídica de los hechos, incluso en los casos en los que se ejerce, no puede fundarse nunca sobre la oportunidad del acto. El propio Consejo de Estado se encargaría de recalcar esta consideración dos años más tarde en la sentencia *Camino*\* de 14 de ene. de 1916. La fórmula sigue siendo válida (*cf.* nuestras obs. sobre esta sentencia) Pero el control de la calificación jurídica de los hechos tiene como consecuencia un desplazamiento de las fronteras que separan la oportunidad de la legalidad. Al sostener que una medida sólo es legal si los hechos en los que se fundamenta presentan determinadas características y, al ocuparse del examen de estas últimas, el juez enmarca en el ámbito de la legalidad unas consideraciones que podrían estar exclusivamente relacionadas con la oportunidad.

**7**            2.º) Algunas materias han podido, durante una época o incluso ahora, al menos en determinados casos, no dar pie al control de la calificación jurídica de los hechos. El juez se niega a inmiscuirse en las valoraciones de la Administración y a examinar si la naturaleza de los hechos que ha tenido en cuenta justifica su decisión. Esta reserva se ha manifestado de modo especial en tres ámbitos.

El primero es el de *la técnica*. El juez no estima estar preparado para controlar algunas valoraciones de la Administración a este respecto (CE As. 27 de abr. de 1951, *Toni*, Rec. 236, sobre el carácter tóxico de un producto). Pero hay otras que sí puede controlar (CE 15 de mayo de 2009, *Société France conditionnement*, Rec. 199; RJEP dic. 2009.27, concl. Burguburu; AJ 2009.1668, nota Markus; D. 2009.2466, nota Thirion: dado que son muy pocas las sustancias con una toxicidad leve y con efectos tóxicos en combinación con otros productos, su prohibición general es una medida excesiva y desproporcionada).

El segundo campo de aplicación se ha calificado tradicionalmente como de «alta policía»: está básicamente relacionado con las leyes y medidas policiales de extranjería (CE As. 21 de ene. de 1977, *Ministre de l'intérieur c. Dridi*, Rec. 38; v. n.º 83.10, sobre las expulsiones; – As. 16 de nov. de 1956, *Villa*, Rec. 433, sobre la concesión de la tarjeta de comerciante extranjero; – Secc. 22 de abr. de 1955, *Association franco-russe dite Rousky-Dom*, Rec. 202, RA 1955.404, concl. Heumann; Rev. crit. DIP 1957.34, nota A. de Laubadère, sobre la denegación y suspensión de la autorización de una asociación extranjera). Pero el Consejo de Estado ha ampliado su control normal a determinados aspectos de la normativa y de las medidas de extranjería, primero para los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad Europea (24 de oct. de 1990, *Ragusi*, Rec. 290; AJ 1991.322, concl. Abraham) y luego para el resto de los países (As. 19 de abr. de 1991, *Belgacem et Mme Babas*, Rec. 152, concl. Abraham; v. n.º 83.10), en lo que respecta, en particular, a la negativa a conceder el permiso de residencia (CE Secc. 17 de oct. de 2003, *Bouhsane*, Rec. 413; AJ 2003.2025, cr. Donnat y Casas; JCP Adm. 2003.1998, nota Tchen) y a las decisiones de expulsión (CE 12 de febr. de 2014, *Ministre de l'intérieur c. Barain*, Rec. 30).

En tercer lugar, el juez no controla las consideraciones de los *tribunales* de examen o de oposición sobre el valor de los candidatos y sus servicios (CE 20 de marzo de 1987, *Gambus*, Rec. 100; AJ 1987.550, obs. Prétot) ni la de los árbitros y jueces de los encuentros deportivos (CE Secc. 25 de ene. de 1991, *Vigier*, Rec. 29; AJ 1991.389, concl. Leroy; D. 1991.611, nota Doumbé-Billé). Cuando se nombra a un profesor, el juez no controla la evaluación de los méritos de un candidato, pero lo cierto es que, al valorar la adecuación de una candidatura para el puesto que se desea cubrir, se está efectuando un control del error manifiesto (CE 9 de febr. de 2011, *Piazza*, Rec. 956).

8 3.º) En los casos en los que el Consejo de Estado sigue ejerciendo un control limitado, no renuncia la mayoría de las veces al control del error manifiesto de valoración.

Parece que el origen de esta jurisprudencia hay que buscarlo en el ámbito de la función pública. La revisión de un dictamen anterior (CE As. 27 de abr. de 1951, *Mélamède*, Rec. 226, concl. J. Delvolvé; D. 1953.453, nota P. L. J.) fue la que llevó al Consejo a dejar constancia, mediante su decisión sobre el caso *Denizet* (13 de nov. de 1953, Rec. 489), de su voluntad de establecer un límite a la facultad de valoración que se reconoce a la Administración. De hecho, fue el contencioso en materia de equiparación laboral el que dio origen a la primera sentencia en la que se utilizaba el término «manifiesto» para referirse al control jurisdiccional de esta facultad (CE Secc. 15 de febr. de 1961, *Lagrange*, Rec. 121; AJ 1961.200, cr. Galabert y Gentot), así como a la primera anulación de una decisión administrativa por error manifiesto (CE 9 de mayo de 1962, *Commune de Montfermeil*, Rec. 304). Hoy en día, la censura del error manifiesto de apreciación puede ejercerse contra los nombramientos por cuarto turno (CE 23 de dic. 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales, économiques et financières*, Rec. 655; AJ 2012.607, nota Dord; JCP Adm. 2012.2052, nota Jean-Pierre; RFDA 2012.115, nota Pacteau).

El concepto de error manifiesto se introdujo casi de modo simultáneo en el contencioso-administrativo en materia de concentración parcelaria (CE 13 de jul. de 1961, *Demoiselle Achart*, Rec. 476). El Consejo de Estado anuló por error manifiesto la decisión de una comisión departamental que hacía caso omiso de la exigencia que incluía el art. 19 del Código Agrario, según el cual «toda nueva parcelación debe procurar que los edificios de explotación estén próximos de las tierras objeto de la explotación agraria» (CE 22 de jul. de 1966, *Consorts Quittat*, Rec. 867) o lo que se conoce como principio de equivalencia entre aportaciones y adjudicaciones de suelo rústico (CE Secc. 6 de nov. de 1970, *Guyé*, Rec. 652; RD publ. 1971.517, concl. Baudouin, nota M. Waline; AJ 1971.33, cr. Labetoulle y Cabanes).

El control del error manifiesto se ha ido generalizando progresivamente. El Consejo de Estado ha considerado, por ejemplo, que al conceder una licencia de obras para un «bloque de edificios» cercano a una playa natural, un prefecto había cometido un error manifiesto de valoración del carácter del entorno inmediato (CE As. 29 de marzo de 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*, Rec. 211,

concl. Vught; AJ 1968.335, cr. Massot y Dewost). En los ámbitos en los que intervienen unos tecnicismos de orden económico y financiero, el Consejo de Estado ejerce un control sobre el error manifiesto que le ha llevado a considerar determinadas tarifas eléctricas como «manifiestamente por debajo de los niveles que habría que haber establecido» (CE 1 de jul. de 2010, *Société Poweo*, Rec. 229; RJEP oct. de 2010, p. 36, concl. Collin; JCP Adm. 2010.2321, nota Idoux) y, a la inversa, como manifiestamente infravalorado el canon que se exigía a un operador de telecomunicaciones (CE 12 de oct. de 2010, *Société Bouygues Télécom*; v. n.º 95.7).

Para seguir ampliando el ámbito de aplicación de esta jurisprudencia, era necesario que el error manifiesto pudiera aplicarse en el ámbito de la policial especial. Esta ampliación es la que se concretó con la sentencia del Consejo de Estado (As.) del 2 de nov. de 1973, *SA Librairie François Maspero* (Rec. 611; JCP 1974.II.17642, concl. Braibant, nota R. Drago; D. 1974.432, nota Pellet; Gaz. Pal. 1974.100, nota Pacteau; AJ 1973.577, cr. Franc y Boyon) relativa al control de las publicaciones extranjeras. Hasta entonces, el Consejo de Estado se había contentado en la materia con comprobar si los motivos en los que se amparaba la autoridad administrativa no quedaban fuera del ámbito de aplicación de los textos legales (CE 19 de febr. de 1958, *Société «Les éditions de la Terre de Feu»*, Rec. 114). Tal y como recomendaba el Comisario del Gobierno, había llegado el momento de «rebasar los límites impuestos por la jurisprudencia tradicional». Esto no implicaba que el juez tuviera que encargarse de valorar los hechos en sustitución de la Administración, cuando esta última dispusiera de una facultad discrecional amplia; pero, en este caso, el control jurisdiccional representaba una garantía contra el uso abusivo de sus facultades que podía estar tentada a hacer la Administración. El señor Braibant destacaba este punto en sus conclusiones: «las facultades discrecionales llevan implícito el derecho a equivocarse, pero no el derecho a cometer un error manifiesto, es decir, patente y grave al mismo tiempo». La finalidad que perseguía el Consejo de Estado con la generalización del control del error manifiesto era obviar los graves inconvenientes que traía consigo este tipo de error. En este caso concreto, contrariamente a lo que opinaba el Comisario del Gobierno, el Consejo de Estado consideró que el Ministro del Interior no había cometido un error de este tipo. El Consejo de Estado estimó, por el contrario, que se apreciaba un error manifiesto de valoración en la prohibición dictada por el Ministro del

Interior, por motivos de orden público, contra la circulación, distribución y puesta en venta de una versión francesa, editada por una empresa belga, de la publicación alemana «Signal», que se difundió en Francia entre 1940 y 1944 (CE 17 de abr. de 1985, *Ministre de l'intérieur et de la décentralisation c. Société «Les éditions des Archers»*, Rec. 100; RD publ. 1985.1363, concl. Stirn; AJ 1985.508, obs. Richer).

Con el objeto fundamental de tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CE Secc. 9 de jul. de 1997, *Association Ekin*, Rec. 300; RFDA 1997.1284, concl. Denis-Linton, nota Pacteau; AJ 1998.374, nota Verdier; D. 1998.317, nota Dreyer; RD publ. 1998.539, notas Wachsmann y Rabiller; LPA 14 de nov. de 1997, nota Tamion; RUDH 1997.169, cr. Rouget), el Consejo de Estado terminó por optar, en esta materia, por el control de la calificación jurídica, en sustitución del control del error manifiesto. Pese al amplio desarrollo que ha conocido la teoría del error manifiesto, existen, no obstante, determinados ámbitos en los que el juez administrativo se resiste a introducirla: tal es el caso de la evaluación por un tribunal del valor de los exámenes de un candidato (CE 20 de marzo de 1987, *Cambus*, prec.); o de la evaluación de los méritos de un aspirante a la Legión de Honor (CE 10 de dic. de 1986, *Lorédon*, Rec. 516; AJ 1987.91, cr. Azibert y de Boisdeffre).

9 4.º) El control de la calificación jurídica se denomina a menudo control normal. Puede, a su vez, incluir dos niveles de control.

En ocasiones el juez se limita a controlar si la naturaleza de los hechos en los que se amparó la Administración justificaba la decisión adoptada, sin por ello entrar a valorar el contenido de esta última. En estos casos, el juez controla los motivos, pero no la parte dispositiva propiamente dicha.

Por ejemplo, aunque corresponde al juez controlar la representatividad de las organizaciones sindicales, requisito indispensable para que puedan ser designadas en determinados organismos, deja en manos del gobierno la tarea de seleccionar a una entre todas aquellas que satisfagan los criterios de representatividad (CE 11 de abr. de 1986, *Fédération générale agroalimentaire*, Rec. 92; AJ 1987.91, cr. Azibert y de Boisdeffre) y, en caso de que elija a varias organizaciones, le deja que asigne a cada una de ellas el número de representantes que considere oportuno (CE 11 de abr. de 1986, *Confédération française de l'encadrement CGC*, Rec. 675).

En otros casos, el control afecta no sólo a los motivos, sino también a la parte dispositiva. La calificación de los hechos se examina, entonces, con el fin de determinar si en base a éstos la Administración podía tomar no sólo una decisión, sino *la* decisión concreta que ha adoptado. Más allá de las razones del fallo, la calificación está relacionada en este caso con su contenido. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de policía (CE 19 de mayo de 1933, *Benjamin\**).

10 5.º) Se ha dado un nuevo paso en este sentido desde que el juez determina si las medidas adoptadas son «adecuadas o proporcionadas» (CE As. 26 de oct. de 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, Rec. 506; AJ 2012.35, cr. Guyomar y Domino: respecto a los pasaportes biométricos), o incluso si son «ajustadas, necesarias y proporcionadas» (CE As. 21 de dic. de 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi, Société Numericable et Société Parabole Réunion*, Rec. 430; v. n.º 95.5: respecto a la concentración), fórmulas ambas que se inspiran en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y del Consejo Constitucional.

11 6.º) El contencioso disciplinario es, sin duda, el ejemplo más ilustrativo tanto del alcance como de la evolución del control por parte del juez.

En primer lugar, existe en su caso una base común para el control de la materialidad de los hechos (¿se produjo el comportamiento que se imputa al interesado?) (CE 14 de ene. de 1916, *Camino\**) y para el control de su calificación (¿constituye el comportamiento una falta cuya naturaleza justifique una sanción?). A partir de aquí, cabe plantearse cuál es la sanción que hay que elegir dentro de la graduación prevista por los textos legales.

El Consejo de Estado ejerció primero un control sobre el error manifiesto (Secc. 9 de junio de 1978, *Lebon*, Rec. 245; AJ 1978.573, concl. Genevois; D. 1978.IR. 361, obs. P. Delvolvé; D. 1979.30, nota Pacteau; JCP 1979.II.19159, nota Rials; RA 1978.634, nota Moderne; Dr. soc. 1979.275, nota Sinay; Gaz. Pal. 1979.2.530, nota RD publ. 1979.227, nota J.-M. Auby), en la imposición de una sanción demasiado leve (CE 7 de abr. de 2010, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris*, Rec. 826; AJ 2010.2329, nota Bonnefort) o demasiado severa. Una fórmula más rigurosa que la del error manifiesto y que requiere, si no de un control de la proporcionalidad, sí al menos de un control de la falta de proporcionalidad, ha llevado a censurar «una sanción manifiestamente desproporcionada» (12 de ene. de 2011, *Matelly*, Rec. 3;

AJ 2011.623, nota E. Aubin; AJFP 2011.108, nota Piednoir: cese de un comisario de gendarmería por las opiniones que había expresado respecto a la vinculación de este cuerpo al Ministerio del Interior, siendo el cese la sanción más grave entre las que puede imponer la autoridad disciplinaria).

El paso hacia el control de la proporcionalidad se dio en relación con los funcionarios públicos sujetos a un régimen protector. Este fue primero el caso de los magistrados (CE 27 de mayo de 2009, *Hontang*, Rec. 207; Gaz. Pal. 2009, n.º 172, p. 6, concl. Guyomar; DA 2009, n.º 104, nota F. Melleray), luego, en otro ámbito, el de los alcaldes (CE 2 de marzo de 2010, *Dalongeville*, Rec. 65; AJ 2010.664, cr. Liéber y Botteghi; JCP Adm. 2010.2281, nota Dubreuil: cese de un alcalde por una gestión financiera particularmente negligente).

Finalmente, con la sentencia *Dahan* de 13 de nov. de 2013 (Rec. 279; RFDA 2013.1175, concl. Keller; AJ 2013.2432, cr. Bretonneau y Lessi; DA 20 de febr. de 2014.30, nota Duranthon), el Consejo de Estado (As.) consideró que a partir de ese momento «*corresponde al juez del recurso por exceso de poder... comprobar si los hechos imputados a un funcionario público que ha sido objeto de una sanción disciplinaria son constitutivos de unas faltas cuya naturaleza justifique una sanción*», pero también «*si la sanción impuesta es proporcional a la gravedad de las faltas*». Se ha ampliado este control a las sanciones disciplinarias que se imponen a los detenidos (CE 1 de junio de 2015, *Boromé*, req. n.º 380449).

Cabe, pues, esperar que el control de la calificación jurídica de los hechos, que no es ni general ni uniforme, siga evolucionando. Éste es sin duda el mejor ejemplo de una política jurisprudencial que busca soluciones «ajustadas a las posibilidades del juez y a las que considera ser las necesidades del momento» (R. Odent).

## 28 RECURSO POR EXCESO DE PODER. CONTROL DE LA EXACTITUD MATERIAL DE LOS HECHOS

Consejo de Estado, 14 de enero de 1916, *Camino*

(Rec. 15; RD publ. 1917.463, concl. Corneille, nota Jèze; S. 1922.3.10, concl.)

Considerando que las dos demandas antes citadas someten a juicio la misma cuestión; que procede, por tanto, unirlas para poder resolverlas mediante una sola decisión;

Considerando que, de conformidad con la ley de 8 de jul. de 1908 relativa a la suspensión y cese de los alcaldes, «las órdenes de suspensión de cargo y los decretos de cese deben estar motivados»;

*Considerando que, aunque el Consejo de Estado no pueda valorar la oportunidad de las medidas que le son remitidas por la vía del recurso por exceso de poder, sí le corresponde, por un lado, comprobar la materialidad de los hechos que han motivado dichas medidas y, por otro, en el caso en que hayan quedado probados los hechos, determinar si éstos justificaban legalmente la aplicación de las sanciones previstas en la disposición antes citada;*

Considerando que la orden y el decreto impugnados se fundan en dos motivos que deben ser objeto de un examen independiente;

Considerando, por un lado, que el motivo que se alega de incumplimiento por parte del alcalde de Hendaya de las obligaciones que se derivan de la ley de 5 de abr. de 1884, no habiendo éste velado por la decencia de un cortejo fúnebre al que asistía, se fundamenta en unos hechos y unas alegaciones cuya inexactitud cabe establecer a tenor de los elementos que obran en el expediente;

Considerando, por otro lado, que el motivo alegado de unas supuestas vejaciones de las que hubiera sido autor el recurrente contra una ambulancia privada, conocida como ambulancia de la playa, se fundamenta en hechos que, además de no haber quedado totalmente probados, no son constitutivos de faltas cometidas por el recurrente en el ejercicio de sus atribuciones ni impiden, por su propia naturaleza, mantener al señor Camino al frente de la administración municipal;

que, de cuanto antecede, cabe deducir que la orden y el decreto impugnados adolecen de un vicio por exceso de poder;... (Anulación).

## OBSERVACIONES

- 1 El doctor Camino, alcalde de Hendaya, había sido suspendido de su cargo por una orden prefectoral, y luego cesado por un decreto, por un lado, por no haber velado por la decencia de un cortejo fúnebre al que asistía –se le reprochaba que hubiera ordenado que se introdujera el ataúd por una brecha que había en el muro del cementerio y que se cavase una fosa insuficiente, con el fin de manifestar su desprecio por el difunto– y, por otro, de haber cometido determinadas vejaciones contra una ambulancia privada. Habiendo interpuesto un recurso el interesado, el Consejo de Estado anuló la suspensión de cargo y el cese, por ser materialmente inexacta la primera denuncia, y por estar fundada la segunda en hechos que no eran constitutivos de una falta disciplinaria.

Ya en su sentencia *Gomel\** de 4 de abr. de 1914, el Consejo de Estado había aceptado examinar si la naturaleza de los hechos, cuya existencia no se cuestionaba, justificaba el acto impugnado. En este caso concreto, había dado una respuesta negativa.

La sentencia *Camino* se limita, en lo tocante a este punto, a retomar la solución de la sentencia *Gomel\**: corresponde al Consejo de Estado «en los casos en los que hayan quedado probados los hechos, determinar si desde un punto de vista legal podían motivar la aplicación de las sanciones previstas» por la Ley. Se trata de establecer si los hechos son constitutivos de una falta. Nos hallamos ante uno de los ejemplos más clásicos del control de la calificación jurídica de los hechos (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Gomel\**).

La sentencia *Camino* marca un *nuevo avance en el control* del juez del recurso por exceso de poder, pasando del mero control de la calificación jurídica de los hechos al control de *su existencia material* (I), al tiempo que se excluye el control de *la oportunidad* (II).

- 2 **I.** La novedad de la sentencia *Camino* reside en el control de *la exactitud material de los hechos*: compete al Consejo de Estado «comprobar la materialidad de los hechos que han motivado (las) medidas» que le son trasladadas. Ello implica una ampliación del *objeto del con-*

*trol* del juez del recurso por exceso de poder (A), lo cual, a su vez, requiere la puesta a disposición de los *medios de control* (B).

A. En lo que respecta a este nuevo *objeto de control*, puede suscitar cierta sorpresa el hecho de que se haya incluido en la jurisprudencia con posterioridad a la calificación jurídica de los hechos. En efecto, *a priori*, es más fácil censurar un acto fundado en un hecho que no se ha producido que anular este acto por un hecho que, pese a ser real, no presenta las características necesarias. En el segundo caso, es necesario emitir una valoración que puede conllevar una parte de subjetividad; en el segundo caso, hay que examinar la existencia del hecho en estado puro. Aunque la jurisprudencia consideró durante mucho tiempo que, «aún siendo una circunstancia probada», el error manifiesto «no podía en modo alguno ser constitutivo de un exceso de poder» (CE 18 de marzo de 1910, *Hubersen*, Rec. 259), ello obedecía, por un lado, a su convicción de que la Administración era la única competente para examinar la materialidad de los hechos, no existiendo motivo alguno para que el juez procediera al examen en sustitución de ésta, y, por otro, a la idea de que la legalidad abarcaba exclusivamente las cuestiones de derecho, en las que no desempeñaba papel alguno la existencia de los hechos.

Este enfoque pierde su razón de ser al formularse las dos siguientes observaciones. En primer lugar, la competencia de la Administración no excluye la del juez. En segundo lugar, y por encima de todo, las cuestiones de hecho no son ajenas a las cuestiones de derecho: si una decisión ha de fundarse, desde el punto de vista jurídico, necesariamente en un hecho, la ausencia de este hecho impide que la decisión sea conforme al Derecho. De ahí que, para pronunciarse de conformidad con el Derecho, el juez del recurso por exceso de poder tenga que examinar el hecho.

En el caso *Camino*, los textos legales daban pie a un examen de este tipo, puesto que obligaban a la Administración a motivar las órdenes de suspensión y los decretos de cese de los alcaldes.

El Consejo de Estado terminaría por aplicar el principio que se estableció con la sentencia *Camino* al conjunto de las decisiones, con independencia de la obligación de motivarlas, y fuera cual fuere el alcance de las facultades de su autor.

Unos años más tarde, el Consejo de Estado anuló, por estar fundada en un hecho inexacto y ser resultado de una «causa jurídica

inexistente, una decisión por la que se concedía una excedencia al prefecto «a petición propia», cuando de hecho el interesado no había presentado solicitud alguna (20 de ene. de 1922, *Trépont*, Rec. 65; RD publ. 1922.81, concl. Rivet, nota Jèze; D. 1924.3.36, nota R. M.). La solución resulta todavía más sorprendente si se tiene en cuenta que afecta a una decisión que se adoptó en el ejercicio de una facultad discrecional del gobierno. Pero si, en los casos de facultad discrecional, la Administración dispone de libertad para tomar la decisión que le parezca más oportuna en virtud de las circunstancias de hecho, no puede, ni siquiera haciendo uso de dicha facultad, fundarse en unos hechos que no existen.

- 3 El control de la exactitud material de los hechos constituye, pues, junto con el control del error de derecho, del error manifiesto de valoración (salvo excepción) y de la desviación de poder, el control mínimo que ejerce el juez del recurso por exceso de poder, incluso en el caso de los actos respecto a los cuales la Administración tiene una facultad discrecional (por ej., CE 26 de ene. de 1977, *Ministre de la santé c. Prat*, Rec. 42: anulación de la negativa a autorizar la instalación de un equipo en una clínica, amparándose en la existencia, inexacta, de un equipo similar en la región; – 4 de febr. de 1981, *Konaté*, D. 1981.353, nota Pacteau: anulación de una orden de expulsión de un extranjero por razón de unas actuaciones violentas cuya materialidad no corroboran los documentos obrantes en el expediente; – Secc. 27 de abr. de 1988, *Société Revlon*, Rec. 169; AJ 1988.543, concl. Van Ruyambeke; RDSS 1988.637, nota Prétot: anulación, por estar fundados en hechos inexactos, de certificados de despido por causas económicas, cuando los interesados habían sido despedidos por falta grave; – 7 de abr. de 1993, *Ville de la Courneuve*, Rec. 100: anulación de la decisión con la que se delimitaban unos segmentos de evaluación para la determinación de las bases imponibles de los tributos locales, amparándose «en hechos materialmente inexactos que dieron lugar a una sobrevaloración del valor medio de mercado de (los) suelos urbanizables»). En especial, compete al juez administrativo, ante el que se interpone un recurso de anulación de una sanción, valorar él mismo la materialidad de los incumplimientos imputados al interesado y en los que se funda la sanción, incluso cuando algunos aspectos del caso puedan dar lugar a un contencioso ante los tribunales ordinarios (CE 16 de marzo de 2015, *Ministre des affaires sociales et de la santé c. Hôpital privé de l'estuaire*, demanda n.º 371465).

4 B. Al admitir el control de la exactitud material de los hechos, la sentencia *Camino* se adentra en el examen de los *medios* de control y, más concretamente, en el examen de la *prueba*.

En esta sentencia se señala que «los elementos que obran en el expediente demuestran la inexactitud» de los hechos y de las alegaciones en los que se funda uno de los motivos alegados por la Administración, mientras que el segundo motivo «se asienta en hechos que... sólo se han probado de forma incompleta». Se admite, pues, no sólo que la prueba se deriva de los elementos que obran en el expediente, sino también que la responsabilidad de la prueba puede trasladarse del demandante a la Administración demandada. Es posible que no se haya hecho suficiente hincapié en este aspecto de la sentencia. Sin embargo, encierra el germen de toda la jurisprudencia ulterior impulsora de la participación del recurrente en el establecimiento de la prueba, cuyo desarrollo final se alcanzaría con las sentencias *Barel\** de 28 de mayo de 1954, *Société Maison Genestal* de 26 de ene. de 1968 (Rec. 62, concl. Bertrand; v. n.º 66.6) y *Mme Perreux\** de 30 de oct. de 2009. Sin llegar hasta el límite de exigir a la Administración que aporte todos los documentos que puedan motivar la convicción del juez (*Barel\**), ni las razones de hecho o de derecho de su decisión (*Maison Genestal*), ni los elementos de hecho «que permitan establecer si la decisión impugnada se basa en elementos objetivos que descarten cualquier indicio de discriminación» (*Mme Perreux\**), la sentencia admite ya que corresponde a la Administración establecer la realidad de los hechos en los que se ha fundado.

A partir de aquí se abrió la posibilidad para el Consejo de Estado de exigir a la Administración que aportara «la prueba que le incumbe de la materialidad de los hechos» (CE 3 de febr. de 1965, *Saboureau*, Rec. 64) o, al menos, un esbozo de prueba (CE 14 de ene. de 1948, *Canavaggia*, Rec. 18), o también que los elementos del expediente corroboren la materialidad de los hechos alegados (CE 4 de febr. de 1981, *Konaté*, préc.).

Por consiguiente, la sentencia *Camino* contribuyó a un doble desarrollo del control del juez del recurso por exceso de poder sobre los hechos.

5 II. Ello no obsta para que estableciera sus límites: «El Consejo de Estado *no puede valorar la oportunidad* de las medidas que le son remitidas por la vía del recurso por exceso de poder».

La fórmula sigue siendo válida, pese a los avances que se han producido desde entonces en el control jurisdiccional: la oportunidad de un acto sigue siendo ajena a su legalidad y, por tanto, queda al margen del control jurisdiccional.

La jurisprudencia más reciente se hace eco de la sentencia *Camino*: en lo que respecta a una carretera, «no compete al Consejo de Estado, al que se ha encomendado que se pronuncie sobre el contencioso, que enjuicie la oportunidad del trazado elegido» (CE As. 20 de oct. de 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, Rec. 657, concl. Morisot; v. n.º 81.5); respecto a la decisión de traslado de la cabeza de partido de un departamento, «el gobierno procedió a un juicio de oportunidad, no siendo ésta susceptible de discusión en el Consejo de Estado al que se encomienda pronunciarse sobre un litigio» (CE As. 26 de nov. de 1976, *Soldani*, Rec. 508; AJ 1977.26, cr. Fabius y Nauwelaers y 33, concl. M. A. Latournerie); al abstenerse de modificar los límites regionales, el Consejo de Estado «procedió a un juicio de oportunidad, aunque éste no pueda ser objeto de debate en un juicio contencioso-administrativo» (CE 9 de nov. de 1984, *Association Bretagne Europe*, Rec. 354; JCP 1985.II.20501, nota C. S.); «no compete al Consejo de Estado valorar la oportunidad de la elección de un adjudicatario por el gobierno» (CE 17 de dic. de 1986, *Société Hit TV, Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers*, Rec. 676; RFDA 1987.19, concl. Fornacciari); al tomar la decisión de publicar un informe del Parlamento, el Primer Ministro procedió a un juicio de oportunidad, no pudiendo ésta ser objeto de discusión ante el juez del recurso por exceso de poder (CE Secc. 21 de oct. de 1988, *Église de scientologie de Paris*, Rec. 354, concl. Van Ruymbeke; AJ 1988.719, cr. Azibert y de Boisdeffre).

La ampliación del control del juez del recurso por exceso de poder sobre los hechos ha sido posible por la vía del control de la calificación jurídica y del control del error manifiesto (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Gomel*\*). Las fronteras entre oportunidad y legalidad han podido modificarse gracias a la incorporación dentro de la segunda de elementos que eran propios, con anterioridad, de la primera. Pese a todo, el principio de la sentencia *Camino* sigue siendo inderogable: el juicio de oportunidad escapa al control del juez del recurso por exceso de poder.

- 6 También puede estar fuera del alcance de la Administración, en cuyo caso el control del juez estaría también sujeto a restricciones.

Se da este supuesto cuando la Administración tiene la obligación, ante determinadas circunstancias de hecho, de adoptar una decisión concreta sin haber valorado los hechos: dispone entonces de una competencia reglada. En este caso, quedan sin efecto las ilegalidades que cabría reprochar al acto en otros aspectos: los motivos que se derivan de éstas ya no proceden. Esto es lo que consideró el Consejo de Estado (Secc.), en particular, en su sentencia de 3 de febr. de 1999, *Montaignac* (Rec. 7; AJ 1999.567, cr. Raynaud y Fombeur) respecto a una orden municipal que obligaba a retirar una valla publicitaria.

En este caso concreto, el juez comprueba los hechos en los que se funda el autor del acto; si resultan ser exactos, la obligación que imponen los textos legales a la Administración de aprobar el acto supone para el juez un impedimento para examinar otros aspectos de la legalidad.

Este resultado puede parecer paradójico: el control de la exactitud material de los hechos, que constituye un avance que hizo posible la sentencia *Camino*, desemboca en una restricción del control de la legalidad. Esto sólo se cumple cuando concurren dos circunstancias. La primera es la redacción de un texto que obliga a la Administración a actuar, la segunda es el vínculo que dicho texto establece entre la mera existencia de un hecho y la decisión que se impone. Cuando la Administración se ve en la necesidad de valorar los hechos objeto de la causa, el juez puede controlar no sólo su exactitud, según la jurisprudencia *Camino*, y su calificación jurídica, según la jurisprudencia *Gomel\**, sino también todos los demás motivos de ilegalidad: el control de la legalidad puede en este caso ejercerse plenamente.

## 29. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. IMPREVISIÓN

**Consejo de Estado, 30 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux***

(Rec. 125, concl. Chardenet; D. 1916.3.25, concl.; RD publ. 1916.206 y 388, concl., nota Jèze; S. 1916.3.17, concl., nota Hauriou)

*Sobre los motivos de desestimación alegados por la ciudad de Burdeos:*

Considerando que las conclusiones que la Compañía recurrente presentó ante el Consejo de la Prefectura, y que ahora presenta ante el Consejo de Estado, tenían como objeto conseguir que se condenara a la ciudad de Burdeos a asumir el incremento de los costes resultante de la subida del precio del carbón; que, por consiguiente, dado que lo que se planteaba era una dificultad relacionada con la ejecución del contrato, existían motivos fundados, de conformidad con la ley de 28 de Pluvioso del año VIII, para que la Compañía recurrente presentara dichas conclusiones en primera instancia ante el Consejo de la Prefectura y que luego apelará ante el Consejo de Estado;

*En cuanto al fondo: Considerando que, en principio, el contrato de concesión regula de forma definitiva, hasta su vencimiento, las obligaciones respectivas del concesionario y del concedente; que el concesionario está obligado a prestar el servicio previsto en las condiciones detalladas en el contrato, consistiendo su remuneración en las cuotas estipuladas que perciba de los usuarios; que la variación en el precio de las materias primas, a tenor de las circunstancias económicas, constituye un riesgo del mercado que puede, según los casos, ser favorable o desfavorable para el concesionario y que éste debe asumir por su cuenta y riesgo, dándose por supuesto que cada una de las partes ha tenido en cuenta este riesgo en los cálculos y previsiones que ha realizado antes de comprometerse;*

*Considerando, empero, que, como resultado de la ocupación por el enemigo de la mayor parte de las regiones productoras de carbón de Europa Continental, de la dificultad cada vez mayor de los transportes por mar debido tanto al embargo de embarcaciones como a la*

*naturaleza y la duración de la guerra naval, la subida que se ha producido en el transcurso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima para la producción de gas, ha alcanzado tales proporciones que no sólo presenta un carácter excepcional, en el sentido habitual del término, sino que ha ocasionado un aumento en los costes de producción del gas que, al invalidar por su magnitud todos los cálculos, supera sin lugar a dudas los límites extremos de los incrementos que podrían haber previsto las partes en el momento de la firma del contrato de concesión; que, debido al concurso de las circunstancias antes mencionadas, la economía del contrato se ha visto completamente trastocada; que la Compañía está, por tanto, legitimada para afirmar que no se le puede exigir que garantice, en las mismas condiciones que se establecieron en origen, el funcionamiento del servicio mientras dure la situación anómala antes expuesta.*

Considerando que de lo anteriormente expuesto se deduce que, aunque la Compañía carezca de legitimación para alegar que no está obligada a asumir incremento alguno en el precio del carbón por encima de los 28 francos por tonelada, cifra que, según ella, se consideró equivalente al precio máximo del gas previsto en el mercado, es indudable que se estaría cometiendo un abuso si se admitiera que se puede aplicar sin más consideraciones el pliego de condiciones, como si la empresa se hallara ante un riesgo ordinario; que es indispensable, por el contrario, para poner fin a las dificultades temporales, buscar una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que requiere la continuidad del servicio prestado por la Compañía con la ayuda de todos sus medios de producción, y las circunstancias especiales que no permiten una aplicación normal del contrato; que, a tal efecto, conviene resolver, por un lado, que se obligue a la Compañía a garantizar el servicio del que es concesionaria y, por otro, que ésta sólo tenga que asumir, durante este período transitorio, la parte de las consecuencias gravosas de la situación de fuerza mayor antes expuesta que la interpretación razonable del contrato permita exigirle; que procede, por consiguiente, después de anular la orden impugnada, pedir a las partes que se personen nuevamente ante el Consejo de la Prefectura, correspondiéndole a éste, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las que la Compañía podría mantener el servicio, determinar la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho la Compañía debido a las circunstancias extracontractuales en las que tendrá que seguir prestando servicio durante el período estable-

cido;... (Anulación; solicitud a la Compañía General de Alumbrado de Burdeos y a la ciudad de Burdeos de personarse nuevamente ante el Consejo de la Prefectura para que éste proceda, si no consiguen ponerse mutuamente de acuerdo sobre las condiciones especiales en las que la Compañía seguirá prestando el servicio, a establecer la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho la Compañía debido a las circunstancias extracontractuales en las que ha tenido que prestar el servicio del que es concesionaria).

## OBSERVACIONES

- 1 La Compañía General de Alumbrado de Burdeos había demandado a la ciudad ante el Consejo de la Prefectura de Gironde con el fin de que se dictaminara que el precio del gas establecido en el contrato de concesión debía incrementarse, y para que se le concediera una indemnización que compensara la pérdida en la que había incurrido por la subida del precio del carbón, siendo éste la materia prima para la producción de gas. La tonelada de carbón había, en efecto, experimentado una subida de 35 francos en ene. de 1915 a 117 francos en marzo de 1916 debido a las circunstancias de la guerra (ocupación por el enemigo de las grandes regiones productoras de carbón del continente y entorpecimiento del transporte por mar). Después de haber definido las características esenciales del contrato de concesión – *«contrato por el que se encomienda a un particular o a una empresa la ejecución de una obra pública o la prestación de un servicio público, a su costa, con o sin subvención, con o sin bonificación de interés, a cambio de una remuneración que consiste en la explotación de la obra pública o la prestación del servicio público, dándole éstas derecho a percibir unos pagos de los usuarios de la obra pública o de los beneficiarios del servicio público»* - el Comisario del Gobierno Chardenet se remitió a las numerosas decisiones que se habían adoptado en materia de obras públicas en los casos en que los empresarios se habían encontrado con suelos de una naturaleza totalmente imprevista, en particular, la sentencia de 3 de febr. de 1905, *Ville de Paris c. Michon*, Rec. 105 (el constructor, que había encontrado aguas subterráneas en cantidades excepcionales y al que la administración había impuesto la instalación de doce kilómetros de tuberías de drenaje, tenía motivos fundados para reclamar una indemnización por grave deterioro de las condiciones inicialmente previstas). El Comisario del Gobierno propuso aplicar los

mismos principios cuando un concesionario fuera víctima de una subida excepcional e imprevisible de los precios: *«Nos hallamos en presencia de unos gastos ocasionados por acontecimientos que las partes contratantes no podían haber previsto, y que son de tal naturaleza que impiden, temporalmente, que el contrato se pueda ejecutar en las condiciones en las que fue suscrito. Ello no obsta para que el servicio público se siga prestando –tal y como exige el interés general– y el contrato se mantenga. El poder público, en su condición de concedente, tendrá que asumir los gastos que sean necesarios para el funcionamiento del servicio público y que superen el límite máximo que cabía admitir como previsión posible y razonable en el marco de una recta interpretación del contrato»*. La sentencia se dictó en este sentido.

En un primer momento, se hizo constar en la misma que, en principio, el contrato de concesión regula de forma definitiva las obligaciones de las partes hasta su fecha de vencimiento y que la variación de los precios de las materias primas no deja de ser uno de los riesgos del contrato. Pero, tras cotejar la subida previsible en el precio del carbón –materia prima para la producción de gas– en el momento de la firma del contrato (23-28 francos) con la subida real (23-116 francos), se comprueba que el incremento ha invalidado las previsiones de las partes por su magnitud y que no procede aplicar al pie de la letra el pliego de condiciones, como si el riesgo fuera normal. Se propone, entonces, una solución que tenga en cuenta «a la vez el interés general, que requiere la continuidad del servicio prestado por la Compañía con la ayuda de todos sus medios de producción, y las circunstancias especiales que no permiten una aplicación normal del contrato»: la Compañía tendrá que garantizar el servicio, pero sólo habrá de asumir la parte del déficit que la interpretación razonable del contrato permita exigirle: la ciudad le abonará una indemnización de imprevisión que cubra el resto del déficit. Cuando no haya acuerdo entre las partes, será el juez el que establezca la indemnización.

Desde entonces la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de aplicar la teoría de la imprevisión, explicitando sus *requisitos* (I) y sus *consecuencias* (II). Ha incitado a las partes a modificar las cláusulas de los contratos (III).

- 2 I. Los requisitos de aplicación de la teoría de la imprevisión están condicionados por la naturaleza de los contratos que suscribe la

Administración (A), los acontecimientos que se producen (B), el trastorno que pueden ocasionar (C).

A. La teoría de la imprevisión se aplica exclusivamente a los contratos administrativos, pero afecta a todos estos contratos.

Su exclusión en el caso de los contratos de derecho común suscritos por la Administración obedece simplemente al hecho de que el contencioso al que pueden dar lugar es competencia de los tribunales ordinarios, habiéndose negado éstos siempre a admitir esta teoría.

Entre los contratos administrativos, la concesión constituye el ámbito principal de aplicación de la teoría de la imprevisión. Ésta puede aplicarse a otros contratos, como los que tienen que ver con los transportes (CE 21 de jul. de 1917, *Compagnie générale des automobiles postales*, Rec. 586), las obras públicas (CE 30 de oct. de 1925, *Mas-Gayet*, Rec. 836), los suministros (CE 8 de febr. de 1918, *Gaz de Poissy*, Rec. 122, concl. Corneille; RD publ. 1918.237, concl.); pero no puede aplicarse en el caso de contratos que prevén una sola entrega, al suponer éstos un plazo breve de ejecución (CE 3 de dic. de 1920, *Fromassol*, Rec. 1036; RD publ. 1921.81, concl. Corneille), además de no cumplir con otros requisitos de la teoría.

3 B. Los acontecimientos que condicionan la ejecución del contrato deben ser imprevisibles y ajenos a las partes.

En un primer momento se incluyeron las circunstancias de orden económico (subida de los precios del carbón en el caso *Gaz de Bordeaux*), luego los fenómenos naturales (CE Secc. 21 de abr. de 1944, *Compagnie française des câbles télégraphiques*, Rec. 119) y, por último, las medidas adoptadas por los poderes públicos (CE 4 de mayo de 1949, *Ville de Toulon*, Rec. 197; – 15 de jul. de 1949, *Ville d'Elbeuf*, Rec. 359; D. 1950.60, nota Blaevoet; S. 1950.3.61, nota Mestre).

Estos acontecimientos deben invalidar todas las previsiones que hubiera sido razonable que efectuaran las partes en el momento de suscribir el contrato. Este es el motivo por el que no cabe aplicar la teoría de la imprevisión cuando los plazos de ejecución sean muy cortos (CE 3 de dic. de 1920, *Fromassol*, prec.) 1939, *Leostic*, Rec. 53), cuando en el momento en que se firmó el contrato, fuera previsible la variación de los precios (CE 10 de febr. de 1943, *Aurran*, Rec. 36; TA Niza 20 de oct. de 2006, *Société Eurovia Méditerranée, Société Appia Var Alpes c. Préfet du Var*, AJ 2007.424, concl. Dieu, sobre el precio del petróleo), cuando, ya en el momento de firmar el acuerdo, se podría

haber previsto la causa de alteración del contrato (CE Secc. 23 de ene. de 1959, *Commune d'Huez*, Rec. 67; AJ 1959.165, concl. Braibant: no era previsible que los esquiadores dejaran de utilizar el telesilla que unía las estaciones de Huez y Alpe, teniendo en cuenta la superioridad de la infraestructura hotelera y la situación más favorable de la estación de Alpe), cuando hubiera sido posible aplicar, sin que se superaran los límites normales, la cláusula de variación de los precios (CE 19 de febr. de 1992, *SA Dragages et travaux publics c. Escota*, Rec. 1109; D. 1992. SC.411, obs. Terneyre).

La concesión de una indemnización de imprevisión es posible, no obstante, cuando las partes no han podido prever las consecuencias económicas de un acontecimiento que era en sí mismo previsible o de una situación que ya existía en el momento de suscribir el contrato (CE 22 de febr. de 29 de abr. de 1963, *Ville d'Avignon*, Rec. 115; AJ 1963.210, cr. Gentot y Fourré; RD publ. 1963.575, nota M. Waline).

El acontecimiento debe ser ajeno a la voluntad de las partes contratantes. Si la pérdida en la que incurre el empresario ha sido ocasionada por la actuación de la administración contratante, se aplicará la jurisprudencia del «hecho del príncipe»; si se deriva de una falta cometida por el propio cocontratante, éste no tendrá derecho a indemnización alguna (CE 1949, *Ministre de la guerre*, Rec. 191).

4 C. Por último, el acontecimiento debe ocasionar una *alteración de la economía del contrato*.

No se deriva del mismo un impedimento para la ejecución del contrato. De ser éste el caso, sería un acontecimiento irresistible: en conjunción con su naturaleza imprevisible y ajena a la voluntad de las partes, constituiría un caso de fuerza mayor, que eximiría al cocontratante de sus obligaciones (CE 9 de ene. de 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, Rec. 111, concl. Tardieu; D. 1910.3.89, concl.), sin por ello dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión.

La alteración de la economía del contrato consta de dos componentes. El primero es la superación del precio límite que habían considerado como previsible las partes en la evolución de los costes, o incluso en lo tocante a los beneficios de la explotación (CE Secc. 3 de ene. de 1936, *Commune de Tursac*, Rec. 5): este requisito coincide con la exigencia de imprevisibilidad antes mencionada. En segundo lugar, la ejecución del contrato debe implicar un déficit realmente importante, y no un simple lucro cesante: por ejemplo, el incremento de diferentes costes sociales específicos en Martinica, que representaban un

gasto adicional de cerca del 2% de la cuantía definitiva de un contrato, no «podía ser considerado como elemento causante de una alteración del equilibrio financiero del contrato» (CE 2 de jul. de 1982, *Société routière Colas*, Rec. 261). El juez valora el concepto de déficit importante teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias de la causa: el hecho de que la empresa haya repartido dividendos entre sus accionistas no excluye necesariamente la concesión de una indemnización de imprevisión (CE 22 de febr. de 1963, *Ville d'Avignon*, prec.), ya que los dividendos pueden proceder de reservas que se constituyeron en los ejercicios con balance positivo anteriores al período de imprevisión.

- 5           II. Las consecuencias de la teoría de la imprevisión están vinculadas con su fundamento: la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público. Para poder garantizarlo (A), el cocontratante tiene derecho a beneficiarse de una ayuda (B), que debe tener siempre un carácter provisional (C).

A. El cocontratante debe *seguir con la ejecución de su contrato*, sean cuales sean las dificultades financieras que se le planteen. Dado que la imprevisión no es un caso de fuerza mayor, el cocontratante no puede alegarla como motivo para interrumpir la prestación de sus servicios. Si lo hiciera, estaría cometiendo una falta punible y se estaría privando de la posibilidad de acogerse a la teoría de la imprevisión (CE Secc. 5 de nov. de 1982, *Société Propetrol*, Rec. 381; AJ 1983.259, concl. Labetoulle; D. 1983.245, nota Dubois; JCP 1984. II.20168, nota Paillet).

- 6           B. En contrapartida, el cocontratante tiene derecho a beneficiarse de una ayuda de la Administración. En la sentencia *Gaz de Bordeaux*, el Consejo de Estado insta a las partes «a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales dentro de las cuales la Compañía podría seguir prestando el servicio». Es posible suscribir un nuevo contrato, aunque la Administración no está obligada a ello (CE Secc. 5 de nov. de 1982, *Société Propetrol*, prec.). Cuando no haya acuerdo entre las partes sobre las modalidades de la ayuda que debe prestar una a la otra y, en particular, sobre la cuantía de la indemnización de imprevisión concedida al cocontratante, competará al juez establecerla.

Para determinarla, el juez se basa en varios elementos:

- 1.º) determina *a partir de qué fecha* tiene derecho el contratante a una indemnización; establece, en base a los informes de peritaje,

los precios contractuales aplicables a tenor de la situación existente en el momento de suscribir el contrato, y estima las variaciones de los precios que podrían haber previsto las partes;

2.º) calcula el *gasto extracontractual*, es decir, la cuantía del déficit resultante de la ejecución del contrato durante el período durante el cual ésta se vio alterada por unas circunstancias imprevisibles;

3.º) cuantifica el *importe de la indemnización*: ésta no cubre nunca en su totalidad el perjuicio ocasionado al contratante, aunque la parte que éste tiene que asumir es pequeña (entre un 5 y un 10 % de la cuantía del gasto extracontractual). Para establecer la proporción del perjuicio que debe asumir el contratante, el juez tiene en cuenta la situación financiera de la empresa, los beneficios obtenidos en el pasado y las ventajas previstas para el futuro, el carácter más o menos precario de la explotación, la diligencia con la que el contratante ha intentado superar las dificultades (*cf.* CE Secc. 21 de abr. de 1944, *Compagnie française des câbles télégraphiques*, *prec.*).

Se puede conceder la indemnización incluso si ha finalizado el contrato. Esta solución puede causar extrañeza si se tiene en cuenta el principio en el que se fundamenta la teoría de la imprevisión: la continuidad del servicio. Si el contrato se ha terminado, ya no hay motivos para hacer lo posible para que el contratante pueda prestar el servicio. Esta visión demasiado simplista parte de un desconocimiento de la realidad: la perspectiva de obtener una indemnización contribuye a incitar al cocontratante a seguir con la ejecución del contrato; sus esfuerzos deben ser compensados, por no decir recompensados, retrospectivamente. Esta es la razón por la que el Consejo de Estado concede la indemnización de imprevisión, incluso cuando se solicita una vez se ha producido la terminación del contrato (CE 27 de jul. de 1951, *Commune de Montagnac*, Rec. 439; – Secc. 12 de marzo de 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c. Société Sofilia*, Rec. 155; AJ 1976.552, concl. Labetoulle) o después de rescindido (CE 10 de febr. de 2010, *Société Prest'Action*, Rec. 850; BJCP 2010.197, concl. N. Boulouis; DA abr. de 2010, nota Brenet).

7 C. La indemnización debe mantener su carácter *provisional*. Su finalidad no es otra, en efecto, que permitir al cocontratante afrontar los gastos extraordinarios que le impongan momentáneamente unas circunstancias imprevisibles. No cabe garantizar su percepción al cocontratante hasta la finalización del contrato. Pueden darse dos casos:

– en primer lugar, es posible que se restablezca el equilibrio contractual, ya sea (lo que no es nada frecuente) porque desaparezcan las

circunstancias imprevisibles, o porque se produzcan nuevos acuerdos entre las partes (revisión del acuerdo, incremento de los precios o de las tarifas);

– en segundo lugar, puede ocurrir que la alteración de la economía del contrato adquiera un carácter definitivo, por lo que la imprevisión se transforma en un caso de fuerza mayor que justifica la rescisión del contrato. Esto es lo que resolvió el Consejo de Estado (As.) en la sentencia de 9 de dic. de 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg* (Rec. 1050, concl. Josse; D. 1933.3.17, concl., nota Pelloux; RD publ. 1933.117, concl., nota Jèze; S. 1933.3.9, concl., nota P. Laroque): «*si las nuevas condiciones económicas crean una situación definitiva que ya no permite al concesionario ajustar sus gastos a los recursos de los que dispone, no se podrá exigir al concedente que garantice, a costa de los contribuyentes, el funcionamiento de un servicio que ya no es viable; si se da este supuesto, la nueva situación que se ha generado pasará a ser un caso de fuerza mayor y, como tal, permitirá tanto al concesionario como al concedente, cuando no sea posible un acuerdo amistoso sobre la nueva orientación que habría que imprimir a la explotación, solicitar al juez la rescisión de la concesión, mediante indemnización si procede, y teniendo en cuenta tanto las disposiciones del contrato como el conjunto de las circunstancias del caso.*»

Esta fórmula se ha retomado casi literalmente en la sentencia de 14 de junio de 2000, *Commune de Staffelfelden* (Rec. 227; BJCP 2000.435, concl. Bergeal; CJEG 2000.473, concl.) relativa a un contrato de suministro de agua que firmaron, por un período de veinte años, un municipio y una empresa: al haber quedado inutilizada la fuente gracias a la cual se suministraba el agua, durante al menos doscientos años, debido a una contaminación de origen industrial, la empresa se vio obligada a buscar otras fuentes de abastecimiento, cuyo coste triplicaba primero y luego duplicaba el precio que debía pagar el municipio de conformidad con lo estipulado en el contrato. «*En estas condiciones, y dado que el municipio se negaba a revisar la tarifa del agua suministrada en su término municipal, la posibilidad de seguir... con la ejecución del contrato tropezaba contra un impedimento insalvable*», hecho que justificaba la rescisión del contrato a instancias de la empresa, así como una indemnización por el gasto extracontractual resultante del déficit de explotación que había tenido que soportar du-

rante el período anterior a la rescisión, déficit del que había que deducir la parte equivalente al 5% que le correspondía asumir a la empresa.

Lo que precede es una buena muestra de la actualidad de la teoría de la imprevisión, de la amplitud de su campo de aplicación (que no se reduce a los contratos de concesión) y de su alcance (que no se limita a la indemnización del cocontratante, sino que incluye también la rescisión del contrato por motivos de fuerza mayor).

**8**            **III.** Además de las consecuencias que ha tenido en los contratos a los que se aplica directamente, la teoría de la imprevisión ha llevado a la Administración y a sus cocontratantes a incluir en sus contratos unas *cláusulas de variación o de revisión* cuyo objeto es modificar la evolución de las relaciones financieras en función de la situación económica y financiera, despojando, así, en parte a la teoría de sus efectos característicos (par ej., CE 28 de oct. de 1983, *Société auxiliaire d'entreprise*, Rec. 780). Pero estas cláusulas no han eliminado todas las dificultades.

En primer lugar, su interpretación ha dado lugar a controversia en los casos en que desaparecen los índices a las que hacen alusión. El Consejo de Estado ha recurrido a su método tradicional consistente en apelar a la voluntad de las partes (por ej., CE 28 de nov. de 1952, *Ville de Nice c. Société industrielle des travaux d'assainissement urbain*, Rec. 539; – 9 de oct. de 1960, *Société Entreprise Thireau-Morel*, Rec. 546).

En segundo lugar, las cláusulas de variación o de revisión no han supuesto que la teoría de la imprevisión pierda su razón de ser, al poder darse el caso o bien de que no se hubieran estipulado, o de que sus efectos se vieran invalidados por unas medidas de contención autoritaria de los precios (CE 15 de jul. de 1949 *Ville d'Elbeuf*, prec.; – 22 de febr. de 1963, *Ville d'Avignon*, prec.), o de que no se hubieran previsto los acontecimientos acaecidos con posterioridad (CE 29 de mayo de 1991, *Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*, Rec. 1048; D. 1991. SC. 376, obs. Terneyre). Si, por ejemplo, el contrato preveía que la remuneración del cocontratante estuviera sujeta a variación en función de determinados elementos y que fueran los riesgos no previstos por las partes los que lo alteraran, el empresario podía pedir que se le concediera una indemnización de imprevisión. Esta jurisprudencia que tiene su origen en dos sentencias de Sección de 5 de nov. de 1937, *Département des Côtes-du-Nord y Ducos* (Rec. 900 et 902) ha dado lugar desde entonces a varias decisiones (CE

11 de junio de 1947, *Ministre de la guerre c. Nadaud*, Rec. 255; – 2 de febr. de 1951, *Secrétaire d'État à la défense*, Rec. 67).

9 Resulta, así, que los principios que sentó la sentencia *Gaz de Bordeaux* conservan su alcance y su valor. Se han extrapolado desde el ámbito de los contratos al de los reglamentos: el Consejo de Estado ha dispuesto que, en materia económica, los interesados pueden solicitar la modificación o anulación de un reglamento cuando la alteración de las circunstancias que sirvieron de fundamento legal a la disposición objeto de litigio revista, por motivos ajenos a la voluntad de los interesados, el carácter de un cambio tan radical que excluya toda posibilidad de previsión por parte del autor de la medida y que haya tenido como resultado privar a esta última de su base jurídica (CE As. 10 de ene. de 1964, *Ministre de l'agriculture c. Simonnet*, Rec. 19; v. n.º 40.3; v. nuestras obs. sobre CE 10 de ene. de 1930, *Despujol\**).

10 Cabría preguntarse si está justificada la exclusión de la teoría de la imprevisión por parte de la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria en el caso de los contratos de derecho privado. Aunque no se puede estar seguro de la apertura a la que pueden dar lugar las sentencias del Tribunal de Casación (Civ. 1.<sup>a</sup>) de 16 de marzo de 2004, *Société Les Repas Parisiens c. Association des jeunes travailleurs et commune de Cluses* (Bull. civ. I, n.º 86; D. 2004.1754, nota D. Mazeaud y 2239, cr. Ghestin; JCP 2004.I.173, n.º 22, nota Ghestin; JCP E 2004.737, com. Renard-Payen; RTD civ. 2004.290, nota Mestre y Fages) y (Com.) de 29 de junio de 2010, *Société Soffimat* (D. 2010.2481, notas D. Mazeaud y Genicon; Just. et cas. 2012.275, art. Carpentier), el artículo 1196 del proyecto de ordenanza para la reforma del Derecho de las obligaciones debería permitir a las partes intervinientes en un contrato, en caso de modificación de las circunstancias y de fracaso de una negociación previa, recurrir al juez para que proceda a la adaptación del contrato o a su rescisión. Si fuera así, habrá que comprobar si, en el ámbito del derecho privado, la teoría de la imprevisión adopta la fórmula que impuso, en el ámbito del derecho público, la sentencia *Gaz de Bordeaux*.

### 30. PODERES DE GUERRA Y CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

Consejo de Estado, 28 de junio de 1918, *Heyriès*

(Rec. 651; S. 1922.3.49, nota Hauriou)

Considerando que, para solicitar la anulación por exceso de poder de la decisión, de fecha 22 de oct. de 1916, por la que fue destituido de su cargo como delineante de ingeniería de segunda, el señor Heyriès alega, de un lado, que tenía derecho a que se le informara de los detalles de su expediente, según lo dispuesto en el art. 65 de la ley de 22 de abr. de 1905, cuya aplicación no podía ser anulada por el decreto de 10 de sept. de 1914; y, de otro lado, que en cualquier caso no se cumplió con las formalidades previstas en el decreto de 16 de sept. de 1914;

*En cuanto a la primera alegación: Considerando que el art. 3 de la ley constitucional de 25 de febr. de 1875 pone al mando de la Administración francesa al Presidente de la República y le encomienda que garantice el cumplimiento de las leyes; que, por consiguiente, a él le incumbe velar por que, en todo momento, se mantengan en buen estado de funcionamiento los servicios públicos instaurados por las leyes y los reglamentos, asegurándose de que las dificultades resultantes de la guerra no paralicen su actividad; que a él le correspondía, en fecha de 10 de sept. de 1914, momento en que se aprobó el decreto cuya legalidad se cuestiona, valorar si la obligación prevista en el art. 65 de la ley de 22 de abr. de 1905 de informar a todo funcionario sobre su expediente, antes de imponer cualquier sanción disciplinaria, podía, durante el período de las hostilidades, impedir en muchos casos que se ejerciera la acción disciplinaria, y obstaculizar el funcionamiento de las diferentes administraciones necesarias para la vida nacional; que, en virtud de las condiciones en que se ejercían de hecho, en ese momento, los poderes públicos, era misión del Presidente de la República adoptar él mismo las medidas indispensables para la prestación de los servicios públicos sometidos a su autoridad.*

Considerando que al tomar la decisión, con el decreto aprobado en la fecha arriba indicada, de suspender transitoriamente la aplicación del art. 65 mientras durara la guerra, reconociendo a los interesados el derecho a interponer, una vez terminadas las hostilidades, un recurso

de revisión de las decisiones adoptadas de este modo, el Presidente de la República se limitó a hacer un uso legal de las facultades que le reconocía el art. 3 de la ley constitucional de 25 de febr. de 1875, y que, por tanto, en la decisión del Ministro de la Guerra, que se adoptó de conformidad con lo dispuesto en el decreto antes citado, no se aprecia defecto alguno por exceso de poder;

*En cuanto a la segunda alegación:* Considerando que de la instrucción se desprende que la decisión impugnada se adoptó una vez visto el informe del Jefe de los Servicios de Ingeniería de Niza, y tras un interrogatorio del que fue objeto el señor Heriès y durante el cual se le dio la posibilidad de aportar todas las aclaraciones relativas a los cargos que se le imputaban, y de exponer sus explicaciones y alegaciones en su defensa; que, de este modo, se cumplió con las obligaciones previstas en el decreto de 16 de sept. de 1914;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 **I.** El gobierno se había visto obligado a adoptar, durante las primeras semanas de la guerra de 1914-1918, una serie de decretos que traspasaban los límites de sus facultades normales. La ley de 30 de marzo de 1915 ratificó, con posterioridad, muchos de estos decretos, pero omitió refrendar el decreto de 10 de sept. de 1914 por el que se suspendía la aplicación a los funcionarios civiles del art. 65 de la ley de 22 de abr. de 1905, artículo que obligaba a informar a dichos funcionarios, antes de adoptar una medida disciplinaria, de cualquier expediente que se abriera contra ellos. Al haber sido destituido el señor Heyriès, sin que se le notificara previamente el expediente abierto contra él, procedió a impugnar la legalidad del decreto de 10 de sept. de 1914, en el cual se amparaba la medida que le había sido impuesta.

La suspensión por decreto de un texto legal constituye una ilegalidad flagrante, pese a lo cual el Consejo de Estado desestimó la demanda. Para ello, se fundó en la idea de que el *principio de continuidad de los servicios públicos entrañaba unas exigencias excepcionales en tiempo de guerra, motivo por el que estaba justificada una ampliación extraordinaria de los poderes del gobierno y de la Administración*. Los comentaristas de la decisión expresaron su sorpresa ante el hecho de que el Consejo de Estado invocara el art. 3 de la ley constitucional de 25 de febr. de 1875: «Incumbe al Presidente de la República

promulgar las leyes; velar por que se cumplan y *garantizar su cumplimiento*; disponer de las fuerzas armadas; nombrar a todos los cargos civiles y militares.» Este texto constituye el fundamento constitucional del principio de continuidad de los servicios públicos. Pero en modo alguno basta para justificar la solución adoptada: en las condiciones en las que se ejercen los poderes públicos durante las hostilidades es donde radica en realidad, dicha justificación. La jurisprudencia anterior a la guerra de 1914-1918 ya atribuía un lugar destacado al concepto de *urgencia*, subordinando el uso de los poderes de policía por la autoridad civil a las circunstancias y, en particular, a la naturaleza y gravedad de las dificultades que se trataba de evitar. Determinada manifestación del culto religioso que, en circunstancias normales, no se hubiera podido prohibir, pasaba a ser objeto de prohibición legal en circunstancias excepcionales de tiempo y lugar (CE 19 de febr. de 1909, *Abbé Olivier\**). La urgencia podía justificar la ejecución de oficio (TC 2 de dic. de 1902, *Société immobilière de Saint-Just\**). El Comisario del Gobierno Helbronner había declarado lo siguiente, en sus conclusiones sobre el caso *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies* (18 de jul. de 1913, Rec. 875, concl. Helbronner; RD publ. 1913.506, concl., nota Jèze): «En las sociedades organizadas, hay que situar por encima de los intereses individuales más respetables, por encima de los intereses colectivos más esenciales, el derecho superior de una nación a garantizar su propia existencia, y a defender su independencia y su seguridad», y había solicitado a la Alta Asamblea que declarara que, en caso de producirse una huelga general de empleados de los ferrocarriles públicos, el gobierno tenía el deber y el derecho de asegurar la continuidad del servicio de transporte por todos los medios legales a su alcance y, en especial, de convocar a estos funcionarios para que prestaran un servicio militar de veintiún días.

El estado de guerra permitió llevar mucho más lejos las consecuencias de estos principios: el gobierno puede, en estas condiciones y para asegurar la continuidad del servicio, recurrir incluso a medios que serían ilegales en cualquier otro momento. De este modo, se está reconociendo, con la mayor rotundidad, no sólo la existencia de una legalidad especial en tiempos de crisis, sino incluso su primacía frente a la legalidad a secas.

En aquel momento, hubo otras decisiones que se fundaron en la misma teoría, ya sea de hecho o de principio (cfr. Dames Dol et Laurent\*, 28 de febr. de 1919, y nuestras obs.). El Consejo de Estado apli-

có a gran número de casos la jurisprudencia Heyrès durante la Segunda Guerra Mundial y durante el período inmediatamente posterior. El conjunto de estos precedentes constituye una verdadera doctrina en materia de poderes en situaciones de crisis.

II. Las circunstancias excepcionales, cuya existencia ha de determinar en exclusiva al Consejo de Estado, modifican las reglas normales que rigen la competencia, la forma y el objeto de los actos administrativos, pero en modo alguno pueden tener como resultado la ratificación de un acto inútil o de un acto que no sea conforme con el objetivo para cuya consecución se otorgaron los poderes excepcionales.

1. Las normas de competencia.

- 2 a) Las normas de competencia se flexibilizan dentro de la Administración: en efecto, dentro de este ámbito es preciso actuar con presteza, y el funcionario que esté en condiciones de actuar debe hacerlo cuando así lo exija el interés superior del Estado. Por ello, en tiempos de guerra, una autoridad administrativa puede delegar sus poderes, aunque no exista ninguna disposición legislativa o ningún decreto que autorice tales delegaciones (CE 1 de agosto de 1919, *Société des établissements Saupiquet*, Rec. 713, concl. Riboulet; – 26 de junio de 1946, *Viguié*, Rec. 179).
- 3 b) La Administración está legitimada para llevar a cabo actos que pertenecen normalmente al ámbito de las competencias legislativas: por medio de una circular de 27 de agosto de 1944, el Comisario de Guerra del gobierno provisional de la República francesa pudo, sin cometer ninguna irregularidad, declarar el pase a la situación de excedencia del conjunto de los oficiales de carrera que no pertenecían a las fuerzas armadas del gobierno provisional, aunque sólo fuera posible, en principio, crear un nuevo cargo para los oficiales por ley; el Consejo de Estado alegó que el gobierno no había podido reunirse y que había sido imposible legislar por medio de decretos legislativos; aclaró, además, que esta medida dejaría de aplicarse a partir del momento en que una autoridad legislativa pudiera ejercer su poder (As. 16 de abr. de 1948, *Laugier*, Rec. 161; S. 1948.3.36, concl. Letourneur).
- 4 c) Todavía más atrevida es la jurisprudencia del «funcionario de hecho», según la cual se puede admitir que personas u organismos sin competencia administrativa ejerzan, en aras del interés general, los poderes de la Administración e incluso del legislador: tal fue el caso del

«Comité Local de Administración Municipal de Frécamp» que, en junio de 1940, procedió a la reapertura de los establecimientos comerciales abandonados por sus propietarios, nombrando a unos gerentes y estableciendo unos impuestos sobre las ventas: «... debido a la imposibilidad de reunir al concejo municipal y recabar la aprobación del prefecto, competía al alcalde, como jefe del municipio, adoptar las medidas que exigía esta situación; que, en tales circunstancias, y dado que ninguno de los recursos municipales previstos por la legislación vigente permitía afrontar las necesidades extraordinarias que generaban los acontecimientos, el alcalde de Frécamp pudo establecer, sin infringir la Ley, la recaudación temporal de un impuesto sobre los ingresos obtenidos en los establecimientos de los comerciantes y empresarios de la ciudad» (CE As. 7 de ene. de 1944, *Lecocq*, Rec. 5; *RD publ.* 1944.331, concl. Léonard, nota Jèze; JCP 1944.II.2663, nota Charlier).

Y, en este caso concreto fue, al menos, el alcalde quién tomó la iniciativa de aplicar estas medidas extraordinarias. En algunas ocasiones fueron simples particulares los que adoptaron este tipo de medidas; por ejemplo, en mayo de 1940, se creó en Saint-Valéry-sur-Somme, después de marcharse los funcionarios del ayuntamiento, un «Comité para la protección de los intereses valerianos» que se hizo cargo de la administración de la ciudad y del abastecimiento de la población; procedió a requisar los alimentos almacenados en los comercios y los vendió: «Considerando que estos actos no quedaban fuera del ámbito de competencia legal de las autoridades municipales; que, en la medida en que las circunstancias excepcionales ocasionadas por la invasión les conferían un carácter de necesidad y urgencia, cabía considerarlos, pese a emanar de una autoridad de hecho que había ocupado el lugar de las autoridades antedichas, como actos administrativos» (CE Secc. 5 de marzo de 1948, *Marion*, Rec. 113; D. 1949.147 y la nota).

## 2. Las normas formales.

- 5 En tiempos de crisis, se puede eximir a la Administración de cumplir con las formas a las que ha de plegarse todo acto administrativo, aunque éstas constituyan una garantía esencial para los funcionarios públicos o para los administrados.

En la sentencia *Heyriès*, el Consejo de Estado admitió la legalidad de la suspensión del art. 65 de la ley de 22 de abr. de 1905 relativo

a la notificación del expediente, y en la sentencia *Courrent* (16 de mayo de 1941, Rec. 89), admitió que «las circunstancias extraordinarias que imperaban el 23 de jul. de 1940 en el municipio de Nérac autorizaban a la Administración a adoptar en ese momento, sin cumplir con lo previsto en el art. 86 de la ley de 5 de abr. de 1884, todas las medidas provisionales necesarias para sustituir de forma inmediata al alcalde como responsable de la dirección de los asuntos del municipio de Nérac, debido a las dificultades que podía acarrear a las autoridades públicas la colocación del cartel objeto de litigio» (cartel que podía «prestarse a comentarios desfavorables contra los poderes públicos y entorpecer sus actuaciones, en particular en lo relativo al abastecimiento»). Del mismo modo, aunque el Consejo de Estado dictaminó que el intento de llegar a un acuerdo previo era un requisito indispensable para la legalidad de las confiscaciones efectuadas al amparo de la ley de 11 de jul. de 1938 (Secc. 10 de nov. de 1944, *Auvray*, Rec. 291), consideró que las circunstancias excepcionales permitían a la Administración proceder a la confiscación sin necesidad de proceder a este intento (28 de marzo de 1947, *Crespin*, Rec. 142).

### 3. El contenido de los actos.

- 6 El estado de emergencia permite a la Administración llevar a cabo, sin que se le pueda imputar un exceso de poder, actos que, de haber sido adoptados en cualquier otro momento, habrían sido considerados ilegales o incluso calificados de atentado contra algún derecho: creación de nuevos impuestos (CE 7 de ene. de 1944, *Lecocq*, prec.), confiscación de mercancías almacenadas o de cargamentos (CE 5 de marzo de 1948, *Marion*, prec.), atentado contra la libertad individual (CE 28 de febr. de 1919, *Dames Dol et Laurent\**; – As. 10 de dic. de 1954, *Andréani y Desfont*, Rec. 656; RPDA 1955.30, concl. Chardeau; RJPUF, 1955.210, nota Plantey). El Consejo de Estado consideró, por ejemplo, que «a tenor de las circunstancias excepcionales de tiempo y de lugar» que representaba el riesgo de explosión del volcán «La Soufrière» durante el verano de 1976, el prefecto no había infringido la ley al prohibir, en una zona delimitada, la circulación y la navegación de barcos comerciales, y ordenar la evacuación de una parte de la isla de Guadalupe (CE 18 de mayo de 1983, *Rodes*, Rec. 199; AJ 1984.44, nota J. Moreau).

Las circunstancias excepcionales liberan de su carácter atentatorio contra la legalidad a unas actuaciones que, en condiciones normales, habrían merecido esta calificación: este es el motivo por el que los atentados arbitrarios contra la libertad individual, que suelen calificarse como vías de hecho, son competencia de los tribunales administrativos y están subordinados a los principios generales que regulan la responsabilidad de los poderes públicos siempre que se cometan en circunstancias excepcionales (v. TC 27 de marzo de 1952, *Dame de la Murette*, Rec. 626; D. 1954.221, nota Eisenmann; JCP 1952.II.7158, nota Blaevoet; RD publ. 1952.757, nota M. Waline; RA 1952.268, nota Liet-Veaux; S. 1952.381, nota Grawitz). Si el Consejo de Estado se declaró competente en los casos *Alexis y Wolff* (As. 7 de nov. de 1947, Rec. 416; S. 1948.3.101, concl. Célier; D. 1948.472, nota Eisenmann; JCP 1947.II.4006, concl., nota Mestre), aunque se tratara, en una y otra causa, de atentados arbitrarios contra la libertad individual (arresto y detención arbitrarios durante la Liberación), ello obedeció, según M. J. Delvolvé (*EDCE*, 1950, p. 37), a que «no se apreció la existencia de una vía de hecho, ya que la actuación administrativa estaba vinculada con un poder excepcional que se ejerce en tiempos de crisis». Estos principios dieron lugar, con posterioridad a la guerra, a varias centenas de decisiones del Consejo de Estado relativas a arrestos e internamientos que se habían producido una vez terminada la guerra.

Las circunstancias excepcionales pueden, por último, conferir a la ejecución de oficio el carácter de urgencia en el que se fundamenta su legalidad (*cf.* TC 19 de mayo de 1954, *Office publicitaire de France*, Rec. 703; JCP 1954.II.8382, nota Rivero).

#### 4. Los límites del concepto de circunstancias excepcionales.

7

Tal y como declaró el Comisario del Gobierno Letourneur en sus conclusiones sobre el caso *Laugier* antes citado, la consciencia del peligro que podía representar la generalización de las circunstancias excepcionales, al dar «vía libre a la supresión de toda legalidad», llevó al Consejo de Estado a exigir el concurso de varias circunstancias:

a) La aparición brusca de hechos graves e imprevistos – que es lo que permite distinguir las circunstancias excepcionales de la simple emergencia (*cf.* las sentencias *Lecocq* y *Marion*, citadas *ut supra*);

b) La imposibilidad en la que se ve la autoridad administrativa de actuar de conformidad con la Ley (*cf.* *Laugier*: «en fecha de 27 de

agosto de 1944, las circunstancias excepcionales del momento y, en particular, el hecho de que el gobierno no pudiera reunirse y que, por consiguiente, no fuera posible legislar mediante decretos legislativos, justificaban que el Comisario de la Guerra adoptara las medidas necesarias para afrontar provisionalmente la situación»; en cambio, el Alto Comisionado de Francia en Indochina no fue autorizado a establecer legalmente un régimen de subsidios familiares en sept. de 1947, ya que de los elementos que obraban en el expediente no se desprende que en esa fecha y «en las circunstancias impuestas por el estado de guerra que imperaba en Indochina», este funcionario «se hubiera visto obligado, con el fin de hacer frente a la situación económica y social de la época, a instaurar sin demora y por iniciativa propia el régimen objeto de impugnación» (CE Secc. 31 de ene. de 1958, *Chambre syndicale du commerce d'importation en Indochine*, Rec. 63; AJ 1958.II.90, cr. Fournier y Braibant); los acontecimientos de mayo y junio de 1968 fueron también considerados «circunstancias particulares» cuya naturaleza justificaba que se eximiera al gobierno de determinadas consultas previstas en los textos legales, aunque no autorizaban al Ministro de Educación Nacional a intervenir en materias que se regulaban por decreto (CE As. 12 de jul. de 1969, *Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Étienne*, Rec. 379; AJ 1969.553, cr. Dewost y Denoix de Saint Marc), ni al tribunal del concurso-oposición para la cátedra de literatura a vulnerar el principio de igualdad de los candidatos y a modificar las modalidades de los exámenes orales (CE 28 de nov. de 1973, *Bertrand*, Rec. 670; JCP 1974.II.17789, nota Amson);

c) La persistencia de las circunstancias excepcionales en el momento en que se produce el acto objeto de litigio (*cf.* *Laugier*, «... no obstante, cuando estas decisiones estaban relacionadas, como en este caso concreto, con cuestiones que eran competencia del legislador, debían dejar de aplicarse a partir de la fecha en que una autoridad con facultades legislativas estuviera en condiciones de ejercer dichas facultades»; *cf.* asimismo CE Secc. 7 de ene. de 1955, *Andriamisera*, Rec. 13; RJP UF 1955.859, concl. Mosset; RD publ. 1955.709, nota M. Waline: un Decreto-Ley que se justifica debido a unas circunstancias excepcionales no puede seguirse aplicando cuando desaparecen dichas circunstancias);

d) el carácter de interés general de la actuación, que se admite con el único propósito «de satisfacer las necesidades del momento» (CE 4 de junio de 1947, *Entreprise Chemin*, Rec. 246).

**III.** La teoría de las circunstancias excepcionales, que tiene un origen en la jurisprudencia, coexiste con regímenes jurídicos que sirven para afrontar los períodos de crisis y que se fundamentan en disposiciones constitucionales o legislativas. Además del régimen del estado de sitio, que se define en la Ley, pero que tiene también una base constitucional (art. 36 de la Constitución de 1958), conviene mencionar tanto el régimen del estado de emergencia (ley de 3 de abr. de 1955) como los poderes en caso de crisis del Presidente de la República que se derivan del artículo 16 de la Constitución. El control jurisdiccional de estos regímenes de poderes en tiempos de crisis es más restringido que el que se ejerce al amparo de la teoría de las circunstancias excepcionales.

**8** a) Aunque el ejercicio de las facultades que confiere al Jefe de Estado el artículo 16 está subordinado al cumplimiento de determinadas formalidades previas (consultas con el Primer Ministro, los Presidentes de las Asambleas y el Consejo Constitucional), sólo está sujeto, no obstante, a un control judicial muy restringido. El Consejo de Estado ha considerado, en efecto, que la decisión de hacer uso de la facultad contemplada en el artículo 16 constituye un acto de gobierno, y que no dispone, en tanto órgano jurisdiccional, de la capacidad para valorar ni su validez ni su período de aplicación; además, las medidas adoptadas por el Presidente de la República en el ámbito de la Ley constituyen actos legislativos no susceptibles de recurso ante el juez administrativo; sólo los actos de naturaleza reglamentaria o individual pueden ser objeto de remisión al juez del recurso por exceso de poder (CE As. 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens\**). Así pues, contrariamente a lo contemplado en la jurisprudencia de las circunstancias excepcionales, el juez administrativo no puede controlar ni la existencia de una situación de emergencia, ni, salvo en muy pocos supuestos, la adecuación de las medidas adoptadas a las exigencias de la situación.

Sin embargo, desde que la ley constitucional de 23 de jul. de 2008 estableció un procedimiento que permite controlar las disposiciones legislativas contrarias a los derechos y libertades garantizados por la Constitución, el supuesto de un control de las decisiones adoptadas por el Jefe de Estado está exclusivamente reservado al Consejo Constitucional, órgano al que se recurre por iniciativa del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación.

Las disposiciones del artículo 16 no han tenido como resultado que desaparezca de la jurisprudencia la teoría de las circunstancias

excepcionales. El Consejo de Estado la aplicó puntualmente cuando tuvo que anular un decreto presidencial el 1 de junio de 1962, decreto que se había dictado al amparo de la ley de referéndum de 13 de abr. de 1962 y por el que se creó el Tribunal Militar de Justicia: en opinión del Consejo de Estado, la creación de esta jurisdicción, que representaba un grave atentado contra los principios del Derecho Penal, no estaba justificada a tenor de las «circunstancias del momento» (As. 19 de oct. de 1962, *Canal\**). Las disposiciones del artículo 16 y la teoría de las circunstancias excepcionales pueden asimismo aplicarse en una misma causa, tal y como pone de manifiesto la decisión de la Asamblea *d'Oriano* de 23 de oct. de 1964 (Rec. 486; RD publ. 1965.282, concl. Michel Bernard; D. 1965.9, nota Ruzié; AJ 1964.684, cr. Puybasset y Puissochet). Una decisión presidencial que se adoptó al amparo del artículo 16 permitió al gobierno declarar el pase de los oficiales a una situación de excedencia especial; el Consejo de Estado consideró que las medidas individuales adoptadas en aplicación de esta decisión debían ir precedidas, so pena de nulidad, de la notificación de su expediente a los interesados, siempre que no hubiera ninguna circunstancia que impidiera cumplir con este trámite. Así pues, el Consejo de Estado aplicó nuevamente, aunque optando en este caso por una solución inversa, los principios que había establecido medio siglo antes con la sentencia *Heyriès*.

- 9 b) En lo que respecta al estado de emergencia, el Consejo de Estado se limitó durante mucho tiempo a establecer un control muy restringido sobre las decisiones que adoptaban las autoridades administrativas en estas circunstancias (CE As. 16 de dic. de 1955, *Dame Bourokba*, Rec. 596; RJP UF 1956.347, concl. Chardeau; D. 1956.392, nota R. Drago). Con motivo de la aplicación de la legislación sobre el estado de emergencia en Nueva Caledonia, decidió ampliar el control del error manifiesto de valoración en el caso de las medidas de policía que se adoptaban a tenor de esta legislación (CE 25 de jul. de 1985, *Mme Dagostini*, Rec. 226; AJ 1985.558, concl. Lasserre).

La declaración del estado de emergencia en el territorio metropolitano, motivada por el recrudecimiento a finales de oct. de 2005 de la violencia urbana, se caracterizó por el control del juez, de un lado, con fines cautelares, sobre la instauración de dicho régimen jurídico (CE ord. 14 de nov. de 2005, *Rolin*, Rec. 499; AJ 2006.501, nota Chrestia; BJCL 11/05, p. 754, obs. J. C. B.) y su mantenimiento (CE ord. 9 de dic. de 2005, *Mme Allouache et autres*, Rec. 562), y de otro, por moti-

vos de fondo, sobre la justificación legal de las medidas adoptadas por el Primer Ministro, como resultado de la declaración por el Presidente de la República del estado de emergencia y su prórroga posterior por el Parlamento. (CE As. 24 de marzo de 2006, *Rolin et Boisvert*, Rec. 171; AJ 2006.1033, cr. Landais y Lenica).

### **31. RESPONSABILIDAD. FALTA PERSONAL O FALTA DE SERVICIO. ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDADES**

**Consejo de Estado, 26 de julio de 1918, *Époux Lemonnier***

(Rec. 761, concl. Blum; D. 1918.3.9, concl.; RD publ. 1919.41, concl., nota Jèze; S. 1918-1919.3.41, concl., nota Hauriou)

Considerando que el matrimonio Lemonnier había demandado primero conjuntamente, ante los juzgados de lo civil, al municipio de Roquecourbe y a su alcalde, el señor Laur, y luego a este último a título personal, para que se les condenara a pagar una indemnización por el accidente del que había sido víctima la señora Lemonnier; que el Tribunal de Casación de Toulouse, al tiempo que reconocía, en su sentencia de 30 de ene. de 1913, la incompetencia del juez ordinario para pronunciarse sobre las conclusiones dirigidas contra el alcalde, había declarado a este último culpable a título personal y lo había condenado a pagar al matrimonio Lemonnier la suma de 12.000 francos en concepto de reparación del perjuicio que se les había ocasionado; que el señor Laur había interpuesto contra esta sentencia un recurso sobre el que no se había pronunciado todavía el Tribunal de Casación;

Considerando que el matrimonio Lemmonier había, por otra parte, interpuesto dos recursos ante el Consejo de Estado, ambos con objeto de que se condenara al municipio de Roquecourbe al pago de una indemnización de 15.000 francos por el perjuicio que les había ocasionado el accidente antes mencionado, estando encaminado el primero a impugnar la decisión del ayuntamiento de fecha 15 de junio de 1912, por la que se había desestimado su solicitud de indemnización, y el segundo a refutar, si fuera necesario, la decisión implícita de desestimación resultante del silencio del ayuntamiento en el supuesto de que el Consejo de Estado no estimara que la deliberación de 15 de junio de 1912 era una decisión que pudiese ser objeto de recurso;

Considerando que las dos demandas antedichas, n.º 49.595 y 51.240, perseguían ambas los mismos fines; que, por consiguiente, procede unificarlas y pronunciarse mediante una sola decisión;

En cuanto al motivo de inadmisión que alegaba el municipio y que se fundaba en el hecho de que, al haber obtenido los cónyuges

Lemmonier en los juzgados de lo civil, con la condena dictada contra el alcalde señor Laur a título personal, la reparación íntegra del perjuicio que se les había ocasionado, éstos no estarían legitimados para solicitarla por segunda vez, por la vía de un recurso ante el Consejo de Estado contra el municipio: *Considerando que el hecho de que el accidente acaecido fuera consecuencia de la falta de un funcionario administrativo responsable de prestar un servicio público, revistiendo esta falta un carácter personal que podría implicar la condena del funcionario por los tribunales ordinarios al pago de una indemnización por daños y perjuicios, y que, aún en el caso de que se dictara efectivamente esta condena, el resultado no podría ser que la víctima del accidente se viera privada del derecho a presentar directamente, contra la administración pública gestora del servicio implicado en el accidente, una demanda de reparación del perjuicio ocasionado; que compete en exclusiva al juez administrativo, cuando considere que se ha cometido una falta de servicio cuya naturaleza pudiera hacer incurrir a la Administración Pública en responsabilidad, adoptar, previa determinación de la proporción y de la modalidad de la indemnización concedida, las medidas necesarias para evitar que su decisión permita a la víctima percibir, en virtud de las indemnizaciones que ya ha obtenido o que podría obtener en otros tribunales por el mismo accidente, una reparación superior al valor total del perjuicio ocasionado;*

*En cuanto al fondo:* Considerando que de la instrucción se desprende que el 9 de oct. de 1910, mientras paseaba por el camino que bordea la orilla izquierda del río Agout, la señora Lemonnier fue herida por una bala procedente de un puesto de tiro instalado en la orilla opuesta con dianas flotantes en el río; que la autoridad municipal responsable de velar por la seguridad de las vías públicas había cometido una falta grave al autorizar la instalación de dicho puesto de tiro sin asegurarse de que las condiciones de instalación y emplazamiento fueran las adecuadas para garantizar esta seguridad; que debido a esta falta, es menester declarar responsable del accidente al municipio; que se estará procediendo a una valoración equitativa del perjuicio ocasionado al matrimonio Lemonnier, cuya reparación íntegra compete al municipio, si se condena a este último al pago de un importe de 12.000 francos, a condición, no obstante, de que se subordine el pago a la subrogación en favor del municipio, por los cónyuges Lemonnier, y hasta un total equivalente a este importe, de los derechos que les sean reconocidos como resultado de las condenas a su favor que haya o que

pueda en un futuro pronunciar definitivamente un juez ordinario contra el alcalde, señor Laur, a título personal, debido al mismo accidente;

*En cuanto a los intereses y los intereses sobre los intereses:* Considerando que ha de establecerse como punto de partida para el cómputo de intereses el 3 de abr. de 1911, fecha en la que prestó declaración el municipio ante el juzgado de lo civil de Castres, declaración que constituye el primer acto de requerimiento de pago que pueda acreditar el matrimonio Lemonnier;

Considerando que los recurrentes solicitaron la capitalización de los intereses el 6 de dic. de 1913, 13 de marzo de 1915 y 5 de dic. de 1916; que, en cada una de estas fechas, los intereses adeudados correspondían a un período superior a un año; que, por consiguiente, procede resolver favorablemente las demandas antes mencionadas;... (Anulación; indemnización por un total de 12.000 francos; subrogación; intereses e intereses sobre intereses).

## OBSERVACIONES

- 1 El municipio de Roquecourbe (Tarn) celebraba, el 9 de oct. de 1910, su festividad anual. Como en ocasiones anteriores, una de las atracciones más populares era un puesto de tiro con dianas flotantes en el riachuelo de Agout. Pero, desde el año anterior, se había acondicionado un camino arbolado en la orilla opuesta del río. Unos paseantes se habían quejado, ya por la tarde, de que las balas pasaban zumbándoles las orejas; al ser alertado el alcalde de este hecho, se había limitado a modificar las condiciones del puesto de tiro, pero de forma insuficiente, puesto que la señora Lemonnier, que paseaba con su marido, recibió en la mejilla el impacto de una bala que se alojó en su columna vertebral y en la faringe; fue entonces cuando el alcalde interrumpió la actividad de tiro.

Como el matrimonio Lemonnier desconocía que, desde que se había dictado la sentencia *Feutry* (TC 29 de febr. de 1908, Rec. 208, concl. Teissier; v. n.º 11.2), correspondía a los tribunales administrativos enjuiciar la responsabilidad de cualquier entidad pública (ya se tratara del Estado o de cualquier otro), presentaron una demanda ante el juzgado de Castres, declarándose éste incompetente en la materia.

Los cónyuges Lemonnier trasladaron a continuación su demanda de indemnización por daños y perjuicios al ayuntamiento del munic-

pio; como ésta no fue admitida a trámite, interpusieron un recurso ante el Consejo de Estado.

Pero, al mismo tiempo, la apelación contra la sentencia del juzgado de Castres ya había sido admitida por el Tribunal de Casación de Toulouse y, pese a haber éste confirmado la sentencia en lo que atañe a la declaración de incompetencia de los tribunales ordinarios en materia de responsabilidad administrativa, también la había refutado al imputarle al alcalde una responsabilidad personal.

En ese momento fue cuando el Consejo de Estado procedió a examinar el recurso que había interpuesto el matrimonio Lemonnier para obtener reparación del perjuicio causado por una actuación de la Administración.

Se le presentó, así, la oportunidad de retomar las conclusiones del Comisario del Gobierno Léon Blum y llevar más lejos su análisis de la responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados por sus funcionarios, mediante una solución que sería objeto, más adelante, de nuevos desarrollos (II).

2 I. A. Con anterioridad a la sentencia *Lemonnier*, la jurisprudencia había reconocido en un primer momento que, si no era posible, ante una falta de servicio, imputar una responsabilidad personal al funcionario, éste último habría de ser el único responsable en caso de haber cometido una falta personal (TC 30 de jul. de 1873, *Pelletier\**).

Los hechos no permitieron a la jurisprudencia mantener durante mucho tiempo este enfoque tan simplista. La distinción entre las dos faltas pierde su razón de ser cuando ambas están estrechamente vinculadas con el origen del perjuicio. Además, en la mayoría de los casos el funcionario no está en condiciones de reparar el perjuicio que se ha causado por su culpa, mientras que los medios desproporcionados que tiene a su alcance el poder público rara vez son ajenos a la magnitud del perjuicio ocasionado; *a sensu contrario*, si se excluye la responsabilidad personal en los casos en los que existe una responsabilidad administrativa, se corre el riesgo de que disminuya el celo con el que el funcionario cumple sus funciones.

Por ello, el Consejo de Estado admitió en la sentencia *Anguet\** de 3 de febr. de 1911 que *cabía acumular una falta personal y una falta de servicio*, pudiendo esta última implicar que la Administración incurriera en responsabilidad.

La sentencia *Lemonnier* supuso un nuevo paso hacia adelante al admitir que una *falta única*, que tuviera su origen fundamental en la actuación personal del funcionario, podía suponer que incurrieran en responsabilidad tanto el servicio como el funcionario.

Se pasa, así, de la *acumulación de faltas* (que ya suponía una acumulación de responsabilidades) a la *acumulación de responsabilidades* por una misma falta.

- 3 B. En el litigio que oponía al matrimonio *Lemonnier* y el municipio de Roquecourbe, este último alegaba que el perjuicio objeto de enjuiciamiento ya había sido reparado con la sentencia del Tribunal de Toulouse, que había condenado al alcalde a título personal, y que por este motivo no era admisible la nueva demanda interpuesta ante el Consejo de Estado. El Comisario del Gobierno Léon Blum manifestó una opinión distinta a ésta: «*La declaración y la reparación por un juez ordinario de la falta personal imputada al individuo, que es a la vez un agente de un servicio público, no supone obstáculo alguno, a nuestro entender, para que la autoridad administrativa investigue y declare por estos mismos hechos la culpabilidad y la responsabilidad del servicio*». Para fundamentar esta tesis, el Comisario del Gobierno se apoyó en la autonomía de la decisión de los tribunales ordinarios, puesto que, según la jurisprudencia del propio Tribunal de Conflictos, la investigación por la autoridad de un tribunal ordinario de la imputabilidad de una falta a un funcionario no tiene por qué implicar un examen crítico de las condiciones de funcionamiento del servicio. En lo que atañe a la falta de servicio, no fue posible una decisión de los tribunales ordinarios al respecto (en caso contrario, se hubiera tenido que elevar el conflicto): por tanto, no se pudo alegar la autoridad de cosa juzgada. Resultaba, pues, necesario admitir «la posibilidad de coexistencia entre una falta que los tribunales ordinarios puedan considerar como una falta personal imputable al funcionario y por la que éste incurra en responsabilidad, y una falta administrativa que la autoridad administrativa esté obligada a considerar como una falta de servicio y por la que la Administración incurra en responsabilidad». Cuando exista una falta de servicio, y a menudo la falta del funcionario permite presumir su existencia, la posibilidad de inculpar al agente no debe dar pie a que la Administración eluda su responsabilidad. Como señalaba el Comisario del Gobierno, si la falta personal «*se cometió en el servicio, o con motivo del servicio, si fue el servicio quién puso a disposición del culpable los medios e instrumentos de la falta, si la vícti-*

*ma se halló en presencia del culpable únicamente por motivo del servicio, si –en una palabra– el servicio determinó la comisión de la falta o la producción de sus consecuencias perjudiciales para un determinado individuo, entonces el juez administrativo tendrá la posibilidad y la obligación de concluir lo que sigue: es posible que la falta sea separable del servicio -corresponde a los tribunales ordinarios pronunciarse el respecto-, pero el servicio no es en modo alguno separable de la falta. Aunque el ciudadano perjudicado esté en su derecho de demandar al agente público culpable, aunque ejerza este derecho, está también en su derecho y puede ejercer este derecho a demandar al servicio, no pudiendo derivarse de la posibilidad o de la existencia de la primera demanda ningún motivo de desestimación de la segunda».*

El Consejo de Estado apoyó la opinión de su Comisario del Gobierno al admitir que, en el caso que nos ocupa, la instalación del puesto de tiro en condiciones de inseguridad constituía una falta por la que correspondía al municipio asumir íntegramente la reparación del perjuicio ocasionado a la víctima. Adoptó, al mismo tiempo, el principio correlativo de la no acumulación de las indemnizaciones, según el cual el perjuicio debe repararse en su totalidad, pero sin superar su valor, debiendo la Administración subrogarse, si procede, en los derechos de la víctima contra el autor del hecho causante del perjuicio.

4      **II.** La jurisprudencia posterior, en línea con las opiniones manifestadas por León Blum en 1918, terminaría ampliando el ámbito de aplicación de la teoría de la acumulación de responsabilidades, no sólo en lo que respecta a la falta personal en el servicio (A), sino también a la falta personal fuera del servicio (B).

A. Hasta 1949 se exigía la comisión de *la falta personal en el servicio*. Esta exigencia se fundamentaba, al parecer, en el concepto de *culpa in vigilando* del servicio respecto al funcionario al que se imputa una culpabilidad personal, y en el propósito de no llegar hasta el punto de admitir la responsabilidad por riesgo, que el derecho privado contemporáneo atribuye al responsable del servicio respecto al autor del hecho.

Se trataba de una secuela de la sentencia *Anguet\** de 3 de febr. de 1911 relativa a la acumulación de faltas. Su efecto se atenúo cuando el Consejo de Estado consideró que, aunque el hecho causante del daño constituyera una falta personal, «*revelaba un funcionamiento deficiente del servicio público*» (CE 19 de mayo de 1948, *Souchon*, Rec. 221).

La referencia a la falta de servicio terminó siendo únicamente implícita. De la redacción de numerosas sentencias se desprende que la mera circunstancia de que la falta personal se haya cometido en el servicio basta para que la Administración incurra en responsabilidad: tal es el caso de un robo que cometió una funcionaria de correos en el ejercicio de sus funciones (CE 21 de abr. de 1937, *Delle Quesnel*, Rec. 413).

Otras sentencias consideran asimismo que la falta personal que se comete «con motivo del servicio» implica que éste incurra en responsabilidad (CE 25 de nov. de 1955, *Dame Vve Paumier*, Rec. 564: brutalidades cometidas por agentes de la policía; – Secc. 18 de nov. de 1960, *Tilhaud*, Rec. 636; AJ 1960.I.189, cr. Galabert y Gentot: pillajes cometidos por militares).

El concepto de falta de servicio, incluso implícita, desaparece: la falta personal excluye la falta de servicio; no obstante, su comisión en el servicio o con motivo del servicio basta para obligar a la Administración a asumir su responsabilidad. Ahora bien, la responsabilidad de la Administración no estaba en juego cuando la falta personal se cometía fuera del servicio (CE As. 30 de ene. de 1948, *Dame Vve Buffevant*, Rec. 51).

- 5 B. Se dio un nuevo paso cuando el Consejo de Estado reconoció la responsabilidad que incumbía a la Administración *por una falta cometida fuera del servicio*, tal y como se hacía constar en las sentencias *Mimeur*; *Defaux* y *Besthelsemer* de 18 de nov. de 1949 (Rec. 492; JCP 1950.II.5286, concl. Gazier; D. 1950.667, nota J. G.: EDCE 1953.80, cr. Long; RA 1950.38, nota Liet-Veaux; RD publ. 1950.183, nota M. Waline), dictadas las tres en materia de accidentes ocasionados por vehículos de la Administración utilizados por sus conductores para una finalidad distinta a la normal. Era indudable que la falta se cometía fuera del servicio. El Comisario del Gobierno, M. Gazier, podría haber mantenido que se había cometido, sin lugar a dudas, una falta personal, que era la causa inmediata del hecho dañoso, pero también se había producido, con anterioridad, una falta de servicio (negligencia, falta de vigilancia) que había hecho posible la falta personal. No obstante, esta alegación hacía caso omiso de las necesidades de la acción administrativa: «no se puede asignar a cada conductor un supervisor que, a su vez, requeriría un vigilante...». La aplicación de la jurisprudencia anterior habría dado lugar, en un caso idéntico a éste, a una desestimación de la demanda; pero, según declaró el Comisario del Gobierno, esta desestimación «*pese a ser conforme a la lógica, vulnera gravemente la igualdad; gracias a la generalización de los*

*seguros obligatorios y a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, que casi siempre admiten la responsabilidad que compete al máximo superior jerárquico en los abusos del subordinado, esta desigualdad dejó de existir en el sector privado; resulta chocante que aún persista en el sector público».* De acuerdo con las conclusiones del señor Gazier, el Consejo de Estado consideró que «no cabe considerar en modo alguno que el accidente litigioso ocasionado por un vehículo, asignado al conductor para prestar un servicio público, carece de todo vínculo con el servicio», concluyendo que la Administración había incurrido en responsabilidad.

De este modo, se reconocía la responsabilidad de la Administración por las faltas personales cometidas fuera del servicio, sin que se presumiera siquiera la existencia de una falta de servicio, siempre que estas faltas personales tuvieran algún vínculo con el servicio. Esto representó un nuevo avance en la acumulación de responsabilidades.

6

En lo que respecta a los accidentes de vehículos, la ley de 31 de dic. de 1957 hizo que se agotara esta fuente de imputación de la responsabilidad a la Administración por una falta personal no desprovista de algún vínculo con el servicio, puesto que los tribunales ordinarios «*son los únicos competentes para pronunciarse sobre cualquier demanda de responsabilidad cuyo objeto sea la reparación de los perjuicios de la naturaleza que fuere ocasionados por cualquier vehículo*» y «*esta demanda se tramitará de conformidad con las normas del derecho civil, siendo sustituida la responsabilidad del funcionario, autor de los perjuicios ocasionados en el desempeño de sus funciones, por la responsabilidad de la persona jurídica de derecho público frente a terceros*».

El Consejo de Estado ha aplicado los principios de la sentencia *Mimeur* a los casos de faltas personales cometidas por policías, militares o aduaneros fuera del servicio con ayuda de los medios (en particular, armas) de los que disponen debido a sus funciones. Ha considerado que el fallecimiento accidental de un agente de policía al que dio muerte uno de sus colegas por manipular con torpeza, en la habitación que compartían, su arma de servicio «no podía ser considerado como carente de todo nexo con el servicio» (As. 26 de oct. de 1973, *Sadoudi*, Rec. 603; RD publ. 1974.936, concl. A. Bernard; D. 1974.255, nota J.-M. Auby; RD publ. 1974.554, nota M. Waline; JCP 1974.II.17596, nota Franck; AJ 1973.582, cr. Franc y Boyon). La sentencia hace hincapié en dos circunstancias particulares: de un lado, la obligación que

tienen los policías de conservar sus armas en su domicilio particular y, de otro, el carácter peligroso de un arma de fuego.

También ha merecido la consideración de falta personal, no desprovista de algún vínculo con el servicio, la utilización deliberada, en repetidas ocasiones, de un arma personal fuera del horario de servicio por un policía, que había cometido sus fechorías en la misma circunscripción en la que prestaba servicio, habiendo éste participado en las investigaciones llevadas a cabo respecto a éstas, y siendo conocedor de sus progresos y sus resultados, de tal modo que su pertenencia al cuerpo de policía había contribuido a hacer posible que quedara al margen de las investigaciones y que pudiera continuar con sus actividades criminales durante un largo período de tiempo (CE 18 de nov. de 1988, *Ministre de la défense c. Époux Raszewski*, Rec. 416; D. 1989. SC. 346, obs. Moderne y Bon; JCP 1989.II.21211, nota Pacteau; LPA 22 de sept. de 1989, nota Paillet).

- 7 Un ejemplo particularmente ilustrativo de las consecuencias de la jurisprudencia *Époux Lemonnier* nos lo ofrece el caso de un funcionario municipal que, al haber sido víctima de las actuaciones malintencionadas del alcalde, interpuso, primero, contra él una demanda ante los tribunales ordinarios para obtener, además de su condena penal, una condena que le obligara a reparar el perjuicio ocasionado y, a continuación, una demanda ante los tribunales administrativos contra el municipio, encaminada también a obtener una indemnización. Al declararse incompetentes en la materia ambas jurisdicciones, se trasladó la causa al Tribunal de Conflictos. Con su sentencia de 19 de mayo de 2014, *Mme Berthet c. Filippi* (Rec. 461; DA 2014, n.º 60, com. Eveillard; JCP Adm. 2015.2006, nota Pauliat), el Tribunal de Conflictos comprobó, primero, que se había solicitado a ambas jurisdicciones que se pronunciaran sobre una demanda de reparación por los daños ocasionados por una misma falta. Procedió, a continuación, a establecer una distinción entre las dos acciones: por una parte, la falta cometida por el alcalde era, debido a su gravedad y a los fines exclusivamente personales que perseguía, una falta personal separable del servicio, por lo que la víctima estaba legitimada a solicitar una reparación al alcalde ante los tribunales ordinarios; por otra parte, el alcalde había cometido la falta en el ejercicio de sus funciones y, al no estar desprovista de toda conexión con el servicio, la víctima podía solicitar ante los tribunales administrativos que se reconociera la responsabilidad del municipio. Corresponde, no obstante, a cada una de las jurisdiccio-

nes velar por que la víctima no obtenga una reparación superior al valor del perjuicio ocasionado. Aunque las circunstancias de este caso son diferentes a las del caso *Lemonnier*, en ambas ocasiones se adoptó una solución del mismo tipo.

- 8 *La ampliación de la responsabilidad de la Administración por las faltas cometidas por sus funcionarios* a partir de la sentencia *Pelletier*\* de 30 de jul. de 1873 permite, en la actualidad, reconocer esta responsabilidad en cuatro categorías de casos: cuando se produce una falta de servicio imputable a unos funcionarios; cuando hay acumulación de falta personal y falta de servicio; cuando la falta personal se comete en el servicio o con motivo del servicio; y, por último, cuando la falta personal se comete fuera del servicio, pero no está desprovista de toda conexión con el servicio. Por consiguiente, el juez administrativo tiene, la posibilidad, según las circunstancias de cada caso, de recurrir a una de estas fórmulas, dando preferencia, en la medida de sus posibilidades, a las más tradicionales y aplicando sólo con carácter subsidiario, cuando no le quede otro remedio, las más recientes, es decir, las más atrevidas.

## 32. PODERES DE GUERRA Y CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

Consejo de Estado, 28 de febrero de 1919, *Dames Dol et Laurent*

(Rec. 208; S. 1918-1919.3.33, nota Hauriou;  
RD publ. 1919.338, nota Jèze)

Considerando que con las órdenes que dictó en fecha de 9 de abr., 13 de mayo y 24 de junio de 1916, el prefecto marítimo y gobernador de la zona de guerra de Toulon prohibió, de una parte, a todos los propietarios de cafés, bares y tiendas de vinos y licores que sirvieran bebidas a las prostitutas, que estuvieran solas o acompañadas, y que las admitieran como clientes en sus establecimientos; y, de otra, que una prostituta, que estuviera sola, buscara clientela fuera de la zona reservada, o que una prostituta o una mujer estuviera a cargo de un establecimiento de bebidas alcohólicas o que fueran contratadas para trabajar allí por el motivo que fuere; que en las órdenes mencionadas se estipuló como sanción el encierro en «chirona» de las mujeres por vía disciplinaria, así como su expulsión de la zona de guerra de Toulon en caso de reincidencia y el cierre al público de los establecimientos en los que se detectaran infracciones contra dichas órdenes;

Considerando que las señoras Dol y Laurent, alegando su condición de chicas de la vida alegre, interpusieron un recurso tendente a la anulación por exceso de poder de las medidas antes enumeradas, al haber sido éstas adoptadas por el prefecto marítimo excediéndose de los límites de sus atribuciones;

*Considerando que los límites de los poderes de policía de los que dispone la autoridad pública para mantener el orden y la seguridad, tanto en virtud de la legislación municipal como de la ley de 9 de agosto de 1849, no pueden ser los mismos en tiempos de paz y durante un período de guerra durante el cual los intereses de la defensa nacional confieren al principio de orden público un alcance mucho mayor y exigen, por motivos de seguridad pública, unas medidas más rigurosas; que corresponde al juez, bajo cuya supervisión se ejercen estos poderes de policía, tener en cuenta, en su valoración, las necesidades que genera el estado de guerra, según las circunstancias de tiempo y lugar, la categoría de las personas implicadas y la naturaleza de los riesgos que se pretende evitar;*

Considerando que, en el transcurso del año 1916, el importante incremento que se registró en las actividades de las mujeres públicas se convirtió en Toulon, tanto por la situación militar de esta plaza fuerte como por el paso de contingentes que se dirigían o que procedían del frente oriental, en un motivo importante de preocupación, viéndose obligada la autoridad pública a tomar medidas encaminadas a mantener el orden público y a proteger la higiene y la salud, además de tener que hacer frente al peligro que representaba para la defensa nacional la frecuentación de personas sospechosas y la divulgación de informaciones a la que ésta podía dar lugar; que, por este motivo, las medidas objeto del presente recurso resultaban indispensables para velar de modo eficaz tanto por la seguridad de los contingentes como por el interés nacional.

Considerando que, aunque hubo que establecer, a tal efecto, determinadas restricciones que afectaban a la libertad individual de las mujeres públicas y a la libertad de comercio de los expendedores de bebidas que las admitían en sus establecimientos, habida cuenta de los términos en los que se formularon, cabe concluir que estas restricciones respetaban los límites de las medidas que, en tales condiciones, hubiera podido adoptar el prefecto marítimo; que, por consiguiente, al dictarlas, este último hizo un uso legítimo de los poderes que le confería la Ley;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 En Toulon en 1916 el comercio de la prostitución causaba estragos de una magnitud preocupante. Había que proteger a los militares que se dirigían al frente oriental o que volvían de allí contra la tentación de comprar placeres carnales que no sólo podían tener consecuencias perjudiciales para su salud, sino también convertirlos, por medio de las confidencias de alcoba, en agentes inconscientes del espionaje enemigo. Este fue el motivo por el que el prefecto de Toulon tomó la decisión de prohibir a los expendedores de bebidas que sirvieran de beber a las prostitutas y que las admitieran en sus locales, so pena de que se clausuraran sus establecimientos, y a las propias chicas que buscaran clientela fuera de la zona reservada y que estuvieran al frente de un establecimiento de bebidas, so pena de internamiento o de expulsión de la zona de guerra. La orden del prefecto fue remitida al

Consejo de Estado por dos personas que «alegaban ser mujeres de la vida alegre».

El Consejo de Estado ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la ley de 9 de agosto de 1849 relativa al estado de sitio, en relación con unas decisiones adoptadas por la autoridad al amparo del artículo 9 párrafo 4 de esta ley y por las que se había declarado el cierre de unos establecimientos expendedores de bebidas en los que había habido varios incidentes en esa misma época. Pero, como la ley de 1849 había tenido como único efecto el traspaso a la autoridad militar de las facultades que ejercía en épocas normales la autoridad civil, no cabía que ésta tomara la decisión de cerrar dichos establecimientos, puesto que la jurisprudencia no le reconocía este derecho, salvo cuando estos establecimientos fueran considerados como lugares de reunión, estando legitimada, en efecto, la autoridad militar, al amparo de la ley de 1849, para suprimir el derecho de reunión. Al verse en la tesitura de tener que interpretar el concepto de «reunión» en el sentido que le otorgaba la ley de 9 de agosto de 1849, el Consejo de Estado asumió como suyos los argumentos que había utilizado el Comisario del Gobierno Corneille cuando, para cuestionar «formal y rotundamente» la posibilidad de determinar «el alcance de los poderes excepcionales conferidos a la autoridad militar... mediante una simple referencia a la legislación vigente en épocas de paz, en épocas normales», había manifestado en sus conclusiones que «la legislación del estado de sitio... sustituye el estado de derecho ordinario por un estado excepcional que se adapta a las necesidades del momento y a las circunstancias anormales que lo han provocado... El término «reunión» contenido en el párrafo 4 del art. 9 de la ley de 9 de agosto de 1849 debe, por tanto, interpretarse en principio en un sentido más laxo... Un establecimiento de bebidas constituye, pues, un lugar de reunión» (CE 6 de agosto de 1915, *Delmotte*, Rec. 275, concl. Corneille; S. 1916.3.1, concl.; S. 1916.3.9, nota Hauriou; RD publ. 1915.700, nota Jèze; en sentido opuesto, v. Crim. 13 de jul. de 1941, *Mazioux*, D. 1941.133).

2

En el caso *Dol et Laurent*, ya no se trataba de interpretar en sentido amplio la ley de 9 de agosto de 1849. En efecto, ninguna de las disposiciones de esta ley autorizaba expresamente al prefecto marítimo a conculcar de modo tan grave la libertad individual y la libertad de comercio. El prefecto marítimo se había amparado en el art. 7 de esta ley, en virtud del cual «a partir del momento en que se declara el estado de sitio, los poderes conferidos a la autoridad civil en materia de

mantenimiento del orden y de policía se traspasan en su totalidad a la autoridad militar». La autoridad civil no podía actuar, en este ámbito, más que amparándose en la ley de 5 de abr. de 1884, ley que no le autorizaba a prohibir legalmente a los propietarios de establecimientos expendedores de bebidas a servir de beber a las mujeres de vida alegre, ni a estas mujeres a ponerse al frente de un bar o a trabajar allí como empleadas. Para considerar como legal la orden impugnada, el Consejo de Estado tuvo que admitir que los límites del poder de policía no podían ser los mismos en tiempo de paz y en tiempo de guerra. La idea de que la mera referencia a los textos en vigor podía ser una justificación suficiente ya subyacía detrás de la sentencia *Delmotte* y había sido formulada por el Comisario del Gobierno Corneille, aunque no se enunciara con claridad en la decisión adoptada entonces. En cambio, sí que aparece con la fuerza de una declaración de principios en la decisión *Dames Dol et Laurent*.

Esta decisión está vinculada con la teoría general, entonces incipiente y que ya había ilustrado unos meses antes, la sentencia *Heyriès\**, de los poderes de guerra y de las circunstancias excepcionales. Esta última utiliza, no obstante, una terminología distinta a la de su predecesora. Mientras que la decisión *Heyriès* pone de relieve que el Presidente de la República se limitó a ejercer «legalmente» las facultades que le confería la Ley Constitucional de 25 de febr. de 1875, la decisión comentada hace hincapié en que el prefecto marítimo hizo un uso «legítimo» de las facultades que le confiere la Ley.

### 33. RESPONSABILIDAD. RIESGO

#### Consejo de Estado, 28 de marzo de 1919, *Regnault-Desroziers*

(Rec. 329; RD publ. 1919.239, concl. Corneille, nota Jèze; D. 1920.3.1, nota Appleton; S. 1918-1919.3.25, nota Hauriou)

Considerando que de la instrucción se desprende que, ya en el año 1915, la autoridad militar había almacenado una gran cantidad de granadas en los sótanos del fuerte de la Double-Couronne, situado cerca de los edificios de vivienda de un núcleo urbano importante; que, además, estos artefactos peligrosos eran objeto de manipulaciones constantes para armar con presteza a los ejércitos en campaña; *que estas operaciones, que se efectuaban en condiciones rudimentarias debido a las acuciantes necesidades militares, conllevaban unos riesgos que excedían los límites de aquellos que suelen derivarse de la vecindad, y que éstos podían, en caso de accidente sobrevenido al margen de todo acto de guerra, hacer incurrir en responsabilidad al Estado, incluso aunque no hubiera habido falta alguna.*

Considerando que nadie pone en duda que la explosión del fuerte de la Double-Couronne, acaecida el 4 de marzo de 1916, haya sido consecuencia de unas operaciones como las descritas con anterioridad; que, por consiguiente, el recurrente tiene motivos fundados para afirmar que el Estado está obligado a reparar los daños ocasionados por este accidente;... (Anulación; indemnización concedida).

#### OBSERVACIONES

- 1 El 4 de marzo de 1916 se produjo una gran explosión en el fuerte de la Double-Couronne, al norte de Saint-Denis. Había estallado un depósito de granadas y de bombas incendiarias, provocando numerosas víctimas y graves daños materiales: murieron 14 soldados y 19 civiles, 81 personas resultaron heridas, numerosos inmuebles quedaron asolados. La autoridad militar había acumulado en este fuerte miles de explosivos destinados al frente, sin tomar las precauciones necesarias para evitar que este depósito de municiones constituyera un peligro para el vecindario. Ante los recursos de indemnización por daños y

perjuicios interpuestos como resultado de este accidente, el Comisario del Gobierno Corneille propuso al Consejo de Estado que los admitiera, al considerar que el Estado había incurrido en responsabilidad debido a las *faltas* cometidas por la autoridad militar en la organización del servicio. El Consejo de Estado no apoyó esta propuesta; pese a reconocer el derecho de los recurrentes a una indemnización, el motivo que alegó fue el *riesgo* anormal que suponía para el vecindario la acumulación de una gran cantidad de granadas cerca de un núcleo urbano y la manipulación constante de los artefactos, ambas en condiciones rudimentarias de organización.

Hasta entonces la teoría de los riesgos anormales de vecindad sólo se había aplicado a las obras públicas: los daños permanentes derivados de la ejecución o de la presencia de una obra pública, cuyos inconvenientes fueran superiores a los normales de una relación de vecindad, podían hacer incurrir en responsabilidad a la Administración, siempre que existiera una relación de causalidad entre la obra pública y el perjuicio ocasionado (CE 31 de ene. de 1890, *Nicot*, Rec. 112; – 16 de marzo de 1906, *de Ségur*, Rec. 242). Pero, antes de que apareciera la sentencia *Regnault-Desrozières*, el Consejo de Estado sólo admitía, en casos análogos al descrito, la responsabilidad por falta (CE 10 de mayo de 1912, *Ambrosini*, Rec. 549; S. 1912.3.161, nota Hauriou: explosión del acorazado «Iéna»).

A partir de entonces, se reconocerá el derecho a reparación a las víctimas de un riesgo excepcional sin necesidad de probar la existencia de una falta. La jurisprudencia se ha ido ampliando progresivamente y ha terminado por admitir que este riesgo puede ser consecuencia de *cosas peligrosas* (I), *actividades peligrosas* (II) o *situaciones peligrosas* (III).

- 2            I. En lo que respecta a las *cosas peligrosas*, las municiones que se depositan en un edificio o que se trasladan en un medio de transporte han dado asimismo lugar a la aplicación del principio establecido por la sentencia *Regnault-Desrozières* (CE 20 de mayo de 1920, *Colas*, Rec. 532: explosión del acorazado «Liberté»; – As. 16 de marzo de 1945, *SNCF*, Rec. 54; D. 1946.290. concl. Lefas, nota M. Waline; JCP 1945.II.2903, nota Charlier, y As. 21 de oct. de 1966, *Ministre des armées c. SNCF*, Rec. 557; D. 1967.164, concl. Baudouin; AJ 1967.37, cr. Lecat y Massot; JCP 1967.II.15198, nota Blaevoet: explosión de vagones de municiones).

Más adelante, el uso de armas dio pie también al derecho a una indemnización por parte de las víctimas en virtud del riesgo (CE As. 24 de junio de 1949, *Consorts Lecomte*, Rec. 307; S. 1949.3. 61, concl. Barbet; JCP 1949.II.5092, concl., nota George; D. 1950.5, cr. Berlia y Morange; RD publ. 1949.583, nota M. Waline).

Por último, aunque, en principio, los usuarios de una obra pública no tienen derecho a la reparación del daño causado por ésta, salvo en los casos en que ha habido falta de mantenimiento normal, pudiendo la presunción de este hecho quedar invalidada por una prueba que demuestre lo contrario (CE Secc. 26 de abr. de 1968, *Ville de Cannes*, Rec. 268; JCP 1969.II.15870, concl. Galmot; AJ 1968.652, nota J. Moreau), el carácter excepcionalmente peligroso de la obra sí puede hacer incurrir en responsabilidad al director del proyecto o de la obra frente a los usuarios, incluso cuando no se aprecie ningún defecto de diseño o ninguna falta de planificación o de mantenimiento normal (CE As. 6 de jul. de 1973, *Ministre de l'équipement et du logement c. Dalleau*, Rec. 482; AJ 1973.588, cr. Franc y Boyon; D. 1973.740, nota Moderne; JCP 1974.II.17625, nota Tedeschi: carretera expuesta a desprendimientos constantes por la configuración de su emplazamiento y la naturaleza del terreno). No obstante, cuando la obra pierde su carácter peligroso, vuelve a regir el derecho común (responsabilidad frente a los usuarios por falta de mantenimiento normal). CE 11 de jul. de 1983, *Ministre des transports c. Kichenin*, Rec. 898; RA 1983.579, nota Pacteau; RD publ. 1983.1389, nota J. Waline, en relación con la misma carretera de la sentencia *Dalleau*; – Secc. 5 de junio de 1992, *Ministre de l'équipement, du logement, des transports et de la mer c. Époux Cala*, Rec. 225; RFDA 1993.67, concl. Le Chatelier; AJ 1992.650, cr. Maugüé y Schwartz).

La aplicación del régimen de responsabilidad sin falta a los usuarios de una obra excepcionalmente peligrosa demuestra que este tipo de responsabilidad se fundamenta no tanto en el riesgo de vecindad, según ponía de relieve la sentencia *Regnault-Desroziers*, sino en el carácter peligroso de la cosa misma, con independencia de la identidad de la víctima. En la mayoría de los casos, la víctima tiene una relación de vecindad con la cosa; sin embargo, cabe la posibilidad de que se le ocasione un daño en una situación que no sea la de vecindad: el riesgo excepcional al que se ve expuesta por causa de la cosa basta para que la Administración incurra en responsabilidad sin falta.

3

II. Esta observación se confirma en el caso de las *actividades* que desarrolla la Administración, habiendo admitido el Consejo de Estado que la Administración incurre en responsabilidad sin falta cuando de éstas se deriva un riesgo especial.

En un primer momento dicha solución estaba vinculada con la voluntad del legislador de poner en práctica los métodos modernos de reeducación, reinserción y atención médica para los delincuentes o los enfermos mentales, métodos cuya instauración supone para sus beneficiarios una libertad que les permite cometer diferentes fechorías (violencia, robo, incendio, etc.). Con estas prácticas, el legislador expone a los administrados a un riesgo que, caso de materializarse, genera un derecho a indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, aunque no haya habido falta por parte de la Administración.

El Consejo de Estado adoptó por primera vez esta solución en el caso de unos *menores delincuentes*, después de que un decreto legislativo de 2 de febr. de 1945 hubiera sustituido el anterior régimen de prisión por un sistema más liberal de internado vigilado del que era fácil escaparse; dado que la flexibilización de las normas de disciplina suponía un riesgo especial para terceros, el Estado debía responder por los daños ocasionados por los menores internados en un establecimiento de educación vigilada (CE Secc. 3 de febr. de 1956, *Ministre de la justice c. Thouzellier*, Rec. 49; AJ 1956.II.96, cr. Gazier; D. 1956.597, nota J.-M. Auby; JCP 1956.II.9608, nota Lévy; RD publ. 1956.854, nota M. Waline; RPDA 1956.51, nota Bénoit). La solución que se había aplicado a las instituciones públicas se amplió a las instituciones privadas que utilizaban los mismos métodos de reeducación, ya sea porque estuvieran habilitadas para acoger a menores delincuentes con el fin de prestar un servicio público de educación vigilada (CE Secc. 19 de dic. de 1969, *Établissements Delannoy*, Rec. 596; RD publ. 1970.787, concl. S. Grévisse y 1220, nota M. Waline; AJ 1970.99, cr. Denoix de Saint Marc y Labetoulle; D. 1970.268, nota Garrigou-Lagrange; RTDSS 1970.64, nota Lavagne y 178, nota Moderne), ya sea incluso por el simple motivo de ser consideradas «dignas de confianza» (CE Secc. 5 de dic. de 1997, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Pelle*, Rec. 481; RFDA 1998.569, concl. Bonichot 574, obs. Dietsch y 575, nota Guettier; D. 1999. SC.51, obs. Bon y de Béchillon). La solución se admitió en los casos en los que los menores estaban al cuidado de sus abuelos (CE 26 de jul. de 2007, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. M. et Mme Jaffuer*, Rec. 1072; Gaz.

Pal. 20 de nov. de 2008, concl. Guyomar; AJ 2008.101, nota Chalus) e incluso en los casos de estancia autorizada de los menores en el hogar familiar (CE 6 de dic. de 2012, *Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés c. Association JLCT*, Rec. 981).

4 La sentencia *Thouzellier* reconoció a los «terceros residentes en el vecindario» el derecho a acogerse a la teoría del riesgo especial, en caso de puesta en práctica de métodos peligrosos de reeducación.

El Consejo de Estado renunció al concepto de «vecindad», que era, por cierto, difícil de definir, conformándose con dejar constancia del «riesgo especial para terceros» que implicaban los nuevos métodos y con comprobar, al mismo tiempo, que existía una «relación directa de causalidad» entre el funcionamiento de la institución y el perjuicio causado (CE 24 de febr. de 1965, *Caisse primaire centrale de sécurité sociale de la région parisienne*, Rec. 127 y 26 de marzo de 1965, *Ministre de la justice c. Compagnie d'assurances La Zurich*, Rec. 1055; D. 1966.322, nota Vincent y Prévault; AJ 1965.339, cr. Puybasset y Puissochet; – 9 de marzo de 1966, *Ministre de la justice c. Trouillet*, Rec. 201; JCP 1966.II.14811, concl. Braibant, nota Moderne; AJ 1966.520, nota A. de L.). El Consejo de Estado reconoce el carácter de terceros a las víctimas que tienen un parentesco con el autor (6 de dic. de 2012, citada *ut supra*). Pero los usuarios del servicio de menores no pueden acogerse al régimen de responsabilidad por el riesgo que se deriva de los daños ocasionados por otros menores (CE 17 de dic. de 2010, *Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés c. Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions*, Rec. 514; Gaz Pal. 2011, n.º 41, p. 13, concl. Guyomar; AJ 2011.1696, nota Pollet-Panoussis).

5 El Consejo de Estado no había ampliado la solución de la sentencia *Thouzellier* a los establecimientos con regímenes de reeducación de menores no delincuentes, a los que no afectaba el decreto legislativo de 2 de febr. de 1945. En el caso de los menores bajo tutela del Estado internados en algún centro, se había limitado a adoptar un sistema de presunción de falta en el que la víctima no está obligada a probar la falta de la Administración, pero esta última sí puede demostrar que no la ha cometido (Secc. 19 de oct. de 1990, *Ingremeau*, Rec. 284; RD publ. 1990.1866, concl. La Verpillière; AJ 1990.869, cr. Honorat y Baptiste).

6 Después de que el Tribunal de Casación hubiera admitido la responsabilidad «de pleno derecho» de los padres por los hechos de sus

hijos menores (Civ. 2.º 19 de febr. de 1997, *Bertrand c. Domingues*, Bull. civ. II, n.º 56, p. 32; JCP 1997.II.22848, concl. Kessous, nota Viney; D. 1997.265, nota Jourdain y SC. 290, obs. D. Mazeaud), y de las asociaciones responsables de su asistencia educativa (Civ. 2.ª 6 de junio de 2002, *GMF c. Association départementale de la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence*; *AGF c. Association de la région havraise pour l'enfance et l'adolescence en difficultés*, Bull. civ. II, n.º 120, p. 96; D. 2002.2750, nota Huyette; JCP 2003.II.10068, notas Gouttenoire-Cornut et Roget), el Consejo de Estado reconoció, con su sentencia (Secc.) de 11 de febr. de 2005, *GIE Axa courtage* (Rec. 45; RFDA 2005.594, concl. Devys, nota Bon; JCP 2005.II.10070, concl., nota Rouault; AJ 2005.663, cr. Landais y Lenica; BJCL 2005.260, obs. Robineau-Israël y Vialettes; D. 2005.1762, nota Lemaire; JCP Adm. 2005.1132, nota J. Moreau; RD publ. 2006.1221, art. Meillon, y 523, nota Guettier; RDSS 2005.466, nota Cristol), que en caso de que se asigne la guarda y custodia de un menor, con fines de asistencia educativa, a una persona, ésta asume «la responsabilidad de organizar, dirigir y controlar la vida del menor»; «cuando se encomienda el cuidado de un menor a un centro que depende del Estado, este último incurre en responsabilidad, incluso cuando no haya cometido falta alguna, por los daños ocasionados a terceros por este menor». Cabe decir lo mismo del menor del que se hace responsable el servicio de asistencia social del departamento (CE 26 de mayo de 2008, *Département des Côtes d'Armor*, Rec. 914; BJCL 2008.533, concl. Séners; AJ 2008.2081, nota Fort). Ahora bien, en este caso, el menor ya no es un menor peligroso, sino un menor en situación de riesgo. La responsabilidad del servicio se fundamenta, pues, en el concepto de guarda (v. P. Bon, RFDA 2013.127), siguiendo el ejemplo del enfoque que asume el Tribunal de Casación de conformidad con el artículo 1384 del Código Civil.

Este enfoque puede presentar ventajas no sólo para los terceros, sino también para los usuarios del servicio al que se ha encomendado tanto su custodia como la del autor del perjuicio (CE 13 de nov. de 2009, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Association tutélaire des inadaptés*, Rec. 461; JCP Adm. 2010.2003, concl. de Silva, nota Albert JCP 2010.835, nota Droin; RDSS 2010.141, nota Cristol).

La combinación de la jurisprudencia *GIE Axa courtage* (custodia) y de la jurisprudencia *Thouzellier* (riesgo) se materializó con la sentencia (Secc.) de 1 de febr. de 2006, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Mutuelle des instituteurs de France* (Rec. 42, concl. Guyo-

mar; RFDA 2006.602, concl., nota Bon; AJ 2006.586, cr. Landais y Lenica; D. 2006.2301, nota Fort; RGCT 2007.57, nota Lemaire; RD publ. 2007.632, com. Guettier) relativa al caso de un menor delincuente cuya protección se había encomendado a un «guardián»: en caso de daños ocasionados a terceros por este menor, incurrían en responsabilidad tanto la persona que se había hecho cargo de él (sistema de custodia) como el Estado por haber adoptado una medida de libertad vigilada según lo previsto en el decreto legislativo de 2 de febr. de 1945 (sistema de riesgo).

- 7 La solución de la sentencia *Thouzellier* se amplió a los daños ocasionados por los detenidos que disfrutaban de un permiso de salida (CE 2 de dic. de 1981, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Theys*, Rec. 456; D. 1982.550, nota Tedeschi e IR. 447, obs. Moderne y Bon; JCP 1982.II.19905, nota Pacteau) o de medidas de libertad condicional y de semilibertad (CE Sect. 29 de abr. de 1987, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Banque populaire de la région économique de Strasbourg*, Rec. 158; RFDA 1987.831, concl. Vigouroux; AJ 1987.454, cr. Azibert y de Boidesffre; D. 1988. SC. 60, nota Moderne y Bon).

Por último, a diferencia de los enfermos que son exclusivamente objeto de atención psiquiátrica en un hospital en régimen ambulatorio (CE 17 de febr. de 2012, *Société MAAF Assurances*, Rec. 51; JCP Adm. 2012.2182, nota Pauliat), los enfermos mentales objeto de internamiento suponen un cierto peligro: los permisos de salida forman parte de los tratamientos encaminados a conseguir su readaptación progresiva a las condiciones de vida normales; «*este método terapéutico supone un riesgo para terceros, al no estar éstos protegidos por las garantías inherentes a los métodos habituales de internamiento*», motivo por el que la Administración puede incurrir en su caso en responsabilidad sin falta (CE Secc. 13 de jul. de 1967, *Département de la Moselle*, Rec. 341; AJ 1968.419, nota Moreau; D. 1967.675 nota Moderne; RD publ. 1968.391, nota M. Waline; RTDSS 1968.108, nota Imbert); lo mismo ocurre con el acogimiento familiar tutelado, que forma parte de los tratamientos encaminados a conseguir la readaptación progresiva de los enfermos mentales a las condiciones de vida normales (CE 13 de mayo de 1987 *Mme Piollet, M. Anson*, Rec. 172; AJ 1987.459, cr. Azibert y de Boisdeffre; D. 1988. SC.163, obs. Moderne y Bon).

El Tribunal de Casación ha adoptado una solución similar en el caso de la responsabilidad que corresponde asumir a una asociación de acogida de discapacitados intelectuales que gozan de plena libertad de

movimiento durante el día (As. plen. 29 de marzo de 1991, *Association des centres éducatifs du Limousin c. Blieck*, Bull. as. plen., n.º 1, p. 1; JCP 1991.II.21673, concl. Dontenville, nota Ghestin; D. 1991.324, nota Larroumet; Gaz. Pal. 1992.2.513, obs. Chabas; RFDA 1991.991, art. P. Bon).

8 **III.** Además de las cosas peligrosas que son propiedad de la Administración, y de las actividades peligrosas que ésta desarrolla, el Consejo de Estado considera *las situaciones peligrosas* en las que coloca a determinadas personas.

En este caso, las víctimas ya no son necesariamente terceros, como en la mayoría de los casos anteriores.

Los *agentes* de la Administración, ya fueran fijos (CE 21 de junio de 1895 *Cames\**) o temporales (CE 22 de nov. de 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine\**), tenían ya la posibilidad de acogerse a la teoría del riesgo, en virtud no tanto del riesgo especial al que se ven expuestos por su colaboración con el servicio público, sino del beneficio que obtiene la Administración con esta colaboración.

En determinadas circunstancias, los *agentes* son víctimas de un perjuicio no exactamente durante la prestación del servicio público, sino en la situación de riesgo en la que los ha colocado dicha prestación de servicio. Tal es el caso de los funcionarios destacados en el extranjero, a los que su administración ordena permanecer en su lugar de destino pese los graves disturbios que tienen lugar allí y de los que terminan siendo víctimas (pillajes, por ej.): la Administración está obligada a reparar el perjuicio ocasionado (CE Secc. 19 de oct. de 1962, *Perruche*, Rec. 55; – As. 16 de oct. de 1970, *Époux Martin*, Rec. 593; v. n.º 6.5).

El Consejo de Estado también ha considerado que «*en caso de epidemia de rubéola, el hecho de que una institutriz embarazada se vea permanentemente expuesta a un riesgo de contagio supone para el nasciturus un riesgo especial y anormal que, caso de dar lugar a graves perjuicios para la víctima, puede obligar a la Administración a asumir su responsabilidad frente a ésta*» (CE As. 6 de nov. de 1968 *Ministre de l'éducation nationale c. Dame Saulze*, Rec. 550; RD publ. 1969.505, concl. Bertrand, nota M. Waline; AJ 1969.117, nota J.-B. y 287, cr. Dewost y Denoix de Saint Marc; RA 1969.174, nota Chaudet; RTDSS 1969.298, nota Doll). En realidad, la principal víctima, es decir, el hijo, es un tercero en relación con el servicio; pero corre un riesgo debido a la participación de su madre en el servicio. Los padres tienen asimismo derecho a una indemnización por daños y perjuicios

si sufren personalmente un perjuicio por las anomalías de su hijo (CE Secc. 29 de nov. de 1974, *Époux Gevrey*, Rec. 600, concl. Bertrand; JCP 1975.I.2723, cr. Boivin).

- 9 La responsabilidad por riesgo ha sido reconocida como un derecho de los usuarios de un servicio público, a los que este último coloca en una situación de riesgo: los usuarios de una obra pública peligrosa (CE As. 6 de jul. de 1973, *Dalleau*, citado *ut supra*), los usuarios de los centros de transfusión sanguínea (CE As. 26 de mayo de 1995, *Consorts Nguyen, Jouan, Consorts Pavan*, citada *ut supra*). Pero se le ha denegado este derecho a los espectadores de unos fuegos artificiales (CE Secc. 21 de febr. de 1958, *Commune de Domme*, Rec. 118; – 30 de marzo de 1979, *Moisan*, Rec. 143; v. n.º 14.4).

La ampliación progresiva de la responsabilidad por riesgo especial no llegó hasta el límite de ser admitida en la jurisprudencia en el caso de las vacunas obligatorias (CE As. 7 de marzo de 1958, *Secrétaire d'État à la santé publique c. Dejous*, Rec. 153; RD publ. 1958.1087, concl. Jouvin; AJ 1958.II.225, cr. Fournier y Combarnous; S. 1958.182, nota Golléty). Fue el legislador el que reconoció la responsabilidad del Estado por las consecuencias perjudiciales de estas vacunas, ya sea que se administraran en un centro público o privado, o incluso en el domicilio de la persona implicada (leyes de 1 de julio de 1964 y de 26 de mayo de 1975 – art. L. 3111-9 del Código de Salud Pública). En estos casos, el Estado repara unos perjuicios que no han sido necesariamente ocasionados por sus servicios, pero que se derivan de una actividad impuesta en interés de la sociedad.

El *riesgo social* es el que justifica, aquí, la indemnización. Corresponde en exclusiva al legislador tomar la decisión de que sea asumida por el Estado. «*Los perjuicios resultantes de operaciones militares no otorgan en modo alguno a las víctimas el derecho a reparación por parte del Estado, salvo cuando así lo contemplen expresamente unas disposiciones legales*» (CE 23 de jul. de 2010, *Société Touax et Société Touax Rom*, Rec. 344; AJ 2010.2269, nota Belrhali-Bernard; DA oct. 2010.136, nota Flavier), como ocurre con los perjuicios ocasionados por la guerra, en general, y con aquellos que se derivan de calamidades nacionales, revueltas y amotinamientos, actos de terrorismo. Los sistemas de reparación que establece, de este modo, el legislador ya no son equiparables a los que admitió la jurisprudencia administrativa por riesgo vinculado con la Administración, ya fuera éste de carácter profesional (*Cames\**), ocasional (*Saint-Priest-la-Plaine\**) o excepcional (*Regnault-Desroziers*).

### **34. PODER REGLAMENTARIO. POLICÍA**

**Consejo de Estado, 8 de agosto de 1919, *Labonne***

(Rec. 737)

Considerando que, para solicitar la anulación de la orden del prefecto, en virtud de la cual se le retiró el certificado de capacidad para la conducción de vehículos, el recurrente se limitó a impugnar la legalidad del decreto de 10 de marzo de 1899 en que se funda dicha orden; que el recurrente alegó que el citado decreto adolecía de un defecto por exceso de poder en las disposiciones de sus art. 11, 12 y 32 por medio de las cuales se instauró este certificado y se contempló su posible retirada;

Considerando que, aunque las autoridades departamentales y municipales son las responsables, a tenor de las leyes, en particular las del 22 de dic. de 1789, 8 de ene. de 1790 y 5 de abr. de 1884, de velar por la conservación de las vías públicas y por la seguridad del tráfico rodado, compete al Jefe del Estado, al margen de cualquier delegación legislativa y en virtud de sus propias facultades, determinar las medidas concretas de policía que hayan de aplicarse, en cualquier caso, en el conjunto del territorio, sin que ello obste para que las autoridades antes mencionadas tengan, cada una en su ámbito de competencia, plena facultad para completar la reglamentación general dictada por el Jefe de Estado con las disposiciones reglamentarias adicionales que requiera el interés público en su localidad;

Considerando, por consiguiente, que los riesgos que entraña la circulación en automóvil constituían un motivo legítimo para que el decreto de 10 de marzo de 1899 exigiera a todo conductor de automóvil estar en posesión de una autorización para conducir, expedida en forma de certificado de capacidad; que la facultad de conceder este certificado, que el decreto citado reconoce a la autoridad administrativa, implica necesariamente la facultad de esta misma autoridad para retirar el certificado en caso de infracción grave contra las disposiciones por las que se rige el tráfico; que de ello se desprende que no se aprecia ilegalidad alguna en el decreto de 10 de marzo de 1899 ni en la orden prefectoral de 4 de dic. de 1913;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 Desde un comienzo, el tráfico de automóviles fue objeto de reglamentación debido a los riesgos particulares que entraña. Con el decreto de 10 de marzo de 1899, que constituye el primer «Código de Circulación» moderno, se estableció, en particular, un «certificado de capacidad para la conducción de automóviles», que pasaría a ser más adelante el «permiso de conducir», autorizando a la autoridad prefectoral a retirarlo cuando su titular hubiera cometido dos infracciones en el transcurso de un año. Habiéndole sido retirado su certificado en las condiciones estipuladas, el señor Labonne solicitó al Consejo de Estado que anulara la retirada de este documento, alegando que, al ser legalmente responsables las autoridades departamentales y municipales de la conservación de las vías públicas y de la policía de tráfico, el Jefe de Estado no estaba facultado para intervenir en este ámbito. El Consejo de Estado desestimó esta argumentación y reconoció al Jefe del Estado una facultad propia de reglamentación.

La sentencia *Labonne* está relacionada con dos problemas distintos: el de la identificación de las *autoridades a las que se confiere el poder de policía* (I), y el de *la combinación de sus poderes de policía* (II).

- 2 I. La policía general, es decir, aquella que se puede ejercer con respecto a cualquier tipo de actividad de los particulares, se encomienda por ley a dos autoridades: el alcalde y el prefecto. En lo que respecta al alcalde, el art. 97 de la ley de 5 de abr. de 1884, que ha sido retomado hoy en día por el art. L. 2212-2 del Código General de las Colectividades Territoriales, dispone que «la misión de la policía municipal consiste en garantizar el buen orden, la seguridad y la salubridad públicas». En cuanto al prefecto, su poder específico de policía se enmarcaba, como señala el Consejo de Estado, en la ley 22 de dic. de 1789 y 8 de ene. de 1790; según el apartado 2 art. 2 «los administradores de los departamentos seguirán haciéndose cargo... de mantener la salubridad, la seguridad y la tranquilidad públicas»; el art. 99 párr. 1.º de la ley de 5 de abr. de 1884 se limitó a confirmar esta facultad propia del prefecto: «las facultades que son las propias del alcalde... no constituyen un obstáculo para que se reconozca al prefecto el derecho a adoptar, en todos los municipios del departamento, o en varios de ellos, y en el caso en que esta tarea no haya sido ya acometida por las auto-

ridades municipales, todas las medidas relativas a la salubridad, la seguridad y la tranquilidad públicas».

Puesto que la Ley encomendaba, de este modo, el poder de policía exclusivamente al alcalde y al prefecto, cabía preguntarse si el Jefe de Estado estaba legitimado para instaurar por decreto un certificado de capacidad para la conducción de automóviles y para disponer la retirada de dicho certificado después de dos infracciones cometidas en un mismo año. El Consejo de Estado resolvió esta duda con una respuesta afirmativa, aclarando que el Jefe de Estado disponía de un poder propio de policía sobre el conjunto del territorio.

La sentencia *Labonne* debe asimilarse a la sentencia *Heyriès\** de 28 de junio de 1918, según la cual la misión general de ejecución de las leyes atribuida al Presidente de la República le autorizaba a suspender por decreto un texto legislativo cuando así lo exigieran las circunstancias. Al igual que corresponde al jefe del ejecutivo garantizar el buen orden en el conjunto del territorio, incluso cuando no existe una disposición legislativa expresa al respecto, le incumbe asimismo velar por que en todo momento los servicios públicos instaurados por la leyes y los reglamentos se mantengan en buen estado de funcionamiento». Estas dos sentencias le confieren, pues, al Jefe del Estado los poderes más amplios tanto en materia de policía administrativa como en materia de organización y de funcionamiento de los servicios públicos. Le reconocen *un poder propio de reglamentación independiente de toda delegación legislativa* (en lo que respecta al poder reglamentario de los ministros, v. CE 7 de febr. de 1936, *Jamart\**).

Los principios que establecieron estas dos sentencias siguen siendo válidos (*cfr.* CE As. 13 de mayo de 1960, *SARL «Restaurant Nicolas»*, Rec. 324; – 2 de mayo de 1973, *Association culturelle des Israélites nord-africains de Paris*, Rec. 313).

3 Estas facultades no se cuestionaron en la Constitución de 1958 y, en concreto, en sus artículos 34 y 37.

El Consejo de Estado consideró, en un primer momento, a este respecto «que incumbe al gobierno, en virtud de las disposiciones de los artículos 21 y 37 de la Constitución, adoptar las medidas de policía aplicables al conjunto del territorio y, en particular, aquellas cuyo objeto sea la seguridad de los conductores de automóviles y de las personas que viajan en estos vehículos» (4 de junio de 1975, *Bouvet de la Maisonneuve et Millet*, Rec. 330). Más adelante, dictaminó, de modo más general, que «el artículo 34 de la Constitución no ha privado al

Jefe de Gobierno de los poderes de policía que ejercía con anterioridad» (CE Secc. 22 de dic. de 1978, *Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure*, Rec. 530; D. 1979.IR. obs. P. D.; – 19 de marzo de 2007, *Mme Le Gac*, Rec. 123; RFDA 2007.770, concl. Derepas, y 1286, cr. Roblot-Troizier; JCP Adm. 2007.2227, nota Maillard, respecto a la prohibición de fumar).

Se considera, por ejemplo, que «corresponde al Primer Ministro velar, mediante las precauciones oportunas, por que se preserve la tranquilidad pública con la adopción, para el conjunto del territorio, de las medidas que permitan limitar la contaminación acústica provocada por el tráfico de aeronaves» (CE 23 de nov. de 2011, *Association France Environnement*, Rec. 729) o regular la actividad de asistencia a vehículos en las autopistas (CE 25 de sept. de 2013, *Société Rapidépannage* 62, Rec. 396; AJ 2013.2506, nota Benelbaz).

El Consejo Constitucional opina asimismo «que el artículo 34 de la Constitución no priva al Jefe del Gobierno de las atribuciones de policía que ejerce en virtud de sus facultades específicas y al margen de toda habilitación legislativa» (CC n.º 2000-434 DC, 20 de jul. de 2000, Rec. 107; LPA 24 de jul. de 2000, nota Schoettl; RD publ. 2000.1542, nota F. Luchaire).

No obstante, el poder de policía general que se reconoce al Primer Ministro no lo habilita para autorizar a los servicios veterinarios a «destruir» los productos alimentarios de origen animal confiscados por no ser aptos para el consumo, y ello debido al «carácter irremediable» del menoscabo que significa esta medida para los derechos del propietario (CE 28 de mayo de 2014, *Brunet*, req. n.º 358154).

- 4        **II.** La sentencia *Labonne* aclara también *la forma en que han de combinarse los poderes de policía* de la autoridad central con los que la ley confiere expresamente al alcalde y al prefecto. Consagra el principio según el cual el alcalde y el prefecto conservan, cada uno en su propio ámbito, su plena competencia para completar la reglamentación general promulgada por el Jefe de Estado (hoy en día, el Presidente de la República o el Primer Ministro) con todas aquellas disposiciones reglamentarias adicionales que pueda requerir el interés público en su localidad (*cf.* CE 18 de abr. de 1902, *Commune de Nérís-les-Bains*\*). En otras palabras, la autoridad de rango inferior puede aumentar el rigor de las medidas promulgadas por la autoridad superior cuando así lo exijan las circunstancias locales, pero no puede reducir su rigor ni, claro está, modificar las medidas. Volvemos a encontrar hoy en día

este principio, en lo que respecta a la policía de tráfico, en el artículo R. 411-8 del Código de Circulación cuyo enunciado reza como sigue: «las disposiciones del presente código no representan obstáculo alguno para el derecho que reconocen las leyes y los reglamentos a los prefectos, al presidente del consejo ejecutivo de Córcega, a los presidentes del consejo departamental y a los alcaldes para adoptar, dentro de los límites de sus atribuciones, unas medidas más rigurosas siempre que así lo exija la seguridad de la circulación por carretera. En lo que a ellos respecta, los prefectos y los alcaldes pueden asimismo fundamentar sus decisiones en el interés del orden público». Estas normas son válidas para los poderes de policía general. La combinación de la policía general y de las policías especiales o de las policías especiales entre ellas plantea problemas mucho más complejos (*cfr.* CE 18 de dic. de 1959, *Société «Les Films Lutetia»*\*)).

## 35. COMPETENCIA. SERVICIOS PÚBLICOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES

**Tribunal de Conflictos, 22 de enero de 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain***

(Rec. 91; D. 1921.3.1, concl. Matter; S. 1924.3.34, concl.)

*Sobre la legalidad de la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional:*

Considerando que, aunque el Teniente Gobernador de Costa de Marfil hizo saber que se había elevado el conflicto por medio de un telegrama de 2 de oct. de 1920, sin cumplir con las formalidades previstas en el decreto legislativo de 1 de junio de 1828, procedió luego a dictar el 13 de oct. de 1920 una orden que cumplía con las disposiciones del art. 9 de dicho decreto; que esta orden se depositó en la secretaría del Tribunal dentro del plazo legal; que, por consiguiente, se recurrió al Tribunal de Conflictos de conformidad con la Ley;

*Sobre la competencia:*

Considerando que por medio de una citación de 30 de sept. de 1920, la Sociedad Comercial del Oeste Africano, a tenor del perjuicio que le había causado un accidente acaecido en el transbordador de Eloka, citó a la colonia de Costa de Marfil ante el presidente del tribunal de Grand-Bassam, para la vista de los recursos y con objeto de nombrar a un experto para examinar el transbordador;

Considerando, por una parte, que el transbordador de Eloka no es una obra pública; por otra parte, que *al hacerse cargo, a título oneroso, de las operaciones de traslado de peatones y de vehículos de una orilla a otra de la laguna, la colonia de Costra de Marfil explota un servicio de transporte en las mismas condiciones que un empresario ordinario; que, por consiguiente, al no existir un texto especial que atribuya la competencia a los tribunales administrativos, incumbe en exclusiva a la autoridad de la jurisdicción ordinaria conocer de las consecuencias perjudiciales del accidente invocado, con independencia de que éste se haya producido como resultado, según las pretensiones de la Sociedad Comercial del Oeste Africano, de una falta cometida en la explotación o de un mantenimiento deficiente del transbordador;*

que –aunque, por consiguiente, el presidente del tribunal haya actuado indebidamente cuando, en vista de la declinatoria que le había dirigido el Teniente Gobernador, no se limitó a pronunciarse sobre ésta, sino que, por medio de la misma sentencia, nombró a un experto, contrariamente a lo dispuesto en los art. 7 y 8 del decreto legislativo de 1 de junio de 1828– procedió correctamente y de conformidad con el Derecho al aceptar resolver el litigio;... (Anulación la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional).

## OBSERVACIONES

- 1 El Comisario del Gobierno Matter relató así los hechos que dieron lugar a este caso: «El litoral de Costa de Marfil está salpicado de lagunas que dificultan la circulación; la colonia tuvo la feliz idea de sortearlas por medio de transbordadores. Fue así como estableció uno de estos transbordadores en la laguna de Ébrié, al que se conoce como transbordador de Eloka y que la colonia explota directa y personalmente haciendo uso del muelle de Bassam. En la noche del 5 al 6 de sept. de 1920, el transbordador atravesaba la laguna, con dieciocho personas y cuatro automóviles a bordo, cuando se hundió bruscamente: un indígena se ahogó, los vehículos alcanzaron el fondo de la laguna y sólo se pudieron rescatar ocasionándoles graves daños». La Sociedad Comercial del Oeste Africano, propietaria de uno de los automóviles, citó a la colonia ante el tribunal de Grand-Bassam; el Teniente Gobernador de la colonia le trasladó el conflicto al Tribunal de Conflictos, dictaminando éste que el litigio era competencia de los tribunales ordinarios.

Con esta conocida sentencia, que se ha hecho célebre con el nombre de sentencia *Bac d'Eloka*, el Tribunal de Conflictos decidió que la autoridad de la jurisdicción ordinaria era competente para conocer de las demandas interpuestas por particulares con el fin de obtener reparación por las consecuencias dañosas de la explotación de un servicio público industrial y comercial, es decir, de un servicio que funciona en las mismas condiciones que una empresa privada.

Ciertamente hacía mucho tiempo que se admitía la posibilidad de que la Administración actuara, en algunas de sus actividades, como lo haría un simple particular, sin poder hacer uso de sus prerrogativas de poder público: esta idea de gestión privada, esbozada ya en 1873 por

el Comisario del Gobierno David en sus conclusiones sobre la sentencia *Blanco\**, fue objeto de desarrollo en las célebres conclusiones del Comisario del Gobierno Romieu sobre la sentencia de 6 de febr. de 1903, *Terrier\**, y se aplicó en materia contractual con bombos y platillos en la sentencia de 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges\**. Pero, antes de 1921, esta idea se reservaba exclusivamente a operaciones aisladas, relacionadas con la gestión del ámbito privado o con la firma de determinados contratos: nadie hubiera entonces admitido que se pudiera considerar que un servicio en su conjunto funcionara con arreglo al régimen de la gestión privada. La innovación fundamental de la sentencia *Société commerciale de l'Ouest africain* reside precisamente en la aplicación de la idea de gestión privada a unos servicios públicos considerados en su conjunto; a partir de entonces se hablará de «servicios públicos industriales y comerciales» para oponerlos, por medio de una terminología habitual, aunque poco satisfactoria, a los «servicios públicos administrativos» (o «servicios públicos propiamente dichos»).

Esta jurisprudencia se caracteriza por la voluntad de equiparar los servicios públicos industriales y comerciales con las empresas privadas (I). Se le impusieron unos límites en atención al papel especial que desempeñan las personas públicas (II). Ha resurgido con más fuerza hoy en día por la información de la que se dispone acerca de las intervenciones de estos servicios.

2            I. *La equiparación de los servicios públicos industriales y comerciales con las empresas privadas* es el resultado de un doble movimiento que afecta a su identificación (A) y a su régimen (B). Están sometidos a las mismas reglas que las empresas privadas porque hay una similitud entre ambos.

A. *Su identificación* estaba vinculada en un principio con la imagen limitada que se tenía del papel del Estado y de las demás personas públicas, cuya intervención en el ámbito industrial y comercial parecía una anomalía. Esta es la idea de la que partía el Comisario del Gobierno en el caso *Bac d'Eloka*: «Algunos servicios presentan la misma naturaleza, incluso la misma esencia que el Estado o la Administración Pública; es necesario que el principio de separación de poderes garantice el pleno ejercicio de sus funciones, y que sus contenciosos estén sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Otros servicios, por el contrario, son de naturaleza privada y, cuando los presta el Estado, sólo lo hace de modo ocasional, accidental, porque no ha querido hacerse cargo de ellos ningún particular y porque es necesario garantizarlos en beneficio del interés general; las objeciones que suscita su explotación son, obviamente, competencia de los tribunales de derecho común».

Esta idea se formula el mismo año en una sentencia del Consejo de Estado relativa al servicio de seguros de transporte marítimo contra los riesgos de guerra (CE 23 dic. de 1921, *Société générale d'armement*, Rec. 1109; RD publ. 1922.74, concl. Rivet). Vuelve a aparecer en la jurisprudencia que limita, en la misma época, las iniciativas públicas que compiten con la iniciativa privada (CE 30 de mayo de 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers\**, y nuestras obs.).

Cuando las actividades industriales y comerciales de las entidades públicas dejaron de considerarse como anómalas, hubo, no obstante, que proceder a calificarlas, ya que el régimen por el que se rigen siendo derogatorio del derecho común administrativo.

3 Algunos textos legales conceden esta calificación a *un servicio*. Cuando ésta se concede por ley, el juez está obligado a aplicarla. Tal es el caso hoy en día de los servicios públicos de suministro de agua y de saneamiento (ley de 30 de dic. de 2006 – art. L. 2224-11 CGCT), los servicios de remotes y de pistas de esquí (ley de 9 de ene. de 1985 – art. L. 342-13 C. turismo).

La Ley puede asimismo reconocer un carácter industrial y comercial a la *entidad pública* que ella misma crea; durante mucho tiempo esto no impidió a la jurisprudencia distinguir, en el seno de dicha entidad, y en función de la finalidad que ésta persigue, los servicios públicos que son administrativos y los que son industriales y comerciales (así ocurrió en el caso de la antigua Oficina Nacional de la Navegación, TC 10 de febr. de 1949, *Guis*, Rec. 590). Hoy en día, «*cuando una entidad pública adquiere por Ley la calidad de entidad pública industrial y comercial, los litigios que se deriven de sus actividades serán competencia de la jurisdicción ordinaria*»; la calificación del legislador tiene, pues, un alcance mucho mayor que antes y no admite excepciones más que en casos muy contados (TC 29 de dic. de 2004, *Époux Blanckeman c. Voies navigables de France*, Rec. 526; DA de mayo de 2005, p. 32, nota Naud; 16 de oct. de 2006, *Caisse centrale de réassurance c. Mutuelle des architectes français*, Rec. 640; concl. Stahl, BJCP 2006.419, RJEP 2007.1 y RFDA 2007.284 con nota de

Delaunay; AJ 2006.2382, cr. Landais et Lenica; JCP Adm. 2007.2077, nota Plessix; RDC 2007.457, nota Brunet).

Cuando la calificación de una entidad se concede por decreto o cuando no existe texto alguno que califique al servicio o a la entidad que lo presta, la jurisprudencia utiliza como criterios del servicio público industrial y comercial, a menudo asociándolos y combinándolos todos, *la finalidad del servicio, el origen de sus recursos, las modalidades de su organización y de su funcionamiento*: si éstos ponen de manifiesto que se trata de una verdadera empresa, se considera que el servicio tiene un carácter industrial y comercial (concl. Laurent sobre CE As. 16 de nov. de 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, D. 1956.759 y S. 1957.38; v. también AJ 1956.II.489, cr. Fournier y Braibant; JCP 1957.II.9968, nota Blaevoët).

El criterio de la finalidad del servicio puede ser determinante (por ejemplo, en el caso del servicio de suministro de agua: TC 21 de marzo de 2005, *Mme Alberti Scott c. Commune de Tournefort*, Rec. 651; BJCL 2005.396, concl. Duplat, obs. M. D.; RFDA 2006.119, nota Lachaume; el utillaje público en los puertos: TC 17 de nov. de 2014, *Chambre de commerce et d'industrie de Perpignan et des Pyrénées Orientales c. Moïse Alfredo*, Rec. 573); el criterio de los recursos lo es en igual medida (cánones que se calculan en función del servicio prestado: CE 20 de ene. de 1988, *SCI La Colline*, Rec. 21; RFDA 1988.880, concl. de La Verpillière; AJ 1988.407, nota J.-B. Auby: servicio de saneamiento; – Secc. (dictamen) 10 de abr. de 1992, *SARL Hofmiller*, Rec. 159; AJ 1992.688, nota Prétot; CJEG 1992.479, cr. Lachaume: servicio de recogida de basura doméstica).

Se aplican estos mismos criterios a los servicios públicos con fines sociales. Una sentencia del Tribunal de Conflictos de 22 de ene. de 1955, *Naliato* (Rec. 694; RPDA 1955.53, concl. Chardeau; D. 1956.58, nota Eisenmann; RD publ. 1955.716, nota M. Waline) avanzó la idea de que constituían una categoría homogénea, que pertenecía al ámbito de la gestión privada, recayendo la mayor parte de las competencias en la materia en la jurisdicción ordinaria. Esta solución no prevaleció: sólo desde criterios análogos a los de los servicios públicos industriales y comerciales cabe considerar que los servicios públicos sociales se rigen por el derecho privado (en este sentido, *a contrario* TC 4 de jul. de 1983, *Gambini*, Rec. 540; JCP 1984.II.20275, concl. Labetoulle; RDSS 1984.553, concl.; RD publ. 1983.1481, nota J.-M. Auby).

4 B. La aplicación de un *régimen de derecho privado* y, en caso de litigio, la *competencia de la jurisdicción ordinaria* han tenido como resultado que se penalicen con una especie de sanción las actuaciones públicas fuera del ámbito que es el suyo. Actualmente, se consideran simplemente como mejor adaptadas a las actividades industriales y comerciales.

La solución tiene un carácter más general en el caso de los usuarios y del personal.

Las relaciones de los servicios públicos industriales y comerciales con los *usuarios* se rigen siempre por el derecho privado y los litigios que originan son competencia de los tribunales ordinarios (por ej., Civ. 1.º 20 de junio de 2006, Bull. civ. I, n.º 324, p. 280; AJ 2006.2237, nota Sablière), aunque el usuario sea una persona pública (CE 4 de nov. de 2005, *Ville de Dijon*, Rec. 772). Los contratos que suscriben ambas partes son contratos de derecho común, con independencia de las cláusulas que contengan (CE Secc. 13 de oct. de 1961, *Établissements Campanon-Rey*, Rec. 567; AJ 1962.98, concl. Heumann, nota de Laubadère; CJEG 1963.17, nota A. C.; D. 1962.506, nota Vergnaud; TC 17 de dic. de 1962, *Dame Bertrand*, Rec. 831, concl. Chardeau; AJ 1963.88, cr. Gentot y Fourré; CJEG 1963.114, nota A. C.). Incluso cuando no existe contrato alguno, aunque sólo sea en caso de negativa a atender a una persona que quiere utilizar el servicio, prevalecen el derecho privado y la competencia de la jurisdicción ordinaria (por ej., CE 20 de ene. de 1988, *SCI La Colline*, citado *ut supra*). Ocurre lo mismo incluso cuando en la producción del daño ocasionado al usuario hayan desempeñado algún papel las obras públicas o el edificio público (TC 17 de oct. de 1966, *Dame Vve Canasse c. SNCF*, Rec. 834; JCP 1966.II.14899, concl. A. Dutheillet de Lamothe; D. 1967.252, nota Durupty).

De modo más general, «cuando una entidad pública sea calificada por ley como una entidad industrial y comercial, los contratos que se suscriban porque así lo requieran sus actividades serán competencia de la jurisdicción ordinaria» (TC 16 de oct. de 2006, *Caisse centrale de réassurance c. Mutuelle des architectes français*, citada *ut supra*).

Los *agentes* de los servicios públicos industriales y comerciales son normalmente agentes de derecho privado y, por tanto, los litigios que tengan con el servicio serán competencia del juez ordinario, aunque se puedan acoger a un estatuto válido también para los agentes administrativos (CE Secc. 15 de dic. de 1967, *Level*, Rec. 501; v. n.º 37.2).

Las relaciones de los servicios públicos industriales y comerciales con terceros y, en particular, la responsabilidad extracontractual en la que pueden incurrir frente a éstos, se rigen también por el derecho privado y su valoración compete a los tribunales ordinarios. Un ejemplo particularmente ilustrativo de la opinión que se ha impuesto desde hace mucho tiempo en relación con los accidentes (TC 11 de jul. de 1933, *dame Mélinette*, Rec. 1237, concl. Rouchon-Mazerat; D. 1933.3.65, concl., nota Blaevoët; RD publ. 1933.426, concl., nota Jèze; S. 1933.397, nota Alibert) nos lo ofrece hoy en día la competencia con las empresas privadas (TC 19 de ene. de 1998, *Union française de l'Express c. La Poste*, Rec. 434; D. 1998.329, concl. Arrighi de Casanova; RFDA 1999.189, nota Seiller).

- 5 Hoy el desarrollo del Derecho de la Competencia contribuye a una renovación de las relaciones entre iniciativa pública e iniciativa privada. No prohíbe a las personas públicas ejercer actividades industriales y comerciales, pero las obliga a hacerlo en igualdad de condiciones con las personas privadas (v. nuestras obs. sobre CE 30 de mayo de 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*\*). En particular, las disposiciones del decreto legislativo de 1 de dic. de 1986 relativa a la libertad de precios y de competencia se aplican, según reza su artículo 53 (art. L. 410-1 del nuevo Código Mercantil), «*a todas las actividades de producción, distribución y prestación de servicios, incluso aquellas que realizan personas públicas*». Abarcan mucho más que las meras actividades industriales y comerciales, puesto que las prestaciones de servicio en el marco de un servicio público administrativo pueden, en su caso, constituir actividades de producción, distribución o prestación de servicio. Con mayor razón se han de aplicar a los servicios públicos industriales y comerciales.

Sin embargo, no pueden impedir que se mantengan las soluciones aplicables en el ámbito del derecho público.

- 6 **II.** La aplicación de este último obedece al *papel que desempeñan las personas públicas*, que es el que determina el carácter administrativo de algunos servicios públicos (A) y que, incluso en el caso de aquellos a los que se reconoce un carácter industrial y comercial, implica que se siga aplicando en parte un régimen administrativo (B).

A. El *carácter administrativo* de algunos servicios públicos está vinculado, en primer lugar, con *su finalidad*, dependiendo ésta de

las funciones esenciales que competen al Estado y a otras personas públicas. Ésta ha sido objeto de reconocimiento, pese a las calificaciones que se desprenden de los textos legales.

Resulta, así, que, aunque la calificación legal de una entidad pública industrial y comercial suponga en principio que sus litigios serán competencia de la jurisdicción ordinaria, se establece una excepción en el caso de las «*actividades, tales como la reglamentación, la policía o el control, que por su naturaleza son prerrogativas del poder público*» (TC 29 de dic. de 2004 y 16 de oct. de 2006, antes citadas). Las funciones que atañen a la consecución de un determinado orden se engloban dentro del concepto de *policía*, aunque estén relacionadas con un objeto económico. El Fondo para la Organización y Regularización de los Mercados Agrícolas (FORMA), calificado como entidad pública industrial y comercial por el decreto por el que se creó, ejercía «*en realidad, una acción puramente administrativa*», ya que su misión era «*preparar las decisiones gubernamentales relativas a las intervenciones del Estado en los mercados agrícolas y proceder a su ejecución*» (TC 24 de junio de 1968, *Société d'approvisionnement alimentaire* et *Société «Distilleries Bretonnes»*, Rec. 801; v. n.º 68.4). La Oficina Nacional Forestal (ONF), pese a desarrollar una actividad de servicio público de carácter industrial y comercial con fines de gestión y ordenación forestales, desempeña también una misión de servicio público administrativo con fines de protección, conservación y vigilancia de los bosques (TC 9 de junio de 1986, *Commune de Kintzheim c. Office national des forêts*, Rec. 448; RD publ. 1987.492, nota Y. Gaudemet).

Las atribuciones que se reconoce a la Sociedad Francesa de la Sangre son las propias de «*una misión de salud pública (que), a tenor de su finalidad, se enmarca en el servicio público administrativo*», a pesar de que una parte importante de sus recursos proceda de la cesión de productos y de que su régimen administrativo, financiero y contable se rija por normas adaptadas a la naturaleza particular de sus misiones, pudiendo éstas ser similares a las que se atribuyen generalmente a las entidades públicas industriales y comerciales (CE [dictamen] 20 de oct. de 2000, *Mme Torrent*, Rec. 469; AJ 2001.394, concl. Chauvaux).

7

Otras funciones están relacionadas con la ejecución y explotación de obras públicas necesarias para la circulación (que, de hecho, están en cierta medida relacionadas con la garantía del orden público y de la libertad de movimiento). Este ha sido el fundamento para recono-

cer un carácter administrativo a los servicios de ordenación y mantenimiento de las obras portuarias (CE Secc. 17 de abr. de 1959, *Abadie*, Rec. 239, concl. Henry) y aeroportuarias (TC 13 de dic. de 1976, *Époux Zaoui*, Rec. 706; AJ 1977.439, nota Dufau; D. 1977.434, nota Moderne; JCP 1978.II.18786, nota Plouvin), de las obras viarias, como los puentes (CE 2 de oct. de 1985, *Ragusi*, Rec. 544; AJ 1986.40, concl. Jeanneney) y, en general, las autopistas (TC 20 de nov. de 2006, *SA EGTL c. Société des autoroutes Estérel Côte d'azur, Provence-Alpes*, Rec. 642; BJCP 2007.40, concl. Duplat, art. Terneyre; AJ 2007.849, nota Chahid-Nourai y Champy). Esta calificación resulta tanto más sorprendente cuanto que la obligación de aplicarla no depende de la modalidad de explotación, en particular, en el caso de las obras que han sido objeto de una adjudicación concedida a una sociedad de derecho privado.

Las actividades que no están tan estrechamente vinculadas con la misión de unas personas públicas, misión que éstas desempeñan en condiciones que no son comparables con las de las empresas privadas (finalidad, modalidad de organización y de financiación), merecen la calificación de servicio público administrativo: tal es el caso del Festival Internacional de Aix-en-Provence (CE Secc. 6 de abr. de 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec. 155; v. n.º 48.4).

Éste ha sido, en particular, el caso de la Caja de Compensación de la Industria Aeronáutica (CE As. 16 de nov. de 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, citada *ut supra*.), del Instituto Nacional de Consumo (TC 19 de febr. de 1990, *Espie c. Institut national de la consommation*, AJ 1990.468, concl. Stirn), o de los servicios públicos sociales (CE 27 de ene. de 1971, *Caisse des écoles de la Courneuve*, Rec. 70; D. 1973.521, nota Lachaume; TC 4 de jul. de 1983, *Gambini*, citada *ut supra* n.º 35.3).

La financiación de los servicios de saneamiento o de recogida de basuras por medio de una tasa, en lugar de un impuesto, ponía también de manifiesto que se trataba de un servicio administrativo (CE Secc. [dictamen] 10 de abr. de 1992, *SARL Hofmiller*, citada *ut supra*). Esto es lo que acontece *a fortiori* cuando un servicio, como el servicio de suministro de agua, no da lugar a ninguna facturación (TC 21 de marzo de 2005, citada *ut supra* n.º 35.3).

- 8 Las variaciones en la organización, el funcionamiento o la financiación de un servicio justifican la aplicación sucesiva de dos calificaciones distintas. Ello explica que se haya reconocido el carácter admi-

nistrativo al servicio de seguros marítimos contra los riesgos de guerra después de que se hubieran producido cambios en su reglamentación y organización (CE 23 de mayo de 1924, *Société «Les affréteurs réunis»*, Rec. 498; D. 1924.3.16, concl. Rivet). El servicio de transbordadores experimentó una evolución similar. El Consejo de Estado y el Tribunal de Casación consideraron en repetidas ocasiones que los transbordadores eran obras públicas cuyo contencioso era competencia de la jurisdicción administrativa (por ej., CE Secc. 19 de junio de 1936, *Département de l'Eure*, Rec. 672, concl. Josse). Medio siglo después del caso *Bac d'Eloka*, un nuevo accidente acaecido en Costa de Marfil, nación que mientras tanto había conseguido su independencia, dio la oportunidad a la Sala de lo Administrativo del Tribunal Supremo de este país de llevar la contraria a la sentencia *Société commerciale de l'Ouest africain*, argumentando «que un transbordador, al igual que los tramos de carretera que le sirven de enlace y de los que constituye un accesorio indispensable, es una obra pública» y que «su explotación tiene el carácter de servicio público administrativo» (14 de junio de 1970, *Société des Centaures routiers*, AJ 1970.560, informe M. Bernard). El Tribunal de Conflictos considera a los transbordadores como vehículos, estando sometidos los accidentes que ocasionen al escrutinio de los tribunales ordinarios en aplicación de la ley de 31 de dic. de 1957 (TC 15 de oct. de 1973, *Barbou*, Rec. 848; AJ 1974.94, concl. Braibant; D. 1975.184, nota Moderne; JCP 1975. II.18046, nota Lachaume): se fundamenta, por tanto, en un motivo muy distinto del que había alegado en 1921. Por último, el Consejo de Estado ha considerado, por su parte, que la explotación de un transbordador constituye un servicio público administrativo (CE Secc. 10 de mayo de 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. 274; v. n.º 61.3).

Esto nos permite apreciar la evolución que han experimentado los conceptos relativos a las actividades de la Administración.

Un organismo puede ejercer a la vez, aunque no de forma sucesiva, sino simultáneamente, misiones de servicio público que tengan, de un lado, un carácter administrativo y, de otro, un carácter industrial y comercial.

- 9 B. *El régimen* que se deriva de estas calificaciones no lo abarca todo.

Al igual que los servicios públicos administrativos pueden incluir islotes de gestión privada, los servicios públicos industriales y comer-

ciales pueden regirse en parte por el Derecho Administrativo y estar sometidos a la jurisdicción administrativa.

Los *contratos* que suscriben las personas públicas que gestionan un servicio público industrial y comercial pueden ser administrativos: contratos relativos a unas obras públicas (CE 7 de oct. de 1966, *Ville de Bordeaux*, Rec. 526; CJEG 1967.256, concl. Braibant; D. 1967.537, nota Blaevoët; JCP 1967.II.15053, nota Dufau); contratos que implican una ocupación del dominio público (CE 24 de ene. de 1973, *Spite-ri et Époux Krehl*, Rec. 64; AJ 1973.496, nota Dufau); contratos que incluyen cláusulas exorbitantes del derecho común (TC 14 de nov. de 1960, *Société agricole de stockage de la région d'Ablis*, Rec. 867; v. n.º 24.2); contratos que se suscriben con sujeción a un régimen exorbitante del derecho común (CE Sectc 19 de ene. de 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. 48; v. n.º 24.3).

La responsabilidad extracontractual de los servicios públicos industriales y comerciales está también sujeta al régimen administrativo y a la jurisdicción administrativa, cuando éstos incurren en responsabilidad frente a terceros como resultado de sus obras públicas (CE Secc. 25 de abr. de 1958, *Dame Vve Barbaza*, Rec. 228; AJ 1958. II.272, cr. Fournier y Combarrous; TC 17 de dic. de 2007, *Électricité de France c. Assurances Pacifica*, Rec. 1113; RJEP oct. de 2008, p. 29, nota Bourgeois-Machureau y Boucher).

El *personal* de los servicios públicos industriales y comerciales está compuesto por agentes públicos en dos grandes casos. El primero, establecido por la jurisprudencia, concierne únicamente al Director del Servicio y al Contable Público (v. CE 26 de ene. de 1923, *de Robert Lafrégeyre\** y nuestras obs.). El segundo se deriva de los textos legales que reconocen el carácter de agentes públicos e, incluso, de funcionarios, a una categoría de personal en su conjunto (CE As. 29 de ene. de 1965, *L'Herbier*, Rec. 60; AJ 1965.93, cr. Puybasset y Puissochet y 103, concl. Rigaud; D. 1965.826, nota Debbasch; JCP 1966. II.14824, nota Blaevoët; TC 24 de oct. de 1994, *Préfet de la région d'Île-de-France, Préfet de Paris c. Fédération syndicale SUD PTT*, Rec. 608; AJ 1995.165, nota Salon).

Incluso los agentes que conservan su calidad de asalariados de derecho privado se rigen por estatutos que tienen carácter administrativo (CE As. 13 de ene. de 1967, *Syndicat unifié des techniciens de la Radiodiffusion Télévision française et autres*, Rec. 10; Dr. soc. 1967.363, concl. Galabert; AJ 1967.270, cr. Lecat y Massot, y 296, nota V. S.) al menos en la medida en que estos estatutos estén relacio-

nados con la organización del servicio público (TC 15 de ene. de 1968, Époux Barbier\*, y nuestras obs.).

En general, ésta depende del papel que corresponde desempeñar a los poderes públicos; los actos que estén relacionados con esta misión tienen siempre un carácter administrativo; los litigios a los que den lugar son, por tanto, competencia de la jurisdicción administrativa.

### 36. OBRAS PÚBLICAS. DEFINICIÓN

**Consejo de Estado, 10 de junio de 1921, *Commune de Monségur***

(Rec. 573; D. 1922.3.26, concl. Corneille; RD publ. 1921.361, concl., nota Jèze; S. 1921.3.49, concl., nota Hauriou)

*En lo que respecta a la competencia del Consejo de la Prefectura:* Considerando que la demanda, interpuesta en nombre y representación del menor Brousse contra el municipio de Monségur, se fundaba en la presunción de que el accidente que sufrió el recurrente en la iglesia de este municipio habría sido consecuencia de una falta de mantenimiento de la iglesia; que no se cuestiona que la iglesia fuera propiedad del municipio de Monségur; que, por otra parte, *aunque el servicio del culto religioso ya no constituye un servicio público desde que se dictó la ley de 9 de dic. de 1905 sobre la separación entre Iglesias y Estado, el art. 5 de la ley de 2 de ene. de 1907 dispone que, salvo cuando se proceda a la secularización de los edificios destinados al ejercicio del culto religioso en los casos previstos por la ley de 9 de dic. de 1905, éstos seguirán estando a disposición de los fieles y de los ministros del culto para la práctica de su religión; que de ello se desprende que las obras que se acometan en una iglesia por cuenta de una persona pública, con un objetivo de utilidad general, conservan su carácter de obras públicas y que las demandas que se interpongan contra los municipios debido a los daños ocasionados por la falta de mantenimiento de las iglesias son competencia del Consejo de la Prefectura al estar relacionadas con la ejecución o falta de ejecución de una obra pública;*

*En cuanto al fondo:* Considerando que de la instrucción se desprende que el joven Brousse resultó herido en la iglesia de Monségur por la caída de una pila bautismal que él mismo provocó al colgarse del borde superior de la misma junto a dos de sus compañeros; que, en el conjunto de los hechos de la causa, según se establece en los documentos que obran en el expediente, no se aprecia ninguno cuya naturaleza pudiera hacer incurrir en responsabilidad al municipio; que, por consiguiente, el Consejo de la Prefectura actuó indebidamente al condenar a dicho municipio a reparar el daño ocasionado al joven Brousse como resultado del accidente; que procede, en tales circunstancias,

exigir a este último, representado por el señor y la señora Lalanne, que asuma los costes del peritaje y las costas en que haya incurrido el Consejo de la Prefectura;... (Orden anulada; desestimación de la demanda del menor Brousse).

## OBSERVACIONES

- 1 I. En 1908, es decir, después de la promulgación de la separación de las Iglesias y el Estado, se produjo un accidente en la iglesia de Monségur (Gironde): al colgarse tres niños de la pila bautismal y ocasionar su caída, una esquirla de mármol le seccionó la pierna al joven Brousse a la altura del tobillo. Los padres de la víctima consiguieron que el Consejo de la Prefectura condenara al municipio, responsable del mantenimiento de la iglesia, a pagarles una indemnización de 10.000 francos. Habiendo interpuesto el municipio un recurso, el Consejo de Estado dictaminó lo siguiente: de un lado, que «las demandas interpuestas contra los municipios por daños ocasionados por la falta de mantenimiento de las iglesias son competencia del Consejo de la Prefectura, al estar relacionadas con la ejecución o falta de ejecución de una obra pública»; de otro lado, que, en este caso concreto, no cabía culpar al municipio de ninguna falta de mantenimiento, ya que las pilas bautismales no estaban destinadas a la práctica de ejercicios gimnásticos, por lo que sólo cabía imputar la causa del accidente a las víctimas.

La sentencia *Commune de Monségur* contribuyó de forma decisiva al desarrollo del concepto de obras públicas. Define como tales a «las obras que se acometen por cuenta de una persona pública con un objetivo de utilidad general». Si añadimos que se trata de obras realizadas en inmuebles, nos hallamos ante la definición del concepto de obras públicas más comúnmente admitida hasta 1955. El concepto por el que optó el Consejo de Estado es, como subrayaba el Comisario del Gobierno Corneille en sus conclusiones, más amplio que el de servicio público o que el de dominio público. En primer lugar, es más amplio que el concepto de servicio público: desde que se promulgaron las leyes de separación Iglesias-Estado, el servicio del culto religioso ha dejado de ser un servicio público; no obstante, dado que la ley de 9 de dic. de 1905 dispone que las iglesias quedan a disposición de los fieles y de los ministros del culto para permitirles la práctica de su religión, las obras que los municipios propietarios de las iglesias realicen en

éstas se llevarán a cabo «con fines de utilidad pública» y tendrán, por tanto, el carácter de obras públicas. El concepto de obra pública es, por otra parte, independiente del concepto de dominio público. El Consejo de Estado no se pregunta si las iglesias forman o no parte del dominio público; el Tribunal de Conflictos ha dictaminado asimismo que las obras que se ejecuten en un palacio de justicia constituyen obras públicas «sin que sea necesario determinar si este palacio forma parte del dominio público o privado» (TC 24 de oct. de 1942, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, S. 1945.3.10).

- 2        **II.** En el marco de este enfoque tradicional, el concepto de obras públicas incluye todas aquellas obras que se realicen en terrenos de propiedad privada y que respondan a un interés general, distinto del que persigue la gestión de la propiedad privada en sentido estricto: consolidación de roquedos que pueden dificultar la circulación pública (CE 8 de junio de 1949, *Contamine*, Rec. 272); obras acometidas para enlazar dos núcleos pequeños de población (TC 8 de febr. de 1965, *Martin*, Rec. 811); acondicionamiento de un camino forestal destinado a la circulación general, en especial, para permitir a la población de veraneantes acceder a la costa marítima (CE 28 sept. 1988. *Office national des forêts c. Melle Dupouy*, Rec. 318; JCP 1989. II.21234, nota Davignon, AJ 1989.47, obs. J.-B. Auby). También responden a un objetivo de interés general las obras que acomete una persona pública en una propiedad privada para prevenir un peligro inminente de derrumbe (CE Secc. 29 de abr. de 1949, *Consorts Dastrevigne*, Rec. 185), o para proceder al acondicionamiento de un dique en un dominio privado (TC 8 de dic. de 2014, *Consorts A. c. Commune de Grésy-sur-Isère*, AJ 2015.556), o en la propiedad de un tercero con su consentimiento (CE 16 de mayo de 2012, *Verrier*, Rec. 656).

- 3        En cambio, no responden a un objetivo de interés general: la obras que se ejecutan con fines de gestión del dominio privado forestal (TC 25 de junio de 1973, *Office national des forêts c. Béraud et entreprise Machiari*, Rec. 847; D. 1975.350, nota Comte; AJ 1974.30, nota Moderne; CJEG 1973.229, nota J. V. CE Secc. 28 de nov. de 1975, *Office national des forêts c. Abamonte*, Rec. 602 AJ 1976.148, nota Julien-Laferrière; D. 1976.355, nota J.-M. Auby; RA 1976.36, nota Moderne; JCP 1976. II.18476, nota Boivin; RD publ. 1976.1051, nota M. Waline); las obras que se realizan por cuenta de la Oficina Nacional Forestal en un camino forestal abierto a la circulación del público, pero no destinado a la circulación general (TC 5 de jul. de 1999, *Mme*

*Menu et SA des établissements Gurdebeke et Office national des forêts*, Rec. 458).

- 4 **III.** En coincidencia con el criterio que estableció la sentencia *Commune de Monségur*, la jurisprudencia ha seguido descartando, hasta 1955, la aplicación del concepto de obras públicas a las obras que se ejecutan por cuenta de particulares (CE Secc. 16 de nov. de 1928, *Mezgier*, Rec. 1192; RD publ. 1929.97, concl. Etori). Admitía su aplicación exclusivamente cuando estas obras tenían un carácter accesorio con respecto a una obra pública (CE 21 de ene. de 1927, *Compagnie générale des eaux c. Dame Vve Berluque*, Rec. 94; D. 1928.3.57, nota Blaevoet: construcción de canalizaciones privadas de conexión entre un inmueble y unas canalizaciones públicas).

Desde 1955, la jurisprudencia reconoce el carácter de obras públicas a las obras que se realicen por cuenta de particulares, a partir del momento en que estén relacionadas con una misión de servicio público cuya ejecución esté sujeta a un régimen de derecho público (TC 28 mars 1955, *Effimieff\**).

### **37. COMPETENCIA. SERVICIOS PÚBLICOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES. AGENTES CONTRACTUALES**

**Consejo de Estado, 26 de enero de 1923, de Robert Lafrégeyre**

(Rec. 67; RD publ. 1923.237, concl. Rivet).

Considerando que el señor de Robert Lafrégeyre reclama al Consejo de Estado que, como resultado de la disolución del contrato que le unía con la colonia de Madagascar, le asigne una indemnización superior a la que se le concedía en el Decreto-Ley impugnado; que la colonia resolvió desestimar su petición, solicitando por vía incidental, por una parte, la revisión del decreto que le obligaba a pagar al señor de Robert Lafrégeyre una indemnización por daños y perjuicios que, en su opinión, no le adeudaba y, por otra, la condena del señor de Robert Lafrégeyre al reembolso de la suma de 5.903.33 francos que le fue abonada en virtud de la decisión del Consejo de lo Contencioso-Administrativo; que, por su parte, el señor de Robert Lafrégeyre opuso al recurso incidental un motivo de inadmisión, amparándose en el hecho de que la colonia había dado su visto bueno al decreto que ahora censura ante el Consejo de Estado;

*Sobre la competencia:* Considerando que, dado el carácter de las funciones de dirección que le habían sido encomendadas al señor de Robert Lafrégeyre, mediante una orden del Gobernador General de la colonia de Madagascar, corresponde a la jurisdicción administrativa pronunciarse sobre las discrepancias que se han suscitado entre la colonia y el recurrente en lo tocante a los derechos que le corresponden a este último en virtud del contrato que lo vinculaba con la colonia y, dado que se trata de funciones públicas coloniales, el Consejo de lo Contencioso-Administrativo de Madagascar era el órgano competente para resolver en la materia;...

#### **OBSERVACIONES**

El señor de Robert Lafrégeyre había sido contratado por la colonia de Madagascar para ejercer las funciones de jefe del servicio de

ferrocarriles de dicha colonia. Como resultado de las dificultades que surgieron entre él y la colonia, procedió a demandar a esta última por daños y perjuicios resultantes de la disolución de su contrato de trabajo. Habiéndole solicitado el Consejo de lo Contencioso-Administrativo que se pronunciara al respecto, el Consejo de Estado estimó que, «debido al carácter de las funciones de dirección» que ejercía el interesado, el litigio era competencia de la jurisdicción administrativa.

La sentencia presenta un interés especial por dos motivos.

- 1 I. En primer lugar, es la fuente primigenia de la abundante jurisprudencia relativa al *personal de los servicios públicos industriales y comerciales*: según esta jurisprudencia, sólo se reconoce el carácter de agentes públicos a los que ejercen funciones de dirección, mientras que los agentes subalternos pertenecen a la categoría de asalariados en régimen de derecho privado (*cf.* CE As. 14 de dic. de 1928, *Billiard*, Rec. 1316; RD publ. 1929.107, concl. Rivet). La distinción ha sido refrendada por sentencias posteriores a la promulgación del Estatuto General de los Funcionarios (CE Secc. 25 de ene. de 1952, *Boglione*, Rec. 55: personal del servicio de explotación y utillaje gestionado por la Cámara de Comercio de Marsella; – 26 de febr. de 1954, *Attane*, Rec. 129: personal de la Régie Autonome des Pétales o RAP).

El concepto de puestos de dirección ha sido objeto de una interpretación cada vez más restrictiva. Mientras que, en 1923, entraban dentro de esta categoría los jefes de servicio, éstos dejaron de pertenecer a ella a partir de 1952 (CE Secc. 25 de ene. de 1952, *Boglione*, citada *ut supra*). Todavía en 1954, el Comisario del Gobierno Chardeau seguía incluyendo en esta categoría, junto al Director General, al Secretario General y al Agente Contable (concl. sobre CE Secc. 4 de junio de 1954, *Vingtain et Affortit*, Rec. 342). La evolución del concepto se completó en 1957 con la sentencia *Jalenques de Labeau* (CE Secc. 8 de marzo de 1957, Rec. 158; S. 1957.276, concl. Mosset; D. 1957.378, concl., nota de Laubadère; JCP 1957. II.9987, nota Dufau; AJ 1957. II.184, cr. Fournier y Braibant): «*corresponde en exclusiva a los tribunales ordinarios pronunciarse sobre los litigios individuales en los que se vean involucrados los agentes*» de una entidad pública industrial y comercial, «*salvo en el caso de aquel agente al que se encomiende la Dirección General del conjunto de los servicios de la entidad, así como del jefe contable, cuando tenga la condición de auditor de cuentas*». Por consiguiente, hoy en día sólo están sometidos a la

jurisdicción de los tribunales administrativos el Jefe de la entidad y el Agente Contable.

- 2 La jurisprudencia más reciente permanece fiel a estas soluciones (TC 15 de marzo de 1999, *Faulcon*, Rec. 442; Dr. soc. 1999.673, concl. Sainte-Rose: AJFP 2000.11, nota Chanlair).

«Una decisión promulgada o autorizada por el legislador es la única que puede establecer excepciones a esta regla» (CE Secc. 15 de dic. de 1967, *Level*, Rec. 501; AJ 1968.228, cr. Massot y Dewost, y 230, concl. Braibant; D. 1968.387, nota Leclercq). Así, por ejemplo, La Ley puede aplicar expresamente un estatuto de derecho privado al conjunto del personal de las direcciones municipales de gas y electricidad, incluyendo a los agentes de dirección (CE 20 de marzo de 2015, *Le Saux*, req. n.º 370628). A la inversa, cabe la posibilidad de que la totalidad o parte del personal de un servicio, que era en su origen administrativo y que luego pasó a ser industrial y comercial, conserve su carácter de agentes públicos o incluso de funcionarios (CE As. 29 de ene. de 1965, *L'Herbier*, Rec. 60; TC 24 de oct. de 1994, *Préfet de la région d'Île-de-France, Préfet de Paris c. Fédération syndicale SUD PTT*, Rec. 608; v. n.º 35.9).

- 3 II. La sentencia de *Robert Lafrégeyre* hace referencia, en segundo lugar, al concepto de *funcionario contractual*.

Éste ya aparecía en la sentencia *Winkell* de 7 de ago. de 1909 (Rec. 826, v. n.º 59.2), pero fue abandonado posteriormente, incluso en el caso de los funcionarios propiamente dichos (CE Secc. 22 de oct. de 1937, *Delle Minaire et autres*, Rec. 843, concl. Lagrange; S. 1940.3.13, concl.; D. 1938.3.49, concl., nota Eisenmann; RD publ. 1938.121, concl., nota Jèze): dado que su nombramiento es resultado de un acto unilateral, se hallan, «respecto a la Administración, en una situación estatutaria y reglamentaria», que excluye toda relación contractual (v. en este sentido, en particular, el art. 4 de la ley de 13 de jul. de 1983 relativo a los derechos y obligaciones de los funcionarios).

- 4 Hay otros agentes que siguen teniendo la posibilidad de pasar a ocupar una plaza mediante contrato. Se plantea, entonces, el dilema de saber si son agentes de derecho privado o de derecho público.

En el caso de los agentes de los servicios públicos industriales y comerciales, encontramos la respuesta a esta pregunta en la jurisprudencia de *Robert Lafrégeyre*: si exceptuamos al Director y al Agente Contable, además de aquellas otras excepciones contempladas en los textos legales, el resto del personal está constituido por agentes de

derecho privado. No obstante, hay algunas empresas, con un «estatuto especial» establecido por decreto, en las que los agentes están sometidos a disposiciones adoptadas unilateralmente. Los reglamentos por los que se rige el personal de estas empresas constituyen actos administrativos en la medida en que afectan a la organización del servicio (TC 15 de ene. de 1968, *Époux Barbier\**). Ello supone, para los agentes implicados, un alcance más reducido tanto del carácter contractual como de la sujeción al derecho privado de su situación laboral.

- 5 *En el caso de los agentes de los servicios públicos administrativos*, la calificación del contrato que los une a la persona que los emplea depende de la aplicación de los criterios de los contratos administrativos, según están expuestos en la jurisprudencia o, en su caso, en la legislación.

Orgánicamente, es necesario que el contrato se suscriba con una persona pública. Los agentes de las personas privadas a las que se encomienda un servicio público administrativo conservan su condición de agentes de derecho privado (CE 4 de abr. de 1962, *Chevassier*, v. n.º 7.5; TC 4 de mayo de 1987, *du Puy de Clinchamps*, Rec. 640; AJ 1987.446, cr. Azibert y de Boisdeffre; JCP 1988.II.20955, nota Plouvin). El criterio de adscripción del agente a un servicio público sólo puede aplicarse en los casos de «*gestión por una persona pública*» de dicho servicio (TC 3 de junio de 1996, *Gagnant*, Rec. 542). La invalidación de este requisito es una prerrogativa de la Ley.

- 6 Ésta puede también obviar los criterios materiales del contrato administrativo establecidos por la jurisprudencia. Tal es el caso del Polo Empleo, entidad pública cuyos agentes, pese a tener a su cargo una misión de servicio público, están sometidos al derecho privado a tenor de la ley de 13 de febrero de 2008, salvo aquellos agentes previamente adscritos a la Agencia Nacional para el Empleo, que «siguen» sujetos a un contrato de derecho público (CE 23 de jul. de 2014, *Sud Travail-Affaires sociales*, req. n.º 363522). Del mismo modo, están sujetos al derecho privado los contratos de empleo-solidaridad que se suscriben con arreglo a la ley de 19 de dic. de 1989, cuyo objeto es facilitar la reincorporación al mercado laboral (TC 7 de junio de 1999, *Préfet de l'Essonne*, Rec. 451; D. 2001.266, nota Mahinga). En sentido inverso, la Ley puede asignar a otros agentes la condición de contratados con arreglo al derecho público, siendo éste el caso de los auxiliares de seguridad (art. 10 de la ley de 16 de oct. de 1997 relativa al desarrollo de actividades para el fomento del empleo de los jóvenes)

(v. TC 3 de jul. de 2000, *Préfet des Hauts-de-Seine c. Conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt*, Rec. 767). A este respecto, la Ley puede hacer suya una calificación que se haya impuesto gracias a la jurisprudencia.

7 Esta última se ha ido decantando progresivamente por una solución general.

Durante mucho tiempo, aplicó a los contratos de los agentes empleados por personas públicas, para sus servicios públicos administrativos, el criterio de las cláusulas exorbitantes cuya presencia era indispensable para que fueran contratos sujetos al derecho público (v. CE 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges\**, y nuestras obs.).

Posteriormente, antes incluso de que se dictara la sentencia *Bertin\** de 20 de abr. de 1956, optó por el criterio del servicio público, reconociendo un carácter administrativo a los contratos suscritos con agentes en la medida en que supusieran su «participación directa en la prestación del servicio» (CE Secc. 4 de junio de 1954, *Vingtain et Affortit*, (v. n.º 68.3). De acuerdo con los términos que utilizó el Comisario del Gobierno Chardeau, «están sujetos al derecho público todos los agentes –sean cuales fueren las cláusulas de su contrato– cuya misión sea garantizar el funcionamiento del servicio del que forman parte y que contribuyan a la consecución del objetivo que persigue dicho servicio». Este criterio fue sentado por los tribunales administrativos y retomado tanto por el Tribunal de Conflictos (TC 13 de ene. de 1958, *Chardon*, Rec. 789; D. 1958.412, nota Blaevonet) como por el Tribunal de Casación (Civ. 15 de febr. de 1961, JCP 1961. II.12077, nota R. L.). Se ha interpretado en sentido amplio, como lo demuestra el reconocimiento de la condición de agente público al personal más diverso: portero de un grupo de inmuebles perteneciente a una oficina pública de vivienda de protección oficial (CE Secc. 10 de marzo de 1959 *Lauthier*, Rec. 198; RD publ. 1959.770, concl. Michel Bernard; AJ 1959.I.68, cr. Combarrous y Galabert; D. 1960.280, nota de Laubadère); veterinario encargado de la inspección en un matadero municipal (CE Secc. 23 de abr. de 1971, *Ministre de l'agriculture c. Mornet*, Rec. 289; RA 1971.280, concl. Gentot; AJ 1971.363, nota J. P. C.); auxiliar de oficina contratado por la Oficina Universitaria y Cultural para Argelia (CE Secc. 25 de mayo de 1979, *Mme Rabut*, Rec. 231, concl. Genevois; D. 1979. IR 388, obs. P. D.).

Sin embargo, no se pretendía que tuviera un alcance general; no incluía a los agentes que sólo ejercían funciones accesorias (por ej., camareras de los restaurantes universitarios: TC de 19 de abr. 1982, *Mme Robert c. CROUS de Rennes*, Rec. 561; D. 1982.546, nota Imbert; Gaz. Pal. 1983.1.318, nota Bonneau; JCP 1983. II.19959, nota Saint-Jours).

Daba lugar a la adopción de soluciones bizantinas, no sólo en lo que respecta a los agentes de un mismo servicio, sino también en el caso de un solo agente que ocupaba sucesivamente diferentes puestos de trabajo (TC 25 de nov. de 1963, *Dame Vve Mazerand*, Rec. 792; JCP 1964.II.13466, nota R. L.).

El Tribunal de Conflictos se propuso poner fin a esta situación con la sentencia que dictó el 25 de marzo de 1996, *Berkani* (Rec. 535, concl. Martin; RFDA 1996.819, concl.; AJ 1996.354, cr. Stahl y Chauvaux; D. 1996.598, nota Saint-Jours; Dr. soc. 1996.735, obs. Prétot; CJEG 1997.35, nota Lachaume; Gaz. Pal. 10-11 de jul. de 1996, nota Petit; JCP 1996.II.22664, nota Moudoudou; RRJ 1997.745, nota Monjat), con motivo de un litigio relacionado con un cocinero empleado por un Centro Regional de Actividades Universitarias, sentencia que impuso el principio según el cual «*el personal no estatutario, que trabaja en un servicio público de carácter administrativo, pertenece a la categoría del personal contratado con arreglo al derecho público, con independencia del puesto que desempeñe*».

- 8 No obstante, el deseo de simplificar las normas aplicables en la materia ha tropezado contra un primer obstáculo en el supuesto de una persona pública que reanuda, en régimen de gestión administrativa, una actividad que se había encomendado previamente a una persona privada, confiriéndole el carácter de *un servicio público administrativo*. El Tribunal de Conflictos ha considerado que, en este caso, en aplicación de las disposiciones del Código Laboral que prevé la asunción por el nuevo empleador de los contratos laborales anteriormente suscritos por la persona privada, los interesados quedarán sujetos a un régimen laboral de derecho privado mientras su nuevo empleador no los adscriba a un régimen de derecho público (TC 19 de ene. de 2004, *Mme Devun c. Commune de Saint Chamond*, Rec. 509; BJCL 2004.253 y LNF 2004.253, concl. Duplat; AJ 2004.432, cr. Donnat y Casas; AJFP 2004.118, com. Journé; Dr. soc. 2004.433, nota A. Mazeaud; CJEG 2004.120, nota Girardot; JCP 2004.II.10134 y JCP E 2004.930, notas Duquesne). El Consejo de Estado ha adoptado la misma solución

al considerar que no tiene carácter obligatorio para la entidad pública, cuando no existan disposiciones legislativas en este sentido, la inclusión de los interesados en un régimen laboral de derecho público (CE Secc. 22 de oct. de 2004, *Lamblin*, Rec. 382; RFDA 2005.187 y Dr. soc. 2005.37, concl. Glaser; RFDA 2005.1205, nota Clamour; BJCL 2005.37, concl., nota Robineau-Israël y Vialettes; RGCT 2005.106, concl., notas Mondou, Etcheverry y Garreau; AJ 2004.2153, cr. Landais y Lenica; CFP de dic. de 2004, p. 37, nota Guyomar; DA febr. 2005, p. 24, nota E. G.; JCP 2004.II.10200, nota Jean-Pierre; Dr. ouvr. 2005.79, nota J. Le Rey; ADE 2004.900, nota Dubos). La petición que se había dirigido, de este modo, al legislador encontró eco en el art. 20 de la ley n.º 2005-843 de 26 de jul. de 2005 cuyas disposiciones fueron modificadas y codificadas en el artículo L. 1224-3 del Código Laboral. El Tribunal de Conflictos ha ratificado que, mientras no se inscriba a los asalariados involucrados en un régimen laboral de derecho público, sus contratos seguirán estando sujetos al derecho privado (TC 9 de marzo de 2015, *Société Véolia propreté Nord Normandie c. Communauté de communes de Desvres-Samer*; AJ 2015.553).

9 Han aparecido nuevas dificultades que se han resuelto mediante un reparto de competencias.

Por una parte, aunque los tribunales ordinarios tengan competencia para resolver los litigios que se susciten en relación con un contrato para la promoción del empleo (*contrat d'accompagnement à l'emploi* o CAE) a tenor de la ley de competencia de los tribunales ordinarios, ello no obsta para que el juez administrativo tenga asimismo competencia para sacar las consecuencias de una eventual *recalificación* del contrato, cuando dicho contrato no afecte, en realidad, a las categorías de los puestos de trabajo, los empleadores o los asalariados involucrados (TC 22 de nov. de 2010, *Cerisier et autres c. Lycée David d'Angers*, Rec. 685).

Se ha adoptado la misma solución para los contratos de empleo-solidaridad (TC 14 de nov. de 2011, *Pruvost c. Maison de retraite «Résidence Albert Jean»*, Rec. 844).

Por otra parte, en caso de litigio relativo a la indemnización solicitada por un agente público sujeto primero al derecho privado y luego al derecho público, la competencia corresponderá al juez ordinario o al juez administrativo según el período al que sea imputable la demanda del agente (TC 23 de nov. de 2009, *Melle Tourdot c. Université de Va-*

*lenciennes et du Hainaut-Cambrésis*, Rec. 668; DA 2010, n.º 43, nota F. Melleray).

- 10 El Tribunal de Conflictos ha tenido, por último, que enfrentarse a casos límites. Ha hecho constar que «el contrato a través del cual una entidad pública, que gestiona un servicio público administrativo y que actúa en su calidad de empresario de espectáculos en vivo, contrata a un artista para que participe en uno de estos espectáculos, tendrá la consideración de un contrato laboral sometido a las disposiciones del Código Laboral». La solución es válida también en el caso de un artista funcionario siempre que su participación en un espectáculo no se inscriba en el marco de sus obligaciones de servicio (TC 6 de junio de 2011, *Bussière-Meyer c. Communauté d'agglomération Belfortain*, Rec. 689; JCP Adm. 2011.2250, nota Pontier).

En un orden de cosas totalmente distinto, se ha vinculado con una «*relación de derecho público*» la actividad de un preso que se desarrolla con arreglo al régimen de concesión de mano de obra de reclusos, en aplicación de un convenio suscrito entre la administración penitenciaria y una empresa concesionaria (TC 14 de oct. de 2013, *M. Olivier Vincent c. Ministre de la justice*, Rec. 374).

## 38. RESPONSABILIDAD. VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS

Consejo de Estado, 30 de noviembre de 1923, *Couitéas*

(Rec. 789; D. 1923.3.59, concl. Rivet; RD publ. 1924.75 y 208, concl., nota Jèze; S. 1923.3.57, nota Hauriou, concl.; DA 1998, n.º 10, p. 4, art. Andriantsimbazovina; RFDA 2013.1012, art. Seiller; AJ 2014.1821, art. Jacquemet-Gauché)

Considerando que de la instrucción se desprende que, con su sentencia de 13 de febr. de 1908, el tribunal de Sousse resolvió que tenían que «seguir en posesión del señor Couitéas las parcelas de tierra de la finca de Tabia-el-Houbira de las que era propietario según había confirmado el Estado» y le reconoció «el derecho a expulsar de su propiedad a todos los ocupantes»; que el recurrente solicitó, en repetidas ocasiones, a las autoridades competentes la ejecución de dicha decisión; pero que el gobierno francés le denegó siempre el auxilio de las fuerzas militares de ocupación, reconocido como indispensable para llevar a cabo esta operación de justicia, alegando los graves disturbios a los que podía dar lugar la expulsión de numerosos indígenas de las tierras de las que se consideraban legítimos ocupantes desde tiempos inmemoriales;

Considerando que al adoptar, por los motivos y en las circunstancias antes expuestos, la decisión a la que se opone el señor Couitéas, *el gobierno se limitó a hacer uso de las atribuciones que le fueron concedidas con el fin de mantener el orden y la seguridad pública en un país bajo protectorado;*

*Considerando, empero, que un justiciable que tenga en su poder una sentencia judicial, acompañada de la correspondiente orden de ejecución, está en su derecho de contar con el auxilio de la fuerza pública para que se ejecute el documento acreditativo que le ha sido otorgado; que, tal y como se ha indicado, aunque el gobierno tiene el deber de valorar las condiciones de la ejecución y el derecho a denegar el auxilio de las fuerzas armadas, si considera que puede poner en peligro el orden y la seguridad, el perjuicio resultante de esta negativa no puede en modo alguno, cuando supere una determinada duración, ser una carga que deba asumir el interesado en condiciones normales,*

*correspondiéndole al juez determinar el límite a partir del cual habrá de ser asumida por la colectividad.*

Considerando que la privación del disfrute total y sin limitación de tiempo de su propiedad, que supone para el recurrente la medida adoptada, le obliga a soportar, por motivos de interés general, un perjuicio que le da derecho a reclamar una reparación pecuniaria; que, por tanto, el Ministro de Asuntos Exteriores actuó indebidamente al denegarle todo derecho a una indemnización; que procede que vuelva a presentarse ante el ministro antes citado para que se proceda, en caso de que no se alcance un acuerdo amistoso, y teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho y de derecho, a establecer la indemnización que se le adeuda por daños y perjuicios;... (Anulación; indemnización concedida).

## OBSERVACIONES

**1** Los hechos complejos que dieron lugar a esta sentencia fueron expuestos con sumo detalle por el Comisario del Gobierno Rivet en sus conclusiones. Baste con señalar aquí que el señor Couitéas no había obtenido satisfacción a su solicitud de que el gobierno ejecutara la decisión judicial de expulsión de las tribus autóctonas que habían ocupado una finca de 38.000 hectáreas de la que era propietario en Túnez, según había reconocido la autoridad de los tribunales ordinarios.

El Comisario del Gobierno recordó primero que, cincuenta años antes, el Consejo de Estado no hubiera dudado en declarar que un acto de esta naturaleza, inspirado por un móvil político, constituía un acto de gobierno. ¿No entraba éste, acaso, dentro de la categoría de los actos relacionados con el ejercicio del protectorado y no era, por tanto, una de las obligaciones internacionales del gobierno? Al parecer, no era éste el caso: el acto impugnado consistía única y exclusivamente en la negativa a tomar las medidas necesarias para que se ejecutara la sentencia dictada por un tribunal francés en beneficio de un ciudadano francés. Cabía, pues, concluir que El Consejo de Estado no era competente en la materia. Pero, ¿no había incurrido el Estado en responsabilidad? Para ejecutar la sentencia dictada en favor del señor Couitéas era necesario organizar una verdadera expedición militar: la finca estaba ocupada por 8.000 indígenas autóctonos. Existían motivos políticos de peso para justificar, en tales circunstancias, la negativa del gobier-

no. Pero, por otra parte, es indudable que un fallo que ha adquirido carácter definitivo tiene que cumplirse. La negativa del gobierno supone, pues, una grave vulneración de los derechos individuales del señor Couitéas, aunque obedece a un motivo de interés general. Ahora bien, el legislador reconoce casi siempre al particular, al que se ha perjudicado por motivos de interés público, el derecho a una compensación pecuniaria: las leyes relativas a los daños de guerra son una manifestación patente de esta tendencia, que se funda en el principio de igualdad ante las cargas públicas mencionado en la Declaración de 1789. El caso *Couitéas* brindó al juez administrativo la oportunidad de aplicar la teoría del «riesgo social» para indemnizar a un justiciable que no obtiene satisfacción a su solicitud de ejecución de una sentencia sin que, en las circunstancias excepcionales de este caso concreto, la denegación del auxilio de la fuerza pública pudiera ser considerada como un exceso de poder.

El Consejo de Estado asumió la doctrina que le proponía su comisario y que resume el siguiente considerando ya clásico: «... *el justiciable que tenga en su poder una sentencia judicial... está en su derecho de contar con el auxilio de la fuerza pública para que se ejecute el documento acreditativo que le ha sido entregado;... aunque el gobierno tiene el deber de valorar las condiciones de la ejecución y el derecho a denegar el auxilio de las fuerzas armadas, si considera que puede poner en peligro el orden y la seguridad, el perjuicio resultante de esta denegación no puede, cuando supere una determinada duración, ser una carga que deba asumir el interesado en circunstancias normales...*».

De este modo, la sentencia abrió las puertas, junto a la responsabilidad por riesgo (CE 21 de junio de 1895, *Cames\**; 28 de marzo de 1919, *Regnault-Desroziers\**), a un segundo apartado de la responsabilidad sin falta de las personas públicas, que se ha ido ampliando progresivamente para sumar, a los casos de *falta de intervención* (I), los casos de adopción de determinadas medidas (II). En todos estos casos, el perjuicio ocasionado debe presentar determinadas características para que se justifique su reparación (III).

- 2            I. La Administración incurre en responsabilidad sin falta cuando, por motivos de interés general, *no toma las medidas* que tendría que haber adoptado en condiciones normales. Aunque inicialmente se refirió sólo a la falta de ejecución de una decisión judicial (A), la juris-

prudencia incorporó luego diferentes casos de abstención de la Administración (B).

A. La sentencia *Couitéas* está relacionada con la falta de ejecución de una decisión judicial o, más concretamente, con la falta de auxilio de la fuerza pública para garantizar la ejecución de dicha decisión.

Por regla general, la Administración no sólo tiene que respetar los fallos y las sentencias que se dicten contra ella, sino también prestar su apoyo para que se ejecuten las sentencias dictadas contra personas privadas. La orden de ejecución que acompaña a las sentencias la obliga en este sentido. Aunque el papel que se le asigna es de mera prolongación de una decisión judicial, en realidad se disocia de esta última y conserva, contrariamente a lo que se haya podido considerar (CE Secc. 11 de mayo de 1934, *Soyer*, Rec. 552), un carácter administrativo: los litigios relacionados con la ejecución de las decisiones judiciales son, pues, competencia de la jurisdicción administrativa (CE Secc. 3 de junio de 1959, *Dame Vve Sablayrolles*, Rec. 425, concl. Jouvin). La denegación de auxilio más allá del plazo razonable del que dispone la Administración para actuar constituye una falta que puede hacerle incurrir en responsabilidad.

No obstante, cuando el auxilio de la fuerza pública pueda acarrear unos disturbios más graves que los que se derivan de la no ejecución de la decisión judicial, la Administración tiene derecho a denegarlo. Haurriou hubiera querido reservar la solución de la sentencia *Couitéas* a los países bajo protectorado y enmarcarla en la jurisprudencia en materia de circunstancias excepcionales (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Heyriès*\* de 28 de junio de 1918). Esta interpretación se consideró acertada durante unos quince años. Pero, debido a la presión de las circunstancias, el Consejo de Estado terminó por admitir que los motivos fundados en la necesidad de mantener el orden público autorizaban a la Administración a aplazar su intervención para posibilitar la ejecución de una sentencia, no sólo cuando ésta implicara una verdadera expedición militar, como en el caso *Couitéas* (v. otros casos análogos en CE Secc. 22 de marzo de 1945, *Époux de Richemont*, Rec. 60), sino también una actuación policial, pudiendo ésta plantear dificultades incluso cuando reviste una menor importancia, como en el caso de la expulsión de unos huelguistas que han ocupado una fábrica (CE As. 2 de junio de 1938, *Société La cartonnerie et l'imprimerie Saint-Charles*, Rec. 521, concl. Dayras; Dr. soc. 1938.241 y S.

1939.3.9, concl.; D. 1938.3.65, nota Appleton; JCP 1938.II.834, nota Mihura; RD publ. 1938.375, nota Jèze) o de unos inquilinos que ocupan un piso (CE As. 22 de ene. de 1943, *Braut*, Rec. 19; v. n.º 14.2). Corresponde, al menos, a la Administración determinar si la ejecución de la decisión judicial de la que se trate corre el riesgo de provocar alteraciones graves del orden público; y la expresión «orden público» se interpreta en su sentido estricto, como el «orden en las calles», quedando excluida toda idea de orden social y cualquier consideración de naturaleza humanitaria (CE 16 de abr. de 1946, *SA des logements économiques*, Rec. 117).

Los motivos de denegación del auxilio de la fuerza pública se sintetizaron y completaron en la sentencia del Consejo de Estado de 30 de junio de 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c. M. et Mme Ben Amour* (Rec. 225; BJCL 2010.625, concl. Thiellay; AJ 2011.568, nota Le Gars): «*consideraciones ineludibles relativas a la salvaguarda del orden público o a la posibilidad de que la decisión judicial de expulsión tenga consecuencias posteriores que, por su naturaleza, puedan suponer un grave atentado contra la dignidad humana, pueden constituir un motivo legal para denegar el auxilio de la fuerza pública, sin que por ello se vulnere el principio de separación de poderes*» – correspondiéndole al juez comprobar si la decisión de prestar auxilio no adolece de un error manifiesto de apreciación (v. n.º 27.8).

Cuando existe fundamento legal para la denegación de auxilio de la fuerza pública, el beneficiario de la sentencia, al que se priva de la posibilidad de ejecución de la misma, sufre un perjuicio que representa para él una auténtica carga impuesta por motivos de interés general: la reparación del perjuicio debe, en tal caso, restablecer la igualdad.

La jurisprudencia *Couitéas* puede asimismo aplicarse en los casos en que el prefecto se niega, «amparándose en la situación de la colectividad... o alegando motivos de interés general», a adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena ejecución de una decisión judicial que condena a una colectividad territorial al pago de una suma de dinero (CE Secc. 18 de nov. de 2005, *Société fermière de Campoloro*, Rec. 515; v. n.º 84.12).

- 3 La jurisprudencia *Couitéas* fue ratificada por la ley de 9 de jul. de 1991 para la reforma de los procedimientos civiles de ejecución, cuyo artículo 16 reza lo siguiente: «El Estado está obligado a prestar auxilio para que se ejecuten las sentencias y otras órdenes ejecutivas.

La negativa del Estado a prestar auxilio da origen al derecho a una reparación». Se menciona expresamente el caso de los desahucios (CE 18 de febr. de 2010, *Société d'HLM de Guyane*, Rec. 977; AJ 2010.857, concl. Thiellay).

Para el Consejo Constitucional, «*toda decisión judicial tiene carácter ejecutivo..., estando obligada la fuerza pública... a prestar ayuda para que se ejecute*», pero «*en caso de circunstancias excepcionales motivadas por la necesidad de salvaguardar el orden público, la autoridad administrativa puede... no prestar auxilio*» (CC n.º 98-403 DC, 29 de jul. de 1998, Rec. 276; AJ 1998.705, cr. Schoettl; RFDC 1998.765, nota Trémeau).

- 4 Pese a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que «*la ejecución de una sentencia o de un fallo dictados por cualquier tribunal, sea cual fuere su jurisdicción*» es inherente al derecho a un juicio justo, estando obligadas las autoridades competentes a asegurarse de que se cumpla (19 de marzo de 1997, *Hornsby c. Grèce*; v. n.º 84.12), este tribunal admite, al mismo tiempo, que existen motivos graves de orden público que justifican el aplazamiento del auxilio de la fuerza pública, aunque no su denegación definitiva (22 de ene. de 2010, *Barret et Sirjean c. France*, JCP Adm. 2010.2260, nota Dieu), no siendo suficiente, en este caso, la reparación del perjuicio fundada en el principio de igualdad ante las cargas públicas para compensar la vulneración del derecho a un juicio justo ni del derecho al respeto de los bienes propios. El Tribunal tiene en cuenta la posibilidad de indemnización para compensar a los acreedores de los Estados extranjeros por el perjuicio grave y excepcional que les ocasiona la inmunidad diplomática de ejecución de la que gozan estos últimos (13 de ene. de 2015, *NML Capital Ltd c. France* req. n.º 23242/12).

- 5 B. Se han ido ampliando progresivamente los casos en que la abstención de la Administración ocasiona un perjuicio que otorga a la víctima el derecho a una indemnización, según se desprende de la jurisprudencia *Couitéas*.

Los primeros casos seguían estando relacionados con la negativa de intervención de las autoridades de policía, aunque ya no se contemplara exclusivamente la actuación encaminada a ejecutar una decisión judicial, sino también a mantener o restablecer el orden. Por regla general, las autoridades de policía están obligadas a tomar las medidas judiciales y materiales que resulten oportunas: en caso de no hacerlo, estarán cometiendo una falta. Sin embargo, la negativa de intervención

de la policía puede estar justificada cuando, en lugar de restablecer el orden, ésta pueda ocasionar desórdenes todavía más graves. La carga que ello suponga para determinadas personas debe ser objeto de reparación en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas (CE Secc. 27 de mayo de 1977, *SA Victor Delforge*, Rec. 253; JCP 1978. II.18778, nota Pacteau; RA 1977.489, nota Darcy; – 11 de mayo de 1984, *Port autonome de Marseille*, Rec. 178; AJ 1984.708, nota J. Moreau, respecto a la abstención de las autoridades administrativas competentes que no hacen nada para romper el bloqueo impuesto a la circulación naval en un canal de entrada a un puerto). Así lo ha admitido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin por ello aceptar que la asunción de responsabilidad por parte del Estado por los daños ocasionados a las víctimas sea motivo para eludir sus responsabilidades comunitarias, en particular, la de garantizar la libre circulación de mercancías (CJCE 9 de dic. de 1997, *Commission c. France*, caso C-265/95, Rec. I. 6959; RFDA 1998.120, art. Dubouis; DA oct. de 1998, art. Andriantsimbazovina).

La falta de aplicación de un reglamento dio asimismo origen a otra serie distinta de casos. En general, esta abstención constituye una falta por la que la Administración incurre en responsabilidad (por ej., CE Secc. 14 de dic. de 1962, *Doublet*, Rec. 680; v. n.º 14.3). Pero, incluso cuando no ha habido falta, el perjuicio resultante merece la consideración de una carga que no debe ser asumida por las personas que lo han sufrido. 7 de mayo de 1971, *Ministre de l'économie et des finances et Ville de Bordeaux c. Sastre*, Rec. 334, concl. Gentot; JCP 1971. I.2446, cr. Loschak; RD publ. 1972.443, nota M. Waline; en este mismo sentido – 4 de febr. de. 1976, *Société Établissements Omer Decugis*, Rec. 79; AJ 1976.373, nota Daval; RD publ. 1976.1509, nota M. Waline). Conviene destacar que, aunque la Administración no cometa una falta cuando, tras comprobar que una construcción se ha edificado sin licencia de obras y contraviniendo las reglas de urbanismo, se niega a poner fin a la infracción, ello no obsta para que «esta falta de aplicación de una legislación y de un reglamento» ocasione al propietario vecino «un perjuicio que.. no cabe considerar como una carga que deba asumir al interesado, motivo por el cual se le ha de reconocer el derecho a una reparación» (CE As. 20 de marzo de 1974, *Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c. Navarra*, Rec. 200, concl. Rougevin-Baville; AJ 1974.303,

cr. Franc y Boyon; D. 1974.480, nota Gilli; JCP 1974.II.17752, nota Liet-Veaux; RD publ. 1974.924, nota de Soto).

Se consiguió un nuevo avance con el caso de la renuncia al procedimiento de expropiación. No cabe hablar, en este caso, de falta de aplicación de una decisión administrativa: la declaración de utilidad pública autoriza a la Administración a actuar; no la obliga a hacerlo. Ello no obsta para que el propietario de un inmueble afectado por una declaración de utilidad pública, al no poder llevar a cabo determinadas obras antes del traspaso de propiedad, pueda sentirse perjudicado si la Administración renuncia con posterioridad a efectuar dicho traspaso: tiene, pues «derecho a la reparación del perjuicio personal que se le ha ocasionado por motivos de interés general, no pudiendo éste ser considerado como una carga que deba asumir el interesado en condiciones normales» (CE Secc. 23 de dic. de 1970, *EDF c. Farsat*, Rec. 790; AJ 1971.96, concl. Kahn; JCP 1971.II.16820, nota Beaugrève).

Esta solución se aplicó también a un caso de renuncia por parte de una ciudad, motivada por dificultades de orden financiero y técnico, de la construcción de una vía pública, después de que el proyecto hubiera llevado a una empresa a efectuar inversiones importantes, que a partir de ese momento resultaban inútiles: esta renuncia ocasionó un perjuicio importante a esta empresa (CE 17 de marzo de 1989, *Ville de Paris c. Société Sodevam*, Rec. 96; AJ 1989.472, concl. Stirn; D. 1990. SC.295, obs. Bon y Terneyre).

- 6 Por último, se consiguió ampliar todavía más el campo de aplicación de esta jurisprudencia con la sentencia del Consejo de Estado (As.) de 22 de oct. de 2010, *Mme Bleitrach* (Rec. 399, concl. Roger-Lacan; RFDA 2011.141, concl.; AJ 2010.2207, cr. Botteghi y Lallet; D. 2011.1298, nota Boujeka; DA de dic. de 2010, nota Busson; JCP Adm. 2011.2189, nota M.-E. Baudouin; RD publ. 2011.568, nota Pauliat), en la que se establece «*que, si por motivos legítimos de interés general, el Estado ha permitido que se prolongue en el tiempo la ejecución de unas obras razonables de reforma, destinadas a satisfacer las exigencias de accesibilidad a los juzgados para las personas discapacitadas*», «*el perjuicio resultante de esta prolongación en el tiempo... no puede ser considerado, cuando revista un carácter grave y excepcional, como una carga que deba asumir la interesada en condiciones normales*».

- 7 II. El poder público incurre asimismo en responsabilidad cuando adopta, *positivamente* y cumpliendo estrictamente con la legalidad,

*medidas de las que se derivan consecuencias perjudiciales*: estas últimas constituyen unas cargas que deben ser objeto de reparación de acuerdo con el principio de igualdad ante las cargas públicas. La ampliación del alcance de la jurisprudencia hizo que se pasara de las *decisiones administrativas* (A) a las *leyes y convenios internacionales* (B).

A. La solución fue admitida primero por el Consejo de Estado para las medidas *individuales*: negativa a autorizar el despido de personal alegando «*la grave perturbación de la vida económica local*» que ello podría ocasionar (CE Secc. 28 de oct. de 1949, *Société des Ateliers du Cap Janet*, Rec. 450; JCP 1950.II.5861, concl. J. Delvolvé); embargo de un edificio para poder llevar a cabo el realojo de las personas evacuadas de un inmueble que presentaba riesgo de ruina (CE Secc. 15 de febr. de 1961, *Werquin*, Rec. 118; RD publ. 1961.321, concl. Braibant; AJ 1961.197, cr. Galabert y Gentot; D. 1961.611, nota P. Weil; JCP 1961.II.12259, nota J.-M. Auby); prohibición impuesta a una embarcación de entrada en un puerto, debido a las manifestaciones que podría provocar su llegada (CE Secc. 7 de dic. de 1979, *Société «Les fils de Henri Ramel»*, Rec. 457; D. 1980.303, concl. Genevois; JCP 1981.II.19500, nota Pacteau).

También puede aplicarse esta doctrina a las *decisiones reglamentarias*. Así lo admitió el Consejo de Estado respecto a los reglamentos de policía que prohibían el paso de peatones (CE Secc. 22 de febr. de 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. 113; AJ 1963.208, cr. Gentot y Fourré; RD publ. 1963.1019, nota M. Waline) o de camiones (CE 13 de mayo de 1987, *Aldebert*, Rec. 924; JCP 1988. II.20960, nota Pacteau; RFDA 1988.950, nota Rihal; 4 de oct. de 2010, *Commune de Saint-Sylvain d'Anjou*, Rec. 971; RJEP marzo de 2011, concl. de Salins; JCP Adm. 2010.2338, nota J. Moreau) en vías en las que se habían establecido comerciantes cuya actividad dependía fundamentalmente de esta circulación. A esta misma solución se acogió un farmacéutico que había perdido su clientela como resultado de la decisión de clausura de diez torres de viviendas que pertenecían a una oficina pública de vivienda de protección oficial (CE Secc. 31 de marzo de 1995, *Lavaud*, Rec. 155; LPA 5 de jul. de 1995, concl. Bonichot; AJ 1995.384, cr. Touvet y Stahl).

Cuando los reglamentos prevén una aplicación directa de una ley, la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales que puedan oca-

sionar se valora teniendo en cuenta la responsabilidad por el hecho de las leyes.

- 8 B. *Determinadas leyes y convenios internacionales* pueden, en efecto, dar lugar al reconocimiento por parte del juez administrativo de la responsabilidad del Estado en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas.

La competencia del juez administrativo se debe a que su única misión consiste en examinar la reparación de los daños y perjuicios, fundándose en consideraciones de orden administrativo, sin valorar la legalidad de las medidas que los han ocasionado. Pero la naturaleza y la autoridad específicas de estas últimas justifican que se tenga en cuenta, junto a los requisitos que se derivan del principio de igualdad ante las cargas públicas, la voluntad de sus autores para denegar, si procede, la concesión de una indemnización.

Por ello, deben ser objeto de un examen independiente la responsabilidad por el hecho de las leyes (CE 14 de ene. de 1938, *La Fleurette*\*) y la responsabilidad por el hecho de los convenios internacionales (CE 30 de marzo de 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*\*).

Ello no obsta para que ambas sean consecuencia de la jurisprudencia *Couitéas*.

Esta sentencia desveló, por tanto, un segundo apartado de la responsabilidad sin falta: el de la responsabilidad por la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas, que viene a sumarse al de la responsabilidad por riesgo, que ya habían puesto de manifiesto las sentencias *Cames*\* de 21 de junio de 1895 y *Regnault-Desroziers*\* de 28 de marzo de 1919.

- 9 III. La responsabilidad fundada en el principio de igualdad ante las cargas públicas se reconoce únicamente cuando el perjuicio tiene unas determinadas características.

Además de los requisitos que se exigen para el conjunto de los regímenes de responsabilidad (el perjuicio ha de ser cierto, directo y cuantificable en dinero, además de suponer una vulneración de una situación legítima y jurídicamente protegida), debe cumplir otros que, por su naturaleza, impliquen una quiebra de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. La valoración de estas características puede ser delicada.

Así lo atestiguan las fórmulas por las que opta la jurisprudencia, algunas de las cuales están sujetas a variaciones.

La sentencia *Couitéas* se limita a hablar de un perjuicio que «no constituya una carga que corresponda asumir al interesado en condiciones normales».

En ocasiones ha sido considerado como un perjuicio excepcional y anormal (por ej., CE As. 20 de marzo de 1974, *Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c. Navarra*, citada *ut supra*), en otras como anormal por su gravedad y excepcionalidad (por ej., CE As. 7 de mayo de 1971, *Ministre de l'économie et des finances et Ville de Bordeaux c. Sastre*, citada *ut supra*), o como «anormal, grave y excepcional» (CE 4 de oct. de 2010, *Commune de Saint-Sylvain d'Anjou*, citada *ut supra*).

Ha prevalecido la fórmula según la cual «el perjuicio... no puede en modo alguno ser considerado, cuando revista un carácter grave y excepcional, como una carga que incumba asumir al interesado en condiciones normales» (CE As. 22 de oct. de 2010, *Mme Bleitrach*, citada *ut supra*; – 9 de mayo de 2012, *Société Godet frères*, Rec. 216; DA agosto-sept. de 2012, p. 50, nota Broyelle), como ocurre con la responsabilidad por el hecho de las leyes (CE 1 de febr. de 2012, *Bizouerne*, Rec. 14; v. n.º 47.10). Por consiguiente, el perjuicio sólo es anormal si es, a la vez, excepcional y grave.

**10** Cada uno de estos términos puede dar lugar a valoraciones distintas.

La excepcionalidad es bastante fácil de reconocer cuando es sólo una la persona que sufre el perjuicio (como en el caso de la negativa a prestar el auxilio de la fuerza pública para que se ejecute una decisión judicial). Las dificultades son mayores cuando son varios los perjudicados, pero la excepcionalidad es manifiesta si éstos sufren un perjuicio mayor debido a la actividad específica que desarrollan. Tal es el caso de las empresas a las que se impide acceder a sus instalaciones debido a un bloqueo de las vías de acceso, no habiendo éste dado lugar a una intervención de la policía (CE 22 de junio de 1984, *Secrétaire d'État auprès du ministre des transports chargé de la mer c. Société Sealink UK limited*, y c. *Société «Jokelson et Handstaen»*, dos sentencias, Rec. 246 y 247; – del mismo día, *Société Townsend car ferries*, JCP 1985.II.20444, nota Pacteau; – 6 de nov. de 1985, *Ministre d'État, ministre des transports c. Compagnie Touraine Air Transport et Société Condor Flugdienst*, dos sentencias, Rec. 312 y 313; AJ 1986.84,

cr. Hubac y Azibert; D. 1986.584, nota Rainaud), o de la prohibición de circular (CE 4 de oct. de 2010, *Commune de Saint-Sylvain d'Anjou*). Éste también es el caso de las personas que se hallan en una situación particular (CE As. 22 de oct. de 2010, *Mme Bleitrach*: abogada discapacitada que no podía ejercer normalmente su profesión debido a la ausencia de medios adaptados para el acceso al juzgado).

En todos los casos, la gravedad determina (junto a la excepcionalidad), la anormalidad del perjuicio y delimita, al mismo tiempo, el importe de la indemnización exigible. Puede atenuarse debido a los riesgos asumidos por la empresa (CE 9 de mayo de 2012, *Société Godet frères*: 30%).

La jurisprudencia a la que dio lugar la sentencia *Couitéas* intenta encontrar soluciones que permitan proteger a las víctimas contra la adopción o no adopción de medidas por motivos de interés general, evitando, al mismo tiempo, la sobrestimación de la responsabilidad de los poderes públicos.

### **39. RECURSO POR EXCESO DE PODER. EFECTO DE LAS ANULACIONES POR VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

**Consejo de Estado, 26 de diciembre de 1925, *Rodière***

(Rec. 1065; RD publ. 1926.32, concl. Cahen-Salvador;  
S. 1925.3.49, nota Hauriou)

Sobre el motivo de inadmisión que alega el ministro, amparándose en el hecho de que no se aprecia interés en el recurrente que le legitime para censurar los actos que determinaron la situación de los señores Pinal y Jocard: Considerando que los funcionarios pertenecientes a una administración pública tienen derecho a trasladar al Consejo de Estado los nombramientos ilegales que se efectúen en dicha administración, cuando éstos puedan ocasionarles un perjuicio, ya sea porque supongan una demora en su promoción profesional más allá de los plazos normales, o porque su ascenso se vea comprometido en lo inmediato por la presencia de competidores que no satisfacen los requisitos exigibles por las leyes y los reglamentos; que de todo ello se deduce que los funcionarios tienen interés en procurar la anulación de los nombramientos cuando consistan en un ascenso o bien a una categoría superior, o bien a un nivel superior dentro de la misma categoría, o bien al mismo nivel del que éstos forman parte;

Considerando que los funcionarios tienen incluso la posibilidad de impugnar los nombramientos a puestos de uno de los niveles inferiores, en el caso específico en que éstos impliquen la presencia de competidores que puedan comprometer su promoción posterior; que esta circunstancia se aprecia, de modo particular, en el caso concreto que nos ocupa; que, en efecto, en virtud de las disposiciones reglamentarias por las que se establece el estatuto de los funcionarios de la administración central de las regiones liberadas, los jefes de servicio, cualquiera que sea el nivel al que pertenezcan, tienen la posibilidad de acceder directamente a la categoría superior, es decir, a la de director; que, por consiguiente, el señor Rodière, jefe de servicio de primer nivel tiene interés legítimo en intentar que se anulen los ascensos de los señores Pinal y Jocard como jefes de servicio de segundo y tercer nivel, habida cuenta de que esta promoción ha tenido como consecuen-

cia que se otorgue a estos funcionarios, que ya tenían acceso como jefes de servicio de cuarto nivel a la categoría de director, mayores posibilidades para su ascenso a esta categoría.

En cuanto a la legalidad de las órdenes impugnadas: Considerando que con su decisión de 13 de marzo de 1925 el Consejo de Estado procedió, como resultado del recurso interpuesto por el señor Rodière, a anular una parte de la decisión del Ministro de las Regiones Liberadas de fecha 31 de dic. de 1921, por la que se había establecido el listado de ascensos para el año 1921, declarando nulas, por una parte, las disposiciones relativas a los jefes de servicio Pic, Pinal y Jocard, funcionarios cuyo ascenso de nivel se había propuesto, y, por otra parte y como resultado de lo anterior, las órdenes de 10 de ene. de 1922 y 7 de agosto de 1923 por las que se había ascendido al señor Pic al segundo nivel de su categoría, y a los señores Pinal y Jocard al tercero y luego al segundo nivel; que, en vista de la decisión adoptada por el Consejo de Estado, el Ministro de las Regiones Liberadas, después de haber examinado todos los actos que se habían ejecutado en favor de los señores Pic, Pinal y Jocard y cuya vigencia era incompatible con la decisión del Consejo de Estado, dispuso lo siguiente mediante sus órdenes de 8 de abr. de 1925: 1.º) dictaminó que los señores Pinal y Jocard, a los que se había incluido en el listado de ascensos de 1923 y 1925 como jefes de servicio de 2.º y de 1.º nivel, debían permanecer en dicho listado, pero sólo en lo que respecta a su ascenso al 3.º y 2.º nivel, debiendo ser ratificado, por consiguiente, el nombramiento de los señores Pinal y Jocard como jefes de servicio de 3.º nivel a partir del 1 de ene. de 1923 y de 2.º nivel a partir del 1 de ene. de 1925; 2.º) rectificó la antigüedad del señor Pic como jefe de servicio de 3.º, 2.º y 1.º nivel, y lo incluyó en el listado de ascensos para 1925 debido a su promoción como jefe de servicio de nivel superior;

Considerando que el señor Rodière impugna la legalidad de estas últimas medidas, alegando que se adoptaron mediante un procedimiento irregular; que el Ministro, al no haberse limitado a restituir a los interesados el mismo puesto que desempeñaban en el momento en que se estableció el listado ilegal de ascensos, y volver a colocarlos retroactivamente en la situación que les habría correspondido a cada uno de ellos, de no haber sido incluidos en el listado irregular, ignoró la autoridad de cosa juzgada; y, por último, que el señor Pic no cumplía con los requisitos necesarios para acceder a la categoría de jefe de servicio de nivel superior;

Sobre los motivos que se derivan del supuesto carácter retroactivo de las órdenes impugnadas y del hecho de que ello supondría una vulneración de la cosa juzgada por el Consejo de Estado: Considerando que, aunque los reglamentos y las decisiones de la autoridad administrativa sólo pueden, en principio, pronunciarse con vistas al futuro, salvo cuando se adopten en cumplimiento de una ley con efecto retroactivo, es indudable que esta regla lleva implícita una excepción en los casos en que dichas decisiones se adopten para cumplir con una sentencia del Consejo de Estado, órgano que, al dictar una anulación, provoca necesariamente unos efectos retroactivos, habida cuenta de que los actos anulados por exceso de poder pasan a ser considerados como actos que no fueron nunca dictados; que, como resultado de una decisión de anulación de un nombramiento, un ascenso, una jubilación o una separación del servicio de determinados funcionarios, la Administración, que durante la instrucción del recurso ha podido conceder unos ascensos consecutivos a los funcionarios que fueron objeto de un nombramiento irregular, o ha podido recurrir contra la sustitución de agentes que fueron ilegalmente privados de su puesto de trabajo, tiene que disponer de la capacidad para revisar la situación de dichos funcionarios y agentes durante el período posterior a los actos anulados; que está obligada a restituir a los implicados las posibilidades de ascenso por antigüedad en las condiciones previstas por los reglamentos; que, en caso de ascenso discrecional, debe tener la posibilidad de conceder a las personas que han ocupado las vacantes resultantes de los ascensos presuntamente ilegales, un ascenso compatible tanto con la cosa juzgada por el Consejo de Estado como con los derechos individuales del resto del personal; que compete, en efecto, al Ministro procurar a todos los funcionarios que están bajo su autoridad los medios necesarios para poder garantizar la continuidad de su carrera profesional y su desarrollo normal, con las oportunidades de promoción a las que puedan legítimamente aspirar, en su relación con otros funcionarios y de acuerdo con los reglamentos en vigor; que corresponde a la Administración efectuar un análisis de conjunto de la situación en la que se encuentra el personal afectado, ya sea directa o indirectamente, por la sentencia del Consejo de Estado, y disponer, con arreglo a las normas y bajo la supervisión del susodicho Consejo al que compete resolver el litigio, todas las reclasificaciones profesionales que resulten necesarias para reconstruir el historial laboral del funcionario en las condiciones en las que tendría que haberse desarrollado de no haberse producido ninguna

irregularidad; que, aunque los interesados, que pueden legítimamente aspirar a una compensación por haber sido privados de una promoción discrecional, no tienen derecho a exigir que ésta les sea concedida por medio de una reclasificación, el Ministro sí dispone de la facultad de recurrir legítimamente a esta medida por el bien del servicio;

Considerando que el Consejo de Estado, después de haber anulado el listado complementario de ascensos publicado en 1921, por haberse establecido de forma irregular, estaba necesariamente obligado a anular todos los ascensos concedidos en virtud de dicho listado, así como los ascensos posteriores, no pudiendo éstos haberse producido en las fechas en las que se efectuaron; pero que el Consejo de Estado no consideró que había motivo alguno para privar a la Administración del derecho de conceder un ascenso a los señores Pic, Pinal y Jocard, durante todo el período comprendido entre la fecha de confección del listado ilegal y la fecha de notificación de la decisión del Consejo; que la Administración, a la que competía tomar las medidas resultantes de la ejecución de la decisión adoptada el 13 de marzo de 1925, podía rectificar la situación laboral de los señores Pic, Pinal y Jocard, respetando la cosa juzgada por el Consejo, es decir, admitiendo que estos funcionarios no podían en modo alguno figurar en el listado de ascensos de 1921 y ser luego objeto, en el transcurso de ese mismo año, de nuevas promociones; que de la instrucción se desprende que el Ministro de las Regiones Liberadas se limitó, al dictar las órdenes impugnadas, a volver a colocar a los señores Pic, Pinal y Jocard en la situación en la que se hubieran hallado de no haber sido incluidos ilegalmente en el listado de ascensos de 1921 y de haberse desarrollado su vida profesional en las condiciones normales; que, en tales circunstancias, el ministro hizo un uso legítimo de las facultades que le concede la Ley para asegurarse de que se cumpla la decisión adoptada por el Consejo de Estado;...

## OBSERVACIONES

- 1 I. El señor Rodière había remitido al Consejo de Estado un listado de ascensos que se había establecido en 1921 y que afectaba a determinados agentes del Ministerio de las Regiones Liberadas; El Consejo de Estado le dio la razón y anuló este listado por medio de su sentencia de 13 de marzo de 1925 (Rec. 265). Después de que se dic-

tara esta sentencia, el Ministro no se limitó a restituirle a los agentes que habían sido incluidos en este listado las plazas que ocupaban dentro de la Administración en 1921; reconstruyó ficticiamente su historial laboral, sustituyendo los ascensos ilegales que les habían sido concedidos inicialmente por otros ascensos conformes con las normas. El señor Rodière impugnó estas nuevas decisiones. El Consejo de Estado al que se había recurrido en esta segunda ocasión para que determinara —en términos explícitos y perentorios que, contrariamente a su forma habitual de proceder, desbordaban ampliamente los límites del caso concreto y tenían el carácter doctrinal de una sentencia de principio— los deberes y obligaciones de la Administración frente a una anulación por vía contencioso-administrativa que se había dictado en materia de función pública. Esta sentencia constituye una auténtica teoría de la reconstrucción del historial laboral.

- 2           **II.** Esta reconstrucción debe permitir colocar al agente exactamente en la misma posición que hubiera ocupado si no hubiese sido objeto de la medida anulada. Requiere, por consiguiente, que se atribuya un efecto retroactivo a las medidas de ejecución de la sentencia anulatoria de la decisión irregular; como señala el Comisario del Gobierno Cahen-Salvador, «la retroactividad de las medidas de ejecución es necesaria para restablecer el desarrollo profesional medio, el ritmo normal y consuetudinario». Al coincidir con esta opinión, el Consejo de Estado consagró la idea de que todo funcionario tiene derecho al desarrollo normal de su carrera profesional y que una medida, que se haya anulado con posterioridad, no puede conculcar este derecho.

a) En lo que atañe al agente implicado, la Administración está obligada a garantizarle «la continuidad de su vida laboral y el desarrollo normal que lleva implícito».

– En el caso de los ascensos por antigüedad, no se plantea dificultad alguna respecto a la situación de los interesados: la Administración debe «volver a situarlos... en unas condiciones idénticas a las previstas por los reglamentos».

– En el caso más delicado de los ascensos discrecionales, la sentencia *Rodière* dispone que el interesado tiene derecho a «un desarrollo profesional compatible con la cosa juzgada por el Consejo de Estado y con otros derechos individuales» y que la Administración debe garantizarle «las oportunidades de promoción a las que puede legíti-

mamente aspirar, en su relación con el resto de los funcionarios y con arreglo a los reglamentos en vigor». El decreto legislativo de 29 de nov. de 1944 (art. 8), relativo a la reparación de los perjuicios sufridos durante la guerra en lo tocante a la vida laboral, ofrece una interpretación acertada de este principio, al señalar que la Administración debe elegir «como base para la evaluación, la media de los ascensos conseguidos por los funcionarios que permanecen en la función pública... y que tienen un nivel y una antigüedad idénticas a las de los funcionarios cesados en su cargo como resultado de la sanción pronunciada contra ellos».

– En lo que respecta a los ascensos por concurso-oposición, la jurisprudencia ha evolucionado: durante mucho tiempo, el Consejo de Estado se negó a tenerlos en cuenta, debido a las dificultades de evaluación que planteaban (CE 18 de ene. de 1950, *Arfi*, Rec. 34); admitía únicamente, cuando procedía, que el concurso por méritos sustituyera al concurso-oposición, con objeto de favorecer a los agentes que tenían derecho a la reconstrucción de su vida laboral (CE Secc. 25 de junio de 1948, *Salvi et Couchoud*, Rec. 297); modificó, empero, su jurisprudencia en la materia, y hoy en día considera que los interesados tienen derecho, en principio, en el marco de la reconstrucción de su historial laboral, a acogerse a los ascensos por concurso-oposición (CE Secc. 13 de jul. de 1956, *Barbier*, Rec. 338; AJ 1956.II.397, cr. Fournier y Braibant).

– Se debe ofrecer al interesado la posibilidad de presentarse a un examen profesional cuando esta modalidad de promoción esté prevista en su estatuto (CE 11 de marzo de 2009, *Wada*, Rec. 798).

– La reconstrucción de la vida laboral de un funcionario destituido de modo irregular implica la restitución de sus derechos sociales y, en particular, de los derechos a la pensión de jubilación que le hubiera correspondido de no haber sido destituido ilegalmente y, por tanto, al pago por la Administración de las cotizaciones necesarias para que sea posible esta restitución (CE 23 de dic. de 2011 *Poirot*, Rec. 669; AJ 2012.1294, nota E. Aubin).

– Cuando se ha reconocido el derecho a la jubilación a un funcionario destituido irregularmente, la obligación de reconstrucción jurídica de su vida laboral, que se deriva de la anulación por el juez de la decisión de despido, finaliza necesariamente en el momento mismo en que se jubila (CE 23 de dic. de 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes-Bagnols-Uzès-Le Vigan*, Rec. 674; AJ 2012.1294, nota E. Aubin; RD publ. 2012.498, nota Pauliat).

- 3           b) Una reconstrucción del historial laboral tiene forzosamente consecuencias sobre el resto de los agentes de la misma categoría laboral; por ello, el Consejo de Estado ha especificado que el ascenso que se restituye al interesado debe ser «compatible... con los derechos individuales del resto del personal». Por una parte, la reconstrucción del historial laboral no debe favorecer al agente en detrimento de sus colegas. Por otra, si este procedimiento conculca los derechos adquiridos por terceros, éstos tendrán derecho a que se les ofrezca una compensación (CE Secc. 29 de jul. de 1932, *Association des fonctionnaires de la marine*, Rec. 825: «en el caso de que la Administración se vea en la absoluta imposibilidad de proceder a las nuevas revisiones y a los cambios de categoría que le obliga a efectuar la presente decisión, sin que de ello se derive un menoscabo para los derechos de algunos interesados, será la administración involucrada la que tenga que concederles la indemnización que les corresponda por ley, o incluso reclamar la intervención del legislador»). Por consiguiente, si –como resultado de la decisión– el interesado termina ocupando un puesto superior al que tenía en el momento de su destitución ilegal, ello no podrá en modo alguno tener como consecuencia que se destituya al agente nombrado por el procedimiento legal para ocupar ese puesto; al interesado no le quedará más remedio, en este caso, que esperar a que se produzca una vacante o aceptar la compensación que el Consejo de Estado solicita al legislador que le asigne en determinados casos. Por último, la reconstrucción del historial laboral de un funcionario implica, en algunos casos excepcionales –como pueden ser el cálculo de atrasos y de primas por antigüedad y la confección de listados de ascensos–, la obligación de «proceder a un examen de conjunto de la situación del personal que se pueda ver afectado, ya sea directa o indirectamente, por la sentencia del Consejo de Estado» (CE Secc. 26 de ene. de 1934, *Glon*, Rec. 134; – Secc. 4 de febr. de 1955, *Marcotte*, Rec. 70).

En esta materia, la jurisprudencia del Consejo de Estado se halla en un dilema entre su voluntad de reconocerle una autoridad absoluta a la cosa juzgada y su deseo de que se respeten lo más posible los derechos adquiridos por terceros. Por ello, en su sentencia *Caussidéry*, de 3 de dic. de 1954 (Rec. 640; D. 1955.204, nota Weil), el Consejo de Estado resolvió que la anulación de la decisión por la que se establecía la antigüedad de un funcionario, amparándose en un decreto ilegal, no autorizaba a la Administración a anular otras resoluciones que se habían adoptado al amparo de este último y que no habían sido objeto de

impugnación por exceso de poder, no estando facultada la Administración para proceder a una revisión de la situación laboral de otros funcionarios, dado que ésta no era una exigencia que se derivara de la reconstrucción del historial laboral de la persona en cuyo favor se había dictado una anulación en vía contencioso-administrativa. Del mismo modo, si el funcionario no ha impugnado dentro de los plazos legales la contestación negativa de la Administración a su solicitud de reincorporación, dicha negativa adquiere carácter definitivo y crea un derecho del que pueden beneficiarse los agentes que trabajan con el interesado (CE Secc. 4 de febr. de 1955, *Rodde*, Rec. 72). En el mismo orden de cosas, la anulación de disposiciones estatutarias no permite la revocación de las medidas individuales adoptadas, las cuales adquieren carácter definitivo cuando no se ha interpuesto un recurso contra ellas (CE Secc. 1 de abr. de 1960, *Quériaud*, Rec. 245, concl. Henry).

- 4 c) Para determinar si el funcionario destituido ilegalmente tiene o no derecho a reincorporarse al puesto que ocupaba anteriormente, la jurisprudencia ha establecido una distinción en función de la naturaleza del puesto de trabajo. En el caso de un Inspector de Academia, se consideró «que un funcionario que ha sido objeto de una medida de destitución, posteriormente anulada por la jurisdicción administrativa, sólo puede aspirar, en principio y como resultado de la ejecución de la sentencia de anulación, a recuperar una plaza correspondiente al nivel que ocupaba dentro de su grupo, pero no a reincorporarse a su anterior puesto de trabajo; que la propia naturaleza de las funciones de un Inspector de Academia no supone para los titulares de estas plazas unos derechos especiales a este respecto» (Secc. 16 de oct. de 1959, *Guille*, Rec. 316).

El principio sentado por la jurisprudencia admite, no obstante, algunas excepciones. Tal es el caso de los magistrados de la judicatura debido al principio de inamovilidad. Cuando alguno de ellos se ve ilegítimamente privado de su plaza, ésta debe serle restituida, procediendo cuando resulte necesario, por no haber una vacante disponible, a revocar el nombramiento de su sucesor (CE As. 27 de mayo de 1949, *Véron-Réville*, Rec. 246; Gaz. Pal. 1949.2.34, concl. R. Odent; S. 1949.3.81, nota Delpech; D. 1950.95, nota Rolland; RA 1949.372, nota Liet-Veaux). También se produce una excepción en el caso de los funcionarios que ocupan una plaza única (CE 1 de dic. de 1961, *Bréart de Boisanger*, Rec. 676: administrador de la Comédie-Française). Además, cuando no haya una plaza vacante idéntica a la que ocupaba antes de su

destitución, el funcionario tiene derecho a que se le restituya «la misma plaza que ocupaba, después de proceder, cuando resulte necesario, a revocar el acto por el que se nombró irregularmente al funcionario que debía sustituirlo» (CE 10 de nov. de 1967, *Ministre de l'éducation nationale c. Delle Rabdeau*, Rec. 424; AJ 1968.410, nota V. S.).

- 5 d) El Consejo de Estado ha decidido asimismo que, debido a su carácter necesariamente retroactivo, estas medidas de reconstrucción del historial laboral deben adoptarse de conformidad con los textos legales vigentes en el momento en el que surtan efecto y una vez se hayan completado los procedimientos que prescriben estos mismos textos (CE Secc. 11 de jul. de 1958, *Fontaine*, Rec. 433; RD publ. 1958.1081, nota M. Waline). No obstante, el Consejo de Estado ha suavizado esta obligación con un afán de pragmatismo. Después de enunciarla por primera vez en su decisión de 1965 (CE Secc. 13 de jul. de 1965, *Ministre des postes et télécommunications c. Merklings*, Rec. 424; RA 1966.146, concl. Braibant; AJ 1966.II.182, nota V. S.), el Consejo precisó aún más y completó esta orientación en su sentencia de Sección de 14 de febr. de 1997, *Colonna* (Rec. 38; RD publ. 1997.1.149, concl. Péresse; AJ 1997.479, cr. Chauvaux y Girardot) que establece que «cuando la reconstrucción del historial laboral dependa del dictamen de un organismo consultivo de carácter permanente cuyos miembros hayan cambiado, corresponderá a la Administración remitir el caso al organismo consultivo que, en el momento en que proceda examinar la situación del funcionario, tenga competencia para adoptar unas medidas de la misma naturaleza, pero que no tengan un carácter retroactivo». Además, «en los casos en que se hayan modificado las normas de composición del organismo consultivo al que se acudió en primera instancia, corresponderá asimismo a la Administración volver a recurrir al organismo consultivo con una nueva composición si ésta ofrece las mismas garantías a los interesados».

- 6 e) Conviene subrayar, por último, que la anulación por exceso de poder de un listado de ascensos autoriza a la Administración a proceder a un restablecimiento retroactivo del o de los listados anulados en la medida en que ello resulte necesario para la ejecución de la cosa juzgada (As. 5 de junio de 1970, *Puisoye*, Rec. 385; AJ 1970.489, cr. Denoix de Saint Marc y Labetoulle). Si no procede a este restablecimiento dentro de los plazos legales, se expone a que los listados que ha establecido en sustitución de un listado anulado, así como los nombramientos que de ello hayan resultado, se anulen alegando una ilegalidad

inicial (As. 10 de dic. de 1954, *Cru*, Rec. 659; D. 1955.198, concl. Jacomet, nota Weil; – 21 de marzo de 1986, *Kalck*, Rec. 77; AJ 1986.449, concl. Daël).

- 7 Las reglas antes expuestas conservan su valor de principio. Sigue siendo cierto que el acto anulado por exceso de poder se considera como un acto que no existió nunca (CE 21 de jul. de 2009 *Maia*, Rec. 983; BJDU 9/2009.387, concl. Derepas). No obstante, el Consejo de Estado ha admitido que, en circunstancias excepcionales, los efectos de la anulación puedan aplazarse en el tiempo (*cfr.* nuestras obs, sobre As. 11 de mayo de 2004, *Association AC !\**).

## 40. ACTOS REGLAMENTARIOS. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

Consejo de Estado, 10 de enero de 1930, *Despujol*

(Rec. 30; D. 1930.3.16, nota P. L. J.; S. 1930.3.41, nota Alibert)

En cuanto a la demanda n.º 97.623:

*Considerando que cualquier interesado tiene derecho, cuando hayan desaparecido las circunstancias que motivaron legalmente la aparición de un reglamento municipal, a presentar ante el alcalde, en cualquier momento, una demanda de modificación o de revocación de dicho reglamento y, en su caso, a recurrir ante el Consejo de Estado contra la negativa o la falta de reacción del alcalde; pero, si su intención es presentar ante dicho Consejo un recurso directo tendente a la anulación por exceso de poder del propio reglamento, debe interponer este recurso dentro de un plazo de dos meses a partir de la publicación o bien del decreto impugnado, o bien de la ley que dio posteriormente lugar a una nueva situación jurídica;*

Considerando que las conclusiones del señor Despujol, recurrente que, pese a no residir en el municipio, está legitimado para impugnar la legalidad del decreto del alcalde debido al acta que se estableció en su contra por incumplimiento del susodicho decreto, están encaminadas a promover la anulación por exceso de poder de dicho acto reglamentario; que este recurso forma parte, por consiguiente, de la última categoría de recursos antes mencionados y está, por tanto, sujeto a los correspondientes plazos y requisitos;

Considerando que, dado que el recurso se registró en el Consejo de Estado el 5 de oct. de 1926, y que los dos decretos impugnados se habían publicado el 22 de mayo de 1925, cabe deducir que su presentación se produjo fuera del plazo estipulado por la ley de 13 de abr. de 1900 (art. 24); que aunque el recurrente invoca las disposiciones de la ley de 13 de agosto de 1926 como origen de una nueva situación jurídica, tras la cual se abrió un nuevo plazo para la presentación de recursos por exceso de poder, la ley a la que hace mención no afecta ni a las facultades conferidas al alcalde por el art. 98 de la ley de 5 de abr. de 1884, ni a aquellas que el art. 133, párrafo 7 de la misma ley asigna

al concejo municipal; que, por consiguiente, al no ser aplicable al caso que nos ocupa, no pudo derivarse de la misma un nuevo plazo para la presentación del recurso: la demanda n.º 97.623 debe, pues, ser desestimada por el motivo de inadmisión antes expuesto;

En cuanto a la demanda n.º 5.822:

Considerando que aunque, en fecha de 1 de jul. de 1929, el concejo municipal de Chaumont-sur-Loire decidió que se dejarían de recaudar las tasas por estacionamiento de vehículos, no informó de su deliberación de fecha de 15 de mayo de 1926, y sólo renunció a la recaudación futura de estas tasas; que, por tanto, procede que el Consejo de Estado se pronuncie sobre la demanda;

Considerando que corresponde al concejo municipal establecer, de conformidad con el artículo 133, párrafo 7, de la ley de 5 de abr. de 1884, una tasa de estacionamiento por ocupación de la vía pública en niveles superiores a los que resultan normales en este ámbito, siempre que la tasa que se cree por esta vía afecte indistintamente a todas las ocupaciones de la misma naturaleza; que, según los términos de la deliberación del concejo municipal de Chaumont-sur-Loire, en fecha de 15 de mayo de 1926, la tasa establecida por dicho concejo afectaba a todos los vehículos de pasajeros que permanecieran durante más de un cuarto de hora en los lugares de estacionamiento;

Considerando que de la instrucción se desprende que, debido a la afluencia de turistas que acuden a visitar el castillo de Chaumont-sur-Loire y a la anchura insuficiente de las vías de acceso, la reglamentación del estacionamiento en las cercanías del castillo resulta indispensable para garantizar la libertad de circulación en las vías públicas; que la obligación de estacionar únicamente en determinados lugares está, por consiguiente, legalmente justificada en el caso de los vehículos que no prestan servicio a ninguna de las viviendas o de los comercios de la localidad, debiendo entender por éstos, dadas las condiciones particulares de dificultad de circulación en Chaumont-sur-Loire, todos aquellos vehículos automóviles en los que se desplacen los turistas para visitar el castillo; que, debido a la cantidad y a la duración de los estacionamientos que efectúan estos vehículos, éstos superan los límites del uso normal de este espacio; que, por tanto, el concejo municipal se ha visto obligado legítimamente a establecer la susodicha tasa, la cual se aplica indistintamente a los vehículos cuyo estacionamiento reviste de hecho el mismo carácter excepcional;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

1 En mayo de 1926, el alcalde y el concejo municipal de Chaumont-sur-Loire decidieron regular y someter a gravamen el estacionamiento de vehículos de motor en la localidad: los coches de los turistas que acudían para visitar el castillo debían aparcarse en determinados lugares y tenían que pagar una tasa si aparcaban durante más de un cuarto de hora. Unos meses más tarde, se levantó acta contra un conductor de automóvil, el señor Despujol, por infracción contra estas disposiciones reglamentarias. El interesado presentó entonces dos demandas ante el Consejo de Estado, dirigidas, una contra los decretos del alcalde, y otra contra la deliberación del concejo municipal.

Ambas demandas se resolvieron con una misma decisión; la segunda se admitió a trámite, al no haberse agotado el plazo del recurso debido a un recurso administrativo interpuesto ante el prefecto; el Consejo de Estado la desestimó por motivos de fondo, al considerar que, debido a su cantidad y su duración, los estacionamientos de vehículos que transportaban turistas excedían el uso normal de la vía pública, y que el concejo municipal de Chaumont tenía, por tanto, fundamentos legales para obligarles a pagar una tasa. Pero fue la desestimación por prescripción de la primera demanda la que hizo que la sentencia adquiriera una importancia y un valor de principio.

El recurrente había impugnado los decretos del alcalde más de dos meses después de haber sido publicados. Pero los actos administrativos sólo pueden impugnarse por exceso de poder dentro de un plazo de dos meses a partir de su publicación o notificación. Una vez agotado este plazo, los interesados pierden la posibilidad de solicitar su anulación, y la Administración no tiene derecho, en principio, a prolongar el plazo (v. nuestras obs. sobre la sentencia CE 26 de oct. de 2001, *Ternon*\*). Con esta norma se pretende garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas y la salvaguarda de los derechos adquiridos; no obstante, en el caso de los actos reglamentarios, su aplicación estricta puede plantear serios inconvenientes: sería inadmisibles, en efecto, que un reglamento, que era ilegal desde un primer momento o que se volvió ilegal debido a una nueva circunstancia, pudiera seguir en vigor indefinidamente, y que se aplicara sin restricciones a los administrados por no haber sido impugnado dentro de los plazos legales.

En este caso concreto, el señor Despujol argumentaba que una ley había generado una nueva situación jurídica, que creaba a su vez un

nuevo plazo para la presentación de un recurso. El Consejo de Estado respondió que, dado que los dos decretos impugnados no entraban en el ámbito de aplicación de esta ley, no podía derivarse de esta última un nuevo plazo para recurrir contra dichos decretos. Pero, partiendo de un considerando de principio, admitió que las nuevas circunstancias permitían solicitar la derogación o modificación de un reglamento, aunque se hubiera agotado el plazo de presentación de un recurso contra éste y, en caso de negativa, era posible impugnarlo dentro del nuevo plazo que se abría para interponer un recurso.

La sentencia *Despujol* es el punto de partida de una jurisprudencia que terminó desembocando en la teoría del cambio de circunstancias en los actos unilaterales, como ocurrió en el caso de los contratos (30 de marzo de 1916, *Gaz de Bordeaux*\*).

Esta jurisprudencia determina *cuáles son las nuevas circunstancias* que pueden llevar a cuestionar un acto anterior (I) y *cuál es el alcance* que pueden tener (II).

### I. La naturaleza de las nuevas circunstancias.

- 2 Las circunstancias cuya modificación podría justificar la revocación de un acto administrativo pueden ser tanto *circunstancias de hecho* (A) como *circunstancias de derecho* (B) – siendo necesario, en ocasiones, establecer con exactitud la diferencia entre ambos tipos de circunstancias (CE Secc. 2 de junio de 1999, *Meyet*, Rec. 160; LPA 8 de junio de 1999, concl. Bonichot; AJ 1999.560, cr. Raynaud y Fombeur).

A. Las *circunstancias de hecho* se mencionan en los primeros párrafos de la sentencia *Despujol*, cuando se habla de aquellas «que pudieron constituir el fundamento legal para la aparición de un reglamento municipal», y precisamente a éstas ha de ajustarse estrictamente el reglamento, cuando su ámbito sea el de la policía (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia *Benjamin*\* de 19 mayo de 1933). Los reglamentos de policía fueron durante mucho tiempo el campo principal de aplicación de los principios por los que se regían los cambios en las circunstancias de hecho. Estos reglamentos no pueden conculcar las libertades, a menos que así lo justifiquen las exigencias de orden público; estas exigencias son de carácter contingente; dependen estrechamente de las circunstancias de tiempo y lugar, del estado de las costumbres sociales y de la opinión, así como de la situación política; la evolución de las circunstancias puede tener como resultado que pierda su utilidad

y, por tanto, deje de ser legal un reglamento que estaba justificado en su origen. Esto fue lo que resolvió el Consejo de Estado respecto a los decretos municipales que prohibían las procesiones o regulaban los cortejos fúnebres en la vía pública; estos decretos que, en su mayoría, se dictaron a comienzos del siglo pasado, pudieron en su origen estar justificados por las pasiones que suscitaban en aquel momento los problemas de orden religioso y la cuestión del laicismo (v. CE 19 de febr. de 1909, *Abbé Olivier\** y nuestras obs.); el hecho de mantener estos decretos en vigor se convirtió en un acto ilegal a partir del momento en que dejó de existir el riesgo de disturbios y de desorden (CE 25 de ene. de 1933, *Abbé Coiffier*, Rec. 100).

La jurisprudencia *Despujol* se aplicó a los decretos prefectorales con los que se establecía el día de cierre semanal de las tiendas: la validez de estos decretos está condicionada por la existencia de un acuerdo entre organizaciones empresariales que refleje la opinión de la mayoría de los interesados; cuando el acuerdo se cuestione o cuando se modifique la opinión de la mayoría, el prefecto estará obligado a promulgar un nuevo decreto (CE 1 de abr. de 1936, *Syndicat des épiciers détaillants de Toulon*, Rec. 435).

- 3 Estos ejemplos de aplicación práctica constituyen una muestra muy pobre. Una primera sentencia dictada el 10 de ene. de 1964 demostró que la fuente doctrinal no se había agotado (As., *Ministre de l'agriculture c. Simonnet*, Rec. 19; RD publ. 1964.182, concl. Braibant y 455, nota M. Waline; AJ 1964.150, cr. Fourré yt Puybasset; D. 1964.414, nota Touscoz; JCP 1964. II.13574, nota Blaevoet; S. 1964.234, nota J.-M. Auby). En 1933 se había dictado un decreto en el que se estipulaba el reparto de una cuota de producción de ron entre las azucareras de la isla de Guadalupe, en función de la actividad de estas empresas en el transcurso de los últimos años; en 1956, este decreto seguía estando en vigor, aunque mientras tanto la producción total de azúcar de la isla se había triplicado y la actividad de las diferentes empresas había experimentado una evolución muy variable; un empresario solicitó que las normas de reparto de la cuota se modificaran a tenor de esta circunstancia; remitió la negativa del Ministro de Agricultura al Tribunal Administrativo de Basse-Terre, el cual le dio la razón en aplicación de la sentencia *Despujol*; el recurso de apelación que presentó el ministro le brindó al Consejo de Estado la oportunidad de explicar los límites de esta jurisprudencia.

Tal y como proponía en sus conclusiones el Comisario del Gobierno, la sentencia amplía al ámbito económico la obligación de adaptar los reglamentos a la evolución de las circunstancias; no obstante, como en este ámbito concreto el gobierno dispone de facultades discrecionales y como las situaciones de hecho tienen una incidencia limitada sobre la validez de los actos reglamentarios, el Consejo dispuso que el principio general se acompañara de unas restricciones particulares; llevando su razonamiento mucho más lejos en este sentido de lo que lo había hecho su Comisario del Gobierno, al proponer que se tuviera en cuenta cualquier «cambio importante», el Consejo planteó la exigencia de un giro radical, en unos términos que recuerdan a los de la sentencia *Gaz de Bordeaux*\*: «*en materia económica*», «*el cambio en las circunstancias que sirvieron de fundamento legal para promulgar la disposición objeto de litigio*» debe adoptar, «*por causas ajenas a la voluntad de los interesados, la forma de un giro tan radical que excluya toda posibilidad de previsión por parte del autor de la medida y que prive a esta última de su fundamento jurídico*». La teoría de la imprevisión se traslada, así, en cierto modo desde el ámbito de los contratos al de los reglamentos. En el caso que nos ocupa, el Consejo estimó que no se daban estas condiciones y, por tanto, admitió la validez de la negativa a modificar el reglamento inicial. Por consiguiente, pese a abrir nuevas perspectivas a la jurisprudencia *Despujol*, la sentencia presenta un carácter bastante restrictivo.

Sus principios fueron confirmados por la sentencia de 26 de abr. de 1985, *Entreprises maritimes Léon Vincent* (Rec. 126; LPA 30 de jul. de 1986, nota Moderne; RA 1986.46, nota Pacteau), no sólo «*en materia económica*», sino también «*de modo más general en aquellos ámbitos en que la Administración dispone de facultades amplias para adaptar su actuación a la evolución de las circunstancias de hecho*», y por la sentencia de 30 de ene. de 1987, *Gestin*, Rec. 22, «*en materia fiscal*».

La sentencia antes citada de 2 de junio de 1999, *Meyet*, pone de relieve que el cambio en una situación de hecho no constituye un motivo suficiente para impedir que se aplique una ley, sino sólo para incitar al legislador a modificarla. Esta sentencia no excluye la posibilidad de que un cambio pueda hacer que una ley deje de ser compatible con un convenio internacional y que, por tanto, haya que revocarla (en este sentido Crim. 4 de sept. de 2001, *Amaury*, Bull. crim. n.º 170).

4 B. En este último caso, el cambio que se produce afecta a las *circunstancias de derecho*. A éstas se refiere la sentencia *Despujol* cuando habla de «la ley que crea, con posterioridad, una nueva situación jurídica», y que abre un nuevo plazo de presentación de un recurso por exceso de poder -circunstancia que no se admitió en el caso que nos ocupa.

En sentencias posteriores, el Consejo de Estado volvió a desestimar los recursos porque los textos invocados no habían tenido ni como finalidad ni como resultado imponer una modificación de las leyes o privar a éstas de su fundamento legal (por ej., 12 de febr. de 1954, *Société Roger Grima*, Rec. 97; – 3 de jul. de 1959, *Fédération des syndicats de marins*, Rec. 433) – todo ello parecía anunciar que la sentencia *Despujol* tendría menores posibilidades de imponer su doctrina en materia de circunstancias de derecho que en materia de circunstancias de hecho.

La segunda sentencia de 10 de ene. de 1964 (As., *Syndicat national des cadres des bibliothèques*, Rec. 17; RD publ. 1964.459, concl. Questiaux) demostró que ésta era una impresión equivocada, ya que por primera vez el Consejo reconocía positivamente una situación jurídica nueva generada por una nueva ley, y sacaba las conclusiones pertinentes. La ley de 19 de oct. de 1946, con la que se estableció el estatuto general de los funcionarios, exigía que, para la contratación de empleados de determinadas categorías, se organizaran oposiciones independientes reservadas «a los candidatos funcionarios que hubieran prestado un servicio público durante un determinado período de tiempo»; como no había tenido en cuenta este principio, se podía considerar como ilegal el decreto de 16 de mayo de 1952, que establecía el estatuto especial de los bibliotecarios; pero, al no haber sido impugnado en el plazo legal para la presentación de recursos contencioso-administrativos, había adquirido carácter definitivo. El decreto legislativo de 4 de febr. de 1959 retomó las disposiciones de la ley de 1946, modificándolas levemente: el concurso-oposición especial debía, a partir de ese momento, ser accesible para «los candidatos funcionarios o los agentes en activo»; el Consejo de Estado estimó que la incorporación de estas últimas palabras había creado una situación jurídica nueva, lo que abría a los interesados la posibilidad de solicitar una modificación del decreto de 1952.

Encontramos otro ejemplo de una situación jurídica nueva que se crea con la adopción de una ley en la institución del Pacto Civil de

Solidaridad: la autoridad reglamentaria está obligada a sacar todas las conclusiones pertinentes (CE As. 28 de junio de 2002, *Villemain*, Rec. 229, RFDA 2002.723, concl. Boissard; AJ 2002.586, cr. Donnat y Casas; DA oct. 2002, p. 21, obs. R. S.; RD publ. 2003.447, nota Guettier).

- 5 El hecho de que se reconozca por fin el ámbito de aplicación de un principio general del Derecho puede constituir, por sí sólo, un cambio en las circunstancias de derecho. Esta es una de las contribuciones de las dos sentencias de la Asamblea de 22 de ene. de 1982, *Butin* (Rec. 27) y *Ah won* (Rec. 33; RD publ. 1982.816, nota R. Drago y 822, concl. Bacquet; AJ 1982.440, cr. Tiberghien y Lasserre; D. 1983. IR. 235, obs. P. D.; JCP 1983. II.19968, nota Barthélémy; RA 1982.390, nota Pacteau). En ambos casos se habían presentado ante el Consejo de Estado, órgano ante el cual el juez ordinario pidió al recurrente que apelara, dos recursos con el fin de que procediera a la valoración de la validez de algunas disposiciones del decreto de 21 de nov. de 1933, que fijaba las normas procesales ordinarias en Oceanía y que había promulgado el Presidente de la República, amparándose en el artículo 18 del senadoconsulto de 3 de mayo de 1854, el cual le autorizaba a tomar en las colonias algunas medidas cuya adopción era competencia de la Ley en la metrópoli. Uno de los artículos de este reglamento reservaba el derecho a ejercer funciones de asesor de los tribunales penales exclusivamente a los notables, quedando excluidos los «criados» y «los servidores remunerados». El Consejo de Estado consideró que no había ninguna necesidad propia del territorio de la Polinesia que justificara que, después de la instauración en las colonias de ultramar de un nuevo régimen jurídico de conformidad con la Constitución de 27 de oct. de 1946, siguieran vigentes en este territorio «disposiciones reglamentarias que vulneran los principios generales de igualdad ante la ley y de acceso equitativo a las funciones públicas», motivo por el cual declaró ilegales los artículos del decreto que se habían censurado.

Con esta decisión, admitió asimismo una nueva posibilidad de aplicación práctica de la teoría del cambio de circunstancias.

## II. El alcance de las nuevas circunstancias.

- 6 Las nuevas circunstancias tienen consecuencias que dependen del *carácter de los actos* con los que están relacionadas (A) y que se pueden abordar con distintas *modalidades de actuación* (B).

A. La sentencia *Despujol* sólo considera el caso de los *reglamentos*. Y éstos han sido el objeto fundamental de la jurisprudencia posterior. Los reglamentos pueden ser modificados en cualquier momento y, por consiguiente, es lógico que las nuevas circunstancias sobrevinidas después de su adopción justifiquen su modificación.

Esta modificación puede no ser inmediata, pero debe producirse dentro de un plazo razonable: es posible que el cambio de las circunstancias no suponga que los reglamentos dejen en ese mismo momento de ser legales en cuanto a su fundamento; pero las autoridades reglamentarias deben adoptar a su debido tiempo medidas que garanticen la conformidad de los reglamentos con los nuevos datos. Por consiguiente, «*en el caso del Pacto Civil de Solidaridad, esta obligación impone a las autoridades reglamentarias el deber de actualizar el conjunto de los textos legales que otorgan unos derechos, crean unas ventajas o, en general, establecen una norma que se basa en la condición de soltero, conviviente o cónyuge del interesado, de tal forma que, en función del objeto de cada uno de estos textos, se equipare la situación de la persona firmante de un Pacto Civil de Solidaridad con la aplicable a cada una de las tres categorías antes mencionadas*»; en el caso de seguir aplicando durante un cierto tiempo los reglamentos vigentes, la Administración no comete una ilegalidad; pero «*si se prolonga más allá (de un) plazo razonable, la abstención de la autoridad reglamentaria podría ser considerada ilegal*» (CE 26 de junio de 2002, *Villemain*, citada *ut supra*). El caso de los *actos no reglamentarios* es distinto, sobre todo porque pueden generar unos derechos. Este considerando determina el régimen de su derogación y de su revocación (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Ternon*\* de 26 de oct. de 2001). De éste dependen los efectos que puedan tener sobre estos actos las nuevas circunstancias.

No pueden verse afectados por este hecho los actos no reglamentarios *generadores de derechos*. Por ejemplo, un nombramiento que se efectúe respetando las exigencias previstas por un texto legal no puede ser cuestionado cuando un nuevo texto modifique las exigencias para el nombramiento.

En cambio, en el caso de los actos no reglamentarios *no generadores de derechos*, puede ser de aplicación la teoría del cambio de circunstancias. El Consejo de Estado la ha admitido en el caso de determinados actos que, al no tener un carácter reglamentario ni individual, pueden crear unos derechos, como ocurre con las declaraciones de utilidad pública (CE Secc. 25 de mayo de 1979, *Mme Bayret*, Rec.

239; JCP 1980.II.19277, concl. Genevois). Considera, en su caso, que los cambios en las circunstancias de derecho o de hecho permiten a la Administración reconsiderar su decisión (CE As. 8 de ene. de 1971, *Union pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales des Alpes-Maritimes*, Rec. 11, concl. Vught; AJ 1971.161, nota Ferrari) y ésta tiene incluso la obligación de hacerlo si lo solicitan los interesados (CE Secc. 30 de nov. de 1990, *Association «Les Verts»*, Rec. 339; v. n.º 86.8).

7 B. El Consejo pone, así, a disposición de los administrados unas *modalidades de actuación* que les permiten solventar la inadmisión de su demanda debido al vencimiento del plazo de presentación del recurso contra la medida que se adoptó al amparo de circunstancias pasadas. Las nuevas circunstancias les permiten impugnar el acto tanto por vía de acción (1.º) como por vía de excepción (2.º).

1.º La sentencia *Despujol* sólo contempla el *recurso contra el acto* afectado por las nuevas circunstancias. Admite que la aparición de una nueva ley permite a cualquier interesado impugnar el reglamento inicial, pero sólo dentro de un plazo de dos meses a partir de la promulgación de la ley. La sentencia *Syndicat national des cadres des bibliothèques* de 10 de ene. de 1964, antes citado, matiza esta solución: considera que la aparición de una nueva ley no otorga a los interesados el derecho a solicitar la anulación del propio reglamento, sino únicamente a pedir que se modifique con vistas al futuro. Esta solución es lógica: la legalidad de un acto debe apreciarse, efectivamente, en la fecha en que se adopta, no pudiendo unas circunstancias posteriores, ya sean éstas de hecho o de derecho, modificar retroactivamente su validez inicial.

La jurisprudencia posterior ha aportado algunas aclaraciones. De un lado, la sentencia *Villemain* pone de manifiesto que la ley que crea una nueva situación jurídica no supone la obligación de declarar ilegales los reglamentos vigentes de forma inmediata, pero si impone la necesidad de hacerlo dentro de un plazo razonable. De otro lado, según la sentencia *Alitalia\** de 3 de febr. de 1989, los interesados pueden solicitar en cualquier momento la derogación de un reglamento ilegal, con independencia de que lo sea desde su promulgación o como resultado de un cambio de circunstancias.

Además, el cambio de circunstancias puede dar lugar a que se vuelva legal un reglamento que no lo era en un primer momento: en

este caso, no hay motivo para solicitar su derogación (CE 10 de oct. de 2013, *Fédération française de gymnastique*, Rec. 251; v. n° 86.8).

- 8 2.º) La *excepción de ilegalidad* permite asimismo derogar un acto en el momento de su aplicación, aunque no haya sido impugnado dentro del plazo de presentación de un recurso.

Este procedimiento se admite hace ya mucho tiempo como recurso contra los reglamentos que eran ilegales desde un primer momento (CE 24 de 1902, *Avezard*, Rec. 44): el interesado sigue teniendo en todo momento la posibilidad de alegar su ilegalidad para impugnar las medidas que se deriven de éstos. Esta solución resultaba menos evidente en el caso de los reglamentos que, pese a ser legales en el momento de su adopción, dejaban de serlo como resultado de unas nuevas circunstancias de hecho o de derecho. Lo lógico sería que su supresión sólo fuera posible por medio de una derogación pronunciada por la Administración, ya sea por iniciativa propia de esta última o a petición de un administrado. En las sentencias de 22 de ene. de 1982, *Butin* y *Ah Won*, antes citadas, el Consejo de Estado admitió que esto no era imprescindible: un reglamento que pasa a ser ilegal por un cambio de circunstancias puede ser objeto de una excepción de ilegalidad. De este modo, es posible dejar de aplicarlo, aunque no haya sido expresamente derogado.

Encontramos aquí un nuevo ejemplo práctico de la teoría del cambio de circunstancias.

## **41. LIBERTAD DE COMERCIO E INDUSTRIA. COMPETENCIA ENTRE PERSONAS PÚBLICAS Y EMPRESAS PRIVADAS**

**Consejo de Estado Secc., 30 de mayo de 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers***

(Rec. 583; RD publ. 1930.530, concl. Josse; S. 1931.3.73, concl., nota Alibert; RJEP febr. 2011.1, com. Lombard).

Considerando que si bien es cierto que el art. 1 de la ley de 13 de agosto de 1926 –que autorizaba al Presidente de la República a introducir, tanto en los servicios del Estado como en los servicios de las colectividades locales, todas las reformas necesarias para favorecer el ahorro– le confería la capacidad legal para regular, con arreglo a la Ley y en las condiciones que estimara más convenientes para el interés de la economía de los municipios, la organización y el funcionamiento de las empresas municipales, no es menos cierto que los decretos de 5 de nov. y 28 de dic. de 1926, al amparo de los cuales realizó dichas reformas, no tenían como objeto ni podían tener como resultado la ampliación de las atribuciones que la legislación anterior atribuía a los concejos municipales en materia de creación de servicios públicos municipales; que la creación de empresas con carácter comercial es, por regla general, una actividad reservada a la iniciativa privada, no pudiendo los concejos municipales transformar las empresas de esta naturaleza en servicios públicos municipales salvo cuando, debido a circunstancias especiales de tiempo y lugar, su intervención en la materia responda a un interés público;

Considerando que la instauración de un servicio de abastecimiento destinado a la venta directa al público constituye una empresa comercial y que no se aprecia ninguna circunstancia especial que pudiera justificar la creación en la ciudad de Nevers en 1923 y el mantenimiento a lo largo de los años siguientes de un servicio de esta naturaleza en esta misma ciudad; que, por consiguiente, el señor Guin tiene motivos fundados para sostener, que, al negarse a declarar nulas de pleno derecho las deliberaciones mediante las cuales el concejo municipal de Nevers organizó dicho servicio, el prefecto de Nièvre se excedió en sus atribuciones;... (Anulación).

## OBSERVACIONES

1 Tras varias deliberaciones que se llevaron a cabo en 1925, 1926 y 1927, el concejo municipal de Nevers autorizó al alcalde a crear un servicio municipal de abastecimiento de productos alimentarios de todo tipo. La municipalidad esperaba frenar de este modo el alza del coste de la vida. Ante las denuncias de los comerciantes, el prefecto se había negado a declarar nulas de pleno derecho las deliberaciones del concejo municipal. Su negativa fue trasladada al Consejo de Estado.

Hasta entonces la jurisprudencia había admitido que las entidades locales dieran el carácter de servicio público a determinadas actividades comerciales y empresariales únicamente cuando no existiera ninguno otro medio para satisfacer las necesidades de la población.

Pero en 1926 aparecieron dos textos legales que reflejaban el deseo del gobierno de favorecer en el futuro la participación en actividades económicas de los municipios. El decreto de 28 de dic. de 1926 disponía que «se puede autorizar la explotación directa por los municipios o agrupaciones de municipios de unos servicios de interés público que tengan un carácter industrial o comercial» y que «cabe considerar como industriales y comerciales las explotaciones que puedan ser gestionadas por empresas privadas... en aplicación de la ley de 2-17 de marzo de 1791». Los autores de estos textos pretendían desarrollar la participación de los municipios en las actividades económicas. Los informes del Presidente de la República despejaban todas las dudas a este respecto. El Comisario del Gobierno Josse citó un informe previo a la promulgación del decreto de 28 de dic. de 1926, en el que se afirmaba que la jurisprudencia «pese a su evolución» seguía estando «muy por detrás de las necesidades actuales».

El razonamiento que utilizó el Comisario del Gobierno para refutar la argumentación formulada en los trabajos preparatorios es un buen ejemplo de los métodos de interpretación del Consejo de Estado: *«En primer lugar, la idea que tienen los autores del decreto de vuestra jurisprudencia no parece ajustarse a la realidad... En segundo lugar, cualesquiera que hayan sido los deseos de los autores del decreto, es incuestionable que los textos no permiten concluir que se haya producido una modificación profunda de los principios ya sentados por el Consejo de Estado... La expresión “servicios de interés público” constituye una confirmación evidente de vuestra labor jurisprudencial. Resulta, según se desprende del texto de los autores citados, que la inter-*

*vención municipal, en todos los ámbitos que se enumeran en los decretos, sólo puede ser legal si está legitimada por un interés público... Cabría admitir que la interpretación del concepto de interés público pase a ser ahora menos estricta que antes, pero existen, no obstante, motivos fundados para concluir que los decretos de 1926 no suponen una revocación de los principios».*

El Consejo de Estado aplicó, en efecto, a los hechos que nos ocupan, los principios que regían su jurisprudencia antes de la promulgación de los decretos y, tras comprobar que la ciudad de Nevers no alegaba ninguna circunstancia especial (coalición, especulación...), sino únicamente su voluntad de contrarrestar el encarecimiento de la vida, anuló las deliberaciones impugnadas. Poco tiempo después, se aplicó esta misma solución a una deliberación en la que se había fundado el concejo municipal de Draguignan para organizar y adjudicar un servicio de proyecciones cinematográficas, alegando que «no se apreciaba ninguna circunstancia especial que pudiera justificar que se atribuyera a la explotación de un cinematógrafo un interés público municipal» (Secc. 27 de febr. de 1931, *Giaccardi*, Rec. 225; S. 1931.3.73, nota Alibert).

Esta jurisprudencia está fuertemente condicionada por el contexto económico y social en el que se desarrolló. Desde entonces, la evolución de la sociedad ha dado lugar a un doble movimiento: en un primer momento favoreció el desarrollo de las iniciativas públicas en el ámbito industrial y comercial; pero también dio lugar a que éstas sólo se admitieran cuando se desarrollaban en pie de igualdad con las iniciativas privadas.

La sentencia del Consejo de Estado (As.) de 31 de mayo de 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, (Rec. 272; concl. Casas, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 y RFDA 2006.1048; AJ 2006.1584, cr. Landais y Lenica; ACCP oct. 2006, p. 78, nota Renouard; CCC oct. 2006, com. Rolin; CMP jul. de 2006, n.º 202, nota Eckert; DA agosto-sept. de 2006, n.º 129, nota Bazex; JCP Adm. 2006.113, nota Linditch; Gaz. Pal. 7 de dic. de 2006, p. 7, nota Renaudie; RLC oct.-dic. de 2006, p. 44, nota Clamour) constituye una síntesis de las soluciones que se han impuesto hoy en día en la jurisprudencia: si además de «*las actividades necesarias para llevar a cabo las misiones de servicio público que les han sido encomendadas*» y para cuya consecución «*disfrutan... de prerrogativas de poder público*», las personas públicas, «*pretenden hacerse cargo de una actividad económica, inde-*

*pendiente de estas misiones... sólo podrán hacerlo dentro de los límites del respeto a la libertad de comercio e industria que impone el derecho de libre competencia».*

En pocas palabras, cabe decir que de este modo se pasa de la prohibición a la libertad (I) y de la libertad a la competencia en igualdad de condiciones (II).

### **I. De la prohibición a la libertad.**

2

*La prohibición* impuesta a las iniciativas públicas en los ámbitos en los que suelen desarrollarse las actividades privadas se ha fundamentado en varias consideraciones. Algunas de ellas son de orden financiero, habida cuenta de los riesgos que el ejercicio de tales actividades supone para las personas que las llevan a cabo. Otras son de carácter estrictamente jurídico: por una parte, las competencias de las personas públicas están sujetas a unas limitaciones que no se pueden sobrepasar, en particular, en materia industrial y comercial; por otra, debe respetarse el principio de libertad de comercio e industria. Ahora bien, al intervenir en los ámbitos que suelen estar reservados a la iniciativa privada, las personas públicas limitan las posibilidades de esta última; la privan de unas cuotas de mercado; reducen su actividad.

El principio de libertad de comercio e industria, que prohíbe a los poderes públicos limitar las actividades industriales y comerciales de las personas privadas mediante unas disposiciones legales (v. CE 22 junio de 1951, *Daudignac*\* y nuestras obs.), también debería impedirles que las limiten mediante la creación de servicios que les hagan competencia. La libertad que se reconoce a las personas privadas tiene, en principio, como consecuencia la prohibición que se impone a las personas públicas.

Por ello, se ha reprobado tanto la explotación de actividades industriales por el Estado (CE Secc. 13 de nov. de 1953, *Chambre syndicale des industries et du commerce des armes, munitions et articles de chasse*, Rec. 487; D. 1954.553, nota Reuter) o las colectividades locales (CE 4 de jul. de 1984, *Département de la Meuse c. Poilera*, RD publ. 1985.199, nota de Soto; RFDA 1985.58, nota Douence), como la concesión de ayudas públicas a profesionales para el ejercicio de su actividad (CE 29 mars 1901, *Casanova*\*: sueldo asignado por un municipio a un médico para que atendiera gratuitamente a sus habitantes; 6 de marzo de 1914, *Syndicat de la boucherie de la ville de Château-*

*roux*, Rec. 308: «subvenciones con cargo a los presupuestos municipales concedidas a una empresa privada para otorgarle una ventaja competitiva frente a otros comerciantes de la misma localidad»).

Este rigor se suaviza cuando es necesario actuar en beneficio del «interés público», concepto que ya invocaba la sentencia de 30 de mayo de 1930 y que retomó la de 31 de mayo de 2006. Si se demuestra que existe este interés, las personas públicas pueden actuar no sólo en determinadas circunstancias (A), sino incluso en cualquier circunstancia (B).

- 3 A. Para dar el visto bueno a la creación de un servicio público en un ámbito normalmente reservado a la iniciativa privada debido a la existencia de *determinadas circunstancias*, la jurisprudencia se refería exclusivamente, en la sentencia *Casanova\** de 29 de marzo de 1901, a la presencia de «*circunstancias excepcionales*» —expresión que remite a acontecimientos tan graves como la guerra (v. CE 28 de junio de 1918, *Heyriès\**; — 28 de febr. de 1919, *Dames Dol et Laurent\**, y nuestras obs.). La sentencia *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* constituye el primer ejemplo de flexibilización, puesto que se conforma con la existencia «*de circunstancias particulares de tiempo y lugar*» — fórmula que se vuelve a utilizar en relación con las medidas de policía (v. CE 19 de mayo de 1933, *Benjamin\**; — 22 de junio de 1951, *Daudignac\**, y nuestras obs.).

- 4 1.º Se alude, en particular a «carencia de iniciativa privada», como vuelve a insistir la sentencia de 31 de mayo de 2006. Esta carencia obedece a la ausencia o insuficiencia, cuantitativa o cualitativa, de iniciativa privada para responder a las necesidades de la población. El requisito de carencia de iniciativa privada y el concepto de necesidades que han de ser satisfechas se han flexibilizado y se han ampliado. Ya no son aplicables exclusivamente, como en los años treinta, a los comercios de alimentación o a la constitución de sociedades de gestión inmobiliaria encargadas de la construcción y explotación de inmuebles para paliar la crisis de la vivienda (CE Secc. 22 de nov. de 1935, *Chouard et autres*, Rec. 1080; S. 1936.3.9, nota Bonnard).

En materia de espectáculos, el Consejo de Estado ha admitido la creación de teatros municipales cuyo objeto sea «garantizar un servicio continuado de representaciones teatrales de calidad, con un repertorio que responda al deseo de selección y variedad de los espectáculos, dando preeminencia a los intereses artísticos por encima de los

intereses comerciales de explotación» (21 de ene. de 1944, *Léoni*, Rec. 26), o incluso con el fin de «poner a disposición de la población unas posibilidades amplias de distracción al aire libre» (Secc. 12 de junio de 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, Rec. 363; D. 1960.402, nota Robert; AJ 1960. II.85, concl. Mayras).

Se ha admitido la creación de un espacio de acampada en una estación balnearia (Secc. 17 de abr. de 1964, *Commune de Merville-Franceville*, Rec. 231; AJ 1964.288, cr. Fourré y Puybasset; RA 1965.31, nota Liet-Veaux), la apertura de una clínica dental municipal (Secc. 20 de nov. de 1964, *Ville de Nanterre*, Rec. 563; AJ 1964.686, cr. Puybasset y Puissochet; RA 1965.31, nota Liet-Veaux), la instalación de una piscina municipal para «mejorar la dotación de piscinas de la ciudad» (CE Secc. 23 de junio de 1972, *Société La plage de la forêt*, Rec. 477; RD publ. 1972.1259, concl. A. Bernard; AJ 1972.452. cr. Labetoulle y Cabanes).

Por regla general, «la existencia de una necesidad local de la población, que no puede ser satisfecha con las actividades privadas ya existentes, permite establecer el interés local que presenta el objeto de una deliberación a través de la cual una entidad, haciendo uso de las competencias que le han sido reconocidas a este fin, decide una acción de apoyo a una actividad económica» (CE 20 de oct. de 2010, *Province des Îles Loyauté*, Rec. 653, sobre la concesión de una ayuda financiera para la compra de una embarcación que asegurara la conexión entre las islas).

- 5 2.º) Un servicio público industrial y comercial también puede ser explotado por una entidad siempre y cuando constituya la *prolongación, temporal o material, de un servicio ya existente*.

La búsqueda del equilibrio financiero ha podido dar lugar a que se mantenga, al menos durante el tiempo necesario para amortizar los gastos de establecimiento, un servicio económico cuya creación obedecía inicialmente a la existencia de «circunstancias especiales» y que perdura incluso después de que hayan desaparecido estas últimas (As. 23 de junio de 1933, *Lavabre*, Rec. 677; concl. Rivet; RD publ. 1934.280 y S. 1933.3.81, con nota de Alibert: mantenimiento de las carnicerías municipales que se habían creado en Millau en 1927; encontramos un ejemplo más ilustrativo en As. 24 de nov. de 1933, *Zénard*, Rec. 1100; concl. Detton, S. 1934.3.105, con nota de Mestre y D. 1936.3.33, con nota de P. L. J.). A. Mestre señalaba muy certeramente a este respecto que el interés público había terminado por absorber al interés económico.

De la prolongación en el tiempo se pasa a la prolongación permanente de las actividades que constituyen un complemento útil de aquellas otras cuya explotación por personas públicas se había admitido en un primer momento.

Se autorizaba, así, a los municipios a asumir, además del monopolio de las pompas fúnebres que les atribuía la Ley, la prestación de servicios funerarios complementarios (CE Secc. 10 de febr. de 1988, *Mézy*, Rec. 53; D. 1988. SC.263, obs. Llorens). Se les permite completar un aparcamiento con una gasolinera (CE Secc. 18 de dic. de 1959, *Delansorme*, Rec. 692; AJ 1960. II.213, concl. Mayras, D. 1960.371, nota Lesage), unos servicios de supervisión y mantenimiento del saneamiento colectivo con un servicio facultativo de mantenimiento y rehabilitación de las instalaciones de saneamiento autónomo, «por motivos de higiene y de seguridad pública» (CE 23 de mayo de 2003, *Communauté de communes Artois-Lys*, Rec. 234 BJCL 2003, n.º 10, p. 753, concl. Collin; DA 2003, n.º 208, nota Lombard; RFDA 2004.299, nota Faure).

Se utilizan estas mismas soluciones para el resto de las personas públicas (CE As. 27 de febr. de 1942, *Mollet*, Rec. 64; S. 1942.3.41, nota P. L.: creación de la ciudad universitaria de París, que representa «el complemento del servicio público de enseñanza»; - Secc. 14 de oct. de 1955, *Association des concerts Colonne et autres*, Rec. 483; AJ 1955.426, concl. Heumann; AJ 1955. II bis.23, cr. Long: explotación de la Orquesta Nacional de la Radiodifusión Francesa, fuera de las emisiones radiofónicas, en conciertos públicos; - 23 de junio de 1965, *Société aérienne de recherches minières*, Rec. 380: alquiler de material de fotografía aérea para el Instituto Geográfico Nacional; - 4 de jul. de 1973, *Syndicat national des entreprises de diffusion*, Rec. 462; D. 1973.743, nota G. W.; Gaz. Pal. 1974. I.61, nota Moderne: ampliación de las actividades para el transporte y la distribución de objetos que no formaban parte del monopolio postal; - 20 de oct. de 2010, *Province des Îles Loyauté*, citada *ut supra*: actividad de una embarcación fuera del territorio de la colectividad, que contribuye al equilibrio financiero de la actividad que ejerce dentro de su ámbito).

- 6 B. El interés público puede también legitimar las iniciativas públicas *en cualquier circunstancia*. En tal caso, ya no es necesario comprobar la carencia de iniciativa privada; la existencia de esta última no constituye un motivo fundado para impedir la intervención pública.

1.º) Los poderes públicos deben tener la posibilidad de intervenir en relación con aquellos objetos inherentes a su misión.

Dicha intervención puede inscribirse en el ámbito de la policía. Esta consideración es en la que se inspira la jurisprudencia por la que se admitió que los municipios pudieran abrir baños y lavaderos para mejorar «el funcionamiento del servicio público de higiene» (CE As. 19 de mayo de 1933, *Blanc*, Rec. 540; S. 1933.3.81, nota Alibert; – As. 12 de jul. de 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Étienne*, Rec. 478; D. 1940.3.1., nota Josse), restaurantes que dieran servicio a los indigentes (CE As. 19 de febr. de 1943, *Ricordel*, Rec. 43), aparcamientos para facilitar la circulación (CE Secc. 18 de dic. de 1959, *Delansorme*, citada *ut supra*). En un sentido más amplio (CE 3 de marzo de 2010, *Département de la Corrèze*, Rec. 652; AJ 2010.957, concl. N. Boulouis; CMP 2010.146, com. Eckert; RDSS 2010.341, nota Koubi y Guglielmi; RJEP agosto-sept. de 2010, p. 30, nota Pellissier; RLCT 2010, n.º 24, nota Clamour), un servicio de teleasistencia, «disponible para todas las personas mayores o dependientes,... cualesquiera que sean sus ingresos, satisface las necesidades de la población y favorece al interés público local»; más adelante se pudo comprobar que su creación «no había supuesto ninguna vulneración ilegal del principio de libertad de comercio e industria».

Otras intervenciones están justificadas, con independencia de la idea de policía, por su naturaleza estrictamente administrativa, que por este mismo motivo no implican interferencia alguna con el mercado. Dos sentencias inciden especialmente en este aspecto.

La primera es una sentencia dictada por el Consejo de Estado el 17 de dic. de 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris* (Rec. 491; AJ 1998.362, concl. Combrexelle y 369, nota Nouël; CJEG 1998.105, concl.; D. 1998.591, nota Jorion): «*la tarea de poner al alcance del público y de difundir los textos, decisiones y documentos jurídicos... en condiciones que se adapten al estado de la tecnología, procurando que este esfuerzo se aplique, sin exclusión ni distinción, al conjunto de los textos, decisiones y documentos –en particular, a aquellos cuya difusión no sería económicamente viable– y que responda a las exigencias de igualdad de acceso, neutralidad y objetividad que se derivan del carácter de dichos textos, constituye, por su propia naturaleza, una misión de servicio público, correspondiéndole al Estado velar por que se lleve a buen término*»; el gobierno ha podido, a través de un

decreto, «organizar el servicio público de bases de datos jurídicos tal y como ha quedado definido más arriba».

La segunda sentencia es la ya citada de 31 de mayo de 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, relativa a la tarea de apoyo en la ejecución de contratos de asociación: al encomendar al Colegio de Abogados que preste a las personas que así se lo soliciten el apoyo necesario para la preparación, negociación y seguimiento de los contratos de asociación, el gobierno «se ha limitado a acometer la misión de interés general que compete al Estado y que consiste en velar por que las personas tanto públicas como privadas, a las que se ha encomendado una misión de servicio público, respeten el principio de legalidad»; «en particular, al entender que este organismo puede prestar «apoyo» en la negociación de los contratos», el gobierno «no ha pretendido que dicha misión incluya la posibilidad de negociar los contratos en lugar y en nombre de una persona pública contratante distinta del Estado;.. así pues, ninguna de las atribuciones que se conceden en el marco de esta misión... implica la intervención en un mercado»; «por consiguiente, no tienen como finalidad ni como consecuencia una vulneración de los principios de libertad de comercio e industria y del derecho a la libre competencia».

7

2.º) Más allá de la especificidad del objeto de determinados servicios, las personas públicas pueden, además, ejercer directamente para su propio consumo las mismas actividades que desarrollan las empresas privadas.

Tienen en todo momento la posibilidad de acometer las misiones de servicio público que les incumban con sus propios medios (CE As. 26 de oct. de 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, Rec. 506, concl. Boucher; v. n.º 27.10) y, por tanto, sin tener que recurrir al mercado (en el sentido económico) ni suscribir un contrato (en el sentido jurídico) (CE Secc. 27 de junio de 1930, *Bourrageas et Moullot*, Rec. 659: un municipio puede crear un servicio especial responsable de agrupar las compras de papel y de materiales de oficina que necesita y encargar a sus propios agentes los trabajos de impresión necesarios para el funcionamiento de sus servicios; – 29 de abr. de 1970, *Société Unipain*, Rec. 280; AJ 1970.340, concl. Braibant; RD publ. 1970.423, nota M. Waline: una panadería militar puede suministrar pan a los establecimientos penitenciarios; – 26 de ene. de 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, Rec. 20; RJEP 2007.265, concl. N. Boulouis; AJ 2007.744, nota Nicinski: se ha autorizado al Estado a

crear una base de datos geográficos para sus propias necesidades; – As. 26 de oct. de 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*: la Administración puede hacer ella misma fotografías digitales del rostro de los titulares de los pasaportes). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha admitido, en este mismo sentido, el derecho que tiene una entidad pública, sin necesidad de cumplir con las normas de adjudicación de los mercados públicos, de pasar pedido a una persona sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y que realiza para ella la mayor parte de su actividad (18 de nov. de 1999, *Teckal Srl c. Comune de Viano*, aff. C-107/98, Rec. I.8121; BJCP 2000.43, concl. Cosmas), fórmula en la que se inspira la del artículo 3-1.º del nuevo Código de los Mercados Públicos y que retoma la sentencia del Consejo de Estado de 6 de abr. de 2007, *Com-mune d'Aix-en-Provence* (Rec. 155; v. n.º 48.4) relativa a la asociación para el Festival Internacional de Aix-en-Provence. El Tribunal de Justicia también admite que un municipio, sin recurrir a un procedimiento de licitación, pueda encomendarle la prestación de un servicio público a una estructura intermunicipal de la que forma parte (13 de nov. de 2008, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, aff. C-324/07, Rec. I.8457); del mismo modo, el Consejo de Estado admite que las colectividades públicas puedan tomar la decisión de llevar a cabo conjuntamente determinadas tareas y crear un organismo, como puede ser una agrupación de interés público, cuyo objeto sea prestar los servicios que todas ellas necesitan y a los que pueden tener acceso sin recurrir a un procedimiento de licitación (4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, Rec. 76; concl. Courrèges, BJCP 2009.237 y JCP Adm. 2009.2149, nota Devès; AJ 2009.891, nota J.-D. Dreyfus; CMP abr. de 2009, n.º 120, nota Soler-Couteaux; DA 2009, n.º 71, obs. Hoepffner; RDI 2009.423, nota Noguellou; RJEP nov. de 2009.12, nota Trouilly; RLCT 2009/47 n.º 1370, nota D. Capitant; RFDA 2009.759, nota Apollis). Si las entidades públicas entran, de este modo, en competencia con las empresas privadas, lo hacen exclusivamente para satisfacer sus propias necesidades.

- 8** Las personas públicas pueden, por último, actuar para satisfacer las necesidades de otras personas públicas, presentando su candidatura para la obtención de los contratos (mercados o convenios de delegación de servicio público), al igual que las empresas privadas y como competidores de éstas.

La evolución jurisprudencial al respecto alcanzó su punto culminante con la sentencia de 30 de dic. de 2014, *Société Armor SNC* (Rec. 433, concl. Dacosta; BJCP 2015.92, BJCL 2015.187 y RFDA 2015.57, concl.; AJ 2015.449, cr. Lessi y L. Dutheillet de Lamothe; CMP 2015, n.º 36, com. de Fournoux; DA 2015, n.º 27, com. Brenet) por medio de la cual el Consejo de Estado (As.), después de haber señalado que las colectividades territoriales y sus entidades públicas de cooperación ejercen sus competencias «*con objeto de satisfacer un interés público local*», consideró que «*no hay ningún principio ni ningún texto legal que impida que puedan presentar su candidatura para la obtención de un contrato público encaminado a satisfacer las necesidades de otra persona pública*»; dejó claro, no obstante que «*sólo están legalmente legitimadas para presentar su candidatura si ésta reviste un interés público, es decir, si constituye la prolongación de una misión de servicio público encomendada a la colectividad o a la entidad pública, en particular, con un objetivo de amortización de los equipos, de aprovechamiento de los medios de los que dispone el servicio o de garantía del equilibrio financiero, y siempre y cuando ello no ponga en peligro la ejecución de dicha misión*». La jurisprudencia europea adopta este mismo enfoque (CJUE 18 de dic. de 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl*, aff. C-568/13; BJCP 2015.183, obs. S. N.; CMP 2015, n.º 37, com. Eckert).

La posibilidad que tienen las personas públicas de tomar estas iniciativas las coloca en pie de igualdad con las empresas privadas.

## II. De la libertad a la competencia en igualdad de condiciones.

9

La prohibición que, durante mucho tiempo, impidió a las personas públicas ejercer o colaborar en actividades industriales y comerciales estaba vinculada tanto con la desigualdad que su propia condición jurídica podía implicar en su propio beneficio y en detrimento de las empresas, como con la delimitación de la esfera pública: las ventajas del poder público, al distorsionar la competencia, perjudican a la iniciativa privada.

Pero, si las personas públicas renuncian a esta ventaja, se restablece la competencia. La igualdad ha pasado a ser un requisito imprescindible de la legalidad de las actividades en las que intervienen las personas públicas en competencia con la iniciativa privada. La sentencia de 31 de mayo de 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*

antes citada, considera que, «*una vez que se ha admitido, en principio*», la intervención de una persona pública en un mercado «*ésta no debe asumir modalidades que, al colocar en una situación especial a esta persona pública en relación con otros operadores que actúan en el mismo mercado, supongan una distorsión del libre juego de la competencia en dicho mercado*». La sentencia *Société Armor SNC* retoma esta argumentación: «*Una vez admitida, en principio*», la candidatura de una colectividad territorial o de una entidad pública territorial de cooperación para la obtención de un contrato público «*no deben alterarse las condiciones de la competencia;... en particular, el precio propuesto ha de establecerse teniendo en cuenta el conjunto de los costes directos e indirectos que lo componen, sin que la entidad pública pueda salir beneficiada, en el momento de calcularlo, debido a los recursos o a los medios que le fueron concedidos para acometer sus misiones de servicio público, siendo requisito indispensable que así pueda demostrarlo, si resultara necesario, por medio de unos documentos contables o de cualquier otro medio adecuado de información*».

Estos principios se combinan con los textos legales.

El decreto legislativo de 1 de dic. de 1986, relativo a la libertad de precios y de competencia dispone, en su artículo 53 (retomado por el artículo L. 410-1 del Código Mercantil), que ha de aplicarse a «todas las actividades de producción, distribución y servicio, incluyendo aquellas que corran a cargo de personas públicas, en particular, en el marco de los convenios de delegación de servicio público» (v. nuestras obs. sobre CE 3 de nov. de 1997, *Société Million et Marais\**). El artículo 90-2 del Tratado de Roma (que ahora es el art. 106-2 del tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea) estipula que «*las empresas responsables de la gestión de servicios de interés económico general... están sujetas a las normas del presente tratado, en particular, a las reglas de la competencia...*».

- 10** El principio de competencia en igualdad de condiciones prohíbe, asimismo, que las personas públicas concedan ayudas a las empresas privadas, tanto en el Derecho nacional como en el Derecho europeo (art. 92-1 del Tratado de Roma, ahora art. 107-1 del tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea). Aunque puedan admitirse determinadas ayudas, esto es sólo posible en condiciones vinculadas con el interés general (art. L. 1511-1 y sig., L. 2251-1 y sig., L. 3231-1 y sig. del Código General de las Entidades Territoriales; art. 93, del Tratado de Roma, ahora art. 107-1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

Europea). La jurisprudencia vela por que se respeten estas condiciones (p. ej., respecto a la venta de suelo a precios bajos (CE Secc. 3 de nov. de 1997, *Commune de Fougerolles*, Rec. 391; CJEG 1998.16 y RFDA 1998.12, concl. Touvet; AJ 1997.1010, nota Richer; D. 1998.131, nota Davignon; DA 1997, n.º 222, obs. R. S.; JCP 1998.II.10007, nota Pias-tra; JCP E 1998. 270, com. Chouvel; JCP N 1998. 64, nota Bardon).

Pero las limitaciones que se imponen a los servicios públicos, y a las que no están sujetas las empresas privadas, se pueden compensar.

La jurisprudencia comunitaria ha admitido, por ejemplo, que el servicio de Correos se beneficie de una desgravación equivalente al 85% de sus bases imponibles «debido a las limitaciones de comunicación con el conjunto del territorio nacional y a la obligación de participación en la ordenación del territorio que se impone a este operador»: la ventaja fiscal no es más que la contrapartida de los sobrecostes que soporta, y permite restablecer la igualdad de condiciones en la competencia con las empresas privadas, empresas que no están sujetas a estas mismas restricciones (TPI 27 de febr. de 1997, *Fédération française des sociétés d'assurances*, caso T. 106/95, Rec. II.229; CJCE 25 de marzo de 1998, caso C-174/97, Rec. I.1303). Tampoco se considera como una ayuda la compensación financiera de las obligaciones de servicio público (CJCE de 24 jul. de 2003, *Altmark*, caso C-280/00, Rec. I.7747; D. 2003.2814, nota Clergerie; RMCUE 2004.633, nota Thouvenin y Lorieux; RTDE 2004.33, nota Bracq).

La concesión de derechos exclusivos a las empresas responsables de la gestión de servicios de interés económico general también se admite: tal es el caso del servicio de correos (CJCE 19 de mayo de 1993, *Corbeau*, caso C-320/91, Rec. 2533; AJ 1993.865, nota F. Hamon), del suministro de energía eléctrica (CJCE 27 de abr. de 1994, *Commune d'Almelo*, caso C-393/92, Rec. 483; CJEG 1994.623, concl. Darmon, nota Figueat; AJ 1994.637, nota F. Hamon), de la base de datos geográficos cuya creación es necesaria para acometer las misiones de interés general que se llevan a cabo en nombre del Estado y de sus entidades públicas (CE 26 de ene. de 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, citada *ut supra*). Pero la exclusión de la competencia no tiene razón de ser en el caso de los servicios disociables del servicio de interés económico general y que no ponen en peligro el equilibrio económico de este último (*Corbeau*).

El principio de no competencia de las personas públicas con las empresas privadas sentado por la sentencia *Chambre syndicale du*

■ JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

*commerce en détail de Nevers*, ha terminado hoy en día, con la evolución legislativa y jurisprudencial, tanto en el ámbito del Derecho Administrativo como del Derecho Europeo, por ser sustituido por la igualdad de condiciones en la competencia entre personas públicas y empresas privadas.

## 42. FUNCIÓN PÚBLICA. REPARACIONES PECUNIARIAS

Consejo de Estado As., 7 de abril de 1933, *Deberles*

(Rec. 439; S. 1933.3.68, concl. Parodi; RD publ. 1933.624, concl.)

[...] *Sobre las conclusiones relativas a la concesión de un salario y de una remuneración:* – Considerando que, aunque el decreto del alcalde de Haillicourt de 25 de mayo de 1925, por el que se dictó el cese del señor Deberles, fue anulado con la decisión del Consejo de Estado el 20 de jul. de 1927, y pese a que el decreto de 17 de dic. de 1928, que volvió a pronunciar su cese, quedó anulado con la presente decisión, habida cuenta de que no prestó ningún servicio de hecho, el recurrente no puede aspirar a recuperar su remuneración; tiene, no obstante, motivos fundados para solicitar la reparación por parte del municipio de Hallicourt del perjuicio que le fue efectivamente ocasionado con la sanción disciplinaria que le fue impuesta en condiciones irregulares; que conviene, para establecer la indemnización a la que tiene derecho el recurrente, tener en cuenta, en particular, la importancia respectiva de las irregularidades que se aprecian en los decretos anulados y las faltas que se atribuyen al señor Deberles, tal y como se desprende de la instrucción; que, al condenar al municipio de Halli-court a pagarle al señor Deberles una indemnización de 10.000 francos por el perjuicio que ha tenido que soportar hasta la fecha de la presente decisión, se estará procediendo a una valoración justa de las circunstancias de la causa; [...] (Anulación; indemnización concedida).

### OBSERVACIONES

- 1 El señor Deberles había sido cesado de su puesto de trabajo en el municipio de Hallicourt (Pas-de-Calais) por una medida que el Consejo de Estado había anulado, alegando que se había adoptado sin consultar previamente al consejo de disciplina. El recurrente solicitó, tras la anulación de esta medida, una reparación pecuniaria equivalente al salario que tendría que haber percibido durante el período en que permaneció fuera del servicio. Pero el Consejo de Estado sólo le concedió una in-

demnización cuyo cálculo se realizó teniendo en cuenta la gravedad de las faltas que habían provocado su cese y los emolumentos por él percibidos durante el período litigioso. Al tomar esta decisión, siguió los consejos de su Comisario del Gobierno, que le recomendaba «abandonar la teoría que, a efectos de simplificación, llamaremos *teoría de la remuneración*, y aplicar a todos los funcionarios, tanto a los de ámbito estatal como municipal, la teoría que llamaremos *teoría de la indemnización*».

Hasta 1933, en efecto, el Consejo de Estado se mostraba favorable, aunque bien es cierto que con matices (v. los antecedentes en las conclusiones de M. Parodi), a que el funcionario, cuya destitución hubiera sido anulada por exceso de poder, tuviera derecho a la recuperación íntegra de la remuneración y de las indemnizaciones accesorias de las que había sido privado por la medida ilegal de la que había sido objeto. Este enfoque partía del principio según el cual un acto anulado debe ser considerado como un acto que no ha acaecido nunca: por la misma razón por la que un funcionario, cuyo cese ha sido anulado, tiene que ser readmitido en su puesto de trabajo en la fecha misma en que se produjo su cese (CE As. 27 mai 1949, *Véron-Réville*, v. n.º 39.4), también se debe considerar que no dejó nunca de desempeñar su trabajo y que tiene derecho a percibir los atrasos salariales correspondientes

Como señalaba el Comisario del Gobierno Parodi, este sistema «otorgaba un papel excesivo... a una deducción de pura lógica inicialmente fundada en una ficción». La anulación de la medida de cese no suprime la realidad material que representa la ausencia de un servicio de hecho; y el derecho a la remuneración está vinculado, no a la condición de servidor público, sino a la prestación del servicio (D. 31 de mayo de 1862, art. 10).

La sentencia *Deberles* sustituye, así, la percepción de atrasos salariales por el pago de una indemnización destinada a cubrir el perjuicio realmente ocasionado al funcionario por la sanción que le fue irregularmente impuesta. La sentencia aclara que, para establecer la indemnización, es necesario, además, «tener en cuenta fundamentalmente la importancia respectiva de las irregularidades que se aprecian en los decretos anulados y las faltas imputadas» al interesado.

Por consiguiente, los elementos que se han de considerar para calcular la indemnización son tres.

- 2            a) *Perjuicio efectivamente ocasionado al agente*: a este respecto, el juez tiene en cuenta la privación de remuneración, la vulneración

del buen nombre del agente (CE Secc. 16 de oct. de 1959, *Guille*, Rec. 561) y, a un nivel más general, sus condiciones de vida (CE As. 27 de mayo de 1949, *Véron-Réville*; v. n.º 39.4).

En la valoración del perjuicio vinculado con la pérdida de salarios, la jurisprudencia ha ido excluyendo progresivamente diversas indemnizaciones «vinculadas con el ejercicio efectivo de las funciones», sin establecer distinción alguna entre, de un lado, las retribuciones destinadas a recompensar al agente por sus méritos, como puede ser una prima por rendimiento (CE 7 de nov. de 1969, *Vidal*, Rec. 481) y, de otro, las indemnizaciones destinadas a compensar las imposiciones vinculadas con el ejercicio de las funciones, como puede ser una indemnización por residencia en el extranjero (CE 10 de junio de 2011, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c. Mme Pion*, Rec. 983; AJ 2011.1901, concl. Botteghi).

El Consejo de Estado se ha replanteado, en parte, esta doble exclusión, al sostener que se debe tener en cuenta la pérdida de las primas e indemnizaciones de las que el interesado «tenía grandes posibilidades de beneficiarse», excluyendo «solamente» aquellas destinadas a «compensar los costes, gastos u obligaciones vinculados con el ejercicio efectivo de las funciones» (CE Secc. 6 de dic. de 2013, *Commune d'Ajaccio*, Rec. 306; RFDA 2014.276, concl. Dacosta; AJ 2014.219, chr. Bretonneau y Lessi; AJFP 2014.326, nota Diemer; JCP 2014.96, nota Lapouble; DA 2014, nº 27, nota Eveillard). La indemnización disminuye cuando el agente privado de su plaza encuentra en el ínterin un nuevo trabajo remunerado, ya sea público o privado (CE 28 de oct. de 1949, *Cochenet*; – 15 de jul. de 1960, *Pedoussaut*, Rec. 485).

3        b) *Faltas cometidas por la Administración*: la indemnización será mayor si la medida se anula por un defecto de fondo que si se anula por un simple defecto de forma (CE 28 de jul. de 1952, *Liénart*, Rec. 413: falta especialmente grave que supone una indemnización equivalente a la remuneración total; – Secc. 14 de junio de 1946, *Ville de Marseille*, Rec. 164 y Secc. 26 de ene. de 1962, *Guichon*, Rec. 68: cese anulado por defecto de forma, indemnización denegada).

4        c) *Faltas cometidas por el agente*, que implican la concesión de una indemnización reducida, o incluso la denegación de toda indemnización (*Cochenet* citado *ut supra*; – Secc. 6 de mayo de 1955, *Haut-Commissaire de France en Indochine c. Hauger*, Rec. 242; – 16 de junio de 1986, *Dame Krier*, Rec. 166; D. 1987.193, nota Pacteau; LPA 21 de nov. de 1986, nota Terneyre).

- 5 En la medida en que la indemnización corresponda a la pérdida salarial, recibirá el mismo tratamiento que una renta y estará, como tal sometida a impuesto (CE 21 de junio de 1955, *Sieur V...*, Rec. 345; Der. fisc. 1955.10, concl. Lasry); si el impuesto se hubiera tenido normalmente que recaudar mediante una retención durante el período de privación del puesto de trabajo, las sumas que se tendrían que haber retenido sobre el salario deberán deducirse de la indemnización (CE Secc. 29 de marzo de 1957, *Aublant*, Rec. 227); en caso de que el impuesto se recaude mediante una liquidación individual, se calculará una vez abonada la indemnización, en función del régimen fiscal vigente en el momento del pago y habida cuenta del conjunto de ingresos y cargas del interesado (CE Secc. 9 de nov. de 1966, *Helouis*, Rec. 594; Der. fisc. 1957, 3 de fevr., concl. Braibant).
- 6 A partir de la sentencia *Deberles*, la jurisprudencia ha aplicado estas reglas a la reparación de todos los perjuicios profesionales ocasionados a agentes públicos – por ejemplo, traslado forzoso que implica una disminución de la remuneración (CE 27 de dic. de 1950, *Dame Baudrand*, Rec. 646), nombramiento para desempeñar funciones inferiores a aquellas para las que había sido contratado el interesado (CE 27 de junio de 1956, *Commune de Houilles*, Rec. 271), o cese en el cargo de un agente que ocupa una plaza por nombramiento directo del gobierno (CE Secc. 29 de marzo de 1957, *Lévêque*, Rec. 226).

### 43. POLICÍA. LIBERTAD DE REUNIÓN

**Consejo de Estado, 19 de mayo de 1933, Benjamin**

(Rec. 541; S. 1934.3.1, concl. Michel, nota Mestre; D. 1933.3.354, concl.: RFDA 2013.1020, P. H. Prélot, «La actualidad de la sentencia Benjamin»)

Considerando que las demandas antedichas que se presentaron contra dos decretos del alcalde de Nevers, cuyo objeto era prohibir la celebración de dos conferencias, someten al dictamen del Consejo de Estado las mismas cuestiones; que procede, por tanto, unir dichas demandas para que se resuelvan mediante una sola decisión:

*En cuanto a la demanda de la Société des Gens de Lettres:* – Considerando que la Sociedad de Hombres de Letras tiene interés en que se anulen los decretos impugnados; que, por consiguiente, se admite su demanda;

*En cuanto a la legalidad de las decisiones impugnadas;* – Considerando que, aunque corresponde al alcalde, en virtud del art. 97 de la ley de 5 de abr. de 1884, adoptar las medidas necesarias para el mantenimiento del orden, debe hacerlo conciliando el ejercicio de sus facultades con el respeto de la libertad de reunión que garantizan las leyes de 30 de junio de 1881 y 20 de marzo de 1907;

Considerando que, para prohibir las conferencias del señor René Benjamin, que figuraban en el programa de las galas literarias organizadas por la Oficina de Turismo de Nevers, ambas de las cuales presentaban el carácter de conferencias públicas, el alcalde alegó que la presencia del señor Benjamin en Nevers podía alterar el orden público;

Considerando que de la instrucción se desprende que la posibilidad de que se produjeran alteraciones, que alegó el alcalde de Nevers, no presentaba un nivel de gravedad suficiente para impedir, si no se prohibía la conferencia, que se pudiera mantener el orden con la adopción de las medidas de policía que le correspondía adoptar al alcalde; que, por consiguiente, aunque no ha lugar a pronunciarse sobre el motivo alegado de desviación de poder, los recurrentes tienen motivos fundados para sostener que los decretos impugnados presentan un defecto de exceso de poder;... (Anulación)

## OBSERVACIONES

### 1 I. René Benjamin tenía que dar una conferencia literaria en Nevers:

«Dos autores cómicos: Courteline y Sacha Guitry». Los maestros de escuela sindicados hicieron saber al alcalde que se opondrían con todos los medios a su alcance a que se celebrara la conferencia de una persona «que había difamado en sus escritos al personal de la enseñanza laica». A través de la prensa, de octavillas y carteles, convocaron a una contramanifestación a los defensores de la escuela pública, los sindicatos y las agrupaciones de izquierda. Como resultado de esta campaña, el alcalde de Nevers dictó un decreto por el que se prohibía la conferencia de René Benjamin. La Oficina de Turismo publicó entonces en la prensa un comunicado, anunciando la sustitución de la conferencia pública por una conferencia privada. El alcalde también la prohibió. René Benjamin remitió al Consejo de Estado los dos decretos de prohibición, alegando, a la vez, que se habían infringido las leyes de 30 de junio de 1881 y 28 de marzo de 1907 sobre la libertad de reunión y que ambas adolecían de un defecto por desviación de poder. El examen del primer motivo alegado implicaba la necesidad de definir previamente lo que se entendía por «reunión pública». El Comisario del Gobierno Michel estableció una diferencia entre ésta y la manifestación, asociación, conferencia o espectáculo, definiendo la conferencia como «una reunión momentánea de personas que se forma con objeto de escuchar la exposición de ideas u opiniones, o de ponerse de acuerdo para la defensa de unas ideas o intereses». a tenor de esta distinción, no cabía la menor duda de que la conferencia literaria de René Benjamin era una reunión pública, desde el punto de vista jurídico, aunque se pretendiera ocultar este hecho bajo la denominación de conferencia privada

Ahora bien, la libertad de reunión es una de las que están más protegidas por la Ley: la ley de 30 de junio de 1881 se limita a exigir a los organizadores una simple declaración, y la ley de 28 de marzo de 1907 suprime incluso esta exigencia. Así pues, el legislador excluía expresamente toda medida de policía preventiva que pudiera suponer un obstáculo para la libertad de reunión. Es necesario, no obstante, conciliar el respeto de los textos legales que garantizan la libertad de reunión con el deber que incumbe a la autoridad municipal, en virtud

del art. 97 de la ley de 5 de abr. de 1884, que ha pasado a ser el art. L. 2212-2 del Código General de las Colectividades Territoriales, de mantener el orden público. Ello implica que, si la autoridad municipal no dispone efectivamente, para mantener el orden, de ningún medio eficaz que no sea la prohibición preventiva, ésta última constituirá un medio legítimo, aunque es requisito imprescindible que la amenaza para el orden público sea de una gravedad excepcional, y que el alcalde no disponga del contingente de policía necesario para permitir que se celebre la reunión y garantizar, al mismo tiempo, que no se altere el orden.

En el caso que nos ocupa, lo cierto es que el alcalde hubiera podido recurrir a la gendarmería y a la policía antidisturbios para evitar cualquier desorden y permitir que René Benjamin pronunciara su conferencia. Este es el motivo por el que el Consejo de Estado anuló las decisiones impugnadas, dejando de lado la cuestión que había planteado el recurrente al alegar que se apreciaba un defecto por desviación de poder y argumentar que el alcalde se había dejado llevar más por su deseo de complacer a sus amigos políticos que por la voluntad de mantener el orden. El Consejo de Estado consideró, a continuación, que el alcalde había cometido una falta grave al prohibir la reunión y que su decisión había hecho incurrir en responsabilidad a su ciudad (Secc. 3 de abr. de 1936, *Syndicat d'initiative de Nevers et Benjamin*, Rec. 453; S. 1936.III.108, concl. Detton). El Consejo de Estado daría más adelante muestras de este mismo liberalismo, que resume la siguiente fórmula a menudo repetida por los comisarios del gobierno: «La libertad es la norma, la restricción policial es la excepción», en la sentencia *Bujadoux* (5 de febr. de 1937, Rec. 153; D. 1938.3.19, concl. Lagrange): tras los acontecimientos del 6 de febr. de 1934, se habían formado, junto a los partidos políticos, con los que colaboraban, unas agrupaciones que tenían el carácter de organizaciones de combate; la ley de 10 de ene. de 1936 permitía al Presidente de la República disolver estas agrupaciones mediante un decreto aprobado en el Consejo de Ministros; tal fue el caso del decreto de 13 de febr. de 1936 que disponía la disolución de las ligas de Acción Francesa. Unos días después de su promulgación, la prensa monárquica de Lyon anunció un banquete de la Agrupación Médica Corporativa de Lyon, que debía presidir Charles Maurras; el alcalde de Lyon lo prohibió mediante un decreto de 17 de febr. de 1936 que fue trasladado al Consejo de Estado. El banquete no tenía el carácter de una reunión privada, aunque así lo afirmaran sus

organizadores: se había admitido un número muy importante de inscripciones y la prensa lo había difundido ampliamente; cabía, pues, concluir que se trataba de una reunión pública. Por otra parte, no cabía considerarlo como una manifestación organizada por las ligas disueltas, puesto que el decreto de disolución no había afectado a la Unión de Corporaciones de Francia. El Consejo de Estado debía, pues, aplicar y aclarar la doctrina de la sentencia *Benjamin*; el Comisario del Gobierno señaló que el banquete político-profesional no entrañaba, en sí mismo ningún riesgo, pero esto no era suficiente; había que determinar si, en el clima que imperaba entonces, el banquete no podía interpretarse como una provocación; pero, incluso en el supuesto de que se pudiera temer el efecto de una contramanifestación, el prefecto del Ródano hubiera tenido a su disposición un contingente de policía suficiente para mantener el orden. Por consiguiente, el Consejo de Estado anuló el decreto. Volvió a dar muestras del mismo liberalismo en un caso bastante similar (2 de febr. de 1938, *Xavier Vallat*, Rec. 117).

- 2 Pero las pasiones políticas se estaban exacerbando; el orden público estaba permanentemente amenazado; se empezaron a promulgar decretos-leyes que restringían las libertades públicas. El Consejo de Estado no podía permanecer insensible ante esta transformación del clima político y empezó a abandonar una jurisprudencia que se había elaborado en épocas más pacíficas, otorgando preeminencia a las necesidades de mantenimiento del orden. La sentencia *Bucard* (As. 23 de dic. de 1936, Rec. 1151) ya anuncia esta evolución: el Consejo de Estado desestima el recurso interpuesto contra un decreto prefectoral que prohibía incluso la celebración de *reuniones privadas* en puntos muy diseminados de un departamento fronterizo, cuando el prefecto no dispusiera de un contingente de policía suficiente para garantizar el mantenimiento del orden en todos los ámbitos en los que se viera amenazado. Dentro de esta misma línea se inscriben las sentencias *Beha* y *Masson* de 9 de marzo de 1938 (Rec. 246) que, en contraposición con las anulaciones dictadas en la misma fecha en los casos *Bouchez* y *Blum* (*ibid.*), nos dan una idea muy clara de la actitud del Consejo de Estado. Durante la Ocupación, el Consejo llegó a considerar como legal la prohibición de una reunión a partir del momento en que implicara un «riesgo de alteración grave del orden público» (17 de abr. de 1942, *Wodel*, Rec. 122).

- 3 El Consejo de Estado volvió a retomar el liberalismo de la jurisprudencia *Benjamin* después de la guerra en la sentencia de Sección

*Naud* de 23 de ene. de 1953 (Rec. 32): «Considerando que, aunque compete al prefecto de policía adoptar las disposiciones que exija el mantenimiento del orden, debe, en el ejercicio de sus poderes, procurar que su actuación sea compatible con el respeto de la libertad de reunión que garantizan las leyes de 30 de junio de 1881 y 28 de marzo de 1097; Considerando que de la instrucción no se desprende que la conferencia programada por el señor Naud para el 25 de febr. de 1949 en el teatro Marigny pudiera suponer una amenaza para el orden público de tal alcance que no fuera posible hacerle frente con medidas adecuadas de policía, las cuales se podrían haber adoptado en el caso que nos ocupa; que, por consiguiente, el recurrente tiene motivos fundados para sostener que el decreto impugnado de prohibición de la reunión adolece de un defecto por exceso de poder».

La sentencia de Sección *Houphouët-Boigny* de 19 de junio de 1953 (Rec. 298) consagra estos mismos principios y, aunque desestima el recurso, lo hace únicamente debido a la amenaza de alteraciones graves que podía representar para el orden público la reunión de un congreso en territorio africano.

De hecho, menos de dos meses más tarde se procedió a refrendar los términos de la sentencia *Benjamin*: la prohibición de reuniones organizadas contra la guerra de Indochina a finales de 1946 y comienzos de 1947 por el partido comunista internacionalista fue declarada ilegal, dado que no se desprendía de la instrucción que pudiera suponer una amenaza para el orden público en circunstancias cuya naturaleza impidiera hacerle frente con las medidas de policía que se hubieran podido adoptar (29 de jul. de 1953, *Damazière et autres*, Rec. 407).

El rigor del control que ejerce en este ámbito el juez administrativo sirve para incitar a la autoridad policial a actuar con prudencia. En este mismo orden de cosas, el Consejo de Estado confirmó la anulación por el Tribunal Administrativo de Rennes de un decreto del alcalde de esta ciudad que revocaba una decisión anterior por la que se autorizaba la celebración, en la sala de la Cité, de una reunión con motivo de la visita del delegado general del Frente Nacional. El Consejo consideró que «de los elementos que obran en el expediente no se desprende que esta reunión pudiera representar una amenaza para el orden público por producirse en condiciones que impidieran hacerle frente con las medidas adecuadas de policía» (CE 29 de dic. de 1997, *Maugendre*, Rec. 826).

4           **II.** El juez ejerce en esta materia un control especialmente amplio; comprueba, en efecto, no sólo si existía, en las circunstancias concretas del caso, una amenaza de alteración del orden público que pudiera justificar una medida de policía, sino también si la naturaleza y rigor de esta medida eran las adecuadas habida cuenta de la gravedad de la amenaza; controla, por tanto, la adecuación de la medida a los hechos que la han motivado (v. por ej., CE Secc. 26 de abr. de 1968, *Morel et Rivière*, Rec. 264, respecto a las medidas de policía que se adoptaron para regular las relaciones entre propietarios e inquilinos de los «barrios chabolistas» de la isla de la Reunión, y Secc. 4 de mayo de 1984, *Préfet de police c. Guez*, Rec. 164; AJ 1984.393, concl. O. Dutheillet de Lamothe, respecto a la prohibición por el prefecto de policía de París de las actividades musicales y de las atracciones de los artistas callejeros en la mayoría de las calles y plazas reservadas a los peatones).

El objetivo que persigue el juez administrativo con esta jurisprudencia, así como con sus decisiones sobre las procesiones y manifestaciones (CE 19 de febr. de 1909, *Abbé Olivier*\*) o con la teoría de las circunstancias excepcionales (CE 28 de junio de 1918, *Heyriès*\*; – 28 de febr. de 1919, *Dames Dol et Laurent*\*), no es otro que el de conciliar las exigencias, en ocasiones contradictorias, que imponen el orden y la libertad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, el equilibrio entre poderes enfrentados y el clima político imperante. Hallamos un buen ejemplo de este enfoque en el control que ejerce el Consejo de Estado sobre la prohibición de la prensa escrita (. por ej., CE Secc. 23 de nov. de 1951, *Société nouvelle d'imprimerie, d'édition et de publicité*, Rec. 553; v. n.º 74.2; – Secc. 22 de abr. de 1966, *Société Union africaine de presse*, Rec. 576; v. n.º 76.7; – 10 de ene. de 1968, *Association Enbata*, Rec. 28), sobre la disolución de asociaciones (CE As. 12 de jul. de 1956, *M'Paye, N'Gom et Moumie*, Rec. 331; RJPUF 1956.814, concl. Heumann; Rec. Penant 1957.322, nota Lampué; – As. 21 de jul. de 1970, *Boussel dit Lambert*, Rec. 504; AJ 1970.607 cr. Labetoulle y Cabanes; D. 1970.633, nota Broutin; JCP 1971.II.16672, nota Loschak; – 30 de jul. de 2014, *Association «Envie de rêver», K. Conette et S. Ayoub*, Rec. 257; RFDA 2014.1158, concl. Crépey), sobre la prohibición de organizar un referéndum (CE 26 de oct. de 1956, *Association des combattants de la paix et de la liberté*, Rec. 391; RD publ. 1957.540, concl. Heumann; AJ 1956. II.490, cr. Fournier y Braibant) o sobre el control policial del asentamiento de

nómadas (CE 2 de dic. de 1983, *Ville de Lille c. Ackermann*, Rec. 470; D. 1985.388, nota Romi).

5

No se puede desatender ni exagerar el alcance de las intervenciones de la policía. Al recordar a las autoridades de la policía, cada vez que tiene ocasión de hacerlo, que sólo unas circunstancias de una gravedad anormal les autorizan a actuar en menoscabo de las libertades fundamentales y, al ejercer un control estricto sobre las medidas que adoptan, el juez administrativo contribuye a la protección necesaria de los Derechos Humanos. Pero sus decisiones de anulación pierden gran parte de su valor cuando se adoptan varios años después de que se dictara la medida de prohibición: la situación puede haber sufrido cambios profundos desde entonces y el perjuicio político y moral ocasionado a los organizadores de la reunión no se ve en modo alguno atenuado con la anulación o la concesión de una indemnización (CE Secc. 3 de abr. de 1936, *Syndicat d'initiative de Nevers et Benjamin*, citada *ut supra*). Sólo una decisión del juez que ordene la suspensión de la ejecución de la decisión impugnada puede reforzar eficazmente el control de la legalidad.

Desde la ley de 2 de marzo de 1982 relativa a los derechos de los municipios, los departamentos y las regiones, el presidente del tribunal administrativo o su delegado pueden, dentro de un plazo de 48 horas a partir de la interposición del recurso por el prefecto, ordenar la suspensión del acto de una autoridad local que, «por su naturaleza, pueda poner en peligro el ejercicio de una libertad pública o individual». Amparándose en este principio, el presidente del tribunal administrativo de Orleans declaró, mediante una ordenanza dictada el 3 de oct. de 1985 a las 10 h 30, la suspensión de la ejecución de una orden del alcalde de Dreux de 1 de oct. de 1985 que prohibía, mientras se estuviera celebrando la feria de Dreux (del 3 al 7 de oct.), la instalación de cualquier caseta fija de carácter político o parapolítico (TA Orleans 3 de oct. de 1985, *Commissaire de la République du département d'Eure-et-Loir*, RFDA 1987.201, nota G. Melleray).

Además de esta vía de recurso, a la que sólo puede acogerse el prefecto, existen otros procedimientos de recurso administrativo por vía de urgencia creados por la ley de 30 de junio de 2000 y que pueden ser utilizados por cualquiera de las partes interesadas. Resulta particularmente significativa a este respecto una ordenanza de 19 de agosto de 2002 del juez de los recursos de urgencia del Consejo de Estado, dictada al amparo del artículo L. 521.2 del Código de Justicia Admi-

nistrativa (*cf.*: nuestras obs. sobre la sentencia *Commune de Venelles\** de 18 de ene. de 2001), que suspendía los efectos de una decisión de 29 de jul. de 2002 del alcalde de Annecy cuyo propósito era prohibir a este municipio que se convirtiera del 26 al 30 de agosto en la sede de la universidad de verano del Frente Nacional, alegando que la prohibición constituía un atentado grave y manifiestamente irregular contra la libertad de reunión de la que disfrutaban los partidos legalmente constituidos (CE ord. 19 de agosto de 2002, *Front national, Institut de formation des élus locaux*, Rec. 311; AJ 2992.1017, nota X. Braud). Se han adoptado soluciones similares respecto a una decisión del alcalde de París cuyo objeto era prohibir una reunión de la asociación religiosa de los testigos de Jehová, prevista para el 23 de mayo de 2004 en el estadio de Charléty (TA París ref., 13 de mayo de 2004. *Association cultuelle des témoins de Jéhovah de France*, AJ 2004.1597, nota Gonzalez), o respecto a una decisión del alcalde de Lyon que se negaba a alquilar un local municipal para que los testigos de Jehová pudieran celebrar una reunión en esta ciudad (CE ord. 30 de marzo de 2007, *Ville de Lyon*, Rec. 1013; AJ 2007.1742, nota Damarey; LPA, 6 de agosto de 2007, nota Le Bot; DA 2007, n.º 90, nota F. Melleray).

Respecto a las medidas de prohibición de los espectáculos de un personaje tan controvertido como Dieudonné, la actitud del juez ha estado condicionada por el contenido de dichos espectáculos en estrecha vinculación con las circunstancias locales.

La prohibición de utilización del Dieudobus se consideró inapropiada (CE 26 de febr. de 2010, *Commune d'Orvault*; AJ 2010.1104; TA Lille 3 de junio de 2010 *Colman*; AJ 2010.1536, concl. Bauzerand).

Con posterioridad, en un contexto en que las declaraciones antisemitas del autor del espectáculo eran patentes y habían provocado una fuerte reacción emocional, el juez del Consejo de Estado ante el que se presentó el recurso de urgencia para la protección de una libertad fundamental (*référé-liberté*) se negó a suspender la orden de prohibición del espectáculo previsto para ese mismo día en Nantes, alegando que no apreciaba ningún vicio de ilegalidad grave y manifiesto (CE ord. 9 de ene. de 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala*, Rec. 1; AJ 2014.129, trib. Seiller, 473, trib. Broyelle, 866, nota Petit; AJCT 2014.157, nota Le Chatelier; RFDA 2014.87, nota Gohin; misma revista 521, com. Broyelle; misma revista 525, com. Baranger; JCP Adm. 2014.55, nota B. Bonnet y Chabanol; DA 2014, n.º 33, nota Eveillard; RTDH

2014.515, nota de Fontbressin; LPA 20 de ene. de 2014, nota Frison-Roche; Gaz. Pal. 23 de ene. de 2014, nota Touzeil-Divina). Resulta significativo que la ordenanza de 9 de ene. de 2014 mencionara para refrendar sus disposiciones: la sentencia *Benjamin\**, la sentencia *Commune de Morsang-sur-Orge\**, que incluye la dignidad humana entre los elementos integrantes del orden público, así como el dictamen contencioso-administrativo de 16 de febr. de 2009, *Mme Hoffman-Glemane* relativo a la «*reparación de los sufrimientos excepcionales que padecieron las personas víctimas de las persecuciones antisemitas*» (v. n.º 104.9).

Un año más tarde, tras las modificaciones introducidas en el contenido del espectáculo de Dieudonné, se consideró su prohibición como un atentado grave y manifiestamente irregular contra el ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión (CE ord. 6 de febr. de 2015, *Commune de Cournon d’Auvergne*, req. n.º 387726).

**III.** El control estricto que ejerce el juez administrativo sobre una medida de policía administrativa, comprobando si esta última se ajusta a los hechos que la motivaron y los fines que persigue su autor, ha sido objeto de una doble ampliación.

- 6** 1.º) Cuando tiene que pronunciarse sobre unas leyes que restringen el ejercicio de una libertad pública, el Consejo Constitucional comprueba, de conformidad con la jurisprudencia *Benjamin*, si las disposiciones dictadas por el legislador son proporcionadas al objetivo perseguido, es decir, a la necesidad de garantizar la salvaguarda del orden público. Por ello, con su decisión *n.º 76-75 DC, 12 de ene. de 1977* (Rec. 33; AJ 1978.215, nota Rivero; D. 1978.173 nota Hamon y Léauté; RD publ. 1978.821, nota Favoreu), declaró contraria a la Constitución una ley que autorizaba a los funcionarios de la policía judicial a proceder al registro de vehículos alegando como motivo que «debido a la amplitud de poderes... que se confieren a los funcionarios de la policía judicial y a sus agentes, al carácter demasiado general de los casos en los que pueden ejercer dichos poderes y al hecho de que no se delimita el alcance de los controles a los que podían dar lugar», el texto legal «vulnera los principios esenciales en los que se fundamenta la protección de la libertad individual».

Un juez constitucional sometió a un control de la misma naturaleza las disposiciones legislativas que modificaban el decreto de 23 de oct. de 1935 relativo a las manifestaciones en la vía pública (*n.º 94-352*

*DC, 18 de ene. de 1995, Rec.170; RFDC 1995.362, nota Favoreu; JCP 1995. II.22525, nota Lafay; RD publ. 1995.577, com. F. Luchaire).*

- 7 2.º) El control de la adecuación de la medida restrictiva de una libertad fundamental con respecto a las necesidades de mantenimiento del orden ha sido retomado por el Consejo de Estado en relación con el examen de la legalidad del reglamento interno de una empresa, desde que se dictó la decisión de Sección de 1 de febr. de 1980, *Ministre du travail c. Société «Peintures Corona»* (Rec. 59; Der. soc. 1980.310. concl. Bacquet; AJ 1980.407, cr. Robineau y Feffer). De conformidad con el artículo L. 122-37 del Código Laboral, que ha pasado a ser el artículo L. 1321-1 del mismo código, el reglamento interno de una empresa debe remitirse al inspector del trabajo, pudiendo este último exigir la supresión o modificación de aquellas disposiciones que sean contrarias a las leyes o reglamentos. En virtud de esta disposición, un inspector del trabajo exigió a una empresa que suprimiera un artículo de su reglamento que rezaba así: «Se prohíbe a los empleados la entrada o permanencia en el establecimiento en estado de ebriedad. La dirección se reserva el derecho a someter los casos que susciten alguna duda a una prueba de alcoholemia. La negativa a someterse a esta prueba será considerada como una desobediencia y un reconocimiento implícito del estado de ebriedad.» El Consejo de Estado estimó que el inspector del trabajo había actuado correctamente al exigir la modificación de esta cláusula del reglamento: señaló que, aunque el Código Laboral, en su artículo L. 232-2, que ha pasado a ser el artículo L. 4121-1, prohíbe a los empresarios que dejen entrar o permanecer en sus establecimientos a personas en estado de ebriedad, no les autoriza a proceder a ningún control de este estado. Consideró, por consiguiente, que las cláusulas del reglamento que autorizaban a la dirección a someter a los empleados a una prueba de alcoholemia «sólo podían admitirse, habida cuenta de que conculcan los derechos de la persona, en el caso de aquellos asalariados que ejecuten determinadas tareas o que manejen determinadas máquinas» y que las disposiciones impugnadas superaban, por tanto «por su generalidad, los límites de las medidas que el empresario podía imponer legalmente, en este caso concreto, para garantizar la seguridad en su empresa». El Consejo de Estado se propuso, por tanto, comprobar si el menoscabo de la libertad de los asalariados de la empresa estaba justificado a tenor de los objetivos legítimos de un reglamento interno, y para ello utilizó una argumentación muy similar a la que se había empleado en el caso *Benjamin*

(*cfr.* en este mismo sentido: 12 de nov. de 2012, *Ministre du travail, de l'emploi et de la santé c. Comité d'entreprise de la société Caterpillar*, Rec. 995).

El legislador, con la ley de 4 de agosto de 1982, ha hecho suya la jurisprudencia del Consejo de Estado, haciendo constar que el reglamento interno «sólo puede imponer respecto a los derechos de las personas y a las libertades individuales y colectivas aquellas restricciones que justifique la naturaleza de la tarea que se ha de desempeñar y que sean proporcionadas al objetivo perseguido». El juez administrativo vela por el respeto de estas disposiciones (CE 12 de junio de 1987, *Société Gantois*, Rec. 208; AJ 1987.462, cr. Azibert y de Boisdeffre). Por ello, ha admitido que el reglamento interno de un establecimiento privado de enseñanza pueda incluir disposiciones relativas al carácter propio del establecimiento, siempre y cuando no se vulnere la libertad de conciencia de los interesados (CE 20 de ju. de 1990, *Association familiale de l'externat Saint-Joseph*, Rec. 223; Der. soc. 1990.862, concl. Pochard; D. 1992. SC. 153, obs. Chelle y Prétot).

#### **44. RESPONSABILIDAD. COMPETENCIA FALTA PENAL**

**Tribunal de Conflictos, 14 de enero de 1935, *Thépaz***

(Rec. 224; S. 1935.3.17, nota Alibert)

Considerando que un convoy de camiones militares, que circulaba a una velocidad de 20 kilómetros por hora, bajo las órdenes de un suboficial, adelantó en la carretera a un ciclista, el señor Thépaz, y que el remolque de uno de estos camiones, debido al giro brusco de volante que realizó su conductor, el soldado Mirabel, para evitar una colisión con el camión que lo precedía y que había reducido bruscamente su velocidad, arrolló e hirió al ciclista;

Considerando que, como resultado de este accidente, se puso en marcha la acción pública, de conformidad con el art. 320 del Código Penal, a solicitud de la Fiscalía, contra el soldado Mirabel, habiendo sido éste condenado por el Tribunal de Primera Instancia, y luego por el Tribunal de Apelación, al pago de una multa de 25 francos al señor Thépaz, como parte civil, y a un depósito de 7.000 francos en espera de que se resolviera la demanda por daños y perjuicios; que, ante el Tribunal de Apelación, el Estado, al que no había citado la parte civil, intervino para declinar la competencia de los tribunales ordinarios, alegando que le correspondía al Estado y no al soldado asumir la responsabilidad civil.

*Considerando que, dadas las circunstancias en las que se produjo, el hecho que se imputa a este militar, en el desempeño de un servicio que prestaba cumpliendo órdenes, no es constitutivo de una falta dissociable del ejercicio de sus funciones; que, por otra parte, la circunstancia de que este hecho se haya enjuiciado ante un tribunal de primera instancia, de conformidad con las disposiciones del nuevo Código de Justicia Militar, y haya sido objeto de una sanción de conformidad con el art. 320 del Código Penal, no justifica en modo alguno, en lo que respecta a las reparaciones pecuniarias, y a tenor de las condiciones en las que se produjo, la competencia de los tribunales ordinarios, ante los que se interpuso una demanda civil que se sumaba con carácter accesorio a la acusación pública;... (Confirmación de la decisión relativa a la competencia jurisdiccional).*

## OBSERVACIONES

1 El conductor de un camión militar provoca un accidente: es condenado a una multa por los tribunales penales; ¿cabe también condenarlo a pagar las reparaciones pecuniarias que reclama la víctima? O, en el ámbito civil, ¿corresponde únicamente al Estado asumir responsabilidades por el accidente? En otras palabras, ¿la falta cometida constituye una falta personal o una falta de servicio? El Tribunal de Conflictos, al optar por la segunda solución en la sentencia *Thépaz*, realiza una contribución importante para la identificación de la *falta de servicio* (I), así como para la determinación de la *jurisdicción competente* para valorar la responsabilidad de la Administración cuando ésta se pone en tela de juicio ante un tribunal penal (II).

2 I. Antes de que se dictara esta sentencia del Tribunal de Conflictos, *la falta de un funcionario*, que fuera *constitutiva de un crimen o de un delito*, se consideraba siempre como una falta personal: la prestación de un servicio público excluía, en principio, la posibilidad de una infracción penal. No obstante, el Tribunal de Conflictos había ya admitido que, cuando no hubiera falta penal, unos «simples hechos de exceso de velocidad o de incumplimiento del derecho de preferencia... no serían constitutivos, si quedaban demostrados, de una falta separable del ejercicio de sus funciones» (TC 16 de abr. de 1929, *Claire*, Rec. 389).

La sentencia *Thépaz*, que llevó mucho más lejos esta doctrina y que marcó un hito importante en el abandono de las concepciones tradicionales, consagra el principio según el cual, del mismo modo en que hay faltas personales que no constituyen un delito penal, hay delitos penales que no constituyen una falta personal, tal y como la había definido Laferrrière – es decir, aquella que desvela en el funcionario al «hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias»: precisamente así es como debe considerarse un giro desafortunado del volante.

El propio Tribunal de Casación, contrariamente a la posición que había mantenido hasta entonces, admitió finalmente que una infracción penal pudiera constituir una falta de servicio (Crim. 23 de abr. de 1942, *Leroutier*, D. 1942.137, nota Waline; JCP 1942. II.1953, nota Brouchet; 25 de ene. de 1961, JCP 1961. II.12032 *bis*, nota Maestre; S. 1961.293, nota Meurisse).

3 Han sido muy numerosas las aplicaciones prácticas de la sentencia *Thépaz*. Baste con citar dos sentencias del Tribunal de Conflictos, que se adaptan al mismo patrón, y según las cuales las faltas cometidas por los conductores de vehículos administrativos condenados por heridas involuntarias no constituyen faltas dissociables del ejercicio de sus funciones (TC 30 de junio de 1949, *Vernet et Arnoux*, Rec. 605 y 606). No obstante, al sustituir en todos los casos, frente a terceros, la responsabilidad del agente por la de la persona jurídica de derecho público en la tramitación contencioso-administrativa de los accidentes de vehículos, la ley de 31 de dic. de 1957 privó a la sentencia *Thépaz* de su aplicación más frecuente: a partir de entonces, las faltas penales en la conducción de vehículos, ya sean éstas voluntarias o involuntarias, implican siempre una responsabilidad por parte de la Administración frente a la víctima.

Pero esta jurisprudencia se sigue aplicando en otros ámbitos (TC 9 de dic. de 1948, *Delle Urban c. Mouche et État*, Rec. 521: utilización accidental de un arma de fuego; – 19 de oct. de 1998, *Préfet du Tarn c. Cour d'appel de Toulouse*, Rec. 822; JCP 1999.II.10225, concl. Sainte Rose, nota du Cheyron; D. 1999.127, nota Gohin: falsificación de un plan de ocupación de suelos para permitir la concesión de una licencia de obras; Crim. 13 de oct. de 2004, *Bonnet, Mazères*, v. n.º 2.: incendio de chozas por gendarmes, obedeciendo la orden del prefecto).

Tal y como ponen de manifiesto estas últimas sentencias, la jurisprudencia *Thépaz* no sólo es válida en los casos de infracciones involuntarias, aunque éstas representen el ejemplo más típico de faltas penales no constitutivas de faltas personales.

El aumento de las inculpaciones por motivos de «impericia, imprudencia, falta de atención, negligencia o incumplimiento de las normas de seguridad o de la precaución impuestas por la Ley o los reglamentos» (art. 221-6 et 222-19 C. pen.) y de omisión del deber de socorro (art. 223-6 y 7), así como el número cada vez mayor de enjuiciamientos contra agentes públicos por acusaciones de esta misma naturaleza, pueden imprimir nuevamente actualidad a la jurisprudencia *Thépaz*. En efecto, en la mayoría de los casos, los comportamientos que se imputan a estos agentes, aunque puedan ser penalmente reprobables, son indisociables del servicio que prestan y no constituyen una falta personal, desde el punto de vista del Derecho Civil (Crim. 4 de junio de 2002, Bull. crim. n.º 27; D. 2003.95, nota S. Petit).

4 Es evidente que cuando la falta penal se comete fuera del servicio o cuando, pese a cometerse en el servicio o con motivo del mismo, presenta una gravedad inadmisibles en atención del servicio del que se trata, constituye una falta personal por la que su autor incurre en una responsabilidad también de carácter personal. En una sentencia dictada el mismo día que las sentencias *Vernet* y *Arnoux*, citadas más arriba, el Tribunal de Conflictos reconocía que un agente de la policía había cometido una falta personal, al perseguir fuera de su horario de servicio a un individuo al que sospechaba de haber querido introducirse de noche y por la fuerza en una vivienda, y al efectuar un disparo que lo había herido mortalmente (TC 30 de junio de 1949, *Dame Vve Chulliat*, Rec. 606). Más recientemente (TC 19 de mayo de 2014, *Mme Berthet c. Filippi*, Rec. 461; v. n.º 31.7), este mismo tribunal consideró como una falta personal, debido a su gravedad y a los objetivos personales que perseguía su autor, las actuaciones ilícitas de un alcalde que habían dado lugar a su condena penal por soborno de testigo.

En lo que respecta a las faltas penales cometidas ya sea por funcionarios públicos (Crim. 10 de febr. de 2009, Bull. crim. n.º 34; AJ 2009.1844, nota Yazi-Roman y Grimaud) o por empleados de personas privadas (Pleno de As. 14 de dic. de 2001, Bull. Pleno de As. n.º 17, p. 35; D. 2002.1230, nota Julien; JCP 2002. II.10026, nota Billiau), los tribunales ordinarios también establecen una distinción entre las que hacen incurrir y las que no hacen incurrir a sus autores en responsabilidad en el ámbito civil.

5 **II.** La posibilidad de completar, ante los tribunales penales, la acción pública penal con una demanda civil por daños y perjuicios nos lleva a plantear la cuestión de las *competencias*: ¿hasta qué punto dispone el juez de lo penal de las facultades necesarias para pronunciarse, a la vez, sobre la acción pública dirigida contra un funcionario y para condenar al pago de una indemnización por daños y perjuicios ya sea al autor de la falta constitutiva de una infracción penal, ya sea a la Administración como responsable en el ámbito civil de las actuaciones de su agente?

Los tribunales penales son, en primer lugar, y salvo derogación legislativa, exclusivamente competentes para conocer de la *acción pública* dirigida contra el agente.

En cuanto a la acción civil, el juez penal sólo es competente para pronunciarse sobre ésta en la medida en que vaya dirigida contra el agente autor de una falta personal (TC 9 de jul. de 1953, *Delaitre c.*

*Bouquet*, Rec. 592; JCP 1953. II.7797, nota Rivero – sobre la aplicación de esta sentencia, v. CE As. 12 de abr. de 2002, *Papon\**); deja de ser competente cuando la acción civil va dirigida ya sea contra el agente autor de una falta de servicio (*Thépaz*; TC 26 de mayo de 1924, *Dame Vve Limetti c. Ville de Paris*, Rec. 502; S. 1924.3.49, nota Hauriou; 19 de oct. de 1998, *Préfet du Tarn*, citada *ut supra*), ya sea contra la Administración como responsable civil de las actuaciones de su agente – en particular, cuando la falta penal es una falta personal cometida en el servicio o con motivo del servicio o cuando no está desprovista de todo vínculo con el servicio. En este último caso, la víctima puede demandar al agente por la falta personal que ha cometido ante los tribunales ordinarios y a la Administración ante la jurisdicción administrativa en la medida en que dicha falta tenga algún vínculo con el servicio, aunque no pueda aspirar a obtener una reparación superior al valor del perjuicio ocasionado (TC 19 de mayo de 2014, *Mme Berthet c. Filippi*, citada *ut supra*). La jurisdicción administrativa también es competente para pronunciarse sobre el recurso interpuesto contra la Administración por el agente condenado a título personal tanto penal como civilmente (*Papon\**).

- 6 En ocasiones la Ley ha intervenido para permitir a los tribunales ordinarios que se pronuncien ya sea, al mismo tiempo, sobre la demanda por daños y perjuicios dirigida contra el agente por su falta personal y sobre la demanda dirigida contra la Administración como responsable civil (artículo 136 C. pr. pen. por la vulneración de la libertad individual), ya sea sobre la responsabilidad de la Administración que sustituye a la de su agente frente a la víctima (ley de 31 de dic. de 1957 relativa a los accidentes ocasionados por vehículos), ya sea sobre la responsabilidad del agente cuando su falta no sea separable del servicio (art. 91 C. pr. pen.: TC 21 de junio de 2004, *Préfet des Alpes-Maritimes c. CA Aix-en-Provence*, v. n.º 2.6).

Además, el propio Tribunal de Conflictos resolvió, en una sentencia decisiva de 13 de junio de 1960, *Douieb c. Stokos* (Rec. 865; S. 1960.272, concl. Chardeau; D. 1960.576, concl., nota Josse; CJEG 1961. cr. 21, nota Carron; JCP 1960. II.11727, nota Pépy; RA 1960.276, nota Liet-Veaux) que, cuando la ejecución deficiente de una obra pública por un *empresario* o por su *empleado* constituye un delito penal, la víctima puede optar por solicitar la reparación del perjuicio que se le ha ocasionado a la jurisdicción administrativa, en virtud de la teoría del daño causado por una obra pública, o por constituirse como parte

civil ante el tribunal penal, pudiendo este último condenar al pago de una indemnización por daños y perjuicios no sólo al autor del daño, sino también al empresario que lo contrató. Pero la alternativa que se ofrece, así, a la víctima sólo existe cuando se pone en duda la responsabilidad del empresario o de su subalterno - ambos de los cuales son *personas privadas*. No existe esta posibilidad cuando la víctima pretende hacer recaer la responsabilidad en una *persona pública*: en tal caso, se tendrá que aplicar la jurisprudencia *Thépez*.

## 45. POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS MINISTROS

Consejo de Estado, 7 de febrero de 1936, *Jamart*

(Rec. 172; S. 1937.3.113, nota Rivero)

*Considerando que, incluso en el caso de que no haya ninguna disposición que conceda a los ministros una potestad reglamentaria, les corresponde, como a cualquier otro jefe de servicio, adoptar las medidas necesarias para el buen funcionamiento de la administración sobre la que ejercen su autoridad y aunque tienen la potestad, en particular y siempre que así lo exija el interés del servicio, de prohibir el acceso a los locales asignados a su servicio a toda persona cuya presencia pueda alterar el funcionamiento normal de dicho servicio, no les está permitido en ningún caso, salvo cuando existan circunstancias excepcionales, dictar una prohibición de esta naturaleza contra las personas que están obligadas a acceder a los locales;*

Considerando que de la instrucción se desprende que las cartas dirigidas por el señor Jamart al Ministro de Pensiones, fuera cual fuere el carácter reprobable que cabía atribuirles, no contenían ninguna amenaza concreta que pudiera alterar el buen funcionamiento del centro de rehabilitación de París al que se había solicitado al recurrente, doctor en medicina, que acudiera para atender, de conformidad con el art. 9 párr. 5 de la ley de 31 de marzo de 1919, a los militares veteranos beneficiarios de dicha legislación; que, por consiguiente, al prohibirle, por lo demás, sin límite de fecha, el acceso a todos los centros de rehabilitación, el ministro se excedió en sus atribuciones;... (Anulación).

### OBSERVACIONES

- 1 Tras producirse varios incidentes, el Ministro de Pensiones prohibió al doctor Jamart el acceso a los centros de rehabilitación a los que debía acudir para someter a los antiguos militares, titulares de una pensión, a los exámenes médicos periódicos que eran obligatorios para poder seguir siendo beneficiario de una pensión. Habiendo interpuesto el recurrente un recurso contra esta medida, el Consejo de Estado la

anuló por apreciar en ella un defecto de exceso de poder. El interés de la sentencia no reside tanto en la anulación de la decisión impugnada –anulación motivada por las circunstancias del caso–, sino en el considerando inicial relativo a las facultades de los ministros y los jefes de servicio.

Ni las leyes constitucionales de 1875, ni las Constituciones de 1946 y de 1958 confieren una potestad reglamentaria a los ministros.

Por tanto, en principio, los ministros no pueden adoptar medidas reglamentarias (por ej., CE 5 de dic. de 2005, *Mann Singh*, Rec. 545; AJ 2006.211, concl. Chauvaux: incompetencia reglamentaria del Ministro del Interior para establecer las normas que deben cumplir las fotografías de los permisos de conducir; – 4 de dic. de 2009, *Mme Lavergne*, Rec. 489; RFDA 2010.175, estudio Pez; JCP Adm. 2010.2037, nota Dieu: incompetencia del Ministro de Justicia para imponer el uso de un guión doble entre los nombres dobles que los padres desean poner a sus hijos), salvo cuando una ley o un decreto lo autorice expresamente.

Su voluntad de adaptarse a la realidad administrativa lleva, en ocasiones, a la jurisprudencia a interpretar en sentido amplio estas autorizaciones. 23 de oct. de 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, Rec. 484; v. n.º 59.7, respecto a la reglamentación de la huelga en la Empresa Nacional de Ferrocarriles Franceses; – Secc. 6 de nov. de 1964, *Réunion des assureurs maladie des exploitants agricoles*, Rec. 521; AJ 1964.692, cr. Puybasset y Puissochet, respecto a los requisitos para la concesión de anticipos para el financiamiento de un régimen de seguros sociales).

El Consejo de Estado considera también, en la sentencia *Jamart*, que «*incluso en el caso de que no exista disposición legislativa alguna que atribuya una potestad reglamentaria a los ministros, les corresponde a éstos, al igual que a cualquier jefe de servicio, adoptar las medidas necesarias para el buen funcionamiento de la administración que está bajo su autoridad*».

Esta es una potestad que se reconoce a todos los jefes de servicio (I), pero que debe ejercerse dentro de determinados límites (II).

## 2

**I.** La condición de jefe de servicio, de la que se deriva la capacidad para adoptar medidas reglamentarias relativas a dicho servicio, no es propia exclusivamente de los ministros (ni siquiera de todos los ministros: no es necesario que la ejerzan quienes no tienen a su cargo

una «cartera», como suele ser el caso en determinados gobiernos). En términos generales, se reconoce asimismo esta potestad a las autoridades que están a la cabeza de una administración: Director de un servicio del Estado (CE 13 de nov. de 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation civile*, AJ 1993.221, nota Mathieu: Director General de la aviación civil), alcalde (CE 25 de junio de 1975, *Riscarrat et Rouquairol*, Rec. 898), Director de una entidad pública (CE 12 de dic. de 2012, *Syndicat des médecins inspecteurs de la santé publique*, Rec. 412; AJ 2013.481, concl. Vialettes; DA abr. 2013, p. 42 nota Guignard). Se ejerce en combinación con el poder jerárquico que tienen los ministros y otros jefes de servicio con respecto a los agentes que están bajo su autoridad, lo que les permite darles instrucciones sobre las medidas que han de tomar (CE 12 de dic. de 2012, *Syndicat national des établissements privés pour personnes âgées (SYNERPA)*, Rec. 414 mismas referencias).

Esta potestad se funda en la necesidad de asegurar el «funcionamiento normal» de los servicios públicos, así como en la idea de que toda autoridad debe disponer de los medios necesarios para cumplir su misión. Este es el motivo por el que se reconoce esta potestad a toda «autoridad administrativa responsable del funcionamiento de un servicio público» y, en particular, «en el caso de una entidad pública responsable de este buen funcionamiento, así como de un organismo de derecho privado responsable de un servicio público», «en exclusividad a sus órganos directivos, los cuales actúan en virtud de las facultades generales de organización de los servicios que están bajo su autoridad... salvo que se indique lo contrario en alguna disposición» (CE As. 12 de abr. de 2013, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines*, Rec. 94; v. n.º 59.4, respecto a la limitación, por los órganos directivos de la empresa pública EDF, del derecho de huelga en las centrales nucleares).

- 3 Permite establecer las modalidades de organización y de funcionamiento del propio servicio. Estas modalidades pueden estar relacionadas con la creación del servicio (por ej., de capillas en los liceos: CE As. 1 de abr. de 1949, *Chaveneau*, Rec. 161; S. 1949.349, nota Delpech; D. 1949.531, concl. Gazier, nota Rolland), de un organismo consultivo (CE 11 de mayo de 1979, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, Rec. 204, concl. Galabert; – Secc. 29 de dic. de 1995, *Syndicat national des personnels de préfecture CGT-FO*, DA febr. 1996, n.º 57; CFPD junio de 1996, p. 19, concl. Maugué), e inclu-

so con la interrupción del servicio (CE Secc. 27 de ene. de 1961, *Van-nier*, Rec. 60, concl. Kahn, v. n.º 15.4: interrupción de la programación de una cadena de televisión).

Un ministro es «asimismo competente, en virtud de sus facultades generales, para regular la situación de los agentes que están bajo su autoridad» (CE Secc. 24 de abr. de 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, Rec. 242); puede, en particular, adoptar respecto a estos agentes medidas de carácter general relativas a su remuneración (misma decisión), al ejercicio del derecho de huelga (CE 7 jul. de 1950, *Dehaene*\*) o a sus ascensos (CE 17 jul. de 2013, *Dahan*, Rec. 650). Del mismo modo, «el conocimiento de sus competencias fue el que incitó al Ministro de Defensa, responsable del destino de los militares que están bajo su autoridad y de asegurarse que éstos sigan siendo aptos para desempeñar las misiones que les puedan ser encomendadas en cualquier momento» a declarar como obligatorias para los militares determinadas vacunas, por medio de unas «disposiciones... directamente vinculadas con los riesgos y exigencias propios del ejercicio de la función militar» (CE As. 3 de marzo de 2004, *Association «Liberté, Information, Santé»*, Rec. 113; RFDA 2004.581, concl. Le Chatelier; AJ 2004.971, cr. Donnat y Casas; D. 2004.1257, nota Ritleng; JCP Adm. 2004.1321, nota Jean-Pierre; RDSS 2004.608, nota Deguerge), y al Ministro de Justicia a «prohibir la posesión y el consumo de alcohol en todo el perímetro de los establecimientos penitenciarios, con el fin de garantizar el buen funcionamiento del servicio y de prevenir los riesgos que entraña el consumo del alcohol para la seguridad del personal penitenciario y de los detenidos (CE 11 de abr. de 2008, *Union générale des syndicats pénitentiaires CGT*, Rec. 579; AJ 2008.1142, concl. Landais).

La reglamentación del servicio puede tener incidencias sobre las personas relacionadas con el mismo y, en particular, sobre los usuarios, por ejemplo, en el caso de que se establezca la lista de datos que se deben aportar para sustentar una solicitud de subvención (CE As. 29 de ene. de 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. 64; v. n.º 105.1), de que se dicten normas relativas al uso de sanciones escolares (CE 8 de marzo de 2006, *Fédération des conseils des parents d'élèves des écoles publiques*, Rec. 112; v. n.º 105.6). En el caso de los usuarios de naturaleza un tanto especial que son los reclusos de los establecimientos penitenciarios, el Ministro de Justicia tiene «en su calidad de jefe de servicio, la facultad de determinar algunas de las

circunstancias en las que se efectúan los registros» de conformidad con el Código Procesal Penal (CE 8 de dic. de 2000, *Frérot*, Rec. 589; LPA 8 de febr. de 2001, concl. Schwartz; DA 2001, n.º 32, obs. R. S.); tiene competencia, en el caso de los detenidos menores de edad, para dictar normas relativas a las medidas de mantenimiento del orden «en virtud de su potestad reglamentaria de organización de los servicios que están bajo su autoridad» (CE 24 de sept. de 2014, *Association Ban Public*, req. n.º 362472).

En cuanto al Primer Ministro, aunque «*se vea obligado, en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le reconoce el artículo 21 de la Constitución, a respetar las reglas de forma y procedimiento aplicables a dicho ejercicio y, en particular, la exigencia de refrendo que se establece en el artículo 22 de la Constitución, nada le impide, fundándose en las disposiciones del artículo 21 de la Constitución en virtud de las cuales le compete dirigir la acción del Gobierno, transmitir a los miembros del Gobierno y a las administraciones unas instrucciones en las que se les inste a actuar en un determinado sentido o a adoptar tal o cual interpretación de las leyes y reglamentos vigentes*» (CE 26 de dic. de 2012, *Association «Libérez Les Mademoiselles»*, Rec. 501; RFDA 2013.233, concl. Bourgeois-Machureau; JCP Adm. 2013.30, nota Tollinchi, y 31, nota Pauliat, respecto a la circular del Primer Ministro relativa a la supresión del término «Señorita» en los formularios y en la correspondencia de la Administración).

4

II. Pero la potestad que se reconoce de este modo a los ministros y a otros jefes de servicio tiene unos *límites*: sólo se puede «ejercer en la medida en que así lo exijan las necesidades del servicio y exclusivamente respecto a las personas relacionadas con el mismo, ya sea porque colaboren con el servicio o porque sean usuarios del mismo» (concl. M. Bernard sur CE 6 de oct. de 1961, *UNAPEL*, RD publ. 1961.1279). No les permite, fuera del ámbito de estas necesidades, imponer unas obligaciones o conceder unos privilegios (misma sentencia) o establecer unas reglas estatutarias que afecten al personal (CE Secc. 4 de nov. de 1977, *Dame Si Moussa*, Rec. 417, concl. Massot, respecto a una circular del Ministro de Asuntos Exteriores). Se estarían excediendo de sus facultades si adoptaran medidas excesivas (CE 27 de nov. de 2013, *Sud Travail-Affaires sociales*, Rec. 398; JCP Adm. 2014.2198, concl. Lallet).

Así fue como, cincuenta años después de la sentencia *Jamart*, y en circunstancias que recuerdan a las de este caso, el Consejo de Esta-

do consideró que «el Ministro del Interior no podía ampararse en ningún texto legal que le autorizara a prohibir, mediante una medida general e impersonal, el acceso a las reuniones sindicales de todos los representantes de los sindicatos de policía que hubieran perdido, debido a su destitución, su condición de funcionarios» (CE Secc. 28 de jul. de 1989, *Halbwax*, Rec. 174; RFDA 1990.43, concl. Tuot; AJ 1989.600, cr. Honorat y Baptiste).

Tampoco pueden adoptarse medidas de organización o funcionamiento para cuya adopción haya que cumplir con una formalidad específica según lo dispuesto en una ley o en un decreto (CE Secc. 8 de ene. de 1982, *SARL Chocolat de régime Dardenne*, Rec. 1; D. 1982.261, concl. Genevois; RA 1982.624, nota Pacteau). Por tanto, «*aunque compete al ministro, en el ejercicio de su facultad de organización de los servicios descentralizados de la Dirección General de Finanzas Públicas, establecer, dentro del respeto de la reglamentación aplicable, las modalidades prácticas de control del tiempo de trabajo efectivo de los agentes que están bajo su autoridad, la introducción de un método de cómputo global de la duración del trabajo, al presentar un carácter estatutario, sólo se puede autorizar legalmente mediante un decreto dictado en el Consejo de Estado*»: por consiguiente, no es legal la circular que establece dicho sistema (CE 26 de oct. de 2012, *Llioutry*, Rec. 644).

La sentencia (As.) de 30 de junio de 2000, *Association «Choisir la vie» et autres* (Rec. 249; AJ 2000.729, concl. Boissard; D. 2001.2224, nota Legrand; JCP 2000. II.10423, nota Peigné; RFDA 2000.1282, nota Canedo, y 1305, nota Dubouis), ilustra muy bien el fundamento y los límites de la potestad reglamentaria de los ministros: «*compete al Ministro de la Educación Nacional o, en su caso, al ministro nombrado como su delegado, por ser el responsable... de promover la salud de los niños y adolescentes en el medio escolar, transmitir a las enfermeras escolares que están bajo su autoridad las instrucciones necesarias para el desempeño de su misión, pero sólo puede hacer uso de esta facultad sin perjuicio de las competencias que atribuyen a otras autoridades los textos legislativos y reglamentarios vigentes y dentro del respeto de las leyes y reglamentos que regulan las actividades que se propone encomendar a estos agentes*» (en este caso concreto, el ministro hizo caso omiso de las disposiciones legislativas al encomendar la misión de recetar y expedir las recetas del anticonceptivo *Norlevo* a las enfermeras escolares).

Por tanto, el Ministro de Defensa no estaba facultado para imponer medidas de vacunación en los establecimientos de prevención o de atención vinculados con su administración, ya que el Código de Salud Pública reserva a los Ministros de Sanidad y Trabajo la determinación de las categorías de establecimientos u organismos interesados en los que son obligatorias las vacunas (CE As. 3 de marzo de 2004, *Association «Liberté, Information, Santé»*, citada *ut supra*).

- 5 Cuando no esté en juego la organización o el funcionamiento del servicio y no haya ninguna disposición que habilite al ministro a dictar un reglamento, no puede hacer uso de esta atribución. Esta fue la conclusión a la que llegó el Consejo de Estado al denegar al Ministro de Finanzas la potestad de establecer los criterios de concesión de privilegios fiscales (Secc. 23 de mayo de 1969, *Société «Distillerie Brabant et Cie»*, Rec. 264, concl. Questiaux; AJ 1969.640, concl., nota Tournié; RD publ. 1969.1127, concl.; D. 1970.770, nota Fromont). Pero, pese a negarles una potestad general de reglamentación, sí les reconoce a los administradores el derecho a «definir las orientaciones generales por medio de unas directrices» o de unas líneas directivas (11 de dic. de 1970, *Crédit foncier de France c. Delle Gaupillat et Dame Ader\**).

## 46. FUNCIÓN PÚBLICA. IGUALDAD DE GÉNERO

Consejo de Estado As., 3 de julio de 1936, *Demoiselle Bobard et autres*

(Rec. 721; D. 1937.3.38, concl. R. Latournerie;  
RD publ. 1937. 684, concl.)

Considerando que las dos demandas antes citadas presentan objeciones contra el mismo decreto y que sus conclusiones tendentes a la anulación de dicho decreto se fundamentan en motivaciones legales muy similares; que procede unificarlas para que se resuelvan mediante una sola decisión;

*Considerando que, aunque se reconozca a las mujeres la capacidad legal para desempeñar los puestos de trabajo de las administraciones centrales de los ministerios, corresponde al gobierno, en virtud del art. 16 de la ley de 29 de dic. de 1882, modificado por el art. 35 de la ley de 13 de abr. de 1900, establecer, mediante reglamentos de administración pública, las normas de contratación y ascenso del personal de dichas administraciones, y decidir, por consiguiente, al establecerlas, si existen motivos propios del servicio que requieran, en un determinado ministerio, restricciones para la admisión y promoción del personal femenino;*

Considerando, por tanto, que el gobierno estaba legalmente autorizado, en virtud del decreto de 15 de agosto de 1934 por el que se modificó la reglamentación anterior, a reservar, en el futuro, al personal masculino las plazas de redactor y de niveles superiores de la administración central del Ministerio de Guerra, con objeto de dar respuesta a las exigencias especiales del servicio en dicho ministerio; que los recurrentes no han hecho constar que el decreto impugnado estuviera motivado por otras consideraciones;

Considerando que de cuanto antecede se desprende que tanto en el caso de la señorita Bobard y otras, como en el de la señorita Bertrand y otras, no se aprecian motivos fundados para solicitar la anulación del decreto;... (Desestimación)

## OBSERVACIONES

1 I. Al haber dispuesto un decreto de 15 de agosto de 1934 que el acceso a los niveles superiores de la jerarquía de la administración central del Ministerio de Guerra estaría, a partir de entonces, abierto exclusivamente al personal masculino, la señorita Bobard y cerca de cuarenta mujeres que trabajaban con ella en la misma administración impugnaron dicho texto, alegando que infringía el principio de igualdad de acceso para todos al empleo público. El Consejo de Estado decidió lo siguiente:

1.º) que «las mujeres tienen capacidad legal para desempeñar los puestos de trabajo que dependen de las administraciones centrales de los ministerios»;

2.º) pero que corresponde al gobierno decidir «si existen motivos propios del servicio que requieran, en un determinado ministerio, restricciones para la admisión y promoción del personal femenino», reservándose el juez el derecho a comprobar si la medida adoptada no ha estado «motivada por otras consideraciones», es decir, si no se aprecia en ella un defecto por desviación de poder.

En el caso que nos ocupa, «las exigencias especiales del servicio» en el Ministerio de Guerra permitían reservar a los varones el acceso a los puestos superiores; por consiguiente, la demanda fue desestimada.

Anticipándose a la evolución posterior del Derecho, el Comisario del Gobierno R. Latournerie había propuesto que se fuera mucho más lejos y se reconociera a las mujeres un derecho genuino de acceso a la función pública, restringiendo al mínimo indispensable las limitaciones que cabía imponerles y sometiendo dichas restricciones a un control jurisdiccional similar al que se ejerce en el caso de las medidas de policía; «esta capacidad tendría, entonces, el carácter de un derecho individual análogo en todos los sentidos al que vulneran las medidas de policía. Y, en tal caso, la exclusión de las mujeres de tal o cual puesto de trabajo, a través de una medida reglamentaria, sólo podría ser considerada lícita cuando estuviera motivada por las necesidades especiales de los puestos en cuestión».

Sin darle totalmente la razón a su Comisario del Gobierno, el Consejo de Estado reconoció, con la sentencia que dictó ya antes de la Segunda Guerra Mundial, la capacidad legal de las mujeres para des-

empeñar cualquier empleo público; pero el alcance de esta afirmación se vería inmediatamente restringido por la posibilidad que se concede al gobierno de establecer restricciones al acceso y al ascenso del personal femenino, por motivos de interés del servicio y sin que hubiera más control jurisdiccional que el del recurso por desviación de poder.

**II.** Después de la guerra, el principio de igualdad de acceso de las mujeres al empleo público se fue progresivamente convirtiendo en un principio consagrado tanto por los textos legales como por la jurisprudencia.

- 2 a) En 1946, el principio de igualdad fue refrendado, a la vez, por la ley de 11 de abr. de 1946, en lo que respecta al acceso a la magistratura, por el Estatuto General de la Función Pública (artículo 7 de la ley de 19 de oct. de 1946, que dispone que «para la aplicación del presente Estatuto, no se realiza distinción alguna entre los dos sexos, sin perjuicio de las disposiciones especiales que el mismo prevé»), y, por último, por el tercer apartado del Preámbulo de la Constitución de 27 de oct. de 1946, en virtud del cual «la Ley garantiza a la mujer los mismos derechos que al hombre en todos los ámbitos». El contenido de estos textos legales llevó lógicamente al Consejo de Estado a ampliar el alcance del principio que había sentado en la sentencia *Delle Bobard*. Se procedió, por ejemplo, a la anulación de las decisiones que negaban a la mujer el derecho a participar en el examen de ingreso a la magistratura colonial (CE As. 3 de dic. de 1948, *Dame Louys*, Rec. 451; RJPUF 1949.63 concl. Gazier; D. 1949.553, nota Rolland), o que desestimaban la solicitud de nombramiento de una mujer que había aprobado este examen (CE 13 de ene. de 1956, *Dame Defix, épouse Gaillard*, Rec. 14; RJPUF 1956.613 concl. Fougère; JCP 1956. II.9110, nota Sauvageot; AJ 1956.II.95, cr. Gazier). Tras un importante esfuerzo de interpretación de los textos legales, el Consejo de Estado consideró que cabía aplicar a una viuda con hijos a su cargo una disposición que permitía que la edad límite para acceder a un puesto público se elevará «un año por cada hijo a cargo del candidato que fuera padre de familia casado o viudo» (CE As. 20 de oct. de 1950, *Dame Vve Oster*, Rec. 508; S. 1951.3.21, concl. Barbet).

La sentencia de la Asamblea de 6 de ene. de 1956, *Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies* (Rec. 4; RA 1956.33 y RJPUF 1956.605, concl. Laurent; RD publ. 1956.1295, nota M. Waline; AJ 1956.II.95, cr. Gazier; Rec. Pe-

nant 1956.I.297, nota de Soto) pone claramente de manifiesto la diferencia que existe entre el sistema que define la jurisprudencia *Delle Bobard* y la situación jurídica que generan el Estatuto General de los Funcionarios y el Preámbulo de la Constitución. Antes de la ley de 19 de oct. de 1946, el gobierno podía restringir el acceso del personal femenino a un puesto directivo por motivos relativos al servicio, «sin que esta apreciación de conveniencia pudiera ser cuestionada ante el juez administrativo»; desde que entró en vigor el Estatuto de 1946, sólo le está permitido establecer excepciones al principio de igualdad de género «cuando la naturaleza de las funciones que haya que desempeñar o las condiciones de desempeño de estas últimas así lo exijan» y siempre que su decisión se someta «al control del juez»; en este caso concreto, se decidió que estaba justificada la exclusión de las mujeres de las funciones de Redactor Jefe del Cuerpo Superior de Administradores Generales de la Francia de Ultramar. Sin embargo, el Consejo de Estado anuló las siguientes decisiones: la negativa a ascender a una mujer al puesto de inspector de una oficina mixta de Correos, Telégrafos y Teléfonos (CE Sec. 2 de mayo de 1959, *Dame Viauroux*, Rec. 280; Dr. soc. 1960.1 concl. Chardeau; AJ 1959. II.209, nota V. S.); el establecimiento de una especie de *numerus clausus* para la promoción dentro del cuerpo de inspectores de Correos, ya que los ascensos debían fundarse en la valoración de la capacidad individual de los agentes involucrados (CE As. 22 de abr. de 1960, *Dame Legrand*, Rec. 261; AJ 1960. I.99, cr. Combarnous y Galabert); la exclusión sistemática de las mujeres casadas del empleo público de la ciudad de Estrasburgo (CE Sec. 11 de marzo de 1960, *Ville de Strasbourg*, Rec. 194; Der. soc. 1966.416, concl. A. Bernard; AJ 1960. I.99, cr. Combarnous y Galabert).

- 3 b) El segundo Estatuto General de los Funcionarios se inspiró en fórmulas jurisprudenciales, estipulándose en el mismo que el principio de igualdad de género es de aplicación a la función pública, sin perjuicio de las medidas excepcionales previstas en los estatutos particulares y motivadas por la naturaleza de las funciones (*cf.* ord. del 4 de febr. de 1959, art. 7) o de las condiciones en las que han de desempeñarse (ley de 10 de jul. de 1975).

El Consejo de Estado ha aplicado estas disposiciones al personal de policía, al tiempo que mantenía su jurisprudencia anterior: consideró que «la naturaleza de las funciones que se realizan en los servicios activos de la policía nacional y las condiciones en las que se desempe-

ñan dichas funciones» justifican ambas la exclusión de los candidatos de sexo femenino del acceso a estos puestos de trabajo (As. 28 de ene. de 1972, *Fédération générale des syndicats de la police CGT*, Rec. 90; AJ 1972.405, nota V. S.; RA 1972.25, nota Liet-Veaux); por el contrario, procedió a anular una disposición que instauraba, para los candidatos de uno y otro sexo, condiciones distintas de contratación y servicio para ser admitidos al concurso-oposición de acceso a las plazas de subjefes de policía, no estando amparada esta discriminación en una «exigencia que se derivase de la naturaleza de las funciones o de las condiciones en que éstas debían desempeñarse» (As. 21 de abr. de 1972, *Syndicat chrétien du corps des officiers de police*, Rec. 300; RD publ. 1973.240, nota M. Waline; AJ 1973.43, nota V. S.), así como los resultados de un concurso-oposición para cubrir la plaza de secretario de una alcaldía presidida por un alcalde que había manifestado su negativa a nombrar a una mujer para este puesto (CE 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, Rec. 591; D. 1967.92, concl. Braibant; AJ 1967.34, cr. Lecat y Massot; RD publ. 1967.334, nota M. Waline).

La legalidad de la instauración de concursos distintos para la contratación, por un lado, de maestros y, por otro, de maestras fue refrendada por el Consejo de Estado, amparándose primero en las condiciones en las que desempeñaban sus funciones los interesados (CE As. 9 de junio de 1978, *Ministre de l'éducation c. Delle Bachelier*, Rec. 239; AJ 1978.448, cr. O. Dutheillet de Lamothe y Robineau), luego atendiendo a la naturaleza de la función educativa (CE 24 de nov. de 1982, *CFDT*, Rec. 393).

El Consejo de Estado también se ha visto en la necesidad de dictaminar que el principio de igualdad prohíbe asimismo las discriminaciones en beneficio de las mujeres y que la Administración no puede, por ejemplo, reservarles determinadas plazas a las que se accede por promoción (CE Secc. 23 de febr. de 1968, *Michel*, Rec. 132).

- 4 c) En su última versión, el Estatuto General ratifica el principio de igualdad de género, contemplando como única excepción la posibilidad de dictar normas de contratación diferentes entre hombres y mujeres cuando «la pertenencia a uno u otro sexo constituya una condición determinante para el ejercicio de las funciones» (ley de 7 de mayo de 1982, cuyo contenido ha sido retomado por el art. 6 de la ley de 13 de jul. de 1983 y por el art. 21 de la ley de 11 de ene. de 1984).

Al aplicar estas nuevas disposiciones, el Consejo de Estado ha admitido la legalidad de la existencia de modalidades distintas de con-

tratación para el cuerpo de maestros y maestras, para los profesores de educación física y deportiva, para el personal de los servicios exteriores de la administración penitenciaria, así como para determinados cuerpos de la policía nacional (CE 16 de abr. de 1986, *CFDT*, Rec. 104, concl. Boyon; AJ 1986.431, cr. Azibert y de Boisdeffre). No obstante, en una sentencia de 30 de junio de 1988 (*Commission c. France*, aff. 318/86, Rec. 3559), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que «al mantener en vigor sistemas diferentes de contratación en función del sexo, que no se ajustan a la directiva n.º 76/207 del Consejo de 9 de febr. de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, la formación y la promoción profesionales, así como a los requisitos laborales para formar parte del cuerpo del personal directivo y del personal técnico y de formación profesional dentro de los servicios exteriores de la administración penitenciaria, así como en el conjunto de los cinco cuerpos de la policía nacional, la República francesa estaba incumpliendo las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado» (RFDA 1988.976, nota Bonichot; Gaz. Pal. 10 de abr. de 1989, nota C. Pettiti; LPA 21 de abr. de 1989, nota Flauss; Rev. Mercado Común 1990.39, nota Labayle).

Amparándose, en particular, en la jurisprudencia comunitaria, el Consejo de Estado anuló la negativa opuesta a la candidatura de una mujer que aspiraba a ocupar un puesto de educador especializado en un centro penitenciario (CE 7 de dic. de 1990, *Ministre de l'éducation nationale c. Mme Buret*, Rec. 556; AJ 1991.405, obs. Salon).

También declaró no ajustadas a la Ley unas disposiciones estatutarias que establecían una discriminación, que no estaba justificada por la naturaleza de las funciones o por las condiciones en que habían de desempeñarse, entre los alumnos de sexo masculino y femenino de la Academia de las Fuerzas Aéreas para el acceso al cuerpo de oficiales de las fuerzas aéreas (CE 29 de dic. de 1993, *Melle Martel*, Rec. 377; AJ 1994.407, obs. Salon) o que limitaban a un máximo de un 20 por ciento la contratación de mujeres para el cuerpo del comisariado del ejército de tierra (CE 11 de mayo de 1998, *Melle Aldige*, Rec. 708; RFDA 1998.1011, concl. Savoie).

d) Amparándose en los términos del art. 6 de la Declaración de Derechos Humanos de 1789 por el que se sienta el principio de igualdad de acceso a los empleos públicos, las disposiciones del art. 20 *bis*, que fueron incorporadas a la ley de 11 de ene. de 1984 por la ley de 9

de mayo de 2001, y según las cuales «los jurados cuyos miembros sean designados por la Administración estarán compuestos de tal modo a garantizar una representación equilibrada de mujeres y hombres», se han interpretado como textos legales que establecen un objetivo a tener en cuenta y no como una norma que impone, para la formación de un jurado, una proporción de personas de uno y otro sexo (CE Secc. 22 de junio de 2007, *Lesourd*, Rec. 253, concl. Olson; RFDA 2007.1077, concl.; RFDA 2007.1287, cr. Roblot-Troizier; AJ 2007.2130, cr. Boucher y Bourgeois-Machurea; DA 2007, n.º 140, nota F. Melleray; JCP Adm. 2007.2255, nota Cassia).

e) No obstante, la ley de 12 de marzo de 2012, relativa al acceso a la función pública como titular de una plaza, dispone que los nombramientos para los puestos superiores deben aproximarse gradualmente al objetivo de paridad: 20% de personas de cada sexo en 2013 y 2014, 30% a partir de 2015 y 40% a partir de 2018.

f) Sólo el legislador, que actúa amparándose en el art. 1 de la Constitución en su versión posterior a la reforma constitucional de jul. de 2008, dispone de competencias para adoptar normas destinadas a promover el acceso igualitario de mujeres y hombres a las funciones y servicios de carácter profesional o social (CE As., 7 de mayo de 2013, *Fédération CFDT de l'agriculture et Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et services annexes Force ouvrière*, Rec. 119, concl. Pellissier; RFDA 2013.868, concl., nota Roman y Hennette-Vauchez; 1251, nota Le Pourhiet; DA 2013, n.º 61, nota Eveillard; AJ 2013.1564, cr. Domino y Bretonneau).

**5** **III.** Además de afectar a las condiciones de acceso al empleo público, el principio de igualdad de género también sirve al juez administrativo para promover:

– la igualdad de remuneración (CE Secc. 11 de junio de 1982, *Mme Diebolt*, Rec. 227; Der. soc. 1984.138, concl. Genevois; – Secc. 6 de nov. de 1992, *Mme Perrault*, Rec. 398; JCP 1993. II.22055, concl. Lasvignes);

– la igualdad dentro de los órganos representativos (CE 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, Rec. 152; RA 1989.424, nota Terneyre; AJ 1989.725, obs. Prétot) sin que sea, no obstante, indispensable una paridad efecti-

va en el seno de la comisión paritaria (CE 1 de marzo de 2013, *Ministre de la culture et de la communication c. M. Hoddé*, Rec. 408);

– la igualdad en la duración del ejercicio de las funciones (CE Secc. 6 de febr. de 1981 *Melle Baudet*, Rec. 53; AJ 1981.489, concl. Dondoux; D. 1981. IR. 289, obs. P. Delvolvé);

– la igualdad en el desarrollo de actividades deportivas (CE 27 de junio de 1986, *Époux Lezzerio*, Rec. 368; AJ 1986.431, cr. Azibert y de Boisdeffre; Gaz. Pal. 1987.1.62, nota Houver; Rev. jur. y econ. del deporte, n.º 1, 1987.87, obs. J. Morange).

- 6 **IV.** Cabe señalar asimismo que en el Tratado de Roma, en su artículo 119, que luego pasó a ser con el Tratado de Amsterdam el artículo 141 y, desde el 1 de dic. de 2009, el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se proclama el principio de igualdad de remuneración entre los trabajadores de sexo masculino y femenino que realicen el mismo trabajo. Estas disposiciones tienen un valor superior al de cualquier otra ley nacional, aunque sea de fecha posterior (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia *Nicolo\**). Como resultado de unos procedimientos prejudiciales, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró contrarias al principio de igualdad de remuneración sentado por el Tratado, de un lado, la imposibilidad para los trabajadores de sexo masculino de beneficiarse de las primas de antigüedad que se conceden a las funcionarias madres jubiladas, cuando los padres demuestren su participación en la educación de sus hijos (CJCE 29 de nov. de 2001, caso C-366/99, *Griesmar*, Der. soc. 2002.178, nota Fitte-Duval; AJFP 2002.1, p. 11, nota Boutelat; JCP 2002.II.10102, nota Moniolle) y, de otro, la exclusión de los funcionarios de sexo masculino del derecho a una pensión de jubilación de disfrute inmediato cuando el cónyuge tenga una discapacidad o una enfermedad incurable que le impida ejercer cualquier profesión (CJCE 13 de dic. de 2001, caso C-206/00, *Mouflin*).

El Consejo de Estado ha tomado buena nota de las consecuencias de la cosa juzgada por el Tribunal de Justicia (CE 29 de jul. de 2002, *Griesmar*, Rec. 284, AJ 2002.823, concl. Lamy; Der. soc. 2002.1131, nota Prétot) y, en términos más generales, de la interpretación que de la misma hace el Tratado de Roma (CE 18 de dic. de 2002, *Plouhinec et Syndicat CFDT chimie énergie Lorraine*, Rec. 476: ilegalidad del régimen de jubilación de la empresa pública d'EDF-GDF dado que

mantiene unas ventajas a las que sólo se pueden acoger las madres de familia, quedando excluidos los padres del disfrute de las mismas).

El legislador también ha intervenido en este caso. La prima de antigüedad a la que podía acogerse la funcionaria que hubiera criado a tres hijos se ha ampliado a los funcionarios de sexo masculino con la ley de 21 de agosto de 2003, por medio de unas disposiciones a las que se consideró conformes con los convenios internacionales (CE 29 de dic. de 2004, *d'Amato*, Rec. 473; RJS 5/05, p. 331, nota Lhernould; Der. soc. 2006.82, nota Zarca). El derecho al disfrute inmediato de la pensión que se reconoce al funcionario con tres hijos, independientemente de cual sea su sexo, se introdujo con la ley rectificativa de presupuestos generales para 2004, en condiciones que sólo fueron merecedoras de críticas debido a sus modalidades de aplicación en el tiempo (CE As. (dictamen) 27 de mayo de 2005, *Mme Provin*, Rec. 212, concl. Devys; v. n.º 13.6).

El tribunal de Justicia ha emitido algunas reservas respecto a estas disposiciones, alegando que de hecho benefician a los funcionarios de sexo femenino y se han de interpretar como una discriminación indirecta (CJUE 17 de jul. de 2014, *Leone*, caso C-173/13; AJ 2014.2296, cr. Broussy, Cassagnabère y Gänser; RDSS 2014.1072, nota Boutayeb).

El Consejo de Estado ha considerado que el hecho de mantener, con carácter provisional, una diferencia indirecta de trato se justifica porque persigue el objetivo social de compensar las desventajas profesionales que han tenido que soportar las mujeres con hijos y que se derivan de una situación pasada (CE As. 27 de marzo de 2015, *Quintanel*, RFDA 2015.550, concl. Dacosta).

7 V. Con independencia de la aplicación del principio de igualdad de género, últimamente se ha hecho hincapié en la instauración de un principio de igualdad entre personas casadas, personas que son pareja de hecho y personas que han firmado un Pacto de Solidaridad Civil (PACS) como el previsto por la ley de 15 de nov. de 1999. Dado que no existe una obligación jurídica general que garantice un trato igualitario para todas estas categorías de personas, cabe la posibilidad de que no se cumpla este objetivo debido a la finalidad que persiguen determinadas legislaciones o reglamentaciones, en particular, en el Derecho de la función pública.

A este respecto, el Consejo de Estado ha instado a la Administración a modificar la reglamentación en vigor con el fin de que se tenga

en cuenta la situación de las personas unidas por un Pacto Civil de Solidaridad (As. 28 de junio de 2002, *Villemain*, v. n.º 40.4).

La situación del funcionario que tiene una unión de hecho respecto al funcionario casado ha sido objeto de una valoración distinta en función de la legislación de la que se trate: mientras que se ha considerado discriminatoria en lo que respecta a la indemnización por cambio de domicilio (CE Secc. 15 de jul. de 2004, *M. et Mme Leroy*, Rec. 338; RFDA 2004.908, concl. Donnat; AJ 2004.1923, cr. Landais y Lenica; RD publ. 2004.515, nota Guettier) o a la indemnización por misiones militares (CE 29 de oct. de 2012, *Ministre de la défense et des anciens combattants c. Ulvoas*, Rec. 580, del mismo día, *Ministre de la défense et des anciens combattants c. Péru*, AJ 2012.2336, concl. Pellissier), no se han puesto objeciones a los requisitos para la obtención de una pensión de viudedad, aunque en el caso de las parejas de hecho haya que establecer un vínculo de solidaridad financiera entre los interesados similar al que existe entre cónyuges de un matrimonio (CE 6 de dic. de 2006 *Mme Liori*, Rec. 496; AJ 2007.142, concl. Vallée). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en el mismo sentido: CEDH 21 de sept. de 2010, *Manenc c. France*; AJ 2011.895, cr. Burgorgue-Larsen). El Consejo Constitucional ha recurrido al mismo razonamiento, no sólo respecto a las uniones de hecho, sino también respecto al Pacto Civil de Solidaridad (CC n.º 2011-155 QPC, 29 de jul. de 2011, Rec. 404).

El Tribunal de Justicia también ha optado por un enfoque consistente en valorar si se produce o no una discriminación entre personas que contraen matrimonio y personas que concluyen un Pacto Civil de Solidaridad a la luz del objeto de la legislación sujeta a escrutinio (CJUE 12 de dic. de 2013, *Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, caso C-267/ 12; Europa, febr. de 2014, n.º 50, nota D. Simon).

## 47. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR

Consejo de Estado As., 14 de enero de 1938, *Société anonyme des produits laitiers «La Fleurette»*

(Rec. 25; S. 1938.3.25, concl. Roujou, nota P. Laroque;  
D. 1938.3.41, concl., nota Rolland;  
RD publ. 1938.87, concl., nota Jèze)

Considerando que en virtud del art. 1.º de la ley de 29 de junio de 1934 relativa a la protección de los productos lácteos: «Se prohíbe fabricar, exponer, poner en venta o vender, importar, exportar o transportar con fines de venta: 1.º) con la denominación de «nata» seguida o no de un calificativo o con una denominación comercial cualquiera, un producto que presente el aspecto de la nata, que esté destinado a los mismos usos y que no proceda exclusivamente de la leche, estando prohibida, en particular, la adición de materias grasas no procedentes de la leche»;

Considerando que la prohibición que se estableció de este modo, para favorecer a la industria láctea, obligó a la empresa demandante a dejar de fabricar el producto que explotaba hasta entonces bajo la denominación de «Gradine», entrando dicho producto dentro de la definición del artículo antes citado de la ley y no habiéndose alegado que presentara ningún riesgo para la salud pública; *que no hay nada, ni en el propio texto de la ley ni en las disposiciones preliminares, ni en el conjunto de las circunstancias del caso, que permita concluir que el propósito del legislador fuera imponer al interesado una carga que no le hubiera correspondido asumir en condiciones normales; que esta carga, que se le impone con fines de interés general, debe ser asumida por la colectividad; que de ello se desprende que la empresa La Fleurette tiene motivos fundados para solicitar que se condene al Estado a pagarle una indemnización como reparación del perjuicio que se le ha ocasionado;*

Considerando, empero, que el desarrollo de la instrucción no permite determinar el alcance de dicho perjuicio; que procede instar a la empresa recurrente a que apele al Ministro de Agricultura para que éste ordene el abono, en concepto tanto de capital como de intereses,

de la indemnización que se le adeuda;... (Anulación; se insta a la empresa a que apele al Ministro de Agricultura para el abono de la indemnización).

## OBSERVACIONES

- 1 I. En 1838, un siglo antes de que se dictara la sentencia *La Fleurette*, el Consejo de Estado, en una sentencia decisiva, la sentencia *Duchâtellier*, había llegado a la conclusión de la irresponsabilidad total del Estado legislador. El señor Duchâtellier era fabricante de tabaco falso. Una ley de 12 de febr. de 1835 había prohibido la circulación y la venta de tabaco falso —con el único propósito de proteger el monopolio fiscal del tabaco y sin que se reprochara a los fabricantes el carácter perjudicial para la salud pública del tabaco falso—, no habiéndose, además, previsto en la ley una indemnización para aquellos cuyos intereses se vieran perjudicados por esta prohibición. Ante el silencio de la Ley en la materia, el Consejo de Estado había alegado que no disponía de la facultad para conceder una indemnización de esta naturaleza (CE 11 de ene. de 1838, *Duchâtellier*, Rec. 7). Se había pronunciado en este mismo sentido respecto a la instauración de un monopolio de las cerillas por la ley de 2 de agosto de 1872 (5 de febr. de 1875, *Moroge*, Rec. 89: «*Considerando que no cabe imputar al Estado la responsabilidad por las consecuencias de aquellas leyes que, con fines de interés general, prohíban las actividades en un determinado sector industrial, salvo cuando existan disposiciones especiales al respecto*»).

Esta jurisprudencia podía tener sentido en una época en la que todavía no se había reconocido completamente la responsabilidad del Estado como administrador. La doctrina justificaba esta postura amparándose en la generalidad de los actos legislativos y en la soberanía del legislador. «La Ley es un acto de soberanía y lo natural es que la soberanía se imponga a todos sin que se pueda exigir ninguna compensación a cambio. El legislador es el único que puede determinar, en función de la naturaleza y gravedad del perjuicio y a tenor de las necesidades y recursos del Estado, si se debe conceder dicha compensación. Los órganos jurisdiccionales no están facultados para asignarla en su lugar» (Laferrière).

No obstante, ya desde finales del último cuarto del siglo XIX y en línea con la evolución de la responsabilidad imputable a la Administración, la irresponsabilidad del Estado legislador dejó de ser admitida con la misma rotundidad.

Se reconoció el derecho a obtener una indemnización a los contratantes del Estado que, debido a la introducción de nuevas disposiciones legislativas, soportaran obligaciones nuevas e imprevistas (CE 27 de jul. de 1906, *Compagnie PLM*, Rec. 702, concl. Teissier; – 2 de marzo de 1932, *Société Mines de Joudreville*, Rec. 246: sentencias en las que se reconocía a las compañías mineras concesionarias del Estado el derecho a una indemnización por el perjuicio que les había ocasionado la potestad que otorgaba la ley de 27 de junio de 1880 a los prefectos de prohibir las obras subterráneas en las cercanías de una línea ferroviaria).

Al margen de este caso concreto, el Consejo de Estado seguía negándose a conceder una indemnización a los recurrentes que la reclamaban por el perjuicio que les había causado una ley; pero el Consejo ya no fundaba su negativa en motivos tan generales y absolutos como los que había alegado en el pasado.

Por ejemplo, en 1921, la compañía Premier et Henry, fabricante de absenta, solicitó la reparación del perjuicio que le había ocasionado la ley de 16 de marzo de 1915 por la que se prohibía la fabricación de esta bebida alcohólica. El Consejo de Estado desestimó su demanda fundándose no ya en el *silencio* del legislador, como había ocurrido en la sentencia *Duchâtellier*, sino en la *voluntad* del legislador. En otras palabras, el Consejo de Estado ya no se limitaba a aplicar el texto de los actos legislativos, sino también su espíritu. En el caso *Premier et Henry*, El Consejo de Estado, tras considerar que la ley de 16 de marzo de 1915 era una medida general que se había adoptado con el único fin de impedir la fabricación de productos peligrosos para la salud pública y que no había «previsto ninguna indemnización», llegó a la conclusión de que era voluntad del legislador no conceder una indemnización a los recurrentes (CE 29 de abr. de 1921, *Société Premier et Henry*, Rec. 424; S. 1923.3.14, nota Hauriou).

*Del mismo modo, el Consejo de Estado denegó la concesión de una indemnización, de cualquier tipo que fuera, como reparación de los perjuicios ocasionados a determinados comerciantes por la ley de 16 de oct. de 1919 «que, por ser una medida de orden general cuyo único objetivo era acabar con los abusos que se venían produciendo*

*desde hacía mucho tiempo*, había impuesto las sanciones previstas en el párrafo 1.º del art. 411 del Código Penal a todos aquellos que se hubieran dedicado a comprar o vender resguardos de depósito de los Montes de Piedad o de las Cajas de Crédito Municipal» (14 de nov. de 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissance du Mont-de-Piété*, Rec. 726).

Estos argumentos permitían llegar a la conclusión de que, si el propósito de las disposiciones legislativas objeto de examen no hubiera sido poner fin a unas situaciones o actividades reprobables, se hubiera podido imputar alguna responsabilidad al Estado legislador.

**II.** Después de que se aprobara la ley de 9 de junio de 1934 relativa a la protección de los productos lácteos y por la que se prohibía la fabricación y comercialización de todos los productos destinados a los mismos usos que la nata y que no procedieran exclusivamente de la leche, la compañía de productos lácteos *La Fleurette* se había visto obligada a interrumpir la fabricación del producto que comercializaba con la denominación de «*Gradine*» y en cuya composición entraban la leche, el aceite de cacahuete y las yemas de huevo.

2 Como en las sentencias anteriores, el Consejo de Estado intentó determinar cuál era en este caso la voluntad del legislador, partiendo no sólo del texto de la ley, sino también de las cláusulas preliminares y, contrariamente a lo que se establecía en dichas sentencias y en el dictamen del Comisario del Gobierno, llegó a la conclusión de que el legislador no había tenido la intención de obligar al recurrente a soportar la carga que se le había impuesto. Tal y como había hecho en sentencias anteriores, el Consejo de Estado investigó si la actividad de la empresa no presentaba un carácter reprochable o perjudicial para la sociedad, aunque en este caso llegó a una conclusión negativa. Por consiguiente, concedió una indemnización amparándose en la vulneración del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. La carga impuesta a la empresa *La Fleurette* revestía tal importancia, tal gravedad (al verse la empresa obligada a interrumpir su actividad), tal especificidad (al parecer, esta empresa fue la única que se vio afectada por el art. 1.º de la ley sobre productos lácteos) que suponía un atentado contra el principio de igualdad ante las cargas públicas y tenía, por tanto, que «ser asumida por la colectividad».

Con la sentencia *La Fleurette*, que sistematiza y desarrolla la jurisprudencia anterior, se establece con total claridad que el perjuicio ocasionado por las disposiciones legislativas puede dar derecho a una

reparación, incluso en el caso de que haya un vacío en la ley, en los siguientes supuestos:

- cuando de la propia ley o de las disposiciones preliminares se desprenda que el legislador no ha tenido la intención de obligar a las víctimas a soportar los perjuicios ocasionados por la Ley y, en particular, cuando no se aprecie en la actividad de estas últimas un carácter reprochable, contrario a los buenos usos o al orden público;
- cuando la carga que se impone a los interesados sea particularmente grave, importante y especial.

**3** El Consejo de Estado ha ampliado la aplicación de estos principios a los decretos coloniales (As. 14 de ene. de 1938, *Compagnie générale de grande pêche*, Rec. 23; S. 1938.3.25, nota Laroque; D. 1938.3.41, nota Rolland), a los decretos-leyes (As. 22 de oct. de 1943, *Société des Établissements Lacaussade*, Rec. 231), a los reglamentos legalmente establecidos (Secc. 27 de ene. de 1961, *Vannier*, Rec. 60, concl. Kahn; AJ 1961.74, cr. Galabert y Gentot; – Secc. 22 de febr. de 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. 113; v. n.º 38.7) y al resto de las medidas individuales de aplicación de una ley (Sect. 28 de oct. de 1949, *Société des Ateliers du Cap Janet*, Rec. 450; v. n.º 38.7; – Secc. 25 de ene. de 1963, *Ministre de l'intérieur c. Bovero*, Rec. 53; JCP 1963. II.13326, nota Vedel; AJ 1963.94, cr. Gentot y Fourré) y, por último, a los convenios internacionales que se incorporan al orden jurídico interno (CE As. 30 de marzo de 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique\**).

**III.** La sentencia *La Fleurette*, cuyo enfoque se precisó aún más con la jurisprudencia posterior, subordina la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador a la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas, cuando se dan las dos siguientes circunstancias:

1. Circunstancias que dependen de la voluntad del legislador.

**4** La responsabilidad del Estado legislador se admite únicamente cuando el propio texto de la ley y sus disposiciones preliminares no permiten atribuir al legislador intención alguna de excluir la posibilidad de una indemnización cualquiera (CE Secc. 22 de nov. de 1957, *Compagnie de navigation Fraissinet*, Rec. 635).

El Consejo de Estado consideró, por ejemplo, que en las disposiciones preliminares de una ley de 12 de jul. de 1983 se apreciaba la voluntad del legislador de excluir toda posibilidad de indemnización por el perjuicio ocasionado por unas disposiciones legales (CE 11 de jul. de 1990, *Société Stambouli Frères*, Rec. 963; D. 1991. SC.286, obs. Bon y Terneyre).

La jurisprudencia tendía a considerar que toda ley que persiguiera un interés general y preeminente tenía que contener implícitamente una exclusión de esta naturaleza. El propio concepto de interés general se interpretaba cada vez con mayor laxitud.

La reparación se ha negado, en primer lugar, cuando la ley tenía como objetivo reprimir unas actividades fraudulentas o reprobables (CE As. 14 de ene. de 1938, *Compagnie générale de grande pêche*, citada *ut supra*: exportación fraudulenta de alcohol; – 1 de marzo de 1940, *Société Chardon et Cie*, Rec. 82: represión de fraudes alimentarios), o poner fin a una actividad peligrosa o perjudicial para la salud pública (CE 6 de ene. de 1956, *Manufacture française d'armes et de cycles*, Rec. 3: control de la fabricación de armas de fuego destinado a proteger a los usuarios de estas armas contra los peligros resultantes de una fabricación defectuosa; – As. 8 de ene. de 1965, *Société des Établissements Aupinel*, Rec. 15: control del transporte y comercialización de bebidas alcohólicas para combatir el fraude con estas bebidas y para proteger la salud pública).

- 5 Se descartaba también la posibilidad de una reparación cuando la ley se había dictado con fines de interés económico y social de orden general. Por ello, no se reconoció la responsabilidad del Estado legislador por la aplicación de las leyes dictadas para frenar la subida de los precios (CE 15 de jul. de 1949, *Ville d'Elbeuf*, Rec. 359: congelación del precio del gas), por establecer las modalidades de cálculo de las indemnizaciones de expropiación (Secc. 14 de marzo de 1975, *SCI de la vallée de Chevreuse*, Rec. 197, concl. Dondoux; JCP 1975.II.18077, nota Homont, AJ 1975.224, chr. Franc y Boyon), por regularizar el mercado o por organizar una producción (21 de junio de 1957, *Société d'exploitation des Établissements Pathé-Cinéma*, Rec. 415: prohibición de fabricar películas de determinados formatos dictada con objeto «de organizar la producción cinematográfica, en particular, desde el punto de vista de la rentabilidad, la calidad y el coste de los productos»).

6

La jurisprudencia dio muestras de un gran rigor al descartar cualquier posibilidad de reparación en virtud de la aplicación de la ley de 29 de oct. de 1974 por la que se prohibían determinadas formas de publicidad con fines de ahorro de energía (CE 24 de oct. de 1984, *Société Claude Publicité*, Rec. 338; CJEG 1985.51 nota Dupielllet; RA 1985.45, nota Pacteau; D. 1986. IR. 249, obs. Bon y Moderne), de la ley de 23 de junio de 1941 por la que se prohibía la exportación de obras de arte (CE 7 de oct. de 1987, *Ministre de la culture c. Genty*. Rec. 304; RFDA 1988.858, concl. Van Ruymbeke; AJ 1987.720, cr. Azibert y de Boisdeffre; LPA 18 de dic. de 1987, nota Moderne; D. 1988.269, nota Laveissière).

En línea con esta jurisprudencia tan rigurosa, el Consejo de Estado consideró que el Estado no incurría en responsabilidad sin falta por el hecho de dictar medidas de protección de especies animales amparándose en el art. 1.º de la ley de 10 de jul. de 1975 relativa a la protección de la naturaleza (*cf.* a este respecto los daños ocasionados por los flamencos rosas: CE 21 de ene. de 1998, *Ministre de l'environnement c. M. Plan*, Rec. 19, RFDA 1998.568, nota Bon). Pero procedió a modificar esta jurisprudencia, al menos en el caso de los perjuicios ocasionados a terceros por una medida de protección, en un litigio en el que los piscicultores se quejaban del daño grave y especial que les habían causado las medidas de protección de los cormoranes (CE Secc. 30 de jul. de 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre, ADARC*, Rec. 367; RFDA 2004.114, concl. Lamy, nota Bon; RFDA 2004.156, nota Pouyaud; AJ 2003.1815, cr. Donnat y Casas; D. 2003.2527, nota Guillard; JCP 2003. II.10173, nota Jobart; Rev. Der. rur. 2004.112, nota M. C.; Der. amb. 2003.176, nota Deliancourt; LPA 16 de dic. de 2003, nota Boumediene; RD publ. 2004.400, nota Guettier; LPA 16 de marzo de 2004, nota Cazcarra; LPA 23 de abr. de 2004, nota Carrius; JCP Adm. 2003.1896, nota Broyelle).

Además, el Consejo de Estado asume que el legislador ha querido descartar cualquier otra forma de indemnización cuando él mismo prevé un sistema de compensación de las consecuencias perjudiciales de la ley, en forma, por ejemplo, de pensiones o indemnizaciones de despido (CE 7 de oct. de 1966, *Asope*, Rec. 523).

Pero hoy en día el silencio de la Ley no basta para excluir cualquier posibilidad de que el Estado legislador incurra en responsabilidad por vulnerar la igualdad ante las cargas públicas. El Consejo de Estado se ha visto obligado a recordarlo, cuando ha actuado como juez

de casación (CE 2 de nov. de 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, Rec. 468; RFDA 2006.349, concl. Guyomar, nota Guettier; AJ 2006.142; cr. Landais y Lenica; RD publ. 2006.1427, nota Broeylle, concl.).

- 7 En otras causas, el Consejo de Estado no ha dudado en reconocer que ni las disposiciones legales ni las cláusulas preliminares excluyen en principio la posibilidad de una indemnización (CE As. 1 de dic. de 1961, *Lacombe*, Rec. 674; D. 1962.89, concl. A. Dutheillet de Lamothé; AJ 1962.24, cr. Galabert y Gentot, por una ley que otorgaba validez a los actos anulados por exceso de poder; – Secc. 26 de oct. de 1962, *Consorts Olivier*, Rec. 569; RD publ. 1963.79, concl. Heumann, en el caso de una reglamentación económica); pero ha desestimado las demandas de indemnización en otras materias, amparándose en consideraciones sobre la naturaleza del perjuicio.

2. Condiciones relativas a las características del perjuicio.

- 8 El perjuicio debe lógicamente reunir las condiciones habituales que exige la jurisprudencia general para considerar que los poderes públicos han incurrido en responsabilidad; este perjuicio está sujeto a indemnización únicamente si tiene un carácter directo y manifiesto (v. *Lacombe*, citada *ut supra*; CE 2 de junio de 2010, *Abolivier et autres*, Rec. 934). Pero, para que se pueda exigir una responsabilidad por el hecho de las leyes, la jurisprudencia exige que se cumplan unas condiciones adicionales.

- 9 a) El perjuicio cuya reparación se reclama debe afectar *específicamente* al recurrente. No se considera como específico, debido a la generalidad del ámbito de aplicación del texto legal, el perjuicio que se deriva de la legislación que prevé una prórroga de todas aquellas medidas de expulsión de los ocupantes de una vivienda durante el invierno (CE As. 10 de febr. de 1961, *Ministre de l'intérieur c. Consorts Chauche*, Rec. 108). No es éste el caso, en cambio, del perjuicio ocasionado a un propietario por la aplicación de un decreto legislativo que prohíbe la expulsión de su vivienda de familias de militares que prestan servicio en Argelia (CE Secc. 25 de ene. de 1963, *Ministre de l'intérieur c. Bovero*, citada *ut supra*).

En un caso en el que se cuestionaba la responsabilidad del Estado legislador, dado que el recurrente no había podido anticipar la interpretación que haría el Tribunal de Casación de las disposiciones del Cód-

go Laboral relativas al establecimiento de un plan social, el Consejo de Estado consideró que, fuera cual fuere el alcance que el juez otorgara a la ley, no se cumplía el requisito de especificidad del perjuicio ocasionado (CE 23 de jul. de 2014, *Soc. d'Éditions et de Protection route*, Rec. 238; RFDA 2014.1178, concl. Lallet, nota Blandin, RJEP nov. de 2014, concl.; misma revista 2015.159, com. Santulli; JCP Adm. 2015.2083, nota Pauliat; AJ 2014.2538, nota Broyelle; DA 2015, n.º 9, nota Eveillard).

- 10 b) El perjuicio debe, además, ser *anormalmente grave*, debiendo la víctima asumir, en caso contrario, las consecuencias del mismo (CE As. 22 de oct. de 1943, *Société des Établissements Lacaussade*, citada *ut supra* N.º 47.3; – Secc. 27 de ene. de 1961, *Vannier*, citada *ut supra* n.º 47.3).

Respecto a otro litigio relacionado con las consecuencias de la protección de los grandes cormoranes, el Consejo de Estado consideró que el perjuicio no presentaba ningún carácter anormal, más allá del riesgo inherente a la actividad económica de la víctima (CE 1 de febr. de 2012 *Bizouerne*, Rec. 14; RFDA 2012.333, concl. Roger-Lacan; DA 2012, n.º 53, nota Broyelle, AJ 2012.1079 nota Belrhali-Bernard; JCP Adm. 2012.2146, nota Pacteau).

IV. La problemática de la responsabilidad del Estado legislador está siendo objeto de un proceso de renovación desde diferentes puntos de vista.

- 11 1) Ha de concederse una importancia especial al control que ejerce el Consejo Constitucional sobre las leyes antes de su promulgación, teniendo en cuenta el principio de igualdad ante las cargas públicas (*n.º 84-182 DC, 18 de ene. de 1985*, Rec. 27; D. 1986.425, nota Renoux; AIJC 1985.425, com. Genevois; – *n.º 2000-440 DC, 10 ene. de 2001*, Rec. 39; LPA 16 de febr. de 2001, obs. Schoettl).

El juez constitucional puede, por tanto, oponerse a interpretar que una ley excluye de antemano cualquier derecho a obtener reparación o, por el contrario, que concede una reparación superior al perjuicio causado (CC *n.º 2010-624 DC, 20 de ene. de 2011*, Rec. 66: censura de unas disposiciones legislativas que, tras la suspensión del monopolio de representación por los abogados ante los tribunales de apelación, habían estipulado la reparación de un perjuicio económico de carácter meramente temporal).

12 2) Debido a la multiplicación de las leyes constitucionales de revisión de la Constitución de 1958, se suscitó una controversia sobre la conveniencia de aplicar los principios sentados por la jurisprudencia *La Fleurette* a la promulgación de una ley constitucional. Desde el punto de vista teórico, se propuso contestar afirmativamente a esta pregunta (cfr. CAA París 8 de oct. de 2003, *Mme Demaret*, AJ 2004.277, concl. Folscheid). No es fácil imaginar cómo una disposición constitucional, cuyo alcance es necesariamente general, podía ocasionar un perjuicio anormal y específico.

13 3) Al régimen de la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes, fundado en la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, el Consejo de Estado sumó un segundo supuesto. Nos referimos a la responsabilidad en la que incurre el Estado «como resultado de las obligaciones que le corresponde asumir para garantizar el respeto de los convenios internacionales por parte de las autoridades públicas, y que le obligan a reparar el conjunto de los perjuicios que se deriven de la intervención de una ley dictada sin tener en cuenta los compromisos internacionales de Francia» (CE As. 8 de febr. de 2007, *Gardedieu*, Rec. 78, concl. Derepas; RFDA 2007.361, concl.; RFDA 2007.525, nota Pouyaud y 2007.789, com. Canedo-Paris; AJ 2007.585, cr. Lenica y Boucher; LPA 7 de agosto de 2007, nota Canedo-Paris; JCP Adm. 2007.2083, nota Broyelle; D. 2007.1214, cr. Clamour; DA de mayo de 2007, com. Gautier y F. Melleray; AJ 2007.1097, trib. Cassia; JCP Adm. 2007. I.166, n.º 7, obs. Plessix; RGDIP 2007.488, nota Poirat; RTDH 2007.907, nota Lemaire; RTD civ. 2007.297, nota Marguénaud).

Esta solución, cuya consagración coincidió con una ley de validación contraria al art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, tiene, debido a su motivación, un alcance general y es válida para el conjunto de los compromisos internacionales. Se ha considerado incluso que los principios generales del derecho de la Unión Europea forman parte de los «compromisos internacionales» cuyo incumplimiento puede ser invocado para reclamar responsabilidades al Estado (CE 23 de jul. de 2014, *Soc. d'Éditions et de Protection route*, v. n.º 47.9; – 22 de oct. de 2014, *Soc. Métropole télévision (M6)*, Rec. 312; AJ 2014.2433 cr. Lessi y L. Dutheillet de Lamothe).

Ello no obsta para que se planteen dificultades para determinar el fundamento jurídico de esta solución. Mientras que la doctrina no dudaba en afirmar que su fundamento radicaba en la falta que comete el

legislador por su desconocimiento de una norma jurídica superior (*cf.* R. Chapus, DAG, t. 1, 15.<sup>a</sup> ed., n.º 1519), la sentencia *Gardedieu* evita utilizar esta calificación, sin que ello nos permita afirmar que el Consejo de Estado ha hecho suya la propuesta del Comisario del Gobierno Derepas, partidario de la instauración de un régimen de responsabilidad «*sui generis*».

Pese a todo, la jurisprudencia *Gardedieu* es la que ha servido de fundamento para admitir la responsabilidad del Estado por el hecho de una ley que instauraba un impuesto incompatible con el Derecho de la Unión Europea (CE 3 de agosto de 2011, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c. Soc. Dirland et M. Dirler*, Rec. 835; BDCF n.º 11/11. 132, concl. Escaut).

**14**

4) Conviene resaltar, por último, que el Tribunal de Conflictos ha considerado que la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes es competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa (TC 31 de marzo de 2008, *Société Boiron*, Rec. 553; RJEP agosto-sept. 2008, p. 18, nota M. Collet).

## 48. ORGANISMOS PRIVADOS DE GESTIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO

Consejo de Estado As., 13 de mayo de 1938, *Caisse primaire «Aide et Protection»*

(Rec. 417; D. 1939.3.65, concl. R. Latournerie, nota Pépy; RD publ. 1938.830, concl.)

Considerando que de conformidad con el último párrafo del art. 1.º de la ley de 20 de junio de 1936 «la posibilidad de acumulación de pensiones de jubilación, remuneraciones de cualquier tipo que fuere y de funciones contrarias a la correcta gestión administrativa y financiera del país quedará suspendida»;

Considerando que se desprende tanto del texto de la ley como de sus cláusulas preliminares que esta disposición afecta a todos los agentes vinculados con *un organismo encargado de prestar un servicio público, aunque dicho organismo tenga el carácter de una «entidad privada»*;

Considerando que el servicio de la seguridad social es un servicio público; que su gestión se encomienda, en particular, a las llamadas *caisses primaires*; que, por consiguiente, y pese a la circunstancia de que, según el art. 28 párr. 1.º del decreto de 30 de oct. de 1935, éstas se crean y administran de conformidad con lo dispuesto en la ley de 1 de abr. de 1898 y constituyen, pues, organismos privados, cabe incluir desde el punto de vista legal a sus agentes entre las categorías de empleados a las que se prohíbe desempeñar otro puesto de trabajo;

Considerando, por otra parte, que el gobierno no tenía obligación alguna de dictar, en los casos de acumulación de un puesto de trabajo vinculado con el servicio público y un puesto de trabajo privado, disposiciones análogas a las previstas para flexibilizar la prohibición de acumulación de empleos públicos;... (Desestimación).

### OBSERVACIONES

- 1 La instauración de la seguridad social entre las dos guerras mundiales planteó numerosos problemas jurídicos y administrativos. En

particular, había que determinar si se regiría por el derecho privado o por el derecho público; y si se encomendaría su gestión a unas instituciones privadas o a unos organismos públicos. De un lado, el sistema de la seguridad social afectaba esencialmente a los asalariados y a las empresas privadas, y se encuadraba en un sector de actividad, el de los seguros, hasta entonces reservado a la iniciativa privada; pero, de otro lado, se caracterizaba por un conjunto de normas y obligaciones que se imponían con carácter general a los beneficiarios y afiliados, a los que se definía en la propia ley, y cuyo objeto era proteger a los sectores más desfavorecidos de la población contra los riesgos sociales. La combinación de estas características divergentes terminaría dando lugar a un sistema complejo en el que conviven normas tradicionales de derecho privado y de derecho público. Por consiguiente, el contencioso relativo a las entidades responsables de la gestión de la seguridad social incumbía, en algunos casos, a la jurisdicción ordinaria (elecciones para los consejos de administración de las entidades gestoras, por ej.) y, en otros, a la jurisdicción administrativa (control que ejerce la Administración sobre las entidades gestoras, por ej.).

En tales condiciones, era inevitable que terminara siendo necesario determinar la naturaleza jurídica de dichas entidades. Esta cuestión no es de orden puramente teórico puesto que son abundantes los textos legales que son de aplicación exclusiva, ya sea expresa o implícitamente, a los servicios públicos o, más concretamente, a los organismos responsables de la gestión de un servicio público; tal es el caso de una ley de 20 de junio de 1936 relativa a las acumulaciones de puestos de trabajo y remuneraciones. El Fondo de «Ayuda y Protección» trasladó al Consejo de Estado un decreto de 29 de oct. de 1936 que se dictó en aplicación de esta ley y que ampliaba la aplicación de las disposiciones al personal de las entidades gestoras de la seguridad social.

El Comisario del Gobierno R. Latournerie demostró que dichas entidades, que se habían instaurado y se gestionaban de conformidad con las disposiciones de la ley de 1 de abr. de 1898 sobre las entidades de socorro mutuo, eran sin duda organismos privados, pero que el legislador se había propuesto someterlas parcialmente, debido al carácter de interés general que presentaba su actividad, a un régimen de derecho público. El Derecho francés, que ya reconocía la posibilidad de una gestión privada de las personas públicas (v. 6 de febr. de 1903, *Terrier*\* – 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*\*; – 22 de ene. de 1921, *Société commerciale de l'Ouest afri-*

*cain*\*), se vería abocado a admitir a partir de entonces lo que cabría llamar una gestión pública de las personas privadas. Este nuevo enfoque tendría una doble consecuencia. Por una parte, como señala M. Latournerie, «*la imagen que transmite ahora mismo nuestro Derecho... no es la de una separación total y tajante entre el ámbito del derecho público y el ámbito del derecho privado, sino la de una graduación, una jerarquía de los servicios en la que se aprecia, al pasar de un escalón a otro, cómo se combinan y compenetran ambos derechos...*» Por otra parte, el concepto mismo de servicio público, que hasta entonces se había entendido en su significado orgánico de empresa de la Administración —éste es precisamente el sentido en que se utilizaba esta expresión en la sentencia *Blanco*\*—, pasa a tener el significado puramente material de una actividad que se desarrolla con fines de interés general y que, por ello, está sujeta, al menos en parte, a un régimen de derecho público.

Tal y como se advierte en sus conclusiones, el Consejo de Estado desestimó el recurso, señalando que la ley sobre acumulaciones se aplicaba «*a todos los agentes vinculados con un organismo encargado de prestar un servicio público, aunque dicho organismo tenga el carácter de una entidad privada*», y definiendo el servicio de la seguridad social como un servicio público.

- 2 Ya en su sentencia de 20 de dic. de 1935, *Établissements Vézia* (Rec. 1212; RD publ. 1936.119, concl.; R. Latournerie), el Consejo de Estado (As.) había empezado a distinguir el servicio público entendido como una *institución*, como un *órgano* administrativo, y el servicio público entendido como una *misión*, como una *función*: había admitido que los fondos de previsión, de ayuda y de crédito agrícolas mutuos, en los que tenían que participar obligatoriamente los agricultores y ganaderos de procedencia indígena en el África occidental francesa, realizaban operaciones que, al presentar un «carácter de interés público», justificaban que se recurriera en su beneficio a su expropiación.

La sentencia *Caisse primaire «Aide et Protection»* va mucho más lejos e introduce en el Derecho Administrativo francés el concepto de organismo privado de gestión de un servicio público.

La aplicación de estos principios se ampliaría muy rápidamente a otros ámbitos (v. las sentencias de 31 de jul. de 1942, *Monpeurt*\*; — 2 de abr. de 1943, *Bouguen*\*; — Secc. 5 de mayo de 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Rec. 129; v. n.º 69.12). Esta ampliación hizo posible que se definieran con claridad los *criterios* que per-

mitían identificar a los organismos privados responsables de una misión de servicio público (I) y el *régimen* que había que aplicarles (II).

- 3 I. Los organismos privados que cumplen una misión de servicio público no deben, según la jurisprudencia *Aide et Protection*, confundirse con las empresas privadas a las que se adjudica, por un contrato suscrito con una persona pública, una misión de servicio público. La solución ya se aplicaba mucho antes de que de dictara la sentencia *Caisse primaire «Aide et Protection»* con el sistema de adjudicación de los servicios públicos, que había dado lugar a sentencias importantes (CE 10 de ene. de 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, Rec. 5; v. n.º 20.2; – 11 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways\**; – 30 de marzo de 1916, *Gaz de Bordeaux\**). La sentencia *Bertin\** de 20 de abr. de 1956 constituiría más adelante un ejemplo de otras modalidades contractuales de atribución a personas privadas de la prestación misma del servicio. El propio legislador reconoce y regula los «convenios de delegación del servicio público» (ley de 29 de ene. de 1993).

Una de las innovaciones de la sentencia *Caisse primaire «Aide et Protection»* consiste en reconocer que es posible asignar la responsabilidad de un servicio público a un organismo privado sin recurrir al sistema contractual, y sin equipararlo a las entidades públicas, o incluso a otras personas públicas especializadas como las agrupaciones de interés público, a las que se encomienda con mayor frecuencia una misión de servicio público, dotándolas al mismo tiempo de prerrogativas de poder público (v. nuestras obs. sobre TC 9 de dic. de 1899, *Canal de Gignac\** y 14 de febr. de 2000, *GIP-HIS c. Mme Verdier\**). En este caso, se trata de personas jurídicas de derecho privado.

Es posible que la jurisprudencia haya dado la impresión de vacilar en su identificación de las personas privadas a las que se encomienda una misión de servicio público.

La sentencia *Narcy*, que dictó el Consejo de Estado (Secc.) el 28 de junio de 1963 (Rec. 401; AJ 1964.91, nota de Laubadère; RD publ. 1963.1186, nota M. Waline), establece que este reconocimiento depende de tres criterios acumulativos: una misión de interés general que se encomienda al organismo; unas prerrogativas de poder público que se le reconocen con tal fin; un control que ejerce sobre él la Administración. Pero, en la sentencia *Ville de Melun et Association «Melun-culture-loisirs» c. Vivien et autres* de 20 de jul. de 1990 (Rec. 220;

AJ 1990.820, concl. Pochard; JCP 1991. II.21663, nota Fâtome), el Consejo de Estado consideró que una asociación *«podía gestionar, bajo el control del municipio, un servicio público municipal»*, *«aunque el ejercicio de sus funciones no supusiera que hubiese necesariamente que reconocerle unas prerrogativas de poder público»*. Según los casos, las prerrogativas de poder público podían considerarse como imprescindibles o como irrelevantes para el reconocimiento de un servicio público o para la aplicación de un régimen de derecho público.

- 4 Con la sentencia de 22 de febr. de 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* (Rec. 92, concl. Verot; JCP Adm. 2007.2066, concl., nota Rouault; RDSS 2007.499, concl., nota Koubi y Guglielmi; AJ 2007.793, cr. Lenica y Boucher; JCP 2007. I.166, cr. Plessix.; JCP Adm. 2007.2145, nota Guglielmi y Koubi; RFDA 2007.803, nota Boiteau), relacionada, como la sentencia *Caisse primaire «Aide et Protection»*, con la aplicación de una legislación sobre el servicio público (acceso a los documentos administrativos), el Consejo de Estado (Secc.) despejó todas las ambigüedades.

Apartó, primero, los *«casos en los que el propio legislador ha tenido la voluntad de reconocer o, por el contrario, de excluir la existencia de un servicio público»*. En el caso concreto que nos ocupa, contrariamente a lo que opinaba el Comisario del Gobierno, el Consejo consideró *«que, aunque la inserción social y profesional de las personas discapacitadas constituye una misión de interés general, se deriva, no obstante, de las disposiciones de la ley de 30 de junio de 1975, sobre las que arrojan luz las cláusulas preliminares, que el legislador quiso evitar que se pudiera atribuir a la misión que cumplen los organismos privados gestores de los centros de rehabilitación por el trabajo el carácter de una misión de servicio público»*.

Caso de no existir una calificación legislativa (ya sea ésta expresa o implícita, positiva o negativa), el Consejo de Estado considera que puede encomendarse a un organismo privado una misión de servicio público en dos supuestos alternativos.

El primero tiene el carácter de un principio: *«una persona privada que cumpla una misión de interés general bajo el control de la Administración, y que disponga para tal fin de prerrogativas de poder público, es responsable de la prestación de un servicio público»*. Nos hallamos aquí ante los tres criterios que sentaba la sentencia *Nancy*. Estos son algunos ejemplos que se esgrimían con anterioridad para ilustrar estos criterios: – las agrupaciones de defensa contra los enemi-

gos de las culturas (CE Secc. 13 de ene. de 1961, *Magnier*, Rec. 33; RD publ. 1961.155, concl. Fournier; AJ 1961.142, nota C. P.; Der. soc. 1961.335, nota Teitgen); – los organismos deportivos a los que se encomienda la organización de competiciones nacionales o regionales en virtud de unas disposiciones legislativas varias veces modificadas (Secc. 15 de mayo de 1991, *Association «Girondins de Bordeaux Football club»*, Rec. 180, concl. Pochard). Se sigue citando como ejemplo a los organismos de protección social (CE 4 de mayo de 2011, *Bernardie*, Rec. 198; Der. soc. 2011.974, concl. Vialettes). El segundo supuesto coincide con la solución propuesta por la sentencia *Ville de Melun*: «*aunque no disponga de estas prerrogativas, y la Ley no se pronuncie al respecto, se debe considerar que una persona privada cumple también una misión de servicio público cuando, a tenor del interés general de su actividad, de las condiciones en las que se instauró la empresa, de su organización o funcionamiento, de las obligaciones que le incumben, así como de las medidas establecidas para comprobar que cumple con los objetivos que le han sido asignados, cabe asegurar que ha sido voluntad de la Administración encomendarle esta misión*».

Este segundo supuesto se cumple en el caso del festival de Aix-en-Provence (CE Secc. 6 de abr. de 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec. 155; concl. Séners, BJCP 2007.283 con las obs. de Schwartz, RFDA 2007.812 con nota de Douence, RJEP 2007.273; AJ 2007.1020, cr. Lenica y Boucher; BJCL 2007.558, nota Mollion; ACCP 2007, n.º 68, p. 45 y p. 64, nota Proot; CMP junio de 2007, n.º 151, nota Eckert; DA junio de 2007, n.º 95, nota Bazex y Blazy; JCP 2007. I.166, cr. Plessix, y II.10132, nota Karpenschif; JCP Adm. 2007.2111, nota Karpenschif, n.º 2125, nota Linditch, n.º 2128, nota Pontier; RDC 2007.86, nota Brunet; RD publ. 2007.1367, nota Bui-Xuan): la asociación que se encarga de la gestión de este festival fue creada por el Estado, la región de Provence-Alpes-Côte d'Azur, el departamento de Bouches-du-Rhône y el municipio de Aix-en-Provence, correspondiéndoles a éstos nombrar casi a la totalidad de su consejo de administración, financiar la mitad de su presupuesto y asignarle diferentes ayudas; cabe, pues, concluir que las entidades públicas «*decidieron... convertir el festival internacional de Aix-en-Provence en un servicio público cultural*».

Este ejemplo se suma a los que ya existían, en particular, los que ofrecían los Centros Regionales de Lucha contra el Cáncer (TC 20 de

nov. de 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer «Eugène Marquis»*, Rec. 879; v. n.º 7.5), la Asociación Francesa de Normalización (CE 17 de febr. de 1992, *Société Textron*, Rec. 66; v. n.º 7.6), la Cinemateca francesa (CE Sección del Interior, dictamen del 18 de mayo de 2004; EDCE 2005, n.º 56, p. 185).

- 5 Las dos modalidades de organismos privados responsables de una misión de servicio público que reconoce la jurisprudencia (cuando la Ley no establece ella misma esta calificación) se distinguen esencialmente por las prerrogativas de poder público que, pese a ser un requisito imprescindible en uno de los casos, no lo es en el otro. Pero ambas convergen en dos aspectos.

El primero es el interés general. En todos los casos, la misión que cumple el organismo debe tener un carácter de interés general. El concepto es relativo y puede ser objeto de apreciaciones divergentes según las épocas (por ej., en lo que respecta a los espectáculos). Ello no obsta para que esta condición deba cumplirse en todos los casos. Por ello, al no desarrollar una actividad de interés general, se considera que la Française des Jeux (la lotería francesa) no asume la responsabilidad de una misión de servicio público (CE Secc. 27 de oct. de 1999, *Rolin*, Rec. 327, concl. Daussun; CJEG 2000.24, concl.; RD publ. 1999.1845, concl. y 2000.269, nota Eckert, y 390, obs. Guettier; AJ 1999.1008, cr. Fombeur y Guyomar; JCP 2000. II.10365, nota Corneloup).

Aunque un organismo cumpla una misión de interés general, sólo se considera que presta un servicio público cuando se satisfacen los demás criterios. Por tanto, aunque una empresa de economía mixta, que ha sido creada por una ciudad para explotar una sala de cine, tenga en virtud de sus estatutos una misión de interés general..., si no está sujeta, en particular, a ninguna obligación que le haya sido impuesta por la ciudad ni a ningún control de los objetivos que le fueron asignados, su actividad no revestirá el carácter de una misión de servicio público...» (CE 5 de oct. de 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*, Rec. 418; BJCP 2007.483, concl. Casas; AJ 2007.2260, nota J.-D. Dreyfus; ACCP 2008.68, nota Terrien y Cochi; CMP 2007 n.º 308, nota Eckert; DA 2007, n.º 165, nota Ménéménis; JCP 2007.I.214, obs. Plessix,; JCP Adm. 2007.2294, nota Linditch; RLCT 2008.26, nota Mondou). Del mismo modo, elementos tales como la instalación por una ciudad de un club deportivo en un estadio con algunas obligaciones, «pese a estar relacionados con actividades de interés general, no se acompañan de un control que permita aseverar la voluntad de la ciudad de tipificar

estas actividades como una misión de servicio público» (CE Secc. 3 de dic. de 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, BJCP 2011.36, concl. Escaut; AJ 2011.21, nota Glaser; CMP ene. de 2011, p. 38, nota Eckert; ACCP ene. de 2011, nota Hansen; DA febr. de 2011.36, nota Brenet y Melleray; RDI marzo 2011.162, nota Braconnier y Noguellou).

El segundo aspecto está relacionado con la importancia del papel de la Administración con respecto al organismo privado. Normalmente, es esta última la que le ha tenido que encomendar la misión a la que se ha de reconocer el carácter de servicio público. No obstante, puede darse el caso de que un organismo privado tome la iniciativa de desarrollar una actividad de interés general y que la Administración intervenga con posterioridad (éste fue el caso de la Cinemateca, según el dictamen citado *ut supra* de la Sección del Interior de 18 de mayo de 2004). Esta intervención no debe limitarse a un simple control: es necesario que sea patente la voluntad de la Administración de encomendar al organismo la misión de interés general en determinadas condiciones. A este respecto, la redacción de la sentencia de 22 de febr. de 2007 parece más exigente en el segundo supuesto que en el primero. Pero, en ambos casos, la intervención de la Administración se cita como un elemento indispensable para la atribución de una misión de servicio público a un organismo privado.

- 6 II. El reconocimiento del carácter de organismos privados responsables de una misión de servicio público se asocia con *un régimen* que en cierta medida implica la *aplicación del derecho público* y, en caso de litigio, *la competencia del juez administrativo*.

La sentencia *Caisse primaire «Aide et Protection»* es un ejemplo particularmente ilustrativo: como esta entidad gestiona un servicio público, su personal está sujeto a las normas sobre acumulaciones de puestos de trabajo en los servicios públicos. Del mismo modo, se aplican a este tipo de organismos la legislación y la jurisprudencia en materia de huelga (v. nuestras obs. sobre la sentencia CE 7 de jul. de 1950, *Dehaene\**).

Pero ni el Derecho Administrativo es de aplicación general a este tipo de organismos, ni la jurisdicción administrativa es la única competente en su caso: uno y otra intervienen únicamente *en la medida en que estén en juego el servicio público* que éstos prestan y, en su caso, las prerrogativas de *poder público* que ejercen.

Sus *actos unilaterales* no tienen carácter administrativo y serán objeto de valoración por el juez administrativo únicamente cuando se hayan ejecutado en virtud de dichas prerrogativas en la prestación del servicio público (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia CE de 31 de jul. de 1942, *Monpeurt\** y la sentencia TC 15 de ene. de 1968, *Époux Barbier\**).

Los contratos que suscriben con otras personas privadas no tienen carácter administrativo, al no haber entre los cocontratantes una persona pública, cuya presencia resulta imprescindible para la calificación de un contrato como administrativo (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia TC *Mme Rispal\**).

Su responsabilidad extracontractual no está sujeta al Derecho Administrativo y sólo corresponde a la jurisdicción administrativa enjuiciarla cuando ha incurrido en responsabilidad en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público (CE 23 de marzo de 1983, *SA Bureau Véritas*, Rec. 134; v. n.º 1.5). Cuando no se haga uso de estos poderes, corresponde al derecho privado y a los tribunales ordinarios enjuiciar la responsabilidad de dichos organismos, aunque la actividad objeto de examen esté relacionada con el servicio público que les ha sido encomendado (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Monpeurt\**).

En términos más generales, todo aquello que tenga que ver con la organización y el funcionamiento de estas instituciones queda sujeto a la autoridad del derecho privado. Pese a estar obligado su personal a respetar determinadas normas del derecho público, como subraya la sentencia *Aide et Protection*, lo cierto es que está compuesto por agentes de derecho privado: los litigios en los que se vean involucrados son, pues, competencia del juez ordinario (v. asimismo nuestras obs. sobre la sentencia *Monpeurt\**).

Por tanto, pese a la atracción que ejercen el derecho público y el juez administrativo sobre los organismos de derecho privado responsables de un servicio público, en virtud del servicio que prestan y de las prerrogativas que ejercen, ello no implica que se haya anulado su sujeción al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria con arreglo a su personalidad de derecho privado.

**49. COMPETENCIA ADMINISTRATIVA.  
ORGANISMOS RESPONSABLES DE UN  
SERVICIO PÚBLICO.  
ACTOS ADMINISTRATIVOS**

**Consejo de Estado As., 31 de julio de 1942, *Monpeurt***

(Rec. 239; D. 1942.138, concl. Ségalat, nota P. C.;  
JCP 1942.II.2046, concl., nota P. Laroque;  
RD publ. 1943.57, concl., nota Bonnard; S. 1942.3.37, concl.)

*Sobre la competencia:* Considerando que con la demanda antes citada se persigue la anulación de una decisión de 10 de junio de 1941, por medio de la cual el Secretario de Estado responsable de la Producción Industrial desestimó el recurso interpuesto por el señor Monpeurt contra una decisión del Comité de Organización de las Industrias del Vidrio y de los Comercios Afines, de fecha 25 de abr. de 1941, cuyo objeto era establecer cuáles eran las empresas autorizadas a fabricar tubo de vidrio neutro u ordinario para ampollas, estando estas empresas obligadas a suministrar a una fábrica, cuya solicitud de puesta en marcha de su horno no había sido admitida, una cantidad mensual de toneladas de vidrio en concepto de compensación;

Considerando que, debido a la presencia de circunstancias que exigían imperiosamente la intervención de los poderes públicos en el ámbito económico, la ley de 16 de agosto de 1940 estableció una organización provisional de la producción industrial con el fin de garantizar un uso lo más racional posible de los escasos recursos disponibles, previamente cuantificados, tanto desde el punto de vista de la rentabilidad como de la calidad y del coste de los productos, así como para mejorar el empleo de la mano de obra en el interés común de las empresas y de los asalariados; que del conjunto de sus disposiciones se desprende que dicha ley se proponía con este fin instaurar un servicio público; que, para gestionar el servicio, hasta que la organización profesional se hubiera configurado definitivamente, dispuso la creación de unos comités a los que otorgó la facultad, bajo supervisión del Secretario de Estado, de interrumpir los programas de producción y de fabricación, establecer las normas aplicables a las empresas en lo relativo a las condiciones generales de su actividad, proponer a las

autoridades competentes el precio de los productos y servicios; *que, de este modo y pese a que el legislador no se había planteado su conversión en entidades públicas, los comités de organización asumieron la responsabilidad de prestar un servicio público, teniendo el carácter de actos administrativos las decisiones que se veían en la necesidad de adoptar en el marco de dichas atribuciones, ya sea por que así lo dispusieran un reglamento o unas disposiciones de carácter individual;* que, por tanto, el Consejo de Estado es competente para pronunciarse sobre los recursos a los que estos actos puedan dar lugar;

*Sobre la legalidad de la decisión impugnada:* Considerando que, con su decisión de 25 de abr. de 1941, el director responsable del Comité de Organización de las Industrias del Vidrio y de los Comercios Afines puso en marcha, debido a la escasez de materias primas y de combustibles, un plan de fabricación que afectaba a la industria de tubo de vidrio neutro para ampollas; que dicho plan tenía como consecuencia, de un lado, el despido colectivo del personal de una fábrica y, de otro, un régimen de compensación en especie en favor de dicha fábrica y a cargo de aquellas empresas a las que se había autorizado a continuar su actividad, entre las que figuraba la empresa de la que es propietario el recurrente; que dicho plan formaba parte de las atribuciones reconocidas a los comités de organización por el art. 2 de la ley de 16 de agosto de 1940, en particular, en sus párrafos 2 y 4; que al inspirarse, para establecerlo, en consideraciones derivadas de la necesidad de hacer un uso racional de las materias primas, el director responsable no invadió las atribuciones reservadas a la Oficina Central de Distribución y a las secciones de dicha oficina por la ley de 10 de sept. de 1940, dándose el caso de que en ningún momento se haya alegado que el plan no se ajustara a las normas impuestas a dichos organismos;

Considerando que no hay ninguna disposición legislativa o reglamentaria que obligue a los comités a regular la actividad de las empresas, en caso de establecimiento de unos programas de fabricación, tomando como referencia un período anterior determinado; que les corresponde a los comités tener en cuenta todos los elementos de la situación del sector industrial que tengan a su cargo, en el momento de tomar su decisión y, en particular, de la capacidad de las empresas que hayan solicitado mantener o retomar su producción; que el señor Monpeurt carece, por tanto, de fundamentos para remitirse a la situación de la que disfrutaba la empresa Boralex antes del 1 de sept. de 1935 como argumento para impugnar la legitimidad de la compensación en espe-

cie establecida a favor de dicha empresa; que el recurrente no ha aportado pruebas que demuestren que el director responsable de las industrias del vidrio haya hecho una valoración errada de los medios de los que disponía la empresa Boralex en el momento en que se interrumpió su actividad industrial como resultado de la decisión de 25 de abr. de 1941; que, por otra parte, no tiene motivos fundados para sostener que la compensación de la que es beneficiaria en virtud de esta decisión contribuya a un enriquecimiento injustificado de dicha empresa;

Considerando que de los elementos que obran en el expediente no se desprende que la decisión impugnada haya sido adoptada por el director responsable con una finalidad distinta a aquella por la que le fueron conferidas sus facultades tanto por el art. 2 de la ley de 16 de agosto de 1940 como por el art. 12 del decreto de 11 de dic. de 1940 por el que se constituyó el Comité de Organización de las Industrias del Vidrio y de los Comercios Afines;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 Con la ley de 16 de agosto de 1940 se crearon los comités de organización, instituciones de carácter corporativo que eran responsables de la organización de la producción industrial; la tarea esencial de estos comités, de conformidad con los textos legales entonces vigentes, consistía en contribuir a limitar o atenuar los efectos de la escasez que se vivía en aquella época. Por ello, con objeto de paliar las consecuencias de la escasez de carbón, el Comité de Organización de la Industria del Vidrio se esforzó, a comienzos de 1941, por lograr unos acuerdos voluntarios que permitieran a las empresas repartirse entre ellas las posibilidades de producción del modo que resultara más conveniente para sus intereses respectivos. Pero, temiendo sin duda que esta política no resultara suficiente, fue todavía más lejos y optó por la vía de los acuerdos obligatorios; su director tomó, en particular, el 25 de abr. de 1941, una decisión que afectaba al sector específico del tubo de vidrio neutro u ordinario, materia prima que fabricaban tres empresas, desestimando la solicitud de puesta en marcha de la producción que había presentado una de ellas e imponiendo en compensación a las otras dos la obligación de suministrarle veinte toneladas de tubo al mes con una rebaja del 20% sobre la tarifa normal. Habiendo el director de una de estas dos empresas interpuesto ante él un recurso contra esta

decisión, el Consejo de Estado se vio en la necesidad de examinar si era competente para pronunciarse en la materia; Una vez más debía hacer frente a un problema que tenía su origen en las transformaciones de la intervención de los poderes públicos. La jurisprudencia ya había tenido ocasión de sacar las consecuencias jurídicas y contenciosas de la explotación de actividades industriales y comerciales por personas públicas, habiendo considerado que debían someterse en principio al derecho privado y a los tribunales ordinarios (TC 22 de ene. de 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*\*). También había reconocido, en el ámbito social, que hay personas privadas a las que se encomienda una misión de servicio público y que están, por tanto, sujetas al régimen de este último (CE As. 13 de mayo de 1938, *Caisse primaire «Aide et protection»*\*). En este caso, había que determinar si los organismos, cuya naturaleza no se precisaba, creados por los poderes públicos para administrar la economía con el concurso de los profesionales, cumplían, al igual que las autoridades administrativas clásicas, un papel relevante de control de la jurisdicción administrativa. El Consejo de Estado respondió afirmativamente, amparándose esencialmente en la constatación de que los comités de organización *«tienen encomendada la misión de participar en la prestación de un servicio público»*, y que las decisiones que adopten en el marco de sus facultades de intervención económica constituyen actos administrativos. De este modo se invoca el *estatuto de estos organismos* (I) y se precisa el carácter de *sus decisiones* (II).

2 I. *El estatuto de estos organismos se caracteriza esencialmente por sus funciones (A); durante mucho tiempo siguió siendo incierta la naturaleza de su personalidad (B).*

A. El Comisario del Gobierno Ségalat demostró primero que la misión asignada a los comités de organización constituía un *servicio público*: *«el interés general que se atribuye a la buena marcha de la producción en las actuales circunstancias, la naturaleza y el alcance de la misión que la Ley asigna a los comités de organización, las prerrogativas de poder público que les reconoce, todos éstos son elementos a los que recurre la jurisprudencia para caracterizar al servicio público»*. De este modo se acotan los elementos definitorios del servicio público que la jurisprudencia anterior había permitido despejar y que la jurisprudencia posterior se encargaría de confirmar (v - nuestras

obs. sobre la sentencia CE 13 de mayo de 1938, *Caisse primaire «Aide et protection»* \*).

- 3 B. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estos organismos, a los que el Estado encomienda la gestión del servicio público de organización de la producción? El Comisario del Gobierno señaló primero que tenían, sin lugar a dudas, una personalidad jurídica, pero que era imposible determinar con precisión si eran personas jurídicas de derecho público o de derecho privado. Su opinión era que se trataba de una institución completamente nueva que no se podía encuadrar en los antiguos marcos jurídicos. Pensaba que eran «unos organismos profesionales, situados en la frontera entre el derecho público y el derecho privado, que obtenían del primero sus prerrogativas de poder público, tomaban prestadas del segundo sus modalidades de gestión y cuya instauración confirmaba, en definitiva, la tendencia al desarrollo de un derecho profesional». El Consejo de Estado consideró que el legislador no había pretendido que los comités de organización fueran unas entidades públicas, aunque tuvieran la misión de participar en la prestación de un servicio público.

Esta solución tiene dos consecuencias, pero no despeja todas las dudas.

- 4 Su primera consecuencia consiste en privar definitivamente al concepto de *servicio público* de su significado orgánico. La gestión de los servicios puede encomendarse, a partir de ese momento, ya no sólo a personas públicas en su acepción más clásica –Estado, entidades territoriales y entidades públicas–, sino también a organismos que no son «servicios administrativos separables de la Administración general del Estado». (CE As. 16 de marzo de 1956, *Garnett*, Rec. 125; RA 1956.380, nota R. E. C.) o incluso a personas estrictamente privadas (v. CE 13 de mayo de 1938, *Caisse primaire «Aide et protection»* \*; – Secc. 5 de mayo de 1944, *Compagnie maritime de l’Afrique orientale*, Rec. 129; v. n.º 69.11).

En segundo lugar, con la sentencia *Monpeurt*, la *entidad pública* ya no se atiene a la definición tradicional de servicio público dotado de una personalidad jurídica o de persona jurídica dotada de prerrogativas de poder público (v. nuestras obs. sobre la sentencia TC 9 de dic. de 1899, *Canal de Gignac* \*): existen ahora servicios públicos personalizados, tales como las personas dotadas de prerrogativas de poder público, a las que el Consejo de Estado no reconoce expresamente la condición de entidades públicas.

5           ¿Han de considerarse éstas como personas de derecho público o de derecho privado? Aparentemente el Comisario del Gobierno veía en los comités de organización el primer ejemplo de una nueva categoría de personas jurídicas. Este punto de vista no se vio refrendado ni por la sentencia *Monpeurt* ni por la jurisprudencia posterior, y la *summa divisio* siguió siendo la distinción entre personas públicas y personas privadas. El Consejo de Estado consideró de manera expresa que los organismos profesionales del mismo tipo que los comités de organización de la sentencia *Monpeurt* son personas de derecho privado. Además de la sentencia *Magnier* (Secc. 13 de ene. de 1961, Rec. 33; v. n.º 48.4), otra sentencia de 7 de dic. de 1984, *Centre d'études marines avancées* (Rec. 413; RFDA 1985.381, concl. O. Dutheillet de Lamothé, nota Moderne; AJ 1985.274, nota Godfrin) es particularmente clara a este respecto: en ella, el Consejo de Estado dictaminaba, de un lado, que el Instituto Francés del Petróleo, «que se crea como un organismo profesional en virtud de las disposiciones de la ley de 17 de nov. de 1943 sobre la gestión de los intereses profesionales, no presenta el carácter de una entidad pública» y, de otro, que se trata de una «persona jurídica de derecho privado».

A partir de entonces, ya no existe ambigüedad alguna: los organismos profesionales son personas privadas. Se enmarcan en la categoría más general de los organismos de derecho privado a los que se encomienda una misión de servicio público (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Caisse primaire «Aide et protection»*\*). Ello no obsta para que sus actos puedan tener carácter administrativo.

6           **II.** Después de analizar el papel de estos organismos, la sentencia *Monpeurt* determina *el carácter jurídico de sus decisiones*: Las considera como verdaderos *actos administrativos* (A) cuyos contenciosos son competencia de la *jurisdicción administrativa* (B).

A. Puesto que la misión que se encomienda a los comités de organización consiste en «participar en la prestación de un servicio público», «*las decisiones que se vean en la necesidad de adoptar en el marco de sus atribuciones, ya sea a través de un reglamento o de unas decisiones de carácter individual, constituyen actos administrativos*». Por consiguiente, *la naturaleza administrativa de un acto* puede disociarse de la naturaleza de su autor (1.º); pero sí está vinculada, en cambio, con las atribuciones que se reconocen a este último (2.º).

7

1.º) Tradicionalmente el concepto de acto administrativo se interpretaba como el acto que emanaba de la Administración y, más concretamente, de una persona pública (ya fuera ésta una colectividad pública o una entidad pública). A partir de la sentencia *Monpeurt*, se admite que un acto administrativo pueda emanar de una persona privada. Este es el caso, por ejemplo:

– de los actos que emanan de organismos profesionales o económicos (además de la sentencia *Magnier*, citada *ut supra*, CE Secc. 28 de junio de 1946, *Morand*, Rec. 183; S. 1947.3.19, nota P. M.; – Secc. 6 de oct. de 1961, *Fédération nationale des huileries métropolitaines*, Rec. 544; v. n.º 7.6; – As. 30 de marzo de 1962, *Association nationale de la meunerie*, Rec. 233; D 1962.630, concl. M. Bernard; S. 1962.178, concl.; AJ 1962.286, cr. Galabert y Gentot);

– de los actos que emanan de organismos sociales (TC 22 de abr. de 1974, *Directeur régional de la sécurité sociale d'Orléans c. Blanchet*, Rec. 791; Der. soc. 1974.495, concl. Blondeau; D. 1975.107, nota Lachaume; JCP 1974.II.17856, nota Saint-Jours) o de las agrupaciones de interés económico constituidas para actuar en nombre y por cuenta de las «caisses» o entidades financieras de la Seguridad Social (TC 23 de sept. de 2002, *Sociétés Sotrame et Metalform c. GIE Sesam-Vitale*, Rec. 550; BJCP 2003, n.º 26, p. 48, concl. Bachelier; AJ 2002.1437, cr. Donnat y Casas);

– de los actos que emanan de organismos deportivos (CE Secc. 22 de nov. de 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, Rec. 577, concl. J. Théry; v. n.º 7.6; – Secc. 15 de mayo de 1991, *Association «Girondins de Bordeaux Football Club»*, Rec. 180, concl. Pochard);

– de los actos que emanan de organismos de caza (CE Secc. 7 de jul. de 1978, *Ministre de la qualité de la vie c. Vauxmoret*, Rec. 295; TC 24 de sept. de 2001, *Bouchot-Plainchant c. Fédération départementale des chasseurs de l'Allier*, Rec. 746; AJ 2002.155, concl. Arrighi de Casanova);

– de los actos de la Fundación de la Ciudad Universitaria (CE 15 de oct. de 1982, *Melle Mardirossian*, Rec. 348);

– de los actos de una empresa pública (TC 15 de ene. de 1968, *Époux Barbier\**).

- 8           2.º) La naturaleza administrativa de los actos de los comités de organización se deriva, según la sentencia *Monpeurt*, del hecho de que se realizan «dentro del marco de (las) atribuciones» de los comités, «cuya misión es participar en la prestación de un servicio público».

El criterio de servicio público es, pues, un elemento determinante para identificar un acto administrativo, ya sea éste de carácter reglamentario o individual. La sentencia *Monpeurt* confirma, por tanto, la importancia que adquiere el concepto de servicio público en el derecho administrativo, como resultado de las sentencias TC 8 de febr. de 1873, *Blanco\**, CE 6 de febr. de 1903, *Terrier\**, CE 4 de marzo de 1910, *Thérond\**.

Otras sentencias dictadas en relación con organismos privados hacen también hincapié en el nexo entre sus actos y el servicio público, ya sea porque participen en la prestación del servicio (*Morand, Association nationale de la meunerie, Directeur régional de la sécurité sociale d'Orléans c. Blanchet*, citada *ut supra*), ya sea porque tengan algo que ver con su organización (*Époux Barbier\**, citada *ut supra*), ya sea, en términos más generales, porque se «ejecuten en el desempeño de una misión de servicio público».

*A fortiori* los actos que ejecutan los organismos públicos en virtud del servicio público que prestan tienen, por este único motivo, carácter administrativo (por ej., CE As. 13 de jul. de 1967, *Allegretto*, Rec. 315; D 1968.47, concl. Galabert; AJ 1967.534, cr. Massot y Dewost; TC 22 de abr. de 1974, *Directeur régional de la sécurité sociale de Nancy c. Dame Léotier*, Rec. 792; Der. soc. 1974.493, concl. Braibant; D. 1974.773, nota Lachaume; JCP 1974.II.17856, nota Saint-Jours).

- 9           Pero, sea cual sea la importancia del criterio de servicio público en la identificación de un acto administrativo, ello no obsta para reconocer el papel que corresponde a las prerrogativas de poder público, ya sea directa o indirectamente.

En primer lugar, la existencia de prerrogativas de poder público permite considerar como un servicio público la actividad de interés general que encomiendan los poderes públicos a un organismo (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Caisse primaire «Aide et protection»\**). Así lo hace constar expresamente M. Ségalat en sus conclusiones sobre la sentencia *Monpeurt*: si un acto tiene carácter administrativo porque se ejecuta en el marco de las atribuciones de servicio

público que se otorgan a dicho organismo, estas atribuciones conllevan por sí mismas unas prerrogativas de poder público.

En segundo lugar, el criterio de poder público puede sumarse o incluso sustituir al criterio de servicio público como elemento decisivo de la identificación de un acto de naturaleza administrativa. Algunas sentencias no se conforman con considerar que una medida se adopta para prestar un servicio público; indican, además, que se adopta en virtud de las prerrogativas de poder público que se reconocen al organismo (*Magnier, Fédération des industries françaises d'articles de sport, Mardirossian*, citada *ut supra*). Otras se limitan a hacer constar la existencia de prerrogativas de poder público, sin hacer siquiera alusión al servicio público (*Fédération nationale des huileries métropolitaines*). Finalmente, hay otras sentencias que, a la vez que reconocen que un organismo privado cumple una misión de servicio público, se niegan a atribuir un carácter administrativo al acto en la medida en que «no está sujeto al ejercicio de ninguna prerrogativa de poder público» (CE 17 de febr. de 1992, *Société Textron*, Rec. 66; v. n.º 7.6).

La jurisprudencia más reciente confirma que un acto que adopta un organismo de derecho privado tiene carácter administrativo cuando se dan dos condiciones: una misión de servicio público en cuyo marco se adopta dicho acto y el ejercicio de una prerrogativa de poder público (TC 24 de sept. de 2001, *Bouchot-Plainchant c. Fédération départementale des chasseurs de l'Allier*, citada *ut supra*; – 13 de dic. de 2004, *Société Guibor EURL c. Société Euronext Paris*, Rec. 520; JCP E 2005.783, nota Touboul; – 30 de dic. de 2013, *SIEMP de la ville de Paris*, Rec. 340; AJ 2014.2189, nota D. Costa).

Por tanto, el acto administrativo es un acto de poder público y, al mismo tiempo, un acto de servicio público.

A partir del momento en que se admite la naturaleza administrativa de los actos de los comités de organización, la sentencia *Monpeurt* ya no establece ninguna distinción entre los que tienen carácter reglamentario o individual: en ambos casos, ha de reconocerse su naturaleza administrativa.

La jurisprudencia posterior aportaría a este respecto algunas aclaraciones basadas en el carácter de servicio público a cuya realización contribuyen estos actos. Si el servicio público tiene un carácter administrativo, la solución propuesta por la sentencia *Monpeurt* sigue siendo válida: todas las decisiones unilaterales, ya sean o no reglamentarias, constituyen actos administrativos. En cambio, si el servicio

público tiene carácter industrial y comercial, sólo tendrán naturaleza administrativa sus actos reglamentarios, con exclusión de todos los demás (v. nuestras obs. sobre TC 15 de ene. de 1968, *Époux Barbier\**).

- 10 B. El reconocimiento de la naturaleza administrativa de las decisiones de unos organismos privados implica que la competencia para pronunciarse sobre los recursos que se interpongan contra éstos corresponde a la jurisdicción administrativa (1.º); ello no significa, empero, que esta competencia sea aplicable a todos los litigios en que se vean involucrados dichos organismos (2.º).

1.º El interés principal que reviste la identificación de un acto administrativo es que permite impugnarlo ante la jurisdicción administrativa, en particular por la vía del recurso por exceso de poder.

Al admitir que los actos de unos organismos privados son actos administrativos, el Consejo de Estado permitió su impugnación ante la jurisdicción administrativa. La solución tiene un interés tanto práctico como teórico.

De un lado, permite garantizar el control del juez administrativo sobre unas decisiones que, de no haber estado sujetas a este control, probablemente no se habrían podido someter al respeto de la legalidad con todo el rigor que resulta deseable.

De otro lado, pone de manifiesto la condición de autoridad administrativa de los organismos en cuestión. El artículo 9 de la ley de 24 de mayo de 1872, todavía en vigor en la fecha en que se dictó la sentencia *Monpeurt*, disponía lo siguiente: «corresponde al Consejo de Estado pronunciarse en única instancia... sobre las demandas de anulación por exceso de poder que se interpongan contra los actos de diferentes autoridades administrativas». La posibilidad de interponer un recurso por exceso de poder contra los actos de unos organismos de derecho privado obedece al hecho de que dichos actos emanan de unas autoridades administrativas.

También cabe la posibilidad de presentar ante el juez administrativo objeciones contra la legalidad de estos actos con motivo de una demanda de responsabilidad. En sus conclusiones sobre la sentencia *Monpeurt*, M. Ségalat reconocía «la competencia de la jurisdicción administrativa tanto para valorar la legalidad como para pronunciarse sobre sus consecuencias perjudiciales». El segundo supuesto se confirmaría, efectivamente, unos cuarenta años más tarde (CE 23 de marzo de 1983, *SA Bureau Véritas*, Rec. 134; v. n.º 1.5): «*Se ha de considerar*

*que la sociedad anónima Bureau Veritas participa en la prestación del servicio público de seguridad aérea;... le han sido reconocidas unas prerrogativas de poder público;... la jurisdicción administrativa tiene, pues, competencia para conocer de los litigios relativos a los perjuicios ocasionados por esta sociedad en el ejercicio de las prerrogativas de poder público que le fueron concedidas para poder cumplir con su misión de servicio público» (asimismo TC 23 de sept. de 2002, *Sociétés Sotrame et Metalform c. GIE Sesam-Vitale*, v. n.º 49.7).*

- 11 2.º) La competencia del juez administrativo respecto a los organismos privados que cumplen una misión de servicio público está sujeto a restricciones.

Puede, limitarse, en efecto, mediante una disposición legislativa, como ocurre en el caso de las entidades de ordenación territorial y de asentamiento rural (*sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural* o SAFER), que se crearon en virtud de la ley de orientación agrícola de 5 de agosto de 1960, y que disponen, en determinadas condiciones, de un derecho de preferencia de compra de propiedades agrícolas; contrariamente a la solución adoptada por el Consejo de Estado (Secc. 13 de jul. de 1968, *Capus*, Rec. II; D. 1968.674, concl. Bertrand; JCP 1969.II.15719, nota Ourliac y de Juglart; AJ 1968.577, nota J. D. M.), el Tribunal de Conflictos (después de un intercambio de pareceres bajo la presidencia del Ministro de Justicia) consideró que la determinación de la legalidad de las decisiones sujetas a una preferencia de compra era competencia de los tribunales ordinarios, estando restringida la competencia en la materia de la jurisdicción administrativa exclusivamente a aquellos actos de tutela a través de los cuales los comisarios del gobierno delegados ante dichas entidades, o los ministros a los que representan, aprueban dichas decisiones (TC 8 de dic. de 1969, *Arcival et autres c. SAFALT* y *SAFER de Bourgogne c. Époux Soyer et Valla*, Rec. 695, concl. Kahn y Schmelck; RD publ. 1970.187, concl.; JCP 1970.II.16285, nota Fleuriet y Y. Gaudemet; D. 1970. cr. 9, cr. Sabourin; AJ 1970.92, cr. Denoix de Saint Marc y Labetoulle; CJEG 1970.45, nota A. C.; AJPI 1970.226, nota Mégret).

- 12 La propia jurisprudencia niega que la jurisdicción administrativa tenga competencia respecto a otros contenciosos. En sus conclusiones sobre la sentencia *Monpeurt*, el señor Ségalat afirmaba lo siguiente: «el funcionamiento interno del comité, sus relaciones con el personal, los actos de la vida civil que lleva a cabo... dependen del derecho privado y, por consiguiente, entran dentro de las competencias de los

*tribunales ordinarios*». Las sentencias posteriores confirmarían esta opinión:

– respecto al funcionamiento interno (CE Secc. 26 de junio de 1946, *Morand*, citada *ut supra*; – 19 de dic. de 1984, *Automobile Club de Monaco*, Rec. 426 RFDA 1985.257, concl. Denoix de Saint Marc; TC 9 de febr. de 2015, *Union professionnelle CFDT de Saint-Pierre-et-Miquelon*) y, en particular, a los actos unilaterales que estos organismos adoptan con un fin ajeno al cumplimiento de su misión de servicio público y sin necesidad de hacer uso de sus prerrogativas de poder público (CE 19 de dic. de 1988, *Mme Pascau*, Rec. 459; G. P. 1989.2.589, concl. Vigouroux; AJ 1989.271, nota J. Moreau; D. 1990. SC. 280, obs. Dudognon);

– respecto a las relaciones con el personal (CE 4 de abr. de 1962, *Chevassier*, Rec. 244; v. n.º 7.5; TC 4 de mayo de 1987, *Melle Egloff*, Rec. 448; AJ 1987.446, cr. Azibert y de Boisdeffre; JCP 1988. II.20955, nota Plouvin);

– respecto a los contratos suscritos con otras personas privadas (v. nuestras obs. sobre la sentencia TC 9 de marzo de 2015, *Mme Rispal\**);

– respecto a la responsabilidad extracontractual, cuando la actividad perjudicial no conlleva el ejercicio de unas prerrogativas de poder público (CE Secc. 13 de oct. de 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône*, Rec. 368; v. n.º 1.5; TC 25 de jul. de 1982, *Dame Cailloux*, Rec. 449, concl. Labetoulle; AJ 1982.720, nota Pécheul; RD publ. 1983.819, nota de Soto).

En definitiva, la solución y las virtualidades de la sentencia *Monpeurt* se vieron confirmadas con posterioridad. Aunque han desaparecido las circunstancias en las que se pronunció el Consejo de Estado, los principios que sentó mantienen toda su vigencia.

## 50. COMPETENCIA. COLEGIOS PROFESIONALES

Consejo de Estado As., 2 de abril de 1943, *Bouguen*

(Rec. 86; D. 1944.52, concl. Lagrange, nota Jacques Donnedieu de Vabres; S. 1944.3.1, concl., nota Mestre; JCP 1944.II.2565, nota Célier)

*Sobre la competencia:* Considerando que se desprende de las disposiciones de la ley de 7 de oct. de 1940, vigente en la fecha en que se adoptó la decisión impugnada, y, en especial, de aquellas en las que se establece que todas las demandas contra las decisiones del Consejo Superior del Colegio de Médicos, que se adopten en materia disciplinaria y en materia de inscripción en dicho colegio, deberán remitirse al Consejo de Estado por la vía del recurso por exceso de poder, *que era voluntad del legislador dar un carácter de servicio público a la organización y al control del ejercicio de la profesión médica; que, aunque el Consejo Superior del Colegio de Médicos no es una entidad pública, sí contribuye al funcionamiento de este servicio;* que corresponde al Consejo de Estado conocer de los recursos interpuestos contra las decisiones que el Colegio de Médicos se vea en la necesidad de adoptar por este motivo y, en particular, contra aquellas que se adopten en virtud del art. 4 de la ley antes citada, artículo que le asigna la tarea de asegurarse de que se respeten las leyes y reglamentos en materia médica; que, por consiguiente, el doctor Bouguen está legitimado para trasladar al Consejo de Estado la decisión mediante la cual el Consejo Superior confirmó la prohibición que le había impuesto de mantener abiertos varios consultorios y le ordenó que cerrara su consultorio de Pontrieux;

*Sobre la legalidad de la decisión impugnada:* Sin que sea necesario pronunciarse sobre otros motivos de la demanda: – Considerando que las disposiciones del art. 27, párr. 2, del Código de Deontología aprobado por el Consejo Superior del Colegio de Médicos, a tenor de las cuales se prohíbe a un médico radicado en un municipio establecer un consultorio en otro municipio, tenían como objeto sentar una de las normas generales aplicables a la distribución geográfica de los consultorios médicos; que éstas exceden, por tanto, los límites de las atribu-

ciones que concede al Consejo Superior del Colegio de Médicos el art. 4 de la ley antes citada de 7 de oct. de 1940, que le encomienda exclusivamente la tarea de dictar todos los reglamentos de régimen interior necesarios para alcanzar los objetivos establecidos; que, por ende, al fundar únicamente en el texto citado y en las instrucciones establecidas para su aplicación la orden de cierre del consultorio sito en Pontrieux que se transmitió al doctor Bouguen, médico otorrinolaringólogo, sin analizar siquiera, tal y como pedían expresamente las disposiciones del citado artículo, si la situación particular del consultorio en cuestión no justificaba que se mantuviera abierto, el Consejo departamental del Colegio de Médicos de Côtes-du-Nord adoptó una decisión que carece de fundamento legal; que, por tanto, el doctor Bouguen tiene motivos fundados para sostener que, al confirmar la decisión antes citada, el Consejo Superior cometió él mismo un exceso de poder;... (Anulación).

## OBSERVACIONES

- 1 La sentencia *Bouguen* amplía a los médicos la aplicación de los principios que había sentado la sentencia *Monpeurt*\* de 31 de jul. de 1942 en relación con los comités de organización. La duda que se planteaba era si el Consejo de Estado era competente para conocer de un litigio suscitado por la decisión del Consejo Superior del Colegio de Médicos de privar a un médico de la posibilidad de mantener abierto un consultorio accesorio en un municipio distinto del aquel otro en el que ejercía su profesión. El Comisario del Gobierno Lagrange demostró que el Colegio de Médicos, pese a su carácter corporativo, prestaba un verdadero servicio público: su misión no se limitaba a la defensa de los intereses profesionales, sino que consistía, ante todo, en la organización y mantenimiento de la disciplina de la profesión con fines de interés general; el legislador «*quiso que la organización y el control de esta profesión constituyeran un servicio público, hecho este último que confiere el carácter de actos administrativos a las decisiones adoptadas por dichos organismos, en la medida precisamente en que participan en la prestación del servicio*». La competencia de la jurisdicción administrativa se impone, pues, sin que resulte necesario «determinar si el organismo del que emana la decisión impugnada... es una entidad pública o privada».

El Comisario del Gobierno subrayó el significado profundo de la pregunta planteada: «*el país que ha logrado someter al poder público en sí mismo al control jurisdiccional no puede en modo alguno tolerar que escapen a este mismo control tales o cuales organismos a los que se reconoce la facultad de crear, aplicar o aprobar reglamentos, so pretexto de que nos hallamos en presencia de un derecho autónomo o de un derecho sui generis*». Es necesario someter el «*poder profesional*» a las mismas modalidades de control que han dado muestras de su eficacia en el caso del poder público, y asegurarse de que se mantenga el principio según el cual «*toda norma debe ir acompañada de una sanción y, si es objeto de infracción, la víctima debe poder acudir a un juez*».

La sentencia *Bouguen* se dictó precisamente en este sentido; tal y como había ocurrido con la sentencia *Monpeurt* en relación con los comités de organización, el Consejo de Estado consideró, por una parte, que aunque los colegios profesionales no tengan el carácter de unas entidades públicas, participan en el servicio público instaurado por el legislador y, por otra parte, que por este motivo las decisiones que adoptan constituyen actos administrativos susceptibles de impugnación ante el juez administrativo por la vía del recurso por exceso de poder (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Monpeurt\**).

Aunque, en lo que respecta al fondo, tanto la sentencia *Bouguen* como la sentencia *Monpeurt* han quedado obsoletas, habida cuenta de las modificaciones posteriores habidas en la legislación, ello no obsta para que la solución de principio conserve su vigencia en lo que atañe tanto a la *competencia del juez administrativo* respecto a los colegios profesionales (I) como al control al que están sometidos sus actos y sus actividades (II).

- 2            I. La *competencia* de la jurisdicción administrativa respecto a los colegios profesionales no depende de su calificación jurídica: aunque es incuestionable que no son entidades públicas, no se ha afirmado nunca explícitamente que se trate de personas privadas. No obstante, la jurisprudencia que, en el caso de otros organismos profesionales, habla explícitamente de personas de derecho privado (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Monpeurt\**), debería llevarnos a calificar de este mismo modo a los colegios profesionales.

Ello no obsta para que los contenciosos en los que éstos se ven implicados sean competencia del juez administrativo cuando atañen a sus *actos unilaterales* (A), sus *decisiones jurisdiccionales* (B) y su *responsabilidad* (C).

A. En primer lugar, pueden ser objeto de remisión a la jurisdicción administrativa sus *actos administrativos unilaterales*, es decir, aquellos que los colegios adoptan en el desempeño de la misión de servicio público que les ha encomendado el legislador.

Puede tratarse de actos individuales, en particular, relacionados con la inscripción en la lista de miembros del colegio profesional (CE As. 12 de dic. de 1953, *de Bayo*, Rec. 544; RPDA 1954.3, concl. Chardeau; AJ 1954.II.138, nota de Soto y II *bis*, cr. Gazier y Long) o con el cese de una actividad (CE 9 de jul. de 1958, *Eon*, Rec. 427; D. 1958.697, concl. Guldner).

Los actos reglamentarios de los colegios profesionales son *a fortiori* competencia del juez administrativo (por ej., CE 31 de ene. de 1969, *Union nationale des grandes pharmacies de France*, Rec. 54; AJ 1969.161, cr. Dewost y Denoix de Saint Marc; D. 1969.360, nota Guibal; Der. soc. 1970.137, nota Bazex; RTDSS 1969.187, nota J.-M. Auby; – Secc. 14 de febr. de 1969 *Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe*, Rec. 96; JCP 1969. II.15849, nota Savatier; Der. soc. 1969.273, concl. Baudouin; RTDSS 1969.177, concl.; AJ 1969.161, cr. Dewost y Denoix de Saint Marc).

Todos estos actos pueden ser objeto de recurso por exceso de poder o por excepción de ilegalidad.

3 B. Otras decisiones son de *naturaleza jurisdiccional*. Su identificación es en ocasiones complicada (v. la sentencia *de Bayo*, citada UT SUPRA; Secc. 24 de mayo de 1974, *Diot*, Rec. 306). Está vinculada con la facultad disciplinaria que el legislador atribuye a los colegios profesionales. Dicha facultad se ejerce en agrupaciones que constituyen auténticas jurisdicciones administrativas. Las sanciones que imponen, en último recurso, son competencia, de conformidad con el principio que estableció la sentencia *d'Aillières\** de 7 de febr. de 1947, del Consejo de Estado por la vía del recurso de casación (por ej., As. 2 de jul. de 1993, *Milhaud*, Rec. 194, concl. Kessler; v. n.º 92.2).

C. Por último, la *responsabilidad del colegio* (o, más concretamente, de aquellos de sus órganos que tienen personalidad jurídica) puede dirimirse ante la jurisdicción administrativa (CE Secc. 5 de dic.

de 1947, *Froustey*, Rec. 464; S. 1948.3.9., nota M. L.; – Secc. 1 de oct. de 1954, *Delle Costier*, Rec. 504; Der. soc. 1955.81, concl. Laurent; JCP 1954.II.8446, nota R. Savatier; AJ 1954.II.442. nota Dubisson; – 12 de junio de 1987, *Preyval*, Rec. 210; D. 1988. SC. 165, obs. Moderne y Bon).

- 4 II. La competencia del Consejo de Estado permite ejercer un *control exhaustivo*, censurar, en particular, las violaciones desproporcionadas contra la libertad de los miembros de la profesión y proteger a terceros contra determinadas tendencias conservadoras y particularistas de los colegios, en el terreno de la *legalidad* (A) y en el de la *responsabilidad* (B).

A. La *legalidad* de los actos de los colegios profesionales ha podido, por tanto, garantizarse a través tanto del recurso por exceso de poder como del recurso de casación.

Los códigos deontológicos y otras normas profesionales, elaboradas ya sea por el gobierno con o sin el concurso de los colegios o por los propios colegios, han dado lugar a varias anulaciones, sobre todo, por incompetencia (por ej., CE 31 de ene. de 1969, *Union nationale des grandes pharmacies*, citada *ut supra*: incompetencia del colegio; – 16 de marzo de 1988, *Lasry*, Rec. 122: incompetencia del ministro y vulneración de los principios generales del Derecho; CE As. 29 de jul. de 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État\**).

Lo mismo ha ocurrido con los reglamentos interiores de los colegios (por ej., CE 17 de nov. de 1961, *Marmagne*, Rec. 646) y las deliberaciones por las que se establecen las cotizaciones (CE Secc. 23 de oct. de 1981, *Sagherian*, Rec. 386; AJ 1981.598, cr. Tiberghien y Lasserre).

La negativa de inscripción en el colegio (por ej., CE As. 22 de ene. de 1982, *Conseil régional de Paris de l'ordre des experts-comptables*, Rec. 28; AJ 1982.402, concl. Franc), la denegación de licencia (por ej., CE Secc. 3 de mayo de 1982, *Conseil départemental de l'ordre des médecins de l'Essonne*, Rec. 167, respecto a la apertura de un segundo consultorio), la negativa de aprobación (CE 21 de febr. de 1973, *Cottes*, Rec. 163, respecto a las cláusulas de un contrato de presentación de clientela), los requerimientos de cese de una actividad (misma sentencia), las medidas de suspensión (CE Secc. 24 de mayo de 1974,

*Diot*, citada *ut supra*) han dado lugar a numerosos contenciosos, en los que el juez ejerce un control normal. Rara vez se limita su labor al control exclusivo del error manifiesto (par ex. CE 28 de mayo de 1971, *Langlais*, Rec. 415; v. nuestras obs. sobre la sentencia CE 4 de abr. de 1914, *Gomel*\*).

- 5 En lo que respecta a las medidas disciplinarias, el Consejo de Estado ejerce un control riguroso sobre el carácter culposo de las actuaciones incriminadas (As. 12 de abr. de 1957, *Dévé*, Rec. 266; S. 1957.241, concl. Gazier; D. 1957.336, concl.; AJ 1957. II.275, cr. Fournier y Braibant y II.317, concl.; sobre un experimento en una persona después de su muerte: – 2 de jul. de 1993, *Milhaud*, citada *ut supra*; sobre la inoculación a pacientes de sustancias letales: CE As. 30 de dic. de 2014, *Bonnemaison*, Rec. 444, concl. Keller; v. n.º 52.10). En los casos de aplicación de las leyes de amnistía, se ve en la necesidad de determinar si estas actuaciones son contrarias al honor o a la integridad (4 de dic. de 1956, *Dame Baudin*, Rec. 478; AJ 1957.II.99, cr. Fournier y Braibant; – Sect. 28 de ene. de 1994, *Cohen*, Rec. 35; RFDA 1994.443, concl. Bonichot).

Controla asimismo la legalidad del procedimiento que se ha seguido ante las jurisdicciones disciplinarias (Secc. 18 de febr. de 1955, *Offner*, Rec.101; RPDA 1955.80, concl. Laurent) y la motivación de sus decisiones (CE 7 de dic. de 1993, *Mme Barbotin*, Rec. 998; JCP 1994.II.22247, concl. Schwartz).

El recurso contencioso-administrativo contra las sanciones disciplinarias impuestas por los colegios es un ejemplo particularmente ilustrativo del grado de control que ejerce el Consejo de Estado como juez de casación (v. nuestras obs. sobre la sentencia CE 2 de febr. de 1945, *Moineau*\*).

Por diferentes motivos, el Consejo de Estado se ha visto, por tanto, en la necesidad de censurar la hostilidad del Colegio de Médicos contra las mutualidades. Denegó, en particular, al colegio el derecho a negarse a inscribir a un miembro o a imponer una sanción disciplinaria a un médico por el único motivo de haber suscrito un contrato con una clínica mutualista, al tiempo que estableció la obligación de homologación de estos contratos (CE As. 16 de mayo de 1947, *Teyssier*, Rec. 205; – As. 27 de abr. de 1951, *Privat*, Rec. 230; Der. soc. 1954.489, concl. J. Delvolvé; D. 1951.365, nota P. L. J.; – As. 29 de ene. de 1954, *Chaigneau*, Rec. 67; Der. soc. 1954.489, concl. J. Donnedieu de Vabres).

6 B. El Consejo de Estado también ha censurado estos comportamientos desde el punto de vista de la *responsabilidad*.

A este respecto, el ejercicio de las funciones administrativas no plantea ninguna dificultad concreta. Estas dan lugar a una indemnización por falta simple; las condenas son en ocasiones muy duras (CE 5 de dic. de 1947, *Froustey*, citada *ut supra*; 1 de oct. de 1954, *Delle Costier*, citada *ut supra*; – 12 de junio de 1987, *Preyval*, citada *ut supra*).

En lo que respecta a las sanciones disciplinarias impuestas por los colegios profesionales, se cuestiona si, dado su carácter jurisdiccional, pueden o no pueden dar lugar a que se incurra en responsabilidad y a quién ha de imputarse ésta en caso afirmativo: hallamos la respuesta a esta pregunta en la sentencia *Mme Popin\** de 27 de febr. de 2004.

Las citaciones abusivas dirigidas por uno de los órganos de un colegio profesional contra uno de sus miembros, instándole a presentarse ante un cuerpo disciplinario, pueden hacer que el colegio incurra en responsabilidad, correspondiéndole al propio cuerpo disciplinario determinar esta última (CE Secc. 6 de junio de 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*, Rec. 204, concl. Thiellay; RFDA 2008.689, concl., y 964, nota Pacteau; AJ 2008.1316, cr. Bourgeois-Machureau y Geffray; DA 2008, n.º 118, nota F. Melleray).

7 El juez administrativo ejerce los mismos controles sobre las organizaciones que, pese a no constituirse en colegio, tienen una potestad profesional que afecta al acceso o al ejercicio de la profesión 2004, *Société d'exercice libéral Landwell*, *Société d'avocats EY Law*, Rec. 427; JCP 2004.II.10137, nota Bandrac, y 10188, concl. Aguila; AJ 2005.319, nota Pontier; D. 2004.2740, nota Blanchard) y que les permite imponer sanciones que pueden llegar hasta la prohibición de ejercer (CE Secc. 26 de nov. de 1976, *Fédération française de cyclisme*, Rec. 513; v. n.º 7.6; – Secc. 18 de marzo de 1977, *Dame Meaux*, Rec. 158; AJ 1977.46, concl. Massot).

Por este mismo motivo, la Alta Asamblea se ha visto en la necesidad de defender los derechos y libertades de las personas contra la arbitrariedad de las instituciones profesionales, del mismo modo que las defiende contra la arbitrariedad del Estado.

En cambio, la Alta Asamblea es incompetente en el caso de los organismos que o bien desempeñan un papel exclusivo de gestión de la profesión, sin que dispongan de poder alguno sobre sus miembros, ni

en lo que respecta a su inscripción ni en materia disciplinaria (TC 13 de febr. de 1984, *Cordier*, Rec. 447; LPA 14 de nov. de 1984, concl. Labetoulle; RD publ. 1994.1139, nota R. Drago; RA 1984.588, nota Pacteau; – 16 de mayo de 1994, *Guez c. Chambre nationale de discipline des commissaires aux comptes*, Rec. 601), o bien, en el caso de que tengan alguna facultad disciplinaria sobre sus miembros, no la ejerzan en el marco de una misión de servicio público (CE 19 de marzo de 2010, *Chotard*, Rec. 81; AJ 2010.1443, nota Lapouble).

## 51. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. DERECHO DE DEFENSA

Consejo de Estado Secc., 5 de mayo de 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*

(Rec. 133; D. 1945.110, concl. Chenot, nota de Soto;  
RD publ. 1944.256, concl., nota Jèze)

Considerando que ha quedado probado que la decisión impugnada, con la que el prefecto del Sena privó a la viuda Trompier-Gravier de la autorización que se le había concedido para la venta de periódicos en un quiosco sito en el bulevar Saint-Denis en París, se fundaba en una falta que había supuestamente cometido la recurrente;

Considerando que, debido al carácter que cabía atribuir, en las circunstancias antes citadas, a la revocación del permiso y a la gravedad de esta sanción, no estaba legalmente justificado que se adoptara una medida de esta naturaleza sin antes haberle dado a la viuda Trompier-Gravier la oportunidad de presentar sus alegaciones contra las acusaciones de las que era objeto; que, dado que no se le había instado previamente a que presentara argumentos en su defensa, la recurrente tiene motivos fundados para afirmar que el prefecto del Sena adoptó la decisión impugnada de forma irregular y que ésta adolece, por tanto, de un defecto por exceso de poder;... (Anulación).

### OBSERVACIONES

- 1 **I.** Con esta sentencia, el Consejo de Estado consagró expresamente un principio que ya se había perfilado en decisiones anteriores y que gozaría de gran predicamento en la jurisprudencia posterior: «cuando una decisión administrativa adquiere el carácter de una sanción y supone un menoscabo importante para la situación individual de una persona, la jurisprudencia exige que se brinde la oportunidad al interesado de presentar alegaciones contra los motivos de la medida dirigida contra él» (concl. Chenot). Esta aplicación a las decisiones administrativas de una norma procesal fundamental en materia jurisdiccional (v. CE 20 de junio de 1913, *Téry\**), promovida por las dispo-

siones legislativas en materia de disciplina de los funcionarios, constituye uno de los resultados prácticos más notables de la teoría de los principios generales del derecho (v. nuestras obs. sobre la sentencia de 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire*\*).

Si no existe un texto legal en la materia, el respeto del «derecho de defensa» sólo se exige cuando la medida tiene un carácter sancionador y la sanción es de una gravedad suficiente. En el caso concreto que nos ocupa, la señora Trompier-Gravier, a la que se había concedido una autorización para la venta de periódicos en un quiosco del bulevar Saint-Denis, se había visto privada de la misma por haber intentado sustraer mediante extorsión unos ingresos a su gerente; puesto que la medida no se fundaba en el interés por proteger las vías públicas, sino en una supuesta falta que se imputaba a la interesada, ésta tenía derecho a que se le permitiera previamente presentar alegaciones contra las acusaciones de las que era objeto.

II. El ámbito de aplicación, en la jurisdicción administrativa, del principio del derecho de defensa se había ampliado progresivamente por efecto de la jurisprudencia, viéndose ésta última reforzada, en el caso de las medidas de policía, por la evolución de los textos legales.

1. Dentro de la perspectiva que había abierto el Comisario del Gobierno Chenot, el principio debía aplicarse a las medidas que tenían el carácter de una sanción. Pero, pese a su fidelidad respecto a este enfoque inicial, la jurisprudencia no limitó la aplicación del derecho de defensa a este único supuesto.

- 2
- a) Deben, obviamente, incluirse en el ámbito de aplicación del principio las medidas de desalojo o de despido, constituyendo éstas unas sanciones que se imponen teniendo en cuenta a la persona que es objeto de las mismas. Así lo ha considerado el Consejo de Estado en los ámbitos más diversos: purga administrativa (CE As. 26 de oct. de 1945, *Aramu*, Rec. 213; S. 1946.3.1., concl. R. Odent; EDCE 1947.48, concl.; D. 1946.158, nota G. Morange); expulsión de un funcionario público de un puesto de trabajo por una decisión unilateral del gobierno y por motivos que tienen que ver con la persona que es objeto de la medida (CE Secc. 20 de ene. de 1956, *Nègre*, Rec. 24; D. 1957.319, concl. Guionin); medidas de despido mediante un procedimiento especial tramitado de oficio (CE As. 23 de oct. de 1964,

*d'Oriano*, Rec. 486: v. n.º 30.8); despido de un funcionario con categoría de auxiliar que se efectúa por motivos que tienen que ver con la persona que es objeto de la medida (CE Secc. 9 de dic. de 1955, *Ministre des PTT c. Garysas*, Rec. 585); despido de un funcionario público por incapacidad física (CE Secc. 26 de oct. de 1984, *Centre hospitalier général de Firminy c. Mme Chapuis*, Rec. 342 RD publ. 1985.209, concl. Labetoulle).

- 3 b) La Administración debe asimismo respetar este principio cuando tiene previsto revocar una categoría o una ventaja por motivos que tienen que ver con la persona que es titular de las mismas. Tal es el caso de las decisiones administrativas individuales que interfieren con el ejercicio de una actividad profesional (Secc. 8 de ene. de 1960, *Ministre de l'intérieur c. Rohmer et Faist*, Rec. 12; RD publ. 1960.333, concl. Braibant; – Secc. 8 de nov. de 1963, *Ministre de l'agriculture c. Société coopérative d'insémination artificielle de la Vienne*, Rec. 532; D. 1964.492, nota Maestre; AJ 1964.28 cr. Fourré y Puybasset; – As. 13 de jul. de 1967, *Allegretto*, Rec. 315; D. 1968.47, concl. Galabert); de la revocación del reconocimiento de utilidad pública de una agrupación (CE As. 31 de oct. de 1952, *Ligue pour la protection des mères abandonnées*, Rec. 480); de la revocación del permiso concedido a una fundación de dar en adopción a los menores (CE Sec.. 19 de mayo de 1950, *Fondation d'Heucqueville*, Rec. 293), o incluso de suprimir un privilegio fiscal concedido a una empresa (CE Secc. 25 de oct. de 1985, *Société des plastiques d'Alsace*, Rec. 300; RJF 1985.797 concl. Chahid-Nourai; D. 1986. IR. 146, obs. Llorens).
- 4 c) Aunque, durante mucho tiempo, el Consejo de Estado consideró que las decisiones por las que la Administración se niega a conceder una autorización o un privilegio no estaban sujetas, salvo que un texto legal dispusiera lo contrario, al principio del derecho de defensa (CE Secc. 16 de marzo de 1979, *Ministre du travail c. Stephan*, Rec. 120; AJ 1979, n.º 12, p. 46, concl. contr. Galabert), la jurisprudencia obliga, no obstante, a que se respete este principio cuando una decisión, por la que se niega a un funcionario su reconocimiento como tal (CE 6 de abr. de 1992, *Procureur de la République c. Pirozelli*, Rec. 150) o por la que se rechaza la solicitud de ejercicio de una profesión regulada, se adopta por motivos que tienen que ver con la persona del interesado y se funda en hechos que no se mencionan en su solicitud (CE 25 de nov. de 1994, *Palem*, Rec. 753).

Sigue, empero, descartando la aplicación del principio en los casos de denegación de un contrato indefinido a un agente público en prácticas, unas vez terminadas éstas, debido al carácter probatorio y provisional de las mismas (CE Secc. 3 de dic. de 2003, *Mme Mansuy*, Rec. 469; AJ 2004.30, concl. Guyomar; RFDA 2004.1014, nota Mahinga).

- 5 d) Por ello, siempre que la medida revista una gravedad suficiente y que se adopte en función del comportamiento de la persona implicada o de sus actividades, la Administración está obligada a respetar este principio. Fuera del ámbito del Derecho de la Función Pública, el Consejo de Estado exige que se respeten el derecho de defensa antes de rescindir un contrato (CE Secc. 19 de marzo de 1976, *Ministre de l'économie et des finances c. Bonnebaigt*, Rec. 167), de disolver un organismo de vivienda protegida (CE 24 de abr. de 1964, *SA coopérative d'habitation à bon marché de Vichy*, Rec. 244), de retirar a un vino su denominación de origen (CE Secc. 9 de mayo de 1980, *Société des Établissements Cruse*, Rec. 217; AJ 1980.482, concl. Genevois; Gaz. Pal. 1980.2.749, nota Rozier y Thévenin; D. 1980. IR. 557, obs. P. Delvolvé) o incluso antes de dictar una medida que priva a un distribuidor de cerveza de la posibilidad de optar a la compra de unos almacenes (CE Secc. 9 de abr. de 1999, *Société Interbrew France*, Rec. 117; CJEG 1999.214, concl. Stahl).

Aunque su exigencia es menor que en los casos en los que se cuestiona el comportamiento de la persona implicada o sus actividades, el Consejo de Estado obliga a respetar el principio del derecho de defensa cuando, pese a estar legalmente estipulado que la retención debe establecerse a partir de elementos que está obligado a declarar el contribuyente, la Administración calcula el importe de dicha retención a partir de elementos distintos a los que aparecen en la declaración del interesado (CE Secc. 7 de dic. de 2001, *SA Ferme de Rumont*, Rec. 138; RFDA 2002.46, concl. Séners).

En el ámbito del Derecho de la Función Pública, el Consejo de Estado considera, inspirándose en las disposiciones del artículo 65 de la ley de 22 de abr. de 1905, que debe respetarse el derecho de defensa en el caso de la mayoría de las medidas que se adoptan por motivos relacionados con la persona del interesado: traslado de un Oficial motivado por hechos de carácter personal (CE As. 21 de junio de 1974, *Gribelbauer*, Rec. 356, concl. Braibant; AJ 1974.429, cr. Franc y Boyon); asignación de oficio y por anticipado de un Oficial General al segundo pelotón (CE 26 de abr. de 1967, *Ploix*, Rec. 176); excedencia

forzosa no disciplinaria de un Oficial General (CE Secc. 23 de junio de 1967, *Mirambeau*, Rec. 213); exclusión de un magistrado de la lista de candidatos aptos (CE Secc. 5 de nov. de 1976, *Zervudacki*, Rec. 477).

2. La jurisprudencia estableció, no obstante, dos límites a la aplicación del principio, habiendo sido éstos parcialmente cuestionados por el decreto de 28 de nov. de 1983 y luego por la ley de 12 de abr. de 2000.

- 6 a) El principio no se aplica, a menos que se disponga lo contrario en un texto legal, cuando se toma una medida de policía alegando que tiene un carácter preventivo y no constituye una sanción. Por consiguiente, ante el mutismo de la Ley al respecto, se daba por sentado que las medidas que se adoptaban en aras del interés del orden, la salud y la seguridad públicos no estaban sujetas al principio del derecho de defensa. Ocurría lo mismo, por ejemplo, con la retirada de la autorización de comercialización de especialidades farmacéuticas motivada por el interés en salvaguardar la salud pública (CE Secc. 25 de abr. de 1958, *Société «Laboratoires Geigy»*, Rec. 236, concl. Heumann; AJ 1958.II.227, cr. Fournier y Combarous) así como con las medidas de policía que se adoptaban en interés del orden público: cierre de un establecimiento expendedor de bebidas (CE 11 de dic. de 1946, *Dames Hubert et Crépelle*, Rec. 300); medidas de policía adoptadas en virtud del estado de emergencia promulgado por la ley de 3 de abr. de 1955 (CE As. 16 de dic. de 1955 *Dame Bourokba*, Rec. 590; v. n.º 31.9); disolución de una asociación al amparo de la ley de 10 de ene. de 1936 (As. 21 de jul. de 1970, *Krivine*, Rec. 499; AJ 1970.607, cr. Labetoulle y Cabanes; D. 1970.633, nota Broutin; JCP 1971.II.16672, nota Loschak).

- 7 No obstante, primero en virtud del artículo 8 del decreto de 28 de nov. de 1983, hoy derogado, y luego del art. 24 de la ley de 12 de abr. de 2000, de aplicación general, no pueden ejecutarse legalmente, hasta que el interesado no haya tenido la oportunidad de presentar sus observaciones, las decisiones administrativas que deben adoptarse al amparo de la ley de 11 de jul. de 1979, siendo éste en particular el caso de las medidas de policía. El artículo 8 del decreto y luego el art. 24 de la ley excluyen de esta obligación los casos de urgencia y los que se enmarcan en circunstancias excepcionales, así como los que obedecen a necesidades de orden público y al buen desarrollo de las relaciones internacionales. Dentro del marco de estas nuevas disposiciones, el

Consejo de Estado se ha visto en la obligación de aplicar a determinadas medidas de policía el principio del derecho de defensa: disolución de una asociación (CE 26 de junio de 1987, *Fédération d'action nationale et européenne*, Rec. 235; LPA 31 de jul. de 1987, nota Pacteau; AJ 1987.679, cr. Prétot; D. 1989.168 nota C. S.); prohibición de venta a los menores y de exhibición de publicaciones (CE 19 de ene. de 1990, *Société française des revues SFR*, Rec. 553; AJ 1990.93, cr. Honorat y Baptiste).

- 8            b) Tampoco se exige el respeto de este principio en aquellos supuestos en los que la Administración no procede a valorar el comportamiento de un administrado o de un funcionario, limitándose a sacar las conclusiones jurídicas de una situación de carácter objetivo. Así ocurre en el caso de la expulsión de un agente que se deriva necesariamente del hecho de haber suspendido un examen (CE 26 de marzo de 1982, *Delle Sarrabay*, Rec. 521; RA 1982.389, nota Pacteau), del descenso de categoría de un club de fútbol debido a la declaración de quiebra de la persona moral de la que depende (CE Secc. 12 de jul. de 1991, *Ministre de la jeunesse et des sports et association nouvelle des Girondins de Bordeaux*, Rec. 285, concl. Pochard; RFDA 1992.203, nota Simon) o de la comprobación de la caducidad de una autorización administrativa (CE Secc. 22 de marzo de 1996, *Société NRJ, SA*, Rec. 91; RD publ. 1996.1762, concl. Fratacci).

Se utilizó exactamente el mismo razonamiento en el caso de la revocación de un acto administrativo por motivos de legalidad (CE Secc. 20 de febr. de 1953, *Dame Cozic-Savoure*, Rec. 86). Pero esta solución ha sido objeto de modificaciones desde que, en virtud de las disposiciones complementarias del art. 8 del decreto de 28 de nov. de 1983 y de la ley de 11 de jul. de 1979, la revocación de un acto generador de derechos, el cual debe estar formalmente motivado, no puede producirse sin que se haya brindado a la persona implicada la posibilidad de formular sus observaciones (CE 28 de ene. de 1991, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c. Melle Lopez*, Rec. 672).

- 9            **III.** Son tres los aspectos fundamentales que incluye el derecho de defensa. En primer lugar, el interesado tiene derecho a que se le informe de que se ha iniciado un procedimiento en su contra, al tiempo que se le comunican las acusaciones de las que es objeto; esta información, imprescindible para una defensa eficaz, debe facilitarse en un plazo razonable antes de que se dicte la sanción o se adopte la medida

que le atañe, es decir, ni demasiado pronto (CE Secc. 8 de nov. de 1963, *Ministre de l'agriculture c. Société coopérative d'insémination artificielle de la Vienne*, préc. n.º 51.3), ni demasiado tarde (CE Secc. 20 de ene. de 1956, *Nègre*, citada *ut supra* n.º 51.2). Por consiguiente, el plazo del que disponga para preparar su defensa debe ser suficiente (CE 8 de junio de 2015, *Oueslati*; AJ 2015.1184). En segundo lugar, a tenor de los textos legales relativos a la profesión de letrado, el interesado tiene, en materia disciplinaria, derecho a la asistencia de un letrado, salvo cuando ésta sea incompatible con el funcionamiento del organismo implicado o cuando la excluyan las disposiciones estatutarias por las que se rigen las personas interesadas (CE Secc. 4 de mayo de 1962, *Lacombe*, Rec. 300; AJ 1962.289, cr. Galabert y Gentot; – Secc. 8 de nov. de 1963, *Ministre de l'agriculture c. Latour*, Rec. 532; AJ 1964.28, cr. Fourré y Puybasset). Por último, cuando se estipula en el texto legal correspondiente que el interesado tiene derecho a la comunicación de su expediente personal, ésta debe ser una comunicación íntegra.

Dado el silencio de los textos a este respecto, el Consejo de Estado ha considerado que no existe ningún principio general del derecho que obligue a comunicar a la persona implicada el dictamen de la comisión a la que consultó el prefecto antes de tomar la decisión de imponer la sanción (CE 30 de ene. de 2012, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, Rec. 559; AJ 2012.1054, concl. contr. Botteghi).

10

**IV.** La firmeza y la constancia en la aplicación por el juez administrativo del principio de los derechos de defensa no son ajenas al reconocimiento de dicho principio por el Consejo Constitucional, tanto en materia penal (n.º 76-70 DC, 2 de dic. de 1976, Rec. 39; D publ. 1978.817, com. Favoreu) como en materia administrativa (n.º 77-83 DC, 20 de jul. de 1977, Rec. 39; RD publ. 1978.827, com. Favoreu; D. 1979.297, nota L. Hamon; AJ 1977.599, com. Denoix de Saint Marc; RA 1977.509, nota Plouvin).

Tras incluirlo inicialmente entre los «principios fundamentales que reconocen las leyes de la República», el Consejo Constitucional empezó a considerar que este principio tenía su origen en las disposiciones del artículo 16 de la Declaración de los Derechos Humanos relativas a la «garantía de los derechos», tras adoptar su decisión n.º 2006-535 DC de 30 de marzo de 2006 (Rec. 50; LPA 5 de abr.

de 2006, nota Schoettl; AJ 2006.1961, nota Geslot; LPA 13 de abr. de 2006, nota Mathieu; RD publ. 2006.769, nota Camby).

- 11 V. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que asumen como propia los Estados miembros cuando ponen en práctica el Derecho de la Unión, proclama en su artículo 41, párrafo 2, «*el derecho de toda persona a ser oída antes de que se adopte en su contra una medida que le afecte negativamente*».

El Consejo de Estado optó, respecto al procedimiento de expulsión de los extranjeros en situación irregular, por una aplicación pragmática de estas disposiciones al considerar que, aunque el prefecto tenga que dar al interesado la oportunidad de ser oído, antes de adoptar una decisión que le obligue a abandonar el territorio, esta exigencia queda satisfecha en el supuesto de que la orden de abandonar el territorio se dicte de modo simultáneo a la denegación del permiso de residencia, habiendo sido precedida esta última del respeto del derecho a ser oído (CE 4 de junio de 2014, *Halifa*, Rec.152; JCP Adm. 2014.2355, nota Marti; AJ 2014.1501, concl. Domino).

Esta interpretación no fue considerada contraria al Derecho de la Unión Europea (CJUE 5 de nov. de 2014, *Mme Mukarubega*, caso C-166/13; AJ 2014.2158).

## 52. RECURSO DE CASACIÓN

Consejo de Estado Secc., 2 de febrero de 1945, *Moineau*

(Rec. 27; D. 1945.269, nota Colliard; S. 1946.3.9, nota L'Huillier)

Considerando que de los elementos que obran en el expediente, en el que se basó el tribunal disciplinario del Colegio de Médicos para pronunciarse, no cabe deducir que su decisión estuviera fundada en hechos materialmente inexactos;

Considerando, por otra parte, que la apreciación que realizó el tribunal disciplinario sobre el valor de determinados métodos utilizados por el señor Moineau escapa al control del juez de casación;

Considerando, por último, que habida cuenta del carácter soberano de esta valoración, los actos que se imputan al recurrente podían dar lugar a la denegación de su inscripción como miembro del Colegio de Médicos;... (Desestimación).

### OBSERVACIONES

- 1 Estando en vigor las leyes promulgadas por el gobierno de Vichy, que reservaban el ejercicio de las profesiones médicas a los miembros del Colegio de Médicos, creado por la ley de 7 de oct. de 1940, el señor Moineau había solicitado su inscripción como miembro de este colegio. El consejo regional se negó a inscribirlo, al considerar que no cumplía con los requisitos de ética profesional que eran imprescindibles para ser admitido; la negativa fue confirmada por el tribunal disciplinario del Consejo Nacional del colegio. El señor Moineau impugnó esta decisión ante el Consejo de Estado, amparándose en el art. 38 de la ley de 10 de sept. de 1942. El Consejo de Estado ya había tenido que pronunciarse sobre otros recursos interpuestos contra decisiones que emanaban del Consejo Superior del Colegio de Médicos y los había tramitado como recursos por exceso de poder (2 de abr. de 1943, *Bouguen\**). Las modificaciones aportadas a la ley de 10 de sept. de 1942, que encomendaban la inscripción de médicos en el colegio a los consejos regionales y, en segunda instancia, al tribunal disciplinario del Colegio Nacional de Médicos, órgano compuesto no sólo por

médicos, sino también por un Consejero de Estado que lo preside, y cuyas resoluciones se adoptan mediante un procedimiento contradictorio que garantiza el respeto de los derechos de defensa, llevaron al Consejo de Estado a considerar a este organismo como una jurisdicción a la que corresponde pronunciarse en última instancia, y cuyas decisiones están bajo su control por la vía del recurso de casación (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia *d'Aillières\**, 7 de febr. de 1947). Con posterioridad al caso que nos ocupa se dictó la sentencia *de Bayo* de 12 de dic. de 1953 (Rec. 544; v. n.º 50.2), que somete todas las decisiones que se adopten en materia de inscripción como miembro de un colegio profesional al control de la jurisdicción administrativa por la vía del recurso por exceso de poder. Pero la sentencia *Moineau* sigue siendo importante porque, en sus tres párrafos de notable brevedad y gran claridad, *el Consejo de Estado definió la naturaleza y el alcance de las facultades del juez de casación.*

El tribunal disciplinario se había fundado en los métodos utilizados por el doctor *Moineau* en materia de diagnóstico para negarse a inscribirlo como miembro del colegio.

El Consejo de Estado aceptó comprobar, en un primer momento, basándose en los elementos del expediente, la materialidad de los hechos alegados contra el doctor *Moineau*; declaró, a continuación, que no tenía capacidad para controlar la apreciación de los hechos por el juez encargado de examinar el fondo; comprobó que los hechos que correspondía valorar a este último justificaban su decisión.

Por consiguiente, el Consejo de Estado ejerce un control sobre la existencia material de los hechos y sobre su idoneidad para legitimar el acto, pero se niega a comprobar la valoración que realiza sobre los mismos el juez que examina el fondo de la causa.

Con posterioridad a la sentencia *Moineau*, el recurso de casación adquirió una importancia considerable con las reformas del procedimiento contencioso-administrativo a las que dieron lugar el decreto de 30 de sept. de 1953 y, sobre todo, la ley de 31 de dic. de 1987; a partir de entonces el Consejo de Estado ha pasado a ser considerado normalmente como un juez de casación. En efecto, cuando no exista ninguna disposición que diga lo contrario, el contencioso-administrativo será competencia, en primera instancia, de los tribunales administrativos y, en segunda instancia, de los tribunales administrativos de apelación: las sentencias de estos últimos se remitirán al Consejo de Estado por la vía del recurso de casación (art. 10 de la ley de 31 de dic. de 1987 –

art. L. 821-1 CJA). En varios de los procedimientos de recurso de urgencia, las decisiones de los tribunales administrativos pueden ser objeto de un recurso de casación únicamente ante el Consejo de Estado.

Lejos de experimentar la agonía que parecía anunciar durante un tiempo la doctrina, el recurso de casación ha sido más bien objeto de una revitalización. Las sentencias que se han dictado en la materia a partir del 1 de ene. de 1989 han restablecido la vigencia de los elementos de la jurisprudencia anterior sobre *el alcance del control por la vía del recurso de casación*.

Como ocurría en el caso del recurso por exceso de poder, el recurso de casación se puede analizar teniendo en cuenta los aspectos *externos* (I) e *internos* (II) de la decisión impugnada. También en este caso hay que determinar su *alcance* (III).

## 2

I. En lo concerniente a sus aspectos *externos*, *la incompetencia* no plantea ninguna dificultad salvo cuando la jurisdicción consta de varias secciones especializadas (v., por ej., CE Secc. 6 de dic. de 1957, *Conseil central des pharmaciens d'officine [Sección A]*, Rec. 664). El *defecto de forma* ocupa, por el contrario, un lugar muy importante entre los casos de interposición de un recurso de casación, en particular, desde la doble perspectiva de la vulneración del derecho de defensa y de la motivación insuficiente de la decisión impugnada.

El procedimiento jurisdiccional debe ser *contradictorio*, y son muy numerosas las sentencias que anulan unas decisiones jurisdiccionales por vulneración de los derechos de defensa (CE 20 de junio de 1913, *Téry\**; – 7 de febr. de 1947, *d'Aillières\**). Al igual que el Tribunal de Casación (22 de dic. de 1922, S. 1924.I.235), el Consejo de Estado ejerce un control estricto sobre la *motivación* de las decisiones que le son trasladadas. Controla la *existencia* misma de la motivación (la obligación de motivar es válida para todas las decisiones judiciales: CE 23 de nov. de 1979, *Landsmann*, Rec. 430) y el *contenido* de la motivación. Cabe destacar dos cuestiones a este respecto. La primera es la obligación que tiene el juez que examina el fondo de pronunciarse sobre todas las conclusiones y los motivos que se aleguen, salvo los motivos inoperantes (CE Secc. 25 de marzo de 1960, *Boileau*, Rec. 234; AJ 1960. I.95, cr. Combarrous y Galabert; GACA, n.º 48). La segunda está relacionada con la calidad de la motivación: debe ser suficiente para justificar la parte dispositiva de la decisión y «para permitir al juez de casación ejercer el control de legalidad que le

corresponde efectuar» (CE As. 20 de febr. de 1948, *Dubois*, Rec. 87; D. 1948.557, nota P. L. J.). Esta obligación incluye también un segundo aspecto.

- 3 Exige que se determine si las circunstancias alegadas figuran entre aquellas que permiten aplicar o descartar las disposiciones objeto de cuestionamiento. Esto es lo que ocurre, en particular, en materia de sanciones (CE As. 20 de febr. de 1948, *Dubois*, citada *ut supra*). En línea con las soluciones aplicables a la antigua suspensión de la ejecución de las decisiones administrativas, (v. nuestras obs. sobre CE 18 de ene. de 2001, *Commune de Venelles\**, y 5 de marzo de 2001, *Saez\**), el juez del recurso de urgencia-suspensión debe indicar, de un lado, los motivos que pueden generar, en la fase en que se encuentra la instrucción, una duda importante sobre la legalidad de la decisión (CE 14 de marzo de 2001, *Ministre de l'intérieur c. Massamba*, Rec. 1099; comp. – Secc. 5 de nov. de 1993, *Commune de Saint-Quay-Portrieux*, Rec. 306; RFDA 1994.43, concl. Schwartz; AJ 1993.844, cr. Maugüé y Touvet) y, de otro, «las razones de derecho o de hecho por las que considera o bien que la urgencia justifica la suspensión del acto impugnado, o bien que no la justifica» (CE Secc. 25 de abr. de 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan*, Rec. 220; RFDA 2001.849, concl. Lamy; RD publ. 2002.962, obs. Guettier).

La motivación debe asimismo permitir, en el caso de que el juez responsable de examinar el fondo pueda optar entre varias soluciones (en particular, entre varias sanciones), establecer la relación que existe entre las circunstancias alegadas y el contenido de la decisión (CE 29 de abr. de 1988, *Cuaz*, Rec. 176; AJ 1988.400, concl. Daëli): de este modo, el juez puede controlar con fines de comprobación de la motivación (defecto de forma) lo que no puede controlar con fines de determinación de una infracción de la Ley.

- 4 **II.** El control de la *legalidad interna* de la decisión impugnada es más complejo, ya que el juez de casación, a la vez que está obligado a vigilar que el juez que examina el fondo ha respetado la norma de derecho, debe evitar convertirse en un juez de tercera instancia: «no actúa como juez del litigio, sino como juez de la sentencia que ha resuelto el litigio» (concl. Stahl sobre CE Sec. 22 de abr. de 2005, *Commune de Barcarès*, Rec. 170; BJDU 2005.201 y RFDA 2005.557).

El Consejo de Estado tiende desde 1989 a dejar a los tribunales administrativos de apelación un margen de apreciación acorde con su condición y su papel, al tiempo que desempeña su papel de garante del

mantenimiento de la unidad del Derecho. Esta necesidad queda muy clara en la sentencia (Secc.) de 27 de marzo de 1989, *Société d'assurances La Nantaise et l'Angevaine réunies* (Rec. 109; RFDA 1998.732, concl. Bergeal, nota Bourrel), sobre un pliego de cláusulas administrativas generales: aunque «*las estipulaciones que contiene se aplican sólo a los mercados que se mencionan explícitamente, éstas acabarán en último término, debido a las condiciones de su elaboración, a su alcance y a su aprobación por la autoridad administrativa, por aplicarse a un gran número de mercados en el conjunto del territorio nacional; compete, por consiguiente, al juez de casación, cuya misión consiste en garantizar la aplicación uniforme de la norma de derecho, controlar la interpretación que hacen los jueces que han de pronunciarse sobre el fondo de las estipulaciones del mencionado pliego*» (en este mismo sentido, CE 9 de abr. de 2010, *Société Vivendi*, Rec. 860; RJEP ene. 2011.12, concl. N. Boulouis) – por el contrario, la interpretación de un contrato se somete, en general, a la apreciación soberana del juez que ha de pronunciarse sobre el fondo (CE Secc. 10 de abr. de 1992, *SNCF c. Ville de Paris*, Rec. 168; RFDA 1992.79, concl. Tabuteau).

Se intenta que exista este mismo equilibrio en el recurso por exceso de poder, respecto al cual no se concedió facultades al Consejo de Estado para actuar como juez de casación hasta que la ley de 8 de febr. de 1995 no atribuyó la plena competencia en la materia a los tribunales administrativos de apelación. A este respecto, el recurso de casación presenta algunas particularidades, en especial, cuando de la decisión jurisdiccional impugnada se deriva la anulación de un acto administrativo por motivos entre los cuales sólo uno bastaría para justificarla: aunque el juez de casación tenga que desestimar el recurso, «no puede en modo alguno, a menos que desconozca su oficio, pronunciar esta desestimación sin antes censurar el motivo o los motivos que cabía considerar como erróneos» (*Commune de Barcarès*). Por tanto, la revisión de todos los motivos del fallo o de la sentencia impugnados permite evitar que se mantengan aquellos que carecían de fundamento: se trata de una garantía de la legalidad, que constituye el objeto mismo del recurso por exceso de poder y, por tanto, del recurso de casación que se ejerce en este procedimiento contencioso-administrativo.

Desde un punto de vista teórico, cabe distinguir tres aspectos del control de la legalidad interna del fallo o de la sentencia objeto de un recurso de casación: la infracción directa de la norma de derecho, el

error de derecho, los errores relativos a los hechos. Antes de analizar cada uno de estos elementos, conviene señalar que su distinción es relativa en sí misma: entre el desconocimiento directo de la norma de derecho y el error de derecho, entre el error de derecho y el error de calificación jurídica de los hechos o su tergiversación, sólo pueden existir algunos matices que las fórmulas de las sentencias no siempre permiten captar.

5           1. *La infracción directa de la norma de derecho* es en la mayoría de los casos objeto de sanción por el juez de casación, ya que su papel consiste fundamentalmente en vigilar que los jueces que examinan el fondo respeten el Derecho. Encontramos un ejemplo antiguo en el desconocimiento de la cosa juzgada (CE 8 de jul. de 1904, *Botta\**).

2. *El error de derecho* se da principalmente en tres casos: – desconocimiento de sus propias atribuciones por el juez que examina el fondo: por ejemplo, cuando ignora «las atribuciones del juez responsable de los contratos, al cual no le está permitido pronunciar la inhabilitación de un adjudicatario, salvo cuando éste haya cometido una falta de de una gravedad excepcional» (CE 12 de marzo de 1999, *SA Méribel 92*, Rec. 61; v. n.º 20.8); – aplicación de un texto o de una norma que no cabía aplicar (por ej., en materia de responsabilidad, exigencia de una falta grave, cuando era suficiente una falta simple: CE As. 9 de abr. de 1993, Rec. 110, concl. Legal; v. n.º 90.2; exigencia de una falta cuando la Administración incurre en responsabilidad sin falta: CE As. 26 de mayo de 1995, *Consorts Nguyen, Jouan et consorts Pavan*, Rec. 221; v. n.º 90.4), o, por el contrario, no aplicación de un texto o de una norma que había que aplicar (CE 5 de dic. de 2005, *Mann Singh*, Rec. 545; v. n.º 45.1: error que consiste en no haber alegado de oficio un motivo de incompetencia); – toma en consideración de elementos que no tienen incidencia alguna en la causa (CE Secc. 17 de ene. de 1992, *Université de Dijon c. Mmes Picard et Brachet*, Rec. 24) o, por el contrario, omisión de examen de elementos que sí eran necesarios para adoptar la decisión (CE Secc. 28 de jul. de 1993, *Ministre de la défense c. Stefani*, Rec. 231; AJ 1993.685, cr. Maugüé y Touvet, y 746, obs. J. Moreau).

Respecto a las órdenes dictadas por el juez de los recursos de urgencia, «dadas las funciones» que le asignan los artículos L. 511-1 y L. 521-1 CJA, el control que éste ejerce en el recurso de casación sobre el error de derecho se limita a aquellos supuestos de error grave (CE

Secc. 29 de nov. de 2002, *Communauté d'agglomération Saint-Étienne Métropole*, Rec. 421; Justice et cassation, 2005, p. 259, concl. Vallée; AJ 2003.278, cr. Donnat y Casas; GACA, n.º 13).

- 6        3. El juez de casación debe mostrarse especialmente vigilante respecto a los *hechos* para no convertirse en un juez cuya labor consista en examinar el fondo de la causa. Ello no obsta para que le corresponda examinar su materialidad y su calificación jurídica. No controla su valoración, salvo en los casos de tergiversación.

a) Según la sentencia *Moineau*, el Consejo de Estado controla la materialidad de los hechos, es decir, comprueba si los hechos en los que se ha amparado el juez al que correspondía examinar el fondo existían materialmente, en línea con el control que le corresponde efectuar en el recurso por exceso de poder (CE 14 de ene. de 1916, *Camino\**) y a diferencia del que ejerce el Tribunal de Casación. El error material debe derivarse exclusivamente de los elementos del expediente; no puede apreciarse en las nuevas investigaciones que realice el juez de casación (CE 28 de jul. de 1993, *Consorts Dubouloz*, Rec. 250; RFDA 1994.36, concl. Bonichot; AJ 1993.685, cr. Maugué y Touvet).

- 7        b) El control de la *calificación jurídica* de los hechos es comparable al que se realiza en el recurso por exceso de poder (CE 4 de abr. de 1914, *Gomel\**), aunque debe tenerse en cuenta la distinción entre el recurso de casación que se dirige contra las sentencias dictadas sin mediación de un recurso por exceso de poder y el que se dirige contra las sentencias dictadas como resultado de un recurso por exceso de poder.

En los recursos por motivos distintos al exceso de poder, el Consejo de Estado considera que, en materia de responsabilidad, por ejemplo, la calificación jurídica es la que determina el carácter culposo de una actuación de la Administración (CE 9 de abr. de 1993, *D.*, citada *ut supra*), el carácter excepcionalmente peligroso de una obra pública (CE 5 de junio de 1992, *Ministre de l'équipement, du logement et de la mer c. Époux Cala*, Rec. 225; RFDA 1993.68, concl. Le Chatelier; AJ 1992.650, cr. Maugué y Schwartz), la naturaleza directa del nexo existente entre los hechos constatados y el perjuicio ocasionado (CE 26 de nov. de 1993, *SCI Les jardins de Bibemus*, Rec. 327). Se procede a este mismo tipo de control en materia de responsabilidad contractual, por ejemplo, en el caso de la falta cuya naturaleza justifica la rescisión de

un contrato público (CE 26 de febr. de 2014, *Société Environnement services, Commu-nauté d'agglomération du pays ajaccien*, Rec. 750; BJCP 2014.185, concl. Pellissier; RJEP de dic. de 2014.26, concl.; AJ 2014.1561, nota F. Lombard; CMP abr. 2014.29, nota Pietri). Respecto al convenio que ampliaba el servicio conocido como «Vélib» (bicicletas públicas compartidas) a los municipios limítrofes con París, el Consejo de Estado optó por un control de la calificación jurídica, pese a que el Comisario del Gobierno hubiera propuesto que se denunciara la desvirtuación del servicio (CE Secc. 11 de jul. de 2008, *Ville de Paris*, Rec. 270; BJCP 2008.361, concl. N. Boulouis; AJ 2008.1817, cr. Geffray y Liéber; JCP Adm. 2008.2189, nota Linditch; RD publ. 2009.538, nota Guettier).

En los procedimientos contencioso-administrativos por exceso de poder, el Consejo de Estado considera que le corresponde controlar por la vía del recurso de casación la calificación de unas instalaciones desde el punto de vista de la legislación en materia de urbanismo (CE 29 de oct. de 1997, *Commune de Toulouges*, Rec. 380), la calificación de un bien en el sentido del Código Civil y la legislación sobre monumentos históricos (CE 24 de febr. de 1999, *Société Transurba*, Rec. 33), la calificación del acoso moral que comete un superior contra sus subordinados (CE 21 de nov. de 2014, *Chambre de commerce et d'industrie de Nice-Côte d'Azur*, Rec. 720), tal y como ocurre cuando se interpone ante él un recurso por exceso de poder (v. CE 4 de abr. de 1914, *Gomel*\*).

La similitud entre el control por la vía del recurso de casación que ejerce el Consejo de Estado en los procedimientos contencioso-administrativos por exceso de poder y el que ejerce cuando interviene él mismo como juez del exceso de poder se acentúa en los casos en que la legalidad de una decisión depende de su proporcionalidad. Corresponde, por tanto, al Consejo de Estado comprobar por la vía del recurso de casación: la calificación de utilidad pública de una operación (CE Secc. 3 de jul. de 1998, *Mme Salva-Couderc*, Rec. 297; v. n.º 81.9); el grado de vulneración del derecho de un extranjero al respeto de su vida familiar (CE Secc. 11 de junio de 1999, *Ministre de l'intérieur c. El Mouhaden*, Rec. 176; *Cheurfa*, Rec. 177; AJ 1999.789, cr. Fombeur y Guyomar; v. – 8 déc. 1978, *GISTI*\*); en caso de despido de un asalariado protegido, según las tres sentencias de Sección del 11 de junio de 1999 (*Prouvost, Mme Chicard, Société «Les Grands Moulins de Strasbourg*», Rec. 180 y s., concl. Bachelier; AJ 1999.789, cr.

Fombeur y Guyomar), la realidad de los motivos económicos, la gravedad de la falta, así como la naturaleza de las funciones que desempeñaba en la empresa y que podrían justificarlo (v. CE 5 de mayo de 1976, *SAFER d’Auvergne c. Bernette\**).

El control de la calificación jurídica de los hechos responde a la voluntad de evitar las incertidumbres y contradicciones en la aplicación del Derecho por el juez que examina el fondo de la causa: lo que se pretende es garantizar la coherencia del derecho, respecto a la generalidad de una norma. Cuando los hechos de un caso son preponderantes, estarán sujetos a una sola valoración.

8 c) La *valoración de los hechos* por los jueces que han de pronunciarse sobre el fondo tiene un carácter *soberano*: escapa al control del juez del recurso de casación. Así lo indica expresamente la sentencia *Moineau*. Y lo confirma una jurisprudencia muy abundante. Por ejemplo, es «una valoración soberana de los hechos» la que permite al juez encargado de examinar el fondo establecer que una joven lleva «permanentemente» y «con actitud intransigente» un «pañuelo de tela estampada que le cubre el cabello» (CE 5 de dic. de 2007, *M. et Mme Ghazal*, Rec. 464; v. n.º 23.6) – siendo parte de la valoración la evidencia manifiesta de la adscripción religiosa que desvela un tal comportamiento.

9 d) La *desvirtuación* puede referirse tanto a *los hechos de la causa* (CE Ass. 4 de ene. de 1952, *Simon*, Rec. 13, concl. Letourneur) (en particular, en el procedimiento de recurso de urgencia, sobre el carácter urgente: CE Secc. 22 de febr. de 2002, *Société des pétroles Shell-Berre*, Rec. 59; CJEG 2002.454, concl. Lamy; RD publ. 2003.467, nota Guettier) y los elementos del expediente (CE 3 de oct. de 2011, *Syndicat mixte des transports en commune (SMTC) Tisseo et Société de la mobilité de l’agglomération toulousaine (SMAT)*, Rec. 1062; AJ 2012.57, nota Depigny; – 27 de febr. de 2015, *La Poste*, AJ 2015.1045, concl. Domino), como a *los actos objeto de enjuiciamiento* en el litigio: la desvirtuación puede referirse, en especial, a la interpretación de las cláusulas de un contrato o de la voluntad común de las partes (CE 10 de abr. de 1992, *SNCF c. Ville de Paris*, citada *ut supra*; – 10 de mayo de 1995, *Centre hospitalier du Faucigny*, JCP 1995. II.22454, concl. Aguila).

El juez de casación puede, por tanto, censurar los errores crasos del juez responsable de examinar el fondo en los ámbitos en los que éste dispone de un poder «soberano». El control de la desvirtuación en

los recursos de casación se asemeja al del error manifiesto de apreciación en el recurso por exceso de poder.

- 10** El alcance del control que se ejerce a través del recurso de casación sobre las decisiones de los tribunales disciplinarios también es similar al que se ejerce a través del recurso por exceso de poder sobre las sanciones disciplinarias dictadas por las autoridades administrativas (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Gomel* de 4 de abr. de 1914\*, y CE As. 13 de nov. de 2013, *Dahan*, Rec. 279, concl. Keller; n.º 27.11). En la sentencia *Bonnemaison* de 30 de dic. de 2014 (Rec. 444, concl. Keller; RFDA 2015.67, concl.; AJ 2015.749, cr. Lessi et L. Duthellet de Lamothe), que se dictó con motivo de un recurso interpuesto contra una decisión del tribunal disciplinario del Colegio de Médicos, a través de la cual se había borrado el nombre de un médico de la lista de miembros del colegio alegando que había administrado una inyección letal a tres pacientes, el Consejo de Estado sentó los diferentes motivos de control que cabe distinguir.

Algunos están relacionados con la legalidad de la decisión impugnada (firma, procedimiento, motivación). Otros tienen que ver con sus fundamentos y son objeto de una definición muy precisa; son tres los elementos que los distinguen.

El primero está relacionado con la materialidad de los hechos: *«compete al juez de casación asegurarse de que la decisión de los jueces que han de pronunciarse sobre el fondo se haya adoptado de conformidad con la Ley, según se desprende de los elementos del expediente sometido a su escrutinio»*, y censurar toda posible desvirtuación.

El segundo elemento a tener en cuenta es el principio de la sanción: el juez de casación verifica que no se aprecie ningún error de derecho ni de calificación jurídica de los hechos imputados al interesado.

Por último, en lo que respecta a la proporcionalidad de la sanción, *«aunque la elección de la sanción depende de la valoración de los jueces que han de pronunciarse sobre el fondo, después de examinar el conjunto de las circunstancias del caso, corresponde al juez de casación comprobar que la sanción elegida no sea desproporcionada con respecto a la falta cometida y que se haya dictado de conformidad con la Ley»*.

Este control es comparable al que se ejerce en el recurso por exceso de poder, centrándose este último exclusivamente en el carácter culposo de los hechos imputados y en la proporcionalidad de la sanción impuesta (CE 27 de febr. de 2015, *La Poste*, citada *ut supra*).

11

**III.** El alcance de las sentencias dictadas como resultado del recurso de casación (Secc.) ha quedado establecido claramente con la sentencia de 30 de dic. de 2005, *Commune de Beausoleil* (Rec. 410, concl. Verclytte; BJDU 2005.431, concl., obs. Touvet; JCP 2005. II.10175, concl.; RFDA 2005.1141, concl.; AJ 2005.2450, cr. Landais y Lenica): «*por regla general, las decisiones adoptadas por el juez de casación sólo tienen la autoridad relativa de la cosa juzgada*» (que se caracteriza por la identidad de las partes, de la causa y del objeto); «*no ocurre lo mismo cuando el juez de casación anula una decisión jurisdiccional que tiene por sí misma una autoridad absoluta o cuando la confirma por otros motivos*» (siendo éste el caso, en particular, de las decisiones de anulación dictadas como resultado de un recurso por exceso de poder, v. nuestras obs. sobre CE 8 de jul. de 1904, *Botta\** y 26 de dic. de 1925, *Rodière\**).

Cuando censura la decisión del juez al que compete examinar el fondo, el juez de casación no pronuncia necesariamente su anulación ni el traslado de la causa para que sea enjuiciada de nuevo.

El recurso de casación se evita cuando, al adolecer la decisión de un error de derecho, el Consejo de Estado puede proceder a una sustitución de motivo, o incluso a una sustitución de fundamento legal. En el primer caso, hallamos el ejemplo de un motivo que había sido desestimado por motivos de fondo en primera instancia por el tribunal de apelación administrativo, pese a tratarse de un motivo inoperante (CE 20 de mayo de 1994, *Gouelo*, Rec. 252). En el segundo caso, encontramos un ejemplo especialmente ilustrativo en la sentencia CE As. 2 de jul. de 1993, *Milhaud*, Rec. 194, concl. Kessler; v. n.º 92.2: para sancionar a un médico que había realizado experimentos sobre un cadáver, el tribunal disciplinario del Colegio de Médicos se fundó irregularmente en unas disposiciones del Código Deontológico que sólo pueden aplicarse a las personas vivas, pero, dado que los principios deontológicos fundamentales en materia de respeto de la persona humana prohíben los experimentos con una persona después de su muerte, la sanción estaba justificada).

El hecho de que una decisión sea objeto de un recurso de casación no supone necesariamente que el caso se reenvíe al juez al que compete examinar el fondo. Deben distinguirse dos supuestos.

El primero se da cuando no procede la remisión, porque no hay ninguna cuestión que tenga que ser enjuiciada de nuevo o porque, dadas las condiciones en las que se pronunció el tribunal, éste no puede

volver a pronunciarse sobre el caso (por ej., CE Secc. 20 de oct. de 2000, *Société Habib Bank*, Rec. 433, concl. Lamy; v. n.º 98.9).

El segundo es consecuencia del artículo 11 de la ley de 31 de dic. de 1987 (art. L. 821-2 CJA), que permite al Consejo de Estado «resolver el caso por motivos de fondo si el interés de una buena administración de la justicia así lo justifica». El Consejo de Estado hace uso de esta posibilidad para evitar que se alarguen los plazos del juicio.

Cuando, después de ser objeto una decisión de un recurso de casación, se vuelve a trasladar el caso, se remite a otra jurisdicción de la misma naturaleza o, en su caso, a la misma jurisdicción, debiendo pronunciarse otro de sus órganos, salvo cuando esto no sea posible.

Si se interpone un segundo recurso de casación contra la decisión del tribunal al que se trasladó la causa y el Consejo de Estado lo admite nuevamente, tiene que pronunciarse definitivamente sobre el caso, de conformidad con el art. 11 de la ley de 31 de dic. de 1987 (por ej., CE 27 de oct. de 1997, *Delmas*, Rec. 374).

### 53. RESPONSABILIDAD. AUTORIDADES TUTELARES O DE CONTROL

Consejo de Estado As., 29 de marzo de 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle c/ État*

(Rec. 100; RD publ. 1946.490, concl. Lefas, nota Jèze;  
S. 1947.3.73, nota Mathiot)

Considerando que el perjuicio, que la Caja Departamental de Seguros Sociales de Meurthe-et-Moselle solicita al Estado que repare, se deriva del impago por parte de la Caja de Crédito Municipal de Bayona de un pagaré que la primera había suscrito y cuya emisión obedecía a la intención aparente de garantizar el buen funcionamiento de esta entidad pública municipal; que ha quedado probado que dicho título, cuya nulidad nadie cuestiona, procede de emisiones fraudulentas que efectuó el señor Stavisky con la complicidad del tasador y del Director Tesorero del Crédito Municipal; que la caja que interviene como recurrente afirma que tiene derecho a reclamar directamente al Estado la reparación del perjuicio que le fue ocasionado, ya que, por una parte, el Ministro de Trabajo había promovido la inversión en los pagarés objeto de la causa y, por otro, las autoridades tutelares habían cometido una falta grave de incumplimiento de sus obligaciones;

Considerando que las cartas del Ministro de Trabajo y del Director General de los Seguros Sociales, cuyo contenido censura la entidad recurrente, se limitaban a señalar que los pagarés emitidos por las Cajas de Crédito Municipal figuran entre los valores en los que pueden invertir las Cajas de Seguros Sociales para obtener los fondos que les corresponde gestionar; que, por consiguiente, estas cartas no justifican por sí solas la demanda por daños y perjuicios interpuesta por la Caja Departamental de Seguros Sociales de Meurthe-et-Moselle;

Considerando, empero, que las actuaciones delictivas del señor Staviski y de sus cómplices fueron posibles únicamente gracias a la *falta grave* que cometió el prefecto de Basses-Pyrénées, al elegir a los directivos del Crédito Municipal de Bayona, en la fecha de su creación en 1931, y al mantenerlos en sus puestos, así como a la negligencia continuada de los diferentes servicios del Estado a los que incumbía el control de dichas entidades públicas municipales, los cuales procedie-

ron con mucha tardanza a las investigaciones de todo tipo que la envergadura anormal de las operaciones del Crédito Municipal de Bayona les obligaba a llevar a cabo; que la entidad que interviene como recurrente tiene motivos fundados para sostener que, por su naturaleza, dichas faltas permiten concluir que el Estado ha incurrido en responsabilidad.

Considerando que, habida cuenta, por una parte, de la imprudencia que cometió la entidad recurrente, al no haber dado muestras de una mayor cautela al adquirir el pagaré objeto del litigio, así como de las condiciones anómalas en las que decidió dicha adquisición y, por otra parte, de las faltas cometidas por la ciudad de Bayona, según ha reconocido el Consejo de Estado en su decisión de fecha de hoy, se estaría procediendo a una valoración exacta de la parte de responsabilidad que recae sobre el Estado si se le condena a pagar a la Caja Departamental de Seguros Sociales de Meurthe-et-Moselle una indemnización equivalente a una cuarta parte del valor del pagaré objeto de litigio, ascendiendo, por tanto, la suma a 250.000 francos.

*Sobre los intereses:* Considerando que dicha suma debe devengar intereses a partir del 26 de marzo de 1934, fecha en la que el Ministro de Finanzas recibió la demanda por daños y perjuicios;

*Sobre los intereses de los intereses:* Considerando que la entidad recurrente solicitó la capitalización de los intereses el 1 de dic. de 1937; que en esa fecha se le adeudaba al menos un año de intereses; que procede, por consiguiente, de conformidad con el art. 1154 C. Civ., dar satisfacción a sus pretensiones;... (Decisión en este sentido).

## OBSERVACIONES

- 1 Esta sentencia es una de las muchas decisiones judiciales relacionadas con el famoso caso Stavisky. La Caja de Crédito Municipal de Bayona (conocida como Monte de Piedad) había obtenido un capital circulante muy cuantioso con las emisiones de pagarés. Pero estas emisiones tenían un carácter fraudulento (sobre los detalles de la operación, v. las concl. del Comisario del Gobierno Lefas). La había realizado el señor Staviski con la complicidad de algunos funcionarios municipales y gracias a la negligencia tanto de la municipalidad de Bayona, a la que la Ley encomendaba ejercer un control estricto sobre la gestión financiera de la Caja de Crédito Municipal, como a la del prefecto y de los dife-

rentes servicios del Estado dotados de una facultad de control respecto a la Caja. Al no poder aspirar los suscriptores de pagarés, cuya emisión ascendía a varias cientos de millones de francos, a la obtención de una reparación por parte de los propios culpables, debido a que éstos eran insolventes, apelaron al Estado y a la ciudad de Bayona, invocando las faltas cometidas por sus servicios en el ejercicio de sus facultades de control. La sentencia que reproducimos más arriba se pronuncia sobre el recurso interpuesto contra el Estado por una de las cajas de seguros sociales suscriptoras de los pagarés; una decisión de la misma fecha adoptaba una solución similar respecto al recurso interpuesto por el mismo organismo contra la ciudad de Bayona.

En ambos casos, se admitió la responsabilidad de las autoridades de control *frente a terceros* (I); más adelante se admitiría su responsabilidad *frente a los organismos sujetos a control* (II).

**I.** La autonomía que se reconoce a unas personas distintas del Estado queda compensada por las facultades concedidas a este último respecto a éstas. Durante mucho tiempo, se utilizó el término tutela para referirse a esta relación; la ley de 2 de marzo de 1982 sobre los derechos y las libertades de los municipios, los departamentos y las regiones sustituyó, en el caso de estas entidades, el término anterior por el de control, reduciendo considerablemente las modalidades de este último. Pese a todo, ello no obsta para que se siga planteando *el problema de la responsabilidad frente a terceros* de los organismos tutelares o de control en el ejercicio de esta actividad, tanto en lo que respecta a las colectividades territoriales como a otras personas públicas (en particular, las entidades públicas, como en el caso de las cajas de crédito municipal) o a las personas privadas.

El reconocimiento de esta responsabilidad es, en cierto modo, incompatible con el papel específico que desempeña la institución tutelada o bajo control: en primer lugar, puede impedir su ejercicio (A); además, plantea el problema de la entidad responsable (B).

- 2**      **A.** Las *dificultades* con las que tropiezan los organismos tutelares o de control llevaron al Consejo de Estado a admitir, en un primer momento, su responsabilidad únicamente en caso de falta grave. Este requisito también ha estado presente, por el mismo motivo, en otros ámbitos como el de la policía (v. nuestras obs. sobre CE 10 de febr. de 1905, *Tomaso Grecco*\*). En la mayoría de los casos la falta grave se

refiere a la abstención o a la inercia de las autoridades tutelares o de control en el cumplimiento de sus funciones. Por ejemplo, en la sentencia *Caisse de Meurthe-et-Moselle*, el Consejo de Estado destacó que el fraude de Staviski y de sus cómplices fue posible únicamente gracias a la falta grave que cometió el prefecto en la elección del personal directivo del Monte de Piedad de Bayona, así como «a la negligencia de los diferentes servicios del Estado responsables del control de estas entidades públicas municipales». Teniendo en cuenta las demás faltas que se cometieron en este caso, el Estado fue condenado a pagar una indemnización equivalente a una cuarta parte del valor del perjuicio ocasionado a la entidad recurrente. Se adoptó una decisión análoga respecto a las faltas graves que había cometido la ciudad de Bayona (*cf.* CE 22 de oct. de 1954, *Ganiayre*, Rec. 552).

La jurisprudencia se ha aplicado en este mismo sentido en relación con el control de los organismos privados (CE 23 de febr. de 1977, *Verheyde*, Rec. 112: tutela de las cajas de seguridad social; – Sect. 2 de febr. de 1960, *Kampmann*, Rec. 107; AJ 1960.I.47, cr. Combarous y Galabert; – Secc. 24 de ene. de 1964, *Ministre des finances c. Achard*, Rec. 43; AJ 1964.I.58, cr. Fourré y Puybasset: control de los bancos).

El Consejo de Estado sigue considerando la falta grave como requisito indispensable para que el Estado incurra en responsabilidad en los casos siguientes: – por hechos relacionados con el control que ejerce el prefecto sobre las entidades territoriales, en particular, cuando éste se abstiene de remitir sus actos al tribunal administrativo (6 de oct. de 2000, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint-Florent*, Rec. 395; CTI dic. de 2000, concl. Touvet; AJ 2001.201, nota Cliquennois; JCP 2001.II.10516, nota Rouault; RFDA 2001.152, obs. Bon) o cuando no adopta, al no ser capaz una colectividad o en una entidad pública de garantizar la ejecución de una decisión jurisdiccional que tiene valor de cosa juzgada, las medidas necesarias para su ejecución (CE Secc. 18 de nov. de 2005, *Société fermière de Campoloro*, Rec. 515; v. n.º 84.12; 29 de oct. de 2010, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c. Société Sofunag Environnement*, Rec. 982; CMP febr. de 2011 n.º 60, obs. Pietri; RD publ. 2011.573, nota Pauliat); – por las faltas cometidas por la antigua Comisión Bancaria en el ejercicio de su misión de vigilancia y control de las entidades de crédito (As. 30 de nov. de 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. Kechichian*, Rec. 588, concl. Seban; RFDA 2002.742, concl., nota Moderne; CJEG 2002.380, concl.; AJ 2002.133, cr. Guyomar y Collin;

JCP 2002.II.10042, nota Menuret). Esta última sentencia explica por qué se ha mantenido el requisito de la falta grave; la responsabilidad del Estado «*no sustituye*» a la responsabilidad de la entidades que debe controlar; «*por consiguiente, y dada la naturaleza de los poderes que se confieren a la Comisión Bancaria, la responsabilidad en la que puede incurrir el Estado por los daños causados por las deficiencias o las incapacidades de ésta en el ejercicio de su misión sólo se le puede imputar en caso de falta grave*».

3 No obstante, se observa en este ámbito como en otros (policía: v. nuestras obs. sobre la sentencia *Tomaso Grecco\** de 10 de febr. de 1905; actividades médicas: 10 de abr. de 1992, *Époux V.\**) una tendencia hacia una menor exigencia de la falta grave.

El Consejo de Estado se conformó en un primer momento con la falta simple cuando la entidad secundaria «había sido totalmente ajena» a las decisiones que ocasionaron el daño objeto de litigio (CE Secc. 14 de nov. de 1958, *Delle Bosshard*, Rec. 557; AJ 1959. I.37, cr. Combarnous y Galabert: revocación de autorización dictada por el rector y que dio lugar al despido de un funcionario municipal).

Más adelante, se consideró que la falta simple resultaba suficiente en los supuestos de control de actividades privadas: autorización de despido de asalariados protegidos (CE Secc. 9 de junio de 1995, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c. Lesprit*, Rec. 239; AJ 1995.745, concl. Arrighi de Casanova); control de la seguridad de una embarcación (CE Secc. 13 de marzo de 1998, *Améon*, Rec. 81; v. n.º 14.4); control de las instalaciones clasificadas en materia de protección del medio ambiente (CE 17 de dic. de 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c. Gilbert et autres*, Rec. 754; AJ 2015.592, nota Jacquemet-Gauché: no se apreció falta en el control de las instalaciones de la fábrica AZF que hicieron explosión en Toulouse en 2001).

Del mismo modo, en un caso relacionado a la vez con la función de policía sanitaria y con una actividad de control, la incompetencia del Estado, frente a los riesgos que presentaba el amianto para los trabajadores profesionales, le hizo incurrir en responsabilidad por falta simple, a pesar de que los empleadores tuvieran la obligación general de garantizar la seguridad y la protección de los trabajadores que estaban bajo su autoridad (CE As. 3 de marzo de 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c. Consorts Botella*, Rec. 126; CJEG 2004.281, concl. Prada-Bordenave; RFDA 2004.612, concl.; AJ 2004.974, cr. Donnat y Casas;

D. 2004.973, nota Arbousset; DA 2004, n.º 87, nota Delaloy; Dr. soc. 2004.569, obs. Prétot; JCP 2004. II.10098, nota Trébull; JCP Adm. 2004.1204, nota Benoît; RD publ. 2004.1433, nota Delhoste).

4 B. *Debido a las atribuciones específicas de la institución objeto de control*, ella misma es quién ocasiona el daño en primer lugar; a ella le corresponde responder del mismo.

Por su parte, las autoridades que ejercen sobre ella una tutela o un control también cumplen una misión específica; se diferencian de las personas a las que vigilan tanto desde el punto de vista orgánico como funcional. Deben, por consiguiente, responder por las consecuencias perjudiciales que la propia tutela o el propio control hayan ocasionado. Normalmente corresponde al Estado ejercer el control o la tutela, siendo este último el que ha de responder de las faltas cometidas en este caso. No ocurre lo mismo en dos casos concretos.

El primero es el de la atribución de una facultad de control a una autoridad con una personalidad jurídica diferente a la del Estado: a la primera le corresponde reparar las consecuencias perjudiciales de las faltas que cometa en el ejercicio de dicha facultad, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado en un dictamen de su Asamblea General de 8 de sept. de 2005 en relación con la antigua Comisión de control de los seguros, las mutuas y los organismos de previsión (EDCE 2006, n.º 57, p. 211; CJEG 2006.359, nota Labetoulle).

El segundo caso es el de la *facultad de sustitución*, que permite a la autoridad tutelar o de control ejecutar actos en lugar del organismo sometido a control, ya sea en caso de insuficiencia de este último (por ej., en materia de policía municipal, art. L. 2215-3 del Código general de las entidades territoriales) ya sea directamente aunque no haya insuficiencia (por ej., ord. de 29 de nov. de 1944, art. 3, que encomendaba a los prefectos la reincorporación de los empleados municipales despedidos durante la Ocupación). El Consejo de Estado considera que, en este caso, la autoridad tutelar interviene por cuenta de la entidad descentralizada y concluye que con sus actos hace incurrir a esta última en responsabilidad (CE As. 24 de junio de 1949, *Commune de Saint-Servan*, Rec. 310; RA 1949.465, nota Liet-Veaux).

Esta jurisprudencia se ha visto refrendada por una sentencia en la que el Consejo de Estado admitía que un municipio había incurrido en responsabilidad por haberse opuesto irregularmente el prefecto a la solicitud de reincorporación de un funcionario municipal de conformidad con la ord. de 29 de nov. de 1944 (CE As. 1 de junio de 1956, *Ville de*

*Nîmes c. Pabion*, Rec. 218; RPDA 1956.121, concl. Laurent). Posteriormente, consideró que, para obtener una indemnización, la víctima debía dirigirse a la entidad tutelada (CE 8 mars 1961, *Leblanc*, Rec. 310).

5 Pero esta jurisprudencia está sometida en su aplicación a *tres limitaciones*.

La primera está relacionada con la *abstención en el ejercicio* de la facultad de sustitución. La inercia de la autoridad tutelar o de control no permite imputarle una responsabilidad (CE Secc. 14 de dic. de 1962, *Doublet*, Rec. 680; D. 1963.117, concl. Combarrous; AJ 1963.85, cr. Gentot y Fourré; – 29 de abr. de 1987, *Ministre de l'intérieur et de la décentralisation et ministre de l'éducation nationale c. École Notre-Dame de Kernitron*, Rec. 161; RFDA 1987.989, concl. Roux); pero la persona tutelada o bajo control puede incurrir en responsabilidad por la falta que ha cometido.

La segunda limitación tiene que ver con la *ilegalidad del ejercicio* de la facultad de sustitución: no cabe imputar a la entidad sometida a control las consecuencias perjudiciales que debe asumir la autoridad tutelar o de control por haber cometido una falta. De hecho, esto es lo que dispuso el legislador en el artículo 16 de la ley de 7 de ene. de 1993 relativo al reparto de competencias entre los municipios, los departamentos, las regiones y el Estado, modificado por la ley de 22 de jul. de 1983, al afirmar que «*la responsabilidad del municipio o del departamento desaparece o se ve atenuada cuando una autoridad que depende del Estado actúa en sustitución de un alcalde o de un presidente del consejo general, en unos supuestos o mediante procedimientos no previstos por la Ley, y con el objetivo de poner en práctica unas medidas de policía*» (hoy en días hallamos estas disposiciones en los artículos L. 2216-1 y L. 3143-1 del Código general de las Colectividades Territoriales).

Finalmente, al abordar la depuración por el Estado de funcionarios de las entidades locales o de las empresas públicas o privadas, la jurisprudencia retomó el concepto de las *consecuencias excesivas* que ya había vinculado con los principios de la sustitución en la toma de decisiones. El Tribunal de Conflictos, al que correspondía –a tenor de la ley de 20 de abr. de 1932– pronunciarse sobre las discrepancias de juicio que podían llevar a la denegación de justicia, decidió que, dado que el procedimiento de depuración se había instaurado con fines de interés general, las sanciones las habían dictado las autoridades administrativas en nombre y por cuenta del Estado, habiendo este

último incurrido en responsabilidad por estas sanciones (TC 12 de dic. de 1955, Thomasson, Rec. 626; JCP 1956.II.9198, concl. Lemoine, nota Rivero; RD publ. 1956.337, nota M. Waline; AJ 1956. I.13, cr. Langavant).

- 6        **II.** Una vez se había reconocido *la responsabilidad de los servicios de tutela* frente a terceros, no tardaría en reconocerse *también esta responsabilidad frente a la persona jurídica sometida a control*. Esta ampliación de la responsabilidad, que consagra el principio de independencia jurídica de la entidad sometida a control respecto a la persona pública que asume la tutela (a este respecto, v. también CE 18 de abr. de 1902, *Commune de Nérís-les-Bains\**), fue resultado de la sentencia de As. de 27 de dic. de 1948, *Commune de Champigny-sur-Marne* (Rec. 493; D. 1949.408, concl. Guionin): la ciudad de Champigny-sur-Marne consiguió que se condenara al Estado a reembolsarle la cuarta parte del valor del perjuicio que le habían ocasionado las cuantiosas malversaciones del Recaudador Municipal, ya que éstas habían sido posibles debido a la incompetencia de la Hacienda Pública. Pero, para que la autoridad tutelar incurra en responsabilidad frente a la entidad tutelada, el Consejo de Estado exige que el alcance de los poderes de la primera implique una verdadera participación de sus agentes en la gestión de la segunda *«de tal forma que los actos o las inhibiciones de dichos agentes contribuyan directa y necesariamente a la producción del daño»* que se puede ocasionar a la persona jurídica tutelada. Por consiguiente, será más difícil que el juez reconozca la responsabilidad de la autoridad tutelar frente a personas jurídicas bajo control que frente a terceros. Aunque es posible que la admita en todos los supuestos en que la persona bajo control sufre un perjuicio que le afecta exclusivamente a ella (A), esto sólo es posible debido a la *falta* que se ha cometido (B).

- 7        A. El *perjuicio ocasionado a la persona sometida a control* puede apreciarse directamente en sus relaciones con el organismo tutelar o tras una condena en favor de terceros.

Cabe la posibilidad de que el comportamiento de los organismos tutelares o de control perjudique exclusivamente a la persona bajo tutela o control, sin que nadie más se vea afectado por éste. En tal caso, ésta es la única que puede interponer una demanda y pedir una reparación. Es evidente que nada le impide hacerlo: el derecho común de la responsabilidad establece que corresponde al autor del perjuicio asu-

mir su responsabilidad frente a la víctima. Éste era precisamente el supuesto al que debía hacer frente la sentencia *Commune de Champigny-sur-Marne*, y el supuesto que volvemos a encontrar en otras sentencias que afectan tanto a entidades públicas (CE 20 de junio de 1973, *Commune de Chateauneuf-sur-Loire*, Rec. 428; AJ 1973.545, concl. Rougevin-Baville) como a organismos privados (CE 17 de ene. de 1969, *Bagot*, Rec. 28).

El perjuicio ocasionado a la persona bajo control puede derivarse también del hecho de que haya sido condenada a indemnizar a un tercero debido a las faltas cometidas por la autoridad tutelar o de control que actúa en su nombre. Tal y como lo subrayaba el Comisario del Gobierno Laurent en sus conclusiones sobre la sentencia *Ville de Nîmes c. Pabion* antes citada, la persona a la que se condena en un primer momento puede luego demandar a la entidad que ejercía el control o la tutela (CE Secc. 5 de dic. de 1958, *Commune de Dourgne*, Rec. 606, concl. Guldner; RD publ. 1959.950, nota M. Waline; AJ 1959. I.37, cr. Combarnous y Galabert).

B. Pero, en uno y otro caso, es imprescindible que la autoridad tutelar o de control haya cometido una *falta*. El requisito de comisión de una falta grave que se establece en el caso de la responsabilidad frente a terceros vuelve a aparecer en el caso de la responsabilidad de la persona sometida a control. Ello explica que sean tan frecuentes las sentencias que se niegan a admitir la responsabilidad de la autoridad de control frente al organismo bajo control.

La limitación del requisito de comisión de una falta grave frente a terceros debería intervenir también en el caso de la responsabilidad de las autoridades de control frente a las personas sometidas a control. De todas formas, la responsabilidad parece depender más del *nexo de causalidad* entre la falta y el perjuicio que de la gravedad de la falta. Cabe distinguir tres supuestos.

El primero está relacionado con la inercia de las autoridades tutelares o de control, con el hecho de que no hagan uso de sus facultades respecto a la persona sometida a control. Aunque se admiten las reclamaciones de terceros al respecto, es muy poco frecuente que esto se admita en el caso de la persona sometida a control. Del mismo modo en que un funcionario, que ha cometido una falta personal, no puede alegar contra su administración las deficiencias de vigilancia de las que fue objeto (CE 28 de jul. de 1951, *Laruelle\**), una entidad no puede alegar unas deficiencias de control contra la autoridad que se encar-

ga de controlarla. En este caso, aunque el organismo tutelar o de control no esté obligado a reparar las consecuencias perjudiciales de su pasividad frente a la persona sometida a control, ello no obedece tanto al hecho de no haber cometido una falta grave, sino más bien a que el perjuicio ocasionado a la persona sometida a control se deriva fundamentalmente de la actividad de esta última y no de la falta de control. El autor de una falta no puede imputar a otra persona la falta que él mismo ha cometido por el mero hecho de no haberle impedido cometerla (a este respecto, en el caso de la falta de vigilancia por parte de las autoridades de policía: CE Secc. 7 de marzo de 1980, *SARL Cinq-sept*, Rec. 129, concl. Massot; – en el caso de las faltas de vigilancia del arquitecto respecto a los empresarios: – Secc. 21 de oct. de 1966, *Benne*, Rec. 562; AJ 1967.110, concl. Baudouin). La abstención de los organismos tutelares o de control no supone que éstos incurran en responsabilidad frente a la persona sometida a control, a menos que la abstención le haya ocasionado a esta última un perjuicio en cuya aparición no haya tenido ninguna participación (*cf.* la sentencia *Commune de Champigny-sur-Marne*, citada *ut supra*).

En el segundo supuesto, el organismo tutelar o de control, pese a haber tenido una actuación eficaz y haber adoptado una medida positiva, se limita a sumar su decisión a la que ya había adoptado o va a adoptar la persona sometida a control: tal es el caso de la aprobación, la autorización. En este caso la persona sometida a control, a la que corresponde la iniciativa de la medida aprobada o autorizada, tampoco tiene la posibilidad de reclamar por la falta que conlleva esta aprobación o autorización. Al haber sido ella la que ha elegido esta medida, no puede reprocharle al organismo tutelar o de control que la haya aprobado o autorizado.

Queda por exponer el tercer supuesto, en el que el organismo tutelar o de control no sólo toma efectivamente una decisión, sino que lo hace en lugar del organismo al que controla (sustitución). En tal caso, no sólo actúa en lugar del otro, sino que impone su voluntad. Por consiguiente, ya no es posible ampararse en el comportamiento del organismo sometido a control para oponerse a que se impute la responsabilidad al órgano tutelar o de control: la falta cometida por este último es la que ha dado origen al perjuicio ocasionado a la persona sometida a control; esto por sí solo justifica que se condene a la entidad tutelar o de control.

## **54. RESPONSABILIDAD. COLABORADORES OCASIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**Consejo de Estado As., 22 de noviembre de 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine***

(Rec. 279; D. 1947.375, nota Blaevoet;  
S. 1947.3.105, nota F. P. B.)

*Sobre la admisibilidad de las demandas:* Considerando que el alcalde del municipio de Saint-Priest-la-Plaine presentó un extracto de la deliberación del concejo municipal, en fecha del 9 de dic. de 1945, en el que se le autorizaba a recurrir ante el Consejo de Estado contra los decretos antes mencionadas del Consejo de la Prefectura de Limoges; que, por consiguiente, procede admitir los recursos interpuestos por el municipio contra dichos decretos;

*Sobre la responsabilidad del municipio:* Considerando que ha quedado probado que los señores Rance y Nicaud, que habían aceptado, a petición del alcalde de Saint-Priest-la-Plaine, ocuparse gratuitamente de los fuegos artificiales el 26 de jul. de 1936, día de la festividad local, resultaron heridos, durante los festejos, como resultado de la explosión prematura de un artefacto, sin que se les pudiera achacar ninguna imprudencia; que la responsabilidad por el daño que les fue ocasionado, mientras estaban prestando un servicio público en interés de la colectividad local, de acuerdo con la misión que les había encomendado el alcalde, ha de imputarse al municipio; que, por consiguiente, éste no tiene fundamento alguno para sostener que el Consejo de la Prefectura cometió una irregularidad al condenar al municipio a reparar el perjuicio ocasionado a los interesados;

*Sobre el recurso por vía incidental interpuesto por los derechohabientes del señor Rance:* Considerando, por una parte, que cabe deducir de cuanto antecede que corresponde al municipio asumir la plena responsabilidad por el daño ocasionado al señor Rance; que, por consiguiente, el Consejo de la Prefectura actuó indebidamente al limitar su responsabilidad a las dos terceras partes del daño causado; que el municipio no cuestiona la valoración del importe del daño efectuada por los primeros jueces; que procede, por tanto, ratificar las conclusio-

nes del recurso por vía incidental en las que se establecía que la indemnización debía ascender a 22.500 francos.

Considerando, por otra parte, que los herederos del señor Rance tienen derecho a percibir los intereses sobre el importe antedicho, devengados a partir del 8 de jul. de 1937, fecha de la presentación de la demanda ante el Consejo de la Prefectura;

Considerando, por último, que, en las circunstancias del caso, los gastos que se derivan de la demanda presentada por el señor Rance ante el tribunal de primera instancia deben ser asumidos en su totalidad por el municipio;... (Decisión en este sentido).

## OBSERVACIONES

- 1 Dos habitantes de una pequeña ciudad, que habían aceptado, a petición del alcalde, ocuparse gratuitamente de los fuegos artificiales durante la festividad local, resultaron heridos por la explosión anticipada de un artefacto en condiciones que no permitían imputar falta alguna ni a estas personas ni a las autoridades municipales. Pese a ello, las dos personas antedichas demandaron al municipio y obtuvieron satisfacción a su demanda ante el Consejo de la Prefectura de Limoges. Tras el recurso de apelación que el municipio interpuso ante el Consejo de Estado, este último confirmó la decisión que se había adoptado en primera instancia.

Esta sentencia constituye el resultado final de una larga evolución hacia el reconocimiento del derecho de los colaboradores de los servicios públicos a obtener reparación por los perjuicios que les hayan sido ocasionados en el desempeño de su misión, incluso cuando no se pueda imputar falta alguna a la Administración. Esta aplicación notable del concepto de socialización de los riesgos había hecho su aparición por primera vez en la sentencia *Cames*\* de 21 de junio de 1895, por la que se concedía una indemnización a un obrero del Estado, que había sido víctima de un accidente laboral no imputable a una falta cometida por la Administración. Aunque los colaboradores permanentes de los servicios públicos se veían privados de los efectos prácticos de esta sentencia por la legislación sobre pensiones de invalidez y accidentes laborales, el Consejo de Estado fue aplicando progresivamente la jurisprudencia *Cames* a los colaboradores ocasionales de la Administración. Durante un cierto tiempo, sólo podían beneficiarse de ella los

colaboradores a los que se obligaba a colaborar (CE Secc. 5 de marzo de 1943, *Chavat*, Rec. 62: el recurrente había resultado herido mientras intentaba extinguir un incendio por exigencia de la gendarmería); por el contrario, los colaboradores voluntarios y los no retribuidos sólo podían obtener una indemnización si demostraban que había habido una falta por parte de la Administración (As. 22 de oct. de 1943, *Sarda*, Rec. 232: concejal herido mientras se ocupaba gratuitamente de unos fuegos artificiales municipales). Con posterioridad, el concepto de colaboración forzosa se fue ampliando cada vez más: se concedió una indemnización a un particular herido mientras intentaba extinguir un incendio, sin que su presencia se hubiera requerido, sino que había respondido «al repique de campanas, que constituía un llamamiento hecho al conjunto de la población» (CE As. 30 de nov. de 1945, *Faure*, Rec. 245; S. 1946.3.37, nota Bénéoit), así como a una persona a la que los agentes de policía habían pedido que les sirviera de refuerzo para abortar una tentativa de suicidio (CE Secc. 15 de febr. de 1946, *Ville de Senlis*, Rec. 50). La sentencia *Commune de Saint-Priest-la-Plaine* completa esta evolución, al reconocer la responsabilidad del municipio frente a un colaborador voluntario en unas circunstancias idénticas a las que habían dado lugar en 1943 a una decisión en sentido opuesto (22 oct. 1943, *Sarda*, préc.).

La jurisprudencia posterior confirmaría la solución de la sentencia *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, al tiempo que definiría los requisitos para poder imputar una responsabilidad por riesgo a las personas públicas frente a los colaboradores ocasionales de la Administración: ha de tenerse en cuenta *la existencia de un servicio público* (I), *la colaboración* de la víctima en la prestación de este servicio (II), *el origen* de dicha colaboración (III).

- 2            I. En primer lugar, es necesario que la actividad en la que ha participado la víctima constituya un *auténtico servicio público*, que dependa de la persona pública cuya responsabilidad se intenta determinar.

En algunos casos, la *existencia de un servicio público* no plantea dudas: nos hallamos ante una actividad de interés general que una persona pública ha organizado con un fin específico. Tal es el caso, por ejemplo, del servicio municipal de lucha contra los incendios (CE Secc. 19 de ene. de 1962, *Ministre de l'agriculture c. Barcons et Commune de Vernet-les-Bains*, Rec. 52), de los servicios hospitalarios

(CE 13 de dic. de 1957, *Hôpital-hospice de Vernon*, Rec. 680), de las fiestas municipales tradicionales (CE 24 de oct. de 1958, *Commune de Clermont-l'Hérault c. Begnes*, Rec. 502), del servicio de aduanas (CE 24 de junio de 1966, *Ministre des finances c. Lemaire*, Rec. 416; AJ 1966.637, concl. Bertrand; D. 1967.343, nota Lavroff).

Pero hay actividades que pueden acometer las personas públicas y que no constituyen un servicio público, ya sea porque no tengan una finalidad de interés general o porque no presenten las particularidades de un servicio de esta naturaleza. Por ejemplo, las fiestas no tradicionales que organizan las comunes no constituyen un servicio público (CE 12 de abr. de 1972, *Chatelier*, Rec. 262; D. 1973.545, nota Duprat).

Puede admitirse la existencia de un servicio público sin que, en la práctica, ninguna persona pública haya adoptado las decisiones necesarias para organizarlo. Tal es el caso, en particular, de la «*prevención, mediante la puesta en marcha de las medidas cautelares oportunas, y de la resolución de accidentes y calamidades, mediante el reparto de las ayudas necesarias,... que permitan adoptar con carácter urgente todas las medidas de asistencia y auxilio...*», cuya puesta en marcha se encomienda al alcalde debido a sus funciones de policía municipal (hoy en día al amparo del art. L. 2212- 2-5.º del Código General de las Colectividades Territoriales); aunque la Administración no haya organizado en la práctica ningún servicio de auxilio, la actividad de auxilio a las víctimas de accidentes es competencia de un servicio público que se encomienda al alcalde en beneficio del municipio (CE Secc. 22 de marzo de 1957, *Commune de Grigny*, Rec. 524; RD publ. 1958.306, concl. Kahn y 298, nota M. Waline; AJ 1957. II.499, cr. Fournier y Braibant; D. 1958.768, nota Lucchini; – Secc. 25 de sept. de 1970, *Commune de Batz-sur-Mer et Dame Vve Tesson*, Rec. 540; D. 1971.55, concl. Morisot; AJ 1971.37, cr. Labetoulle y Cabanes; JCP 1970. II.16525, nota X; RTDSS 1971.294, nota Dubouis; – Secc. 9 de oct. de 1970, *Gaillard*, Rec. 565, concl. Rougevin-Baville; RD publ. 1970.1431, concl.)

Aunque no cabe considerar como un servicio público una actividad de interés general de cuya organización se hacen cargo unas personas privadas, sin intervención de una entidad pública, y sin que la Ley la incluya entre las atribuciones de esta última (CE 13 de jul. de 1966, *Leygues*, Rec. 475), sí se puede considerar como tal una actividad que ejerce una asociación enteramente sometida al control de

una entidad pública (v. nuestras obs. sobre CE 13 de mayo de 1938, *Caisse primaire «Aide et Protection»\**): en este caso, se debe indemnizar al colaborador ocasional por el perjuicio que le ha sido ocasionado mientras intervenía en la prestación del servicio (CE Secc. 13 de ene. de 1993, *Mme Galtié*, Rec. 11; D. 1994. SC.59, obs. Bon et Terreyre; RFDA 1994.91, nota Bon: accidente que sufrió una persona cuya colaboración había sido solicitada por el director de un instituto franco-helénico como refuerzo durante un viaje a Delfos organizado en el marco de las actividades escolares para los alumnos de este establecimiento escolar).

- 3 II. Aunque exista un servicio público, la responsabilidad por riesgo sólo es aplicable a las *personas que han colaborado a prestar el servicio (A) de manera efectiva (B)*.

A. Esta colaboración puede adoptar diferentes formas. En los casos *Commune de Grigny*, *Commune de Batz-sur-mer*, *Gaillard*, antes citados, la colaboración consistía en el auxilio que se prestaba a las víctimas de accidentes. En las festividades locales consiste en la propia organización de las fiestas (fuegos artificiales: *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*; *Commune de Clermont l'Hérault*, citadas *ut supra*; – participación de músicos aficionados para animar las fiestas: CE 2 de junio de 1972, *Commune de la Hérie*, Rec. 1220; D. 1973.545, nota Duprat). Puede tratarse asimismo de servicios que se ha comprometido a prestar un particular a una persona pública (CE Secc. 23 de oct. de 1959, *Commune de Montaut*, Rec. 539: prestación de servicios rurales), de donaciones de sangre a un servicio de transfusión sanguínea (CAA Nantes, 11 de junio de 1992, *Delhommeau*, Rec. 539; JCP 1993. II.22094, nota Rouault). El Consejo de Estado ha hecho una interpretación amplia del concepto de participación en un servicio público: ha considerado que un particular que había llevado en su coche a la estación a unos aduaneros, a petición de éstos, después de que hubieran efectuado un registro y una incautación de mercancía en su vivienda, había colaborado con el funcionamiento del servicio de aduanas (CE Secc. 24 de junio de 1966, *Ministre des finances c. Lemaire*, citada *ut supra*).

En la mayoría de los casos la colaboración es voluntaria y no retribuida. No obstante, su carácter oneroso no excluye la responsabilidad por riesgo. El colaborador permanente al que la Administración remunera por sus servicios ha podido, desde hace mucho tiempo, be-

neficiarse del régimen de la responsabilidad por riesgo (CE 21 de junio de 1895, *Cames\**); el colaborador ocasional remunerado tiene el mismo derecho a ser indemnizado por el perjuicio que ha sufrido por su participación que el colaborador permanente que recibe una remuneración y que el colaborador ocasional voluntario y no retribuido (CE Secc. 26 de febr. de 1971, *Aragon*, Rec. 172; AJ 1971.156, cr. Labetoulle y Cabanes; el perito judicial que, en su calidad de experto, «participa en el funcionamiento del servicio público de la justicia administrativa» tiene derecho, debido a su colaboración, a recibir una indemnización del Estado por el perjuicio que le ha ocasionado la insolvencia de la parte a la que le corresponde pagarle sus honorarios; ahora bien, los abogados, pese a ser unos «auxiliares de la justicia», no merecen la consideración de colaboradores de la Administración Pública: Civ. 1.º, 13 de oct. de 1998, Bull. civ. I, n.º 294, p. 204; D. 2000.576, nota Lemaire).

- 4 B. Es necesario que esta colaboración sea *efectiva*. Este requisito tiene una doble vertiente.

En primer lugar, es imprescindible que el interesado participe *realmente* en el servicio público. No basta la intención de participar y tampoco resultan suficientes las medidas adoptadas para participar. Es necesario al menos un comienzo de ejecución de la colaboración (CE Secc. 22 de marzo de 1957, *Compagnie d'assurances l'Urbaine et la Seine*, Rec. 200; AJ 1957.II.185, cr. Fournier y Braibant: un particular que acudía, respondiendo al repique de las campanas, al lugar en el que estaba haciendo estragos un incendio, con el fin de ponerse a disposición del servicio de lucha contra el incendio, no puede ser considerado como un colaborador del municipio antes de participar efectivamente en las operaciones bajo la dirección de la Administración Pública).

- 5 En segundo lugar, es necesario que el interesado, además de intervenir realmente en el servicio, lo haga como colaborador *directo* de este último.

No es éste el caso del usuario del servicio público: su participación en el servicio público tiene como finalidad su propio beneficio; si participa en esta ocasión en el servicio público, no lo hace en condición de colaborador, al menos en lo que respecta a la contribución que puede prestar normalmente el usuario a cambio de los beneficios que obtiene de la administración pública (CE 27 de oct. de 1961, *Caisse primaire de sécurité sociale de Mulhouse et Kormann*, Rec. 602: alum-

na víctima de una caída cuando, estando presente en un estadio para someterse a las pruebas físicas del *baccalauréat*, intentaba recoger, a petición de los examinadores, unas pelotas que lanzaban otros candidatos; – 23 de junio de 1971, *Commune de Saint-Germain-Langot*, Rec. 468: alumno víctima de un accidente con motivo de un ejercicio escolar de gimnasia durante el cual tenía que sujetar una cuerda elástica). Ello explica por qué las personas que participan en las competiciones y en los juegos organizados durante unos festejos locales no pueden pretender, ni siquiera cuando estas fiestas merecen la consideración de un servicio público, que se les atribuya la condición de colaboradores del servicio (CE Secc. 30 de oct. de 1953, *Bossuyt*, Rec. 466; JCP 1953. I.1142, cr. Gazier y Long; RD publ. 1954.178, nota M. Waline: persona que participa en una carrera de caballos; – Secc. 10 de febr. de 1984, *Launey*, Rec. 65; AJ 1984.405, nota J. Moreau; JCP 1984. II.20227, nota Moderne: miembro de un equipo local de rugby herido durante un partido organizado en el marco de unos festejos municipales de carácter tradicional), pese a que, como señalábamos con anterioridad, las personas que participan en la organización de estos festejos sean colaboradores de la administración pública.

Las dudas sobre el carácter directo de la colaboración con el servicio se plantean cuando el interesado participa como miembro de un organismo al que se ha encomendado el servicio. La jurisprudencia ha respondido negativamente en el caso de un agente de una entidad pública que ésta ponía a disposición de otro organismo (CE As. 9 de jul. de 1976, *Gonfond*, Rec. 354; v. n.º 6.2: soldado raso que, junto con otros elementos del ejército, es puesto a disposición del alcalde por el jefe del cuerpo para luchar contra un incendio), y en el caso de un empleado de una empresa vinculada por contrato con una entidad pública (CE 12 de mayo de 1967, *Époux Capaci*, Rec. 215).

Pero el Consejo de Estado (Secc. 12 de oct. de 2009, *Mme Chevillard*, Rec. 387; AJ 2009.2170, cr. Liéber y Botteghi; DA de dic. de 2009, n.º 170, nota Melleray; JCP Adm. 2009.2306 y JCP 2009.162, nota Idoux) ha admitido «que, en el caso de que un colaborador ocasional del servicio público, que es además titular de un contrato de trabajo, sea víctima, mientras colabora con el servicio, de un accidente que le pueda dar derecho a una reparación de conformidad con el régimen de cobertura de riesgos profesionales al que está sometido, tendrá derecho él mismo o, en su caso, sus derechohabientes, a ser indemnizado por la entidad pública a la que prestó su colaboración por los padeci-

*mientos físicos o morales, los perjuicios estéticos o que le incapaciten para la práctica de determinadas actividades de ocio, así como por el perjuicio económico que se derive del accidente, siempre y cuando dichos perjuicios no hayan sido ya reparados por su empleador o por el régimen de cobertura de riesgos profesionales que le corresponde» (esta fórmula se aplicó al caso del piloto de un helicóptero que había sido contratado por una empresa que tenía que prestar auxilio a una embarcación). La solución es similar a la que permite a los funcionarios públicos, titulares de una pensión, obtener una indemnización por los perjuicios que no están cubiertos por ésta. 4 de jul. de 2003, *Mme Moya-Caville*, Rec. 323, concl. Chauvaux; v. n.º 6.2 y 6.6).*

- 6 La situación particular de la víctima no le impide contribuir objetivamente a la prestación del servicio público.

Se ha planteado una duda al respecto en el caso especial de los socorristas voluntarios y no retribuidos que acuden a socorrer a un miembro de su familia en un lugar público, en el que es la Administración Pública la que debe prestar auxilio a las víctima de accidentes. El Consejo de Estado consideró, a diferencia de lo que opinaba en sus conclusiones el Comisario del Gobierno, que un hombre que se había ahogado al intentar prestar auxilio a un bañista en dificultades, primo de su mujer, había participado en un servicio público municipal (CE Secc. 1 de jul. de 1977, *Commune de Coggia*, Rec. 301; AJ 1978.286, concl. Morisot; RD publ. 1978.1141, nota M. Waline). Se ha recurrido a la misma solución en el caso de un hombre que se había abierto paso entre las llamas de un incendio para salvar a su hijo y a su hermana (CE 22 de junio de 1984, *Mme Nicolai*, Rec. 729) y de una madre de un alumno, que resultó herida durante una excursión con fines pedagógicos (CE Secc. 13 de ene. de 1993, *Mme Galtié*, citada *ut supra*).

Hemos llegado aquí al límite de aplicación de la jurisprudencia relativa a los colaboradores voluntarios y no retribuidos. Sin duda, no sería de aplicación en el caso de los accidentes y de las prestaciones de auxilio desprovistos de todo carácter público.

- 7 **III.** el requisito relativo al *origen de la colaboración* ilustra la flexibilidad y la evolución de la jurisprudencia, que ha pasado de *los colaboradores obligados* (A) a *los colaboradores espontáneos* (B).

A. La posibilidad de alegar la responsabilidad por riesgo se reconoció, en un primer momento, exclusivamente a los colaboradores *obligados*, en virtud de un requerimiento (CE Sect. 5 de marzo de 1943,

*Chavat*, citada *ut supra*; – 2 de febr. de 1944, *Commune de Saint-Nom-la-Bretèche*, Rec. 40), o de otras medidas (CE 12 de marzo de 1975, *Ministre de l'éducation nationale c. Mazuel*, Rec. 189), a prestar apoyo al servicio público.

Se amplió a los colaboradores cuya ayuda había sido *solicitada* por la autoridad pública, sin que se tratara de una imposición. La solicitud puede ir dirigida individualmente a determinadas personas (*Commune de Saint-Priest-la-Plaine*). Por regla general, suele ir dirigida a un número indeterminado y no diferenciado de personas (CE As. 30 de nov. de 1945, *Faure*, citada *ut supra*: repique de campanas). En la mayoría de los casos emana de una autoridad administrativa (por ej., el alcalde). Puede también proceder de una persona a la que la propia autoridad administrativa ha encomendado actuar (CE Secc. 16 de nov. de 1960, *Commune de Gouloux*, Rec. 628; D. 1961.353, nota Salomon: al encargar a dos habitantes del municipio que organizaran una batida de lobos, el alcalde los autorizó, por este mismo motivo a pedir ayuda a otros cazadores y ojeadores).

Se dio un nuevo paso al admitir el caso de las personas cuya colaboración, sin haber sido solicitada, había *sido aceptada* por la entidad pública (CE As. 27 de nov. de 1970, *Appert-Collin*, Rec. 708; AJ 1971.37, cr. Labetoulle y Cabanes; D. 1971.270, nota Moderne: se consideró que colaboraba con una administración municipal el alcalde de un pequeño municipio que había resultado herido, mientras efectuaba gratuitamente por iniciativa propia en un terreno municipal unas obras de nivelación destinadas a convertirlo en campo deportivo, tal y como venía haciendo con el acuerdo del concejo municipal).

- 8 B. Esta última sentencia coincide con la jurisprudencia que admite que, en caso de urgencia y aunque no se haya solicitado la colaboración o ésta ni siquiera haya sido aceptada por la autoridad pública, una persona que presta *espontáneamente* auxilio a la víctima de una agresión o de un accidente sea considerada como un colaborador de la Administración Pública (CE Secc. 17 de abr. de 1953, *Pinguet*, Rec. 177; S. 1954.3.69, nota G. Robert; D. 1954.7, nota G. Morange: transeúnte herido por un malhechor en cuya persecución se había lanzado espontáneamente; – *Commune de Grigny*, citada *ut supra*: médico herido por una explosión, mientras prestaba auxilio, a petición de los vecinos, a las víctimas de una intoxicación por gas; – *Commune de Batz-sur-mer et Dame Vve Tesson*, *Commune de Coggia*, citada *ut supra*: personas que acudieron a socorrer a unos bañistas en dificultades

y que se ahogaron en el intento; – *Gaillard*, cita *ut supra*: persona que había respondido a la llamada de auxilio de una mujer que se había caído en un foso).

Estas decisiones ponen de manifiesto una cierta flexibilización de los requisitos exigidos para alegar la responsabilidad por riesgo; demuestran la voluntad del Consejo de Estado de recompensar a aquellos que, dando muestras de valor, prestan auxilio a las personas en situación de peligro, como de hecho le instan a hacerlo el artículo 63 del antiguo Código Penal y los artículos 223-6 y 7 del nuevo, o que dedican voluntaria y gratuitamente una parte de su tiempo y de sus esfuerzos a una entidad pública.

Ello no obsta para que se siga exigiendo, salvo en casos de urgencia, una manifestación de voluntad, más o menos explícita, por parte de las autoridades responsables del servicio. Una persona que, sin intervención alguna de la autoridad pública, participa en la prestación de un servicio público, no puede acogerse a la protección que se concede al colaborador del servicio público (CE 31 de mayo de 1989, *Pantoloni*, Rec.144; AJ 1989.611, cr. Honorat y Baptiste; D. 1990. SC. 296, obs. Bon y Terneyre: un particular había dado orden de zarpar a una embarcación de su propiedad con el fin de dar a los habitantes de Vanuatu, cuya seguridad parecía estar amenazada, la posibilidad de abandonar el territorio, y su embarcación había sido incautada por una potencia que actuaba a las órdenes de Vanuatu; el interesado, al que ninguna autoridad del Estado francés había solicitado ni invitado a intervenir de este modo, ya que Francia disponía sobre el terreno de una representación diplomática y de los medios necesarios para actuar sin dilación, no tenía motivos para asegurar «que, habida cuenta de la urgencia de una intervención, había que reconocerle la condición de colaborador ocasional, voluntario y no retribuido de la administración pública»).

La jurisprudencia sobre los colaboradores ocasionales se caracteriza por su pragmatismo: pese a su deseo de proteger a las víctimas, no ha renunciado a establecer unos límites destinados a evitar los abusos,

9 Su aplicación va más allá de los perjuicios ocasionados a los colaboradores de los servicios públicos administrativos.

De un lado, se aplica a los perjuicios provocados por estos colaboradores. Del mismo modo que la Administración responde por las faltas cometidas por sus agentes permanentes en el servicio o por sus faltas personales no desprovistas de todo vínculo con el servicio

(TC 30 de jul. de 1873, *Pelletier\**; CE 3 de febr. de 1911, *Anguet\**; 26 de jul. de 1918, *Époux Lemonnier\**; 18 de nov. de 1949, *Delle Mieur*, Rec. 492; v. n.º 31.5), responde por las que cometen sus colaboradores ocasionales – si, al menos, se les puede atribuir esta condición (CE Secc 22 de marzo de 1957, *Compagnie d'assurances l'Urbaine et la Seine*, citada *ut supra*; – 24 de junio de 1966, *Ministre des finances c. Lemaire*, citada *ut supra*). De otro, las jurisdicciones ordinarias aplican a los colaboradores ocasionales de la Administración Pública Judicial los principios sentados por la jurisprudencia administrativa: pueden acogerse asimismo al régimen de la responsabilidad por riesgo (Civ. 23 de nov. de 1956, *Trésor public c. Giry\**; Civ. 1.º 30 de ene. de 1996, *Morand c. Agent judiciaire du Trésor*, v. n.º 70.7).

## 55. JURISDICCIONES ADMINISTRATIVAS. DEFINICIÓN

**Consejo de Estado As., 7 de febrero de 1947, d'Aillières**

(Rec. 50; RD publ. 1947.68, concl. R. Odent, nota M. Waline;  
JCP 1947.II.3508, nota G. Morange)

*Sobre la competencia: Considerando que, del conjunto de las disposiciones legislativas relativas al Tribunal de Honor y, en particular, de las que se refieren tanto a su composición y sus facultades, como a los recursos de revisión que se pueden interponer ante el mismo, se desprende que este organismo tiene un carácter jurisdiccional, formando parte este tribunal, debido a la naturaleza de los casos sobre los que le corresponde pronunciarse, del ámbito administrativo y estando, por ello, sometido al control del Consejo de Estado al que compete resolver sobre los recursos contencioso-administrativos;*

*Considerando, en realidad, que según los términos del párr. 3.º del art. 18 bis que fue añadido a la ordenanza del 21 de abr. de 1944 por la de 6 de abr. de 1945, vigente en el momento de la presentación de la demanda, y cuya modificación posterior por la ordenanza de 13 de sept. de 1945 no tenía como objetivo ni tuvo como resultado un cambio de significado en la afirmación de que la decisión del Tribunal de Honor «no es susceptible de ningún recurso»;*

*Considerando, empero, que, al no haber manifestado claramente los autores de la disposición una voluntad contraria a ésta, no cabe interpretar que la expresión utilizada por el legislador excluya el recurso de casación ante el Consejo de Estado;*

*Sobre la legalidad de la decisión impugnada: Considerando que, debido al carácter jurisdiccional que se ha atribuido más arriba a sus decisiones, el Tribunal de Honor está obligado, incluso cuando no exista un texto legal que así lo disponga, a cumplir las normas procesales de cuya aplicación no le exime ninguna disposición legislativa formal, o que no sean incompatibles con la organización de esta misma jurisdicción;*

*Considerando que, incluso admitiendo que el Tribunal de Honor tuviera la facultad de asumir de oficio el caso del recurrente en las condiciones previstas por la ordenanza de 6 de abr. de 1945, entonces*

vigente, éste no hubiera podido, en dicho supuesto, pronunciarse legítimamente sin antes haber comunicado al interesado el procedimiento al que se iba someter su caso y sin, de este modo, haberle dado la oportunidad de presentar ante el Tribunal de Honor todas las alegaciones pertinentes;

Considerando que ha quedado sobradamente probado que el señor d'Aillières, que no había presentado demanda alguna para que se anulara su inhabilitación, no fue informado en ningún momento por el Tribunal de Honor de la demanda pendiente ante este tribunal; que, por consiguiente, la decisión impugnada se adoptó mediante un procedimiento irregular y, por ende, sin que sea necesario entrar a examinar otros motivos, cabe afirmar que el recurrente tiene motivos fundados para pedir su anulación;

Considerando que, a tenor de la legislación vigente, tal y como se desprende del nuevo art. 18 bis de la ordenanza de 21 de abr. de 1944, modificado por la ordenanza de 13 de sept. de 1945, «corresponde al Tribunal de Honor asumir de oficio el caso de los interesados»; que procede, en estas condiciones, remitir el caso al tribunal para que se pronuncie sobre la inhabilitación del recurrente;... (Anulación y remisión).

## OBSERVACIONES

El Comité Francés de Liberación Nacional había, ya antes de la Liberación, privado del derecho a formar parte de las futuras asambleas departamentales o municipales a los parlamentarios que hubieran votado en favor del Mariscal Pétain durante la sesión de la Asamblea Nacional de 10 de jul. de 1940. La inhabilitación se amplió en 1945 y en 1946 a la Asamblea Constituyente y a las asambleas previstas por la Constitución de 27 de oct. de 1946. Pero los parlamentarios afectados por esta inhabilitación tenían la posibilidad de pedir su anulación por un Tribunal de Honor instaurado especialmente para este fin. Un antiguo senador y cuatro antiguos diputados, que habían votado el 10 de jul. de 1940 la delegación del poder constituyente al Mariscal Pétain, remitieron al Consejo de Estado cinco decisiones del Tribunal de Honor por las que se denegaba a los interesados la anulación de su inhabilitación. Estas decisiones dieron lugar a las sentencias de 7 de febr. de 1947, *d'Aillières, Robert, Fauchon, Baréty, de Grandmaison*.

1 I. El primer problema que tenía que resolver el Consejo de Estado consistía en determinar si las decisiones del Tribunal de Honor eran o no de carácter jurisdiccional. Si efectivamente tenían este carácter, el control del Consejo de Estado se reducía al control que ejerce como juez de casación; si se trataba de simples decisiones administrativas, le correspondía ejercer sobre ellas un control como juez del recurso por exceso de poder.

Cabe clasificar los criterios que permiten identificar una jurisdicción en dos grupos: de un lado, los criterios materiales y, de otro, los criterios orgánicos y formales. El criterio material es el que tiene en cuenta el acto en sí mismo y lo define en función de sus características intrínsecas, sin tratar de establecer la condición de su autor, ni las características formales del propio acto: el acto jurisdiccional es, en este caso, el que dirime definitivamente una controversia con arreglo al Derecho. Por el contrario, los criterios orgánicos y formales definen el acto en función de su origen y de sus formas.

El Consejo de Estado no ha tomado nunca abiertamente partido por una u otra de estas construcciones doctrinales. En la sentencia *Téry*\* de 20 de junio de 1913, reconoció que el Consejo Superior de la Instrucción Pública era un órgano jurisdiccional, aunque sin exponer los motivos en los que se amparaba. El Comisario del Gobierno Cornille recurría en sus conclusiones (Rec. 736; S. 1920.3.13) al término «fallo», que utilizaba la ley de 27 de febr. de 1880, para calificar las decisiones de este consejo: deducía que se trataba de una jurisdicción. Del mismo modo, el Consejo de Estado no reconoció el carácter jurisdiccional de las comisiones departamentales encargadas de fiscalizar los beneficios obtenidos durante la guerra: «Considerando que la comisión... no es más que un organismo impositivo; que sus decisiones no tienen el carácter de una decisión judicial» y reconociendo, al mismo tiempo, el carácter de una jurisdicción a la comisión superior responsable de los beneficios obtenidos durante la guerra, a la que correspondía pronunciarse contra las decisiones de las comisiones departamentales (CE 10 de agosto de 1918, *Villes*, Rec. 841, concl. Berget); para tomar esta decisión, el Consejo de Estado, que se fundaba sobre todo en las cláusulas preliminares de la ley de 1 de jul. de 1916 por la que se instauraron estos organismos, había renunciado a la utilización de criterios materiales. En la Sentencia de Sección *Leroux* (CE 12 de jul. de 1929, Rec. 710), el Consejo de Estado tiene en cuenta, además, la naturaleza del procedimiento: «Considerando que la de-

cisión impugnada emana de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Oficina Superior de Seguros de la Moselle que, a tenor de la ley de 19 de mayo de 1911, es un organismo administrativo; que dicha cámara se pronuncia, por otra parte, mediante un procedimiento jurisdiccional; que constituye, por tanto, una jurisdicción administrativa...». La sentencia de la Asamblea *Bugnet* de 19 de febr. de 1943 (Rec. 46; Dr. soc. 1943.173, concl. Léonard) seguía esta misma línea: se reconocía un carácter jurisdiccional al tribunal disciplinario de la compañía de interventores de cuentas autorizados por el Tribunal de Apelación de París; el Comisario del Gobierno Léonard había destacado su independencia, el carácter contradictorio del procedimiento, la motivación obligatoria de las decisiones. Con la sentencia *Moineau*\* (CE Secc. 2 de febr. de 1945) el Consejo de Estado reconoció el carácter jurisdiccional del tribunal disciplinario del Consejo Nacional del Colegio de Médicos. La sentencia no explica los motivos de este reconocimiento, pero constituye un giro bastante elocuente en la jurisprudencia. En efecto, el 2 de abr. de 1943, en la sentencia *Bouguen*\*, el Consejo de Estado había reconocido un carácter administrativo a las decisiones del mismo organismo en un caso muy análogo. Pero la sentencia *Bouguen* se había dictado al amparo de la ley de 7 de oct. de 1940, a tenor de la cual el Consejo Superior del Colegio de Médicos no estaba sujeto en la materia a ninguna norma legal de procedimiento, mientras que la sentencia *Moineau*\* se dictó en virtud de la ley de 10 de sept. de 1942, que colocaba al organismo en cuestión bajo la presidencia de un Consejero de Estado y sometía su decisión al cumplimiento de un procedimiento contradictorio.

El Comisario del Gobierno Odent se apoyó en el conjunto de estos criterios para establecer el carácter jurisdiccional del Tribunal de Honor; la propia denominación de «tribunal», su presidencia, que se encomendaba al Vicepresidente del Consejo de Estado, la forma de sus decisiones que constaban de unos refrendos, unos considerandos y una parte dispositiva, el recurso de revisión previsto contra sus decisiones – todos estos eran indicios del carácter jurisdiccional del Tribunal de Honor. El Consejo de Estado confirmó estas conclusiones, al afirmar que tanto su composición y sus facultades, como los recursos de revisión que se podían interponer ante el Tribunal de Honor ponían de manifiesto su carácter jurisdiccional.

Quedaba por determinar si esta jurisdicción pertenecía al ámbito administrativo. Sobre este segundo punto, el Consejo de Estado no

hizo suyas las conclusiones de su Comisario del Gobierno, el cual había considerado que, al tener el Tribunal de Honor como única atribución la anulación de la inhabilitación electoral que afectaba a determinados ciudadanos, este órgano formaba parte del orden jurisdiccional político, por las mismas razones que, por ejemplo, el Alto Tribunal de Justicia, y no estaba, por tanto, sometido al control del Consejo de Estado.

La sentencia *d'Aillières* pone de manifiesto la utilización por parte del Consejo de Estado de una serie de indicios que le permiten determinar la voluntad del legislador: composición del organismo, independencia de sus miembros, naturaleza del procedimiento, recursos previstos por la Ley, naturaleza de los litigios cuya solución se le encomienda.

- 2      **II.** Con posterioridad a la sentencia *d'Aillières*, el Consejo de Estado, pese a seguir tratando de aclarar la voluntad del legislador, prestó más atención, en la definición del concepto de jurisdicción, a los elementos materiales y, en particular, a la naturaleza de la misión encomendada al organismo y el objeto de los litigios que le incumbe dirimir. La orientación en este sentido de su jurisprudencia tiene su origen en la decisión de la Asamblea de 12 de dic. de 1953 *de Bayo* (Rec. 544; v. n.º 50.2), de la que se desprende que, pese a emanar del mismo organismo, las decisiones de los colegios profesionales son administrativas cuando están relacionadas con la admisión de miembros y tienen carácter jurisdiccional cuando se adoptan en materia disciplinaria.

a) De conformidad con los criterios por los que ha optado el juez administrativo, se ha reconocido el carácter jurisdiccional de los colegios profesionales a los que la Ley encomienda una misión de represión disciplinaria (CE Secc. 12 de oct. de 1956, *Desseaux*, Rec. 364; RD publ. 1957.114, concl. Lasry; D. 1956.758, nota R. Drago: comisión de control de los bancos que se pronuncian en materia disciplinaria; – Secc. 30 de junio de 1967, *Caisse de compensation de l'ORGANIC*, Rec. 286) y, en particular, del Consejo Superior de la Magistratura que se pronuncia en su calidad de consejo disciplinario de los jueces (CE As. 12 de jul. de 1969, *L'Étang*, Rec. 388; RD publ. 1970.387, nota M. Waline; AJ 1969.559, cr. Dewost y Denoix de Saint Marc). No obstante, para evitar que se prive de toda existencia legal a un organismo disciplinario que no ha sido creado por una ley o cuya creación se apoya en una ley ya existente, el Consejo de Estado puede,

por este mismo motivo, denegarle un carácter jurisdiccional (CE Secc. 19 de dic. de 1980, *Hechter*, Rec. 488; Gaz. Pal. 1981.2.544, concl. Genevois; D. 1981.296 nota Plouvin y 431, nota G. Simon; JCP 1982. II.19784, nota Pacteau; – 16 de nov. de 1984, *Woetglin*, Rec. 373; D. 1985.58, concl. Stirn).

Al margen del ámbito disciplinario, se reconocía el carácter jurisdiccional de los consejos de revisión, antes de la entrada en vigor de la ley de 9 de jul. de 1965, habiéndolos ésta sustituido por las comisiones administrativas (CE Secc. 31 de ene. de 1958, *Brunet*, Rec. 54; RD publ. 1958.752, concl. Tricot; AJ 1958. II.91, cr. Fournier y Braibant), de la comisión de recursos creada por la ley de 25 de jul. de 1952, a la que más tarde se denominó Tribunal Nacional del Derecho de Asilo, cuando le corresponde pronunciarse sobre la condición de refugiados de los extranjeros (CE Secc. 29 de marzo de 1957, *Paya Monzo*, Rec. 225), así como del órgano arbitral creado por la ley de 2 de ene. de 1978, relativa a la indemnización de los repatriados (CE As. 6 de febr. de 1981, *Melle Balzano*, Rec. 68; AJ 1981.267 nota Peiser).

b) Por el contrario, tienen solamente un carácter administrativo: el Consejo Superior de la Electricidad y el Gas (As. 27 de mayo de 1955, *Électricité de France*, Rec. 298; CJEG 1955.44, concl. Chardeau; D. 1956.45, cr. de Soto; D. 1956. J.308, nota L'Huillier; RD publ. 1955.721, nota M. Waline); la decisión que adopta un organismo jurisdiccional al promulgar una norma general sin que lo haga a requerimiento de parte (CE Sect. 3 de nov. de 1961, *Association des instituts spécialisés de l'ouest et École technique Saint-Joseph*, Rec. 608 y 609; RD publ. 1962.730, nota M. Waline; AJ 1961.603, cr. Galabert y Gentot; D. 1962.516, nota J. D.); la comisión de la competencia (As. 13 de marzo de 1981, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris et autres*, Rec. 135; JCP 1981.II.19580, concl. Hagelsteen; D. 1981.418, nota Gavalda; RD publ. 1981.1428, nota Y. Gaudemet; Gaz. Pal. 1981.1.280 nota Gohin). Lo mismo ocurre, en virtud de la ord. de 1 de dic. de 1986, con el Consejo de la Competencia (CC 23 de ene. de 1987\*) al que sucedió, tras la entrada en vigor de la ley de 4 de agosto de 2008 de modernización de la economía, la Autoridad de la Competencia.

El reconocimiento del carácter administrativo de un organismo a la luz del derecho interno original no excluye que pueda ser considerado, de conformidad con el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamen-

tales, como un «tribunal» en el sentido que otorga al término este texto (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Didier\**).

- 3 **III.** El segundo interés que presenta la sentencia *d'Aillières* radica en el hecho de haber sentado el principio según el cual el recurso de casación siempre es posible contra las decisiones de las jurisdicciones administrativas que se pronuncian en última instancia: esto es lo que ocurre, no sólo cuando no existe un texto que lo disponga expresamente, sino también cuando la ley haya previsto que la decisión no sea «susceptible de recurso», no pudiendo ser interpretada esta disposición como una exclusión del recurso de casación. Este último constituye, pues, un recurso de derecho común al igual que el recurso por exceso de poder (v. CEAs. 17 de febr. de 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte\**).

El Consejo Constitucional ha llegado a unas soluciones idénticas, sumando a la garantía de los derechos, en el sentido del art. 16 de la Declaración de 1789, el derecho a un recurso efectivo contra un acto administrativo (*n.º 96-373 DC, 9 de abr. de 1996*; v. *n.º 58.3*) o una decisión jurisdiccional (*n.º 2013-314 QPC, 14 de junio de 2013, Rec. 824*).

## 56. ACTOS ADMINISTRATIVOS. RETROACTIVIDAD

Consejo de Estado As., 25 de junio de 1948, *Société du journal*  
«L'Aurore»

(Rec. 289; Gaz. Pal. 1948.2.7, concl. Letourneur;  
S. 1948.3.69, concl.; D. 1948.437, nota M. Waline;  
JCP 1948.II.4427, nota Mestre)

*Sobre el motivo de inadmisión alegado por el Ministro de Industria y Comercio:* Considerando que el Ministro de Industria y Comercio argumenta, amparándose en las estipulaciones de la cláusula n.º 5 de fecha 7 de junio de 1939, añadida al convenio suscrito el 5 de sept. de 1907 entre la ciudad de París y la Compagnie Parisienne de Distribution d'Électricité que, con la ley de 8 de abr. de 1946, pasó a denominarse Électricité de France, que la susodicha cláusula adicional impone a la empresa recurrente las mismas obligaciones que el Decreto-Ley impugnado y que, por tanto, no se aprecia en dicha empresa interés en recurrir contra el mismo;

Considerando, como se indica más adelante, que la disposición impugnada en la demanda contiene acusaciones contra la empresa «L'Aurore» y que, por tanto, esta última está legitimada para solicitar su anulación;

*Sobre la legalidad del art. 4 del Decreto-Ley de 30 de dic. de 1947:*

Considerando que los incrementos en el precio de venta de la energía eléctrica «deben aplicarse, en el conjunto de los departamentos metropolitanos, a todos los consumos que, en condiciones normales, han de figurar en la primera lectura posterior a la fecha de publicación del presente Decreto-Ley, es decir, a partir del 1 de ene. de 1948»;

Considerando que constituye un hecho probado que, debido al intervalo de tiempo que media entre dos lecturas sucesivas de un contador, la primera lectura posterior al 1 de ene. de 1948 incluye, en mayor o menor medida en función de la fecha en la que se produzca, unos consumos anteriores al 1 de ene.; que, al decidir que estos consumos debían facturarse con arreglo a la nueva tarifa incrementada,

el Decreto-Ley impugnado infringe tanto *el principio según el cual los reglamentos sólo tienen efecto sobre el futuro*, como la norma sentada por los art. 29 y siguientes del Decreto-Legislativo de 30 de junio de 1945, según el cual es obligatorio notificar al público en general, antes incluso de que entren en vigor, los precios de todos los productos y servicios regulados por la autoridad pública; que, por lo demás, la disposición impugnada tiene como consecuencia la aplicación a los usuarios de tarifas distintas para los consumos de electricidad de las últimas semanas del año 1947, en función de que la lectura de sus contadores se produzca antes o después del 1 de ene. de 1948; que, de este modo, se pasa por alto el *principio de igualdad entre los usuarios de los servicios públicos*; que los autores del Decreto-Ley impugnado hubieran podido evitar las críticas de ilegalidad, adoptando todas las medidas pertinentes para que se pudieran distinguir, al menos de modo estimativo, los consumos correspondientes respectivamente al período anterior al 1 de ene. de 1948 y al período posterior a esta fecha, y aplicando solamente a estos últimos la tarifa incrementada;

Considerando, ciertamente, que para defender la legalidad del Decreto-Ley impugnado, el Ministro de Industria y Comercio se ampara, por un lado, en la fecha en que debía realizarse la venta de la corriente eléctrica al abonado y, por otro, opone a las alegaciones de la empresa recurrente las estipulaciones de la cláusula adicional n.º 5 del convenio antes mencionado de 5 de sept. de 1907; Considerando, en lo que respecta al primer punto, que el ministro alega sin éxito que la venta de la corriente eléctrica no debía materializarse hasta la fecha de la lectura del contador y que, por tanto, la nueva tarifa se aplicaría, en virtud de las propias disposiciones impugnadas, exclusivamente a las ventas posteriores al 1 de ene. de 1948; que, en efecto, se desprende claramente de las estipulaciones de los contratos suscritos que la venta de electricidad es resultado del suministro de la corriente eléctrica al usuario, que se materializa en la fecha del suministro y que la lectura del contador, que se produce con posterioridad, constituye una simple operación material destinada a constatar la cantidad de corriente consumida;

Considerando, respecto al segundo punto, que de conformidad con la cláusula adicional n.º 5 «en lo que respecta a la baja tensión, se aplicará el índice económico a los consumos cuya lectura se realice a partir del primer día del mes siguiente a la fecha de homologación de

dicho índice»; que el ministro alega que la empresa recurrente, usuaria en París de la energía eléctrica de baja tensión, había contraído la obligación, en el contrato que ella misma firmó y que se refiere al contrato de concesión, de asumir la aplicación de la nueva tarifa a los consumos cuya lectura fuera posterior al 1 de ene. de 1948, es decir, en condiciones similares a las que censura;

Considerando que de las disposiciones del art. 1.º del Decreto-Legislativo de 30 de junio de 1945 se desprende que corresponde a las autoridades públicas establecer los precios de todos los productos y servicios, en particular, mediante decretos ministeriales, y que, de conformidad con el art. 19 del susodicho Decreto-Legislativo, «salvo autorización expresa prevista por los decretos dictados en aplicación del art. 1.º, queda suspendida, con independencia de toda estipulación en sentido contrario, la aplicación de las cláusulas contractuales que prevean la determinación del precio mediante fórmulas sujetas a variación automática»;

Considerando que el Decreto-Ley impugnado se dictó en el marco del Decreto-Legislativo de 30 de junio de 1945, al que éste hacía expresamente alusión y que no autoriza a que se mantengan en vigor las cláusulas contractuales que prevean la determinación del precio de la corriente eléctrica por medio de fórmulas sujetas a variación automática; que el mencionado decreto consagra, por tanto, un régimen autónomo de establecimiento del precio de la corriente eléctrica, de conformidad con los principios de la nueva legislación, que difiere del sistema de revisión automática y periódica derivada del contrato; que, por lo demás, determina por sí solo las condiciones en las que ha de aplicarse, según modalidades distintas a las previstas en el contrato de concesión; que, por consiguiente, y sin que haya lugar a que el juez del recurso por exceso de poder determine si se podía reprochar al sistema contractual su retroactividad, el ministro carece de fundamentos para oponer a la empresa recurrente una cláusula contractual con la que es incompatible el nuevo método de establecimiento del precio de la corriente eléctrica;

Considerando que de cuanto antecede se desprende que la empresa «L' Aurore» está legitimada y tiene motivos fundados para solicitar la anulación de la disposición impugnada;... (Anulación de la disposición impugnada por tener un efecto retroactivo).

## OBSERVACIONES

1 Un Decreto-Ley del 30 de dic. de 1947 incrementaba el precio de venta de la electricidad para la totalidad de los consumos que figuraran en la primera lectura de contador posterior al 1 de ene. de 1948, fecha de la publicación del mencionado Decreto-Ley. Ante el recurso interpuesto por la empresa del periódico *L'Aurore*, el Consejo de Estado anula este Decreto-Ley por afectar a consumos anteriores al 1 de ene. de 1948, amparándose para ello en una doble motivación:

– «debido al intervalo de tiempo que media entre dos lecturas consecutivas de contador, la primera lectura posterior al 1 de ene. de 1948 incluye, en mayor o menor medida en función de la fecha en que se produzca, unos consumos anteriores al 1 de ene; al decidir que dichos consumos se deben facturar con la tarifa incrementada, el decreto ley impugnado infringe... *el principio según el cual los reglamentos sólo tienen efecto sobre el futuro...*»;

– «además, la disposición impugnada tiene como consecuencia la aplicación a los usuarios de tarifas diferentes para la corriente eléctrica consumida en las últimas semanas del año 1947, en función de que la lectura de sus contadores se produzca antes o después del 1 de ene. de 1948»: el decreto ley impugnado «*vulnera el principio de la igualdad entre los usuarios de los servicios públicos...*».

El Consejo de Estado apela, de este modo, a dos «principios generales del Derecho»: la igualdad entre usuarios de un servicio público (v. nuestras obs. sobre la sentencia de 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire*\*) y la irretroactividad de los actos administrativos.

Este segundo principio está sólidamente establecido (I), aunque pueda, en determinados casos, ser objeto de atenuaciones (II).

2 I. En virtud de *una jurisprudencia que se ha mantenido sin cambios*, una decisión administrativa debe aplicarse cuanto antes: si tiene carácter reglamentario, a partir de la fecha de su publicación y, si es de carácter individual, a partir de la fecha de su notificación al interesado. Toda decisión que prevea una fecha de aplicación anterior es ilegal por ser retroactiva.

A. La *justificación* de esta norma es la misma que la del art. 2 del Código Civil de conformidad con el cual «la Ley sólo dispone con vistas al futuro; no tiene ningún efecto retroactivo». No sería lógico aplicar una norma jurídica que tenga efecto en una época en la que era imposible que ésta se pudiera conocer; poner en tela de juicio actos o situaciones que cumplen con las leyes vigentes en el momento en que se producen sería contrario a la misión fundamental del Derecho, que consiste en garantizar la *seguridad*. A esto hay que añadir que los autores de una decisión retroactiva invaden la competencia de sus predecesores, infringiendo así lo que se ha dado en llamar el principio de la competencia *ratione temporis* (Teissier, concl. sobre CE 17 de mayo de 1907, *Le Bigot*, Rec. 460).

La jurisprudencia aplica el principio de irretroactividad de los actos administrativos desde el siglo XIX, pero las sentencias no aclaraban su fundamentación jurídica. El «principio en virtud del cual los reglamentos sólo tienen efecto sobre el futuro» fue invocado de modo expreso por primera vez en la sentencia de 28 de febr. de 1947, *Ville de Lisieux*, Rec. 83, relativa a las tarifas retroactivas, y se amplió con posterioridad su aplicación a todas las decisiones administrativas, reglamentarias o individuales. La sentencia *L'Aurore* confirma este principio, a pesar de que la decisión impugnada se podía justificar con consideraciones de oportunidad: el Comisario del Gobierno había solicitado que se optara por esta solución «como un acto de fe en la supremacía del Derecho». El Consejo de Estado informa, de hecho, a la Administración que puede evitar la acusación de retroactividad en casos similares al que nos ocupa, recurriendo a la distinción, «aunque sea de modo estimativo», entre los consumos anteriores a la fecha de publicación del Decreto-Ley que incrementa las tarifas y los posteriores a esta fecha. Pero desde entonces el Consejo ha confirmado el rigor de su jurisprudencia: la solución que se deriva de la sentencia *L'Aurore* para los Decretos-Leyes de fijación de precios se ha ampliado a las cláusulas de los pliegos de condiciones estándar de las concesiones, destinadas a su inclusión en los contratos de concesión y en los contratos de suministro de un servicio (CE As. 5 de mayo de 1961, *Ville de Lyon*, Rec. 294; CJEG 1961.175, concl. Braibant, nota Teste y Chaudouard).

3 La jurisprudencia sobre la retroactividad es muy abundante. El Consejo de Estado ha censurado, en particular, en varias ocasiones, la retroactividad de las leyes fiscales (por ej., CE As. 16 de marzo de 1956,

*Garrigou*, Rec. 121; v. n.º 17.3; – As. 14 de mayo de 1965, *Secrétaire d'État aux finances et ministre des finances et affaires économiques c. Jacquier*, Rec. 278; RD publ. 1966.164, concl. Lavondès), de los reglamentos relativos al estatuto y a la remuneración de los funcionarios (por ej., CE Secc. 14 de febr. de 1958, *Chamley y Perret*, Rec. 99; RD publ. 1958.991, concl. Long), o incluso de las leyes que implican que un plazo empiece a correr o que un vencimiento se haga efectivo antes de que éstas entren en vigor (CE As. 30 de junio de 1959, *Metge*, Rec. 89; D. 1959.92, concl. Fournier).

- 4 B. La jurisprudencia ha precisado *en qué consiste* la retroactividad. Ésta implica no sólo que se aplique al pasado una nueva medida (por ej., un nombramiento, una exclusión: CE Secc. 25 de marzo de 1983, *Conseil de la région parisienne des experts-comptables et comptables agréés*, Rec. 137, concl. Franc), sino también que se pongan en tela de juicio situaciones que quedaron definitivamente zanjadas en el pasado (por ej., la aplicación de un nuevo impuesto a ejercicios ya cerrados: *Garrigou*, citada *ut supra*; CE 24 de marzo de 2006, *KPMG\**: aplicación de una nueva disposición a situaciones contractuales que ya estaban en curso en la fecha de su entrada en vigor). Se produce cuando el acto en sí mismo prevé su aplicación con anterioridad ya sea a su adopción (*Garrigou*; CE 10 de jul. de 2006, *Société Bouygues Télécom et autres*, Rec. 330: decreto de 13 de mayo de 2004 que permite exigir el pago de las aportaciones provisionales adeudadas por los operadores de telecomunicaciones a partir del 1 de mayo de 2004), ya sea a la publicación de la que debe ser objeto (19 de junio de 1985, *Commune de Saintes*, Rec. 191; RFDA 1985.657, concl. Roux; AJ 1985.402, cr. Hubac y Schoettl: decisión prefectoral que obliga a un municipio a asumir los gastos de funcionamiento de un colegio privado titular de un contrato de asociación, en una fecha anterior a la notificación de dicha decisión).

Los actos de las colectividades territoriales cuya fuerza ejecutiva está subordinada, de conformidad con la ley de 2 de marzo de 1982 relativa a los derechos y libertades de los municipios, departamentos y regiones, a la vez a su comunicación al representante del Estado y a su publicación o notificación, pueden ser censurados por su carácter retroactivo cuando prevén su entrada en vigor en una fecha anterior al cumplimiento de estas dos formalidades (CE Secc. 30 de sept. de 1988, *Ville de Nemours c. Mme Marquis*, Rec. 320; AJ 1988.739, concl. Y. Moreau).

5 II. Pese a su rigor, el principio de irretroactividad admite *adaptaciones*, e incluso algunas *excepciones*.

A. En primer lugar, los vínculos que los actos administrativos puedan tener con situaciones pasadas no bastan para denunciar su retroactividad. Las autoridades administrativas pueden ampararse en circunstancias pasadas para determinar las soluciones que se van a aplicar en el futuro (CE Secc. 19 de junio de 1959, *Villard*, Rec. 373, concl. Braibant). En particular, pueden establecer nuevas normas teniendo en cuenta los resultados anteriores (CE As. 9 de nov. de 1988, *Fourcade*, Rec. 399; AJ 1989.173, concl. de Saint Pulgent, nota Rouquette; RFDA 1989.738, nota Louit; 11 de dic. de 2013, *M. et Mme Touraine et M. et Mme Parthonnaud*, Rec. 424; JCP Adm. 2014.2185, nota Otero).

Pueden asimismo aplicar con efecto inmediato disposiciones nuevas a situaciones que, pese a tener su origen en el pasado, no han pasado a convertirse en derechos adquiridos. Por ejemplo, pueden aplicarse medidas fiscales a ejercicios que no han terminado, afectando en su caso a ingresos y beneficios obtenidos antes de su entrada en vigor (CE 8 de ene. de 1959, *Union de la propriété bâtie de France*, Rec. 13). Una reglamentación relativa a la comercialización de productos agrícolas que sólo sea aplicable a las operaciones efectuadas con posterioridad a su entrada a vigor no puede ser censurada por su retroactividad, aunque afecte a productos que se recolectaron con anterioridad (CE 27 de mayo de 1987, *Syndicat national des producteurs et sélectionneurs de greffes d'asperges*, Rec. 181). En el ejercicio de las facultades que les incumben con vistas a garantizar la seguridad de las personas, las autoridades de policía pueden exigir la aplicación de nuevas disposiciones a inmuebles ya construidos, dentro de unos límites que no superen las cargas que impone la seguridad (CE Secc. 26 de oct. de 1984, *SCI du Chemin vert*, Rec. 342; JCP 1985.II.20424, concl. O. Dutheillet de Lamothe), sin perjuicio de la aplicación de medidas transitorias, en los casos en que éstas procedan (CE 24 de marzo de 2006, *KPMG\**).

6 B. La retroactividad propiamente dicha se admite en determinados casos. Una disposición retroactiva, pese a «exceder las facultades reglamentarias» (CC n.º 69-57 L, 24 de oct. de 1969, Rec. 32), puede en su caso ser dictada por una ley, ya que el principio de irretroactividad no tiene en general un valor constitucional (en este sentido CC n.º 79-109 DC, 9 de ene. de 1980, Rec. 29; D. 1980.249, nota

J.-B. Auby; RD publ. 1980.1361, nota Favoreu). No obstante, la retroactividad legislativa está sujeta a tres restricciones.

La primera está relacionada con la materia represiva, con respecto a la cual el principio de irretroactividad adquiere valor constitucional, y que abarca tanto a las sanciones administrativas como penales (CC n.º 82-155 DC, 30 de dic. de 1982, Rec. 88; RA 1983.142, nota M. de Villiers; RD publ. 1983.333, nota Favoreu; – n.º 87-237 DC, 30 de dic. de 1987, Rec. 63; RFDA 1988.350, nota Genevois; RA 1988.136, nota Lambert).

En segundo lugar, incluso en materia no represiva, la retroactividad puede excluirse por exigencias constitucionales o convencionales. Por una parte (CC n.º 98-404 DC, 18 de dic. de 1998, Rec. 315; AJ 1999.22, cr. Schoettl; RFDA 1999.89, art. Mathieu), «si bien es cierto que el legislador tiene la facultad de dictar disposiciones fiscales retroactivas, sólo puede hacerlo debido a un motivo de interés general suficiente y siempre que ello no suponga privar a los requisitos constitucionales de las garantías legales». Por otra parte (CE As. plen. fisc. 9 de mayo de 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c. Société EPI*, Rec. 200, concl. Boucher; v. n.º 108.4), dado que la esperanza legítima que genera el legislador al establecer un sistema de desgravaciones es considerada como un bien en el sentido del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su supresión retroactiva es contraria al Convenio.

Por último, la ratificación por una ley de efecto retroactivo de los actos administrativos que han sido objeto de una impugnación contencioso-administrativa puede quedar invalidada tanto por el principio de separación de poderes y el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, que se derivan del artículo 16 de la Declaración de 1789, como por el derecho a un juicio justo, reconocido por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (v. nuestras obs. sobre CE 8 de jul. de 1904, *Botta\**).

Cuando, al margen de estos supuestos, la Ley prevea la retroactividad, ya sea expresamente (CE 30 de dic. de 1998, *Entreprise Chagnaud*, Rec. 721; AJ 1998.96) o incluso implícitamente (CE Secc. 12 de ene. de 1951, *Association professionnelle des banques*, Rec. 21; RD publ. 1951.895, nota M. Waline), un acto administrativo puede y, en ocasiones, incluso debe ser retroactivo. Esta misma solución puede

tener su origen en un convenio internacional (CE As. 8 de abr. de 1987, *Procopio*, Rec. 136; AJ 1987.472, concl. Schrameck).

7

Aparte de los casos previstos por una ley o un convenio internacional, un acto administrativo puede presentar un carácter retroactivo en tres categorías de casos, en las que no está en juego la seguridad jurídica.

La primera consiste en la regularización de medidas anteriores, con el fin o bien de que se cumplan las consecuencias de una anulación por exceso de poder (CE 26 de dic. de 1925, *Rodière\**, con nuestras obs.), o bien de proceder a la revocación de una decisión ilegal (CE 26 de oct. de 2001, *Ternon\**, con nuestras obs.).

La retroactividad se admite también en el caso de aquellos actos que se suman a medidas anteriores y cuya aplicación condicionan.

Éste era el caso de las medidas de aprobación adoptadas por las autoridades de tutela respecto a las colectividades locales: se retrotraían a la fecha de entrada en vigor de la decisión aprobada (CE Secc. 17 de junio de 1960, *Contessoto*, Rec. 406; RA 1960.497, nota Liet-Veaux; Dep. y com. 1960.61, nota Hourticq; – Sect. 19 de marzo de 1965, *Jean-Louis, Sévère et Caraman*, Rec. 181; D. 1966.162, concl. Galabert; AJ 1965.469, cr. Puybasset y Puissochet). Todavía es posible adoptar una solución como ésta (CE 9 de dic. de 1994, *Assemblée des présidents des conseils généraux de France*, Rec. 772: retroactividad legal la aprobación de un convenio a la fecha de su firma).

Del mismo modo, cuando un primer acto prevé que las medidas que obliga a tomar se retrotraigan a la fecha de su entrada en vigor, éstas pueden tener un efecto retroactivo (CE Secc. 30 de sept. de 1955, *Société Roger Grima*, Rec. 451). Cabe la posibilidad de que un decreto prevea la concesión de una plaza de carácter permanente a los funcionarios, después de un período de prácticas, con efecto en la fecha de su nombramiento, habida cuenta de la naturaleza jurídica de las prácticas y de la plaza de carácter permanente (CE As. 8 de nov. de 1974, *Association des élèves de l'École nationale d'administration*, Rec. 541; RA 1975.32, concl. G. Guillaume). La seguridad jurídica no se ve afectada por esta retroactividad ya que es objeto de notificación a los interesados desde un primer momento.

El Consejo de Estado admite la retroactividad cuando no es posible, sin este efecto retroactivo, regular determinadas situaciones: tal es el caso, en una campaña de producción, de la retroactividad del reglamento que se adopta una vez está en marcha dicha campaña, al no

existir ninguna disposición anterior efectiva, estableciéndose como fecha de entrada en vigor del reglamento la fecha de inicio de la campaña (CE As. 21 de oct. de 1966, *Société Graciet*, Rec. 560; AJ 1967.275, concl. Baudouin; – As. 8 de junio de 1979, *Confédération générale des planteurs de betteraves*, Rec. 269; D. 1979. IR.382, obs. P. Delvolvé); ocurre lo mismo en el caso de un decreto que determina los derechos a una remuneración de los profesores nombrados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo (CE 7 de febr. de 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, Rec. 41; RD publ. 1980.523, nota M. Waline).

Con la sentencia *Anschling* de 28 de abr. de 2014 (Rec. 96, concl. de Barmon; RFDA 2014.512, concl.; RJEP agosto-sept. 2014.13, concl.; AJ 2014.1264, cr. Bretonneau y Lessi; DA 2014.42, nota Eveillard), el Consejo de Estado (Secc.) ha admitido la retroactividad de las nuevas tarifas aplicables a los usuarios de un servicio de suministro de agua al que no se habían podido aplicar las tarifas iniciales debido a la declaración de ilegalidad que había pronunciado contra ellas el Tribunal Administrativo de Strasbourg: «habida cuenta de la naturaleza y el objeto de las tarifas de los servicios, que constituyen la remuneración de los servicios que se prestan a los usuarios, esta declaración de ilegalidad no puede en modo alguno tener como consecuencia que se exoneren de toda obligación de pago de una tarifa, a cambio del servicio del que se han efectivamente beneficiado, a los usuarios que han presentado objeciones contra la cuantía de los cánones cuyo pago se les exigía; por consiguiente, para regularizar las situaciones generadas por estos litigios, el sindicato se ha visto en la obligación legal de adoptar una decisión por la que se establece con efecto retroactivo, respetando los motivos que constituyen el fundamento necesario del fallo del tribunal administrativo..., la tarifa del agua que se ha de aplicar, para los períodos de consumo objeto de litigio, a los usuarios que disfrutaron del servicio y que presentaron un recurso por vía contencioso-administrativa contra los cánones cuyo pago se les exigía, debido a la ilegalidad de las deliberaciones por las que se estableció la tarifa del agua». La justificación extremadamente precisa de la retroactividad en este supuesto subraya el carácter limitado de la excepción admitida.

Por lo demás, el principio sentado por la sentencia *Journal L'Aurore* conserva toda su fuerza.

## 57. RECURSO POR EXCESO DE PODER. ALCANCE

Consejo de Estado, 17 de febrero de 1950, *Ministre de l'agriculture  
c/ Dame Lamotte*

(Rec. 110; RD publ. 1951.478, concl.;  
J. Dévolvé, nota M. Waline)

Considerando que por medio de un decreto de 29 de ene. de 1941, promulgado en aplicación de la ley de 27 de agosto de 1940, el Prefecto del Ain atribuyó al señor de Testa el dominio sobre la finca de Sauberthier (en el término municipal de Montluel), propiedad de la señora Lamotte, Vial de apellido de soltera, «por un período de nueve años completos y consecutivos, que empezarían a contar a partir del 1 de febr. de 1941»; que, con su decisión de 24 de jul. de 1942, el Consejo de Estado anuló esta atribución alegando como motivo que la finca «no estaba en estado de abandono y sin cultivar desde hacía más de dos años»; que, con una decisión posterior de 9 de abr. de 1943, el Consejo de Estado anuló, en consonancia con lo anterior, un segundo decreto del Prefecto del Ain de 20 de agosto de 1941, por el que se adjudicaba al señor de Testa tres nuevas parcelas de terrenos, lindantes con la susodicha finca;

Considerando, por último, que con su decisión de 29 de dic. de 1944 el Consejo de Estado anuló, por un defecto de desviación de poder, un tercer decreto de fecha 2 de nov. de 1943, por el que el Prefecto del Ain «con el fin de retrasar la ejecución de las dos últimas decisiones antes citadas de 24 de jul. de 1942 y de 9 de abr. de 1943», había procedido a embargar en beneficio del propio señor de Testa la finca de Sauberthier;

Considerando que el Ministro de Agricultura remite al Consejo de Estado el decreto de fecha 4 de oct. de 1946, por medio del cual el Consejo Interdepartamental de la Prefectura de Lyon –ante el que la señora Lamotte había presentado una demanda contra un cuarto decreto del Prefecto del Ain, de fecha 10 de agosto de 1944, y en el que se reconocía una vez más al señor de Testa como adjudicatario de la finca de Sauberthier– pronunciaba la anulación de dicha adjudicación; que el ministro alega que el Consejo de la Prefectura tenía que haber des-

estimado esta demanda como no admisible a tenor del art. 4 de la ley de 23 de mayo de 1943;

Considerando que el art. 4 párr. 2 de la ley de 23 de mayo de 1943 dispone lo siguiente: «El acto de adjudicación no puede ser objeto de ningún recurso administrativo ni ordinario»; que, aunque esta disposición –que sigue teniendo validez mientras no se constate su nulidad de conformidad con el Decreto-Legislativo de 9 de agosto de 1944, relativo al restablecimiento de la legalidad republicana– tenga como resultado la supresión del recurso que podía interponer el propietario, a tenor del art. 29 de la ley de 19 de febr. de 1942, ante el Consejo de la Prefectura para impugnar, entre otras cosas, la legalidad de la adjudicación, ello no obsta para que pueda presentar *un recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado contra el acto de adjudicación, recurso que puede interponer el interesado, incluso en ausencia de un texto legal, contra todo acto administrativo, teniendo el recurso como finalidad garantizar, de conformidad con los principios generales del Derecho, el respeto de la legalidad*; que de ello se deriva, por una parte, que el Ministro de Agricultura tiene motivos fundados para solicitar la anulación del mencionado decreto del Consejo de la Prefectura de Lyon de 4 de oct. de 1946, pero que procede, por otra parte, que el Consejo de Estado se pronuncie, como juez del recurso por exceso de poder, sobre la demanda de anulación del decreto del Prefecto del Ain de 10 de agosto de 1944 presentada por la señora Lamotte;

Considerando que de los elementos que obran en el expediente se desprende que el mencionado decreto, que se limita simplemente a confirmar la adjudicación anterior en beneficio del señor de Testa por un período de nueve años «a partir del 1 de febr. de 1941», tal y como se ha expuesto más arriba, no obedecía a ningún otro fin que no fuera el de invalidar deliberadamente las decisiones antes citadas del Consejo de Estado al que competía pronunciarse sobre el contencioso-administrativo y que, por tanto, adolece de un defecto de desviación de poder;... (Anulación).

## OBSERVACIONES

- I.** La ley de 27 de agosto de 1940 obligaba a los alcaldes a confeccionar una lista de las explotaciones en estado de abandono o sin cultivar desde hacía más de dos años, y permitía al Prefecto proceder a

la adjudicación, sin siquiera tener que esperar a conocer los resultados de este inventario, de toda parcela en estado de abandono o sin cultivar desde hacía más de dos años, para su dedicación inmediata al cultivo. La aplicación de esta ley fue la que dio origen al litigio *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*. El Consejo de Estado había anulado el 24 de jul. de 1942 y el 9 de abr. de 1943 dos adjudicaciones de terrenos propiedad de la señora Lamotte, hechas por el Prefecto del Ain en favor del señor de Testa. El Prefecto procedió, entonces, a embargar la finca y el Consejo de Estado anuló el embargo. Sin dejarse intimidar por estas medidas, el Prefecto dictó el 10 de agosto de 1944 un nuevo decreto de adjudicación, aunque mientras tanto la ley de 23 de mayo de 1943, con objeto de vencer la resistencia de los jueces, hubiera suprimido toda posibilidad de recurso contras los actos de adjudicación.

Conviene recordar tanto la legislación como los hechos en cuestión, ya que el carácter exorbitante del derecho común de la legislación en materia de adjudicaciones, el conflicto que se había planteado entre la Administración y los jueces, la violación por la Administración de la cosa juzgada por el Consejo de Estado, la supresión por vía legislativa de todo recurso jurisdiccional eran todos ellos elementos que habían generado el clima especial del que se vio rodeado el caso, y que justificaban la solución, a primera vista sorprendente, por la que optó el Consejo de Estado en esta sentencia.

En este caso concreto, la voluntad del legislador no admitía duda alguna, puesto que el art. 4 de la ley de 23 de marzo de 1943 disponía lo siguiente: «el acto de adjudicación no puede ser objeto de ningún recurso administrativo ni ordinario». Pese a todo, la alta jurisdicción consideró que dicho texto no podía tener como consecuencia que se excluyera la posibilidad del recurso por exceso de poder, destinado a «garantizar, de conformidad con los principios generales del Derecho, el respeto de la legalidad». Esta jurisprudencia innovadora, que convierte el recurso en un instrumento general de control de la legalidad, ha sido muchas veces objeto desde entonces de ratificación (CE As. 17 de abr. de 1953, *Falco et Vidaillac*, Rec. 175, RD publ. 1953.448, concl. Donnedieu de Vabres, nota M. Waline; D. 1953.683, nota Eisenmann; JCP 1953. II.7598, nota Vedel; sobre las decisiones de la mesa electoral del Consejo Superior de la Magistratura; – Sec. 16 de dic. de 1955, *Époux Deltel*, Rec. 592; D. 1956.44, concl. Laurent; RD publ. 1956.150, nota M. Waline, sobre las decisiones de la comisión de adjudicación de indemnizaciones de las nacionalizaciones yugoslavas;

– Secc. 17 de mayo de 1957, *Simonet*, Rec. 314, concl. Heumann; S. 1957.351, concl.; D. 1957.580, nota Jeanneau; AJ 1957. II.270, cr. Fournier y Braibant, sobre las decisiones de la comisión encargada de pronunciarse sobre la elegibilidad de los miembros del Consejo Económico y sobre la legalidad de su nombramiento). Una de sus consecuencias principales es que el gobierno no puede, ni en el ejercicio de la facultad reglamentaria autónoma que le reconoce el art. 37 de la Constitución, ni en el ejercicio de la facultad de dictar Decretos-Legislativos que le reconoce el art. 38, permitir que algunos de estos actos escapen a todo control jurisdiccional, ya sea suprimiendo la posibilidad de recurso por exceso de poder, ya sea confirmando la validez de determinadas decisiones administrativas (CE As. 24 de nov. de 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec. 65; S. 1963.59, nota L. Hamon; D. 1962.424, nota Fromont; AJ 1962.114, nota J. T.). La jurisprudencia *Dame Lamotte* ha demostrado, por tanto, su eficacia para proteger el control de la legalidad contra la tentación que podría tener el gobierno de limitar dicho control recurriendo a su facultad reglamentaria ampliada.

II. Gracias a la doble influencia del papel cada vez más relevante que desempeñan los convenios internacionales en el orden interno y de la ampliación del control de la constitucionalidad de las leyes ejercido por el Consejo Constitucional, cabe afirmar hoy en día que una disposición legislativa que se propusiera librar a un acto administrativo de todo control jurisdiccional tropezaría contra la resistencia tanto de la norma internacional como de la norma constitucional.

- 2
- 1.º) Cuando lo que se plantee esté en contradicción con los tratados internacionales, habrá que remitirse al art. 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el que se estipula que «toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos por el presente Convenio hayan sido vulnerados, tiene derecho a la posibilidad de recurso ante una instancia nacional, incluso cuando los autores de la vulneración sean personas que actuaban en el ejercicio de sus funciones oficiales». En este mismo sentido, debe mencionarse que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ve en el control jurisdiccional una expresión «de un principio general del Derecho que constituye el fundamento de las tradiciones constitucionales comunes a todos los Estados miembros»

(CJCE 15 de mayo de 1986, *Marguerite Johnston*, caso 222/84, Rec. 1651; GACJUE, n.º 20).

- 3 2.º) Pero, sobre todo, el juez constitucional se ha visto en la necesidad de asumir, como le instaba a que lo hiciera la doctrina, la tarea de vincular el ejercicio del derecho al recurso con las disposiciones del art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano relativas a la «garantía de los derechos». Esta solución, que ya anunciaba la decisión n.º 93-335 DC, 21 de ene. de 1994 (Rec. 40; RA 1994.75, nota Morand-Deviller; RFDC 1994.364, nota Mélin-Soucramanien; RFDA 1995.7, nota Hocréteire), se ha expuesto de modo más explícito en la decisión n.º 96-373 DC, 9 de abr. de 1996 (Rec. 43; AJ 1996.371, nota Schrameck) en la que, amparándose en el art. 16 de la Declaración, se establece «que, en principio, no se puede tolerar ningún menoscabo sustancial al derecho de las personas a ejercer un recurso efectivo ante un tribunal». Hallamos un enfoque muy similar en la jurisprudencia administrativa que, a partir de entonces, se refiere al «derecho constitucionalmente reconocido a toda persona a interponer un recurso ante una jurisdicción» (CE [dictamen] 6 de mayo de 2009, *Khan*, Rec. 187).

Se establece incluso un vínculo entre este derecho y la existencia de un régimen de asistencia letrada (CE ord. 8 de febr. de 2012, *Ministre de l'intérieur, de l'outremer, des collectivités territoriales et de l'immigration c. K...*, Rec. 30; DA 2012, n.º 67, nota Tchen; JCP 2012.219, obs. Erstein).

Por consiguiente, el derecho al recurso supera el ámbito de la jurisdicción administrativa. En el caso de esta última, incluye no sólo el derecho inalienable al recurso por exceso de poder, sino también la posibilidad de interponer un recurso de casación ante el Consejo de Estado contra las decisiones de las jurisdicciones administrativas adoptadas en última instancia.

- 4 **III.** Existe, en efecto, una analogía entre la sentencia *Dame Lamotte* y la solución adoptada por el Consejo de Estado respecto al recurso de casación. Se ha podido comprobar que, en el caso concreto de una ley que disponía que la decisión de una determinada jurisdicción administrativa (Tribunal de Honor) no era «susceptible de recurso», resultó en la práctica que la opinión del juez administrativo era que, «al no haber expresado claramente los autores de dicha disposición una voluntad contraria a este recurso, no cabía interpretar que la expresión utilizada por el legislador excluía el recurso de casación ante el

Consejo de Estado» (As. 7 de febr. de 1947, *d'Aillières\**). Se ha utilizado la misma argumentación en el caso del Consejo Superior de la Magistratura, cuando éste se ha pronunciado en su calidad de consejo disciplinario de los jueces (CE As. 12 de jul. de 1969, *L'Étang*, Rec. 388; v. n.º 55.2). En materia penal, el Consejo de Estado anuló un Decreto-Legislativo dictado al amparo de una ley de habilitación y por el que se creaba un tribunal militar, alegando como motivo principal que dicho decreto excluía toda posibilidad de recurso de casación (As. 19 de oct. de 1962, *Canal\**).

El Consejo de Estado se pronuncia sobre estas cuestiones y, aunque no lo haga *contra legem*, sí lo hace al menos *praeter legem*. Salvo en el caso de que el autor del texto legal haya hecho constar formalmente, en términos explícitos, su voluntad de excluir todo recurso, el juez administrativo no tiene apenas en cuenta la «intención» –en el sentido psicológico del termino– del legislador: cuando un texto resulta clarificador por sí solo, el Consejo se limita a aplicarlo; si plantea alguna duda, el Consejo intenta determinar la intención del legislador tal y como se desprende de las cláusulas preliminares. Pero en esta investigación, el Consejo de Estado parte del supuesto de que no habido intención alguna por parte del legislador de sustraerse a la obligación de respetar los principios generales del Derecho. Partiendo de estas premisas puede darse el caso de que sea él mismo el que determine «la intención del legislador».

El Consejo de Estado también puede llenar lo que considera una laguna de la Ley (v. nuestras obs. sobre CE As. 14 de febr. de 2014, *Mme Lambert et autres\**).

## 58. HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Consejo de Estado As., 7 de julio de 1950, *Dehaene*

(Rec. 426; RD publ. 1950.691, concl.; Gazier, nota M. Waline;  
JCP 1950. II.5681, concl.; RA 1950.366, concl., nota Liet-Veaux;  
Dr. soc. 1950.317, concl.; S. 1950.3.109, nota J. D. V.;  
D. 1950.538, nota Gervais)

*En cuanto a la amonestación:*

Considerando que el señor Dehaene alega que esta sanción se le impuso haciendo caso omiso del derecho de huelga reconocido por la Constitución;

*Considerando que, al señalar, en el Preámbulo de la Constitución, que «el derecho de huelga ha de ejercerse en el marco de las leyes a las que está sometido», la finalidad que perseguía la Asamblea Constituyente era incitar al legislador a que hiciera lo necesario para conciliar la defensa de los intereses profesionales, siendo la huelga una modalidad de ésta, con la salvaguarda del interés general que puede verse vulnerado por este derecho;*

Considerando que no cabe pensar que las leyes de 27 de dic. de 1947 y de 28 de sept. de 1948, cuya única finalidad era crear un estatuto especial para el personal de las compañías republicanas de seguridad y policía, además de privar a estos trabajadores, en caso de cese mutuamente acordado del servicio, de las garantías disciplinarias, pudieran constituir por sí solas, en lo que respecta a los servicios públicos, una ley reguladora del derecho de huelga como aquella a la que se refería la Constitución;

*Considerando que, caso de no existir una normativa al respecto, el derecho de huelga no puede tener como consecuencia que se excluyan las limitaciones a las que debe estar sujeto este derecho, como cualquier otro, con el fin de evitar que se haga del mismo un uso abusivo o contrario a las necesidades en materia de orden público; que, dado el estado actual de la legislación, compete al gobierno, responsable garantizar el funcionamiento adecuado de los servicios públicos, establecer él mismo, bajo la supervisión del juez, la naturaleza y el alcance de dichas limitaciones;*

*Considerando que una huelga que implique, cualquiera que sea su motivación, un menoscabo para el ejercicio de la función prefectoral, en sus atribuciones fundamentales, constituye un atentado grave contra el orden público; que, por consiguiente, el gobierno no infringió la Ley al prohibir y reprimir la participación de los jefes de oficina de la prefectura en la huelga de julio de 1948;*

Considerando que es un hecho probado que, infringiendo dicha prohibición, el señor Dehaene, jefe de oficina en la prefectura de Indre-et-Loire, participó en la huelga del 13 al 20 de jul. de 1948; que de lo anterior se desprende que esta actitud, pese a obedecer a un deseo de solidarizarse con sus compañeros de trabajo, constituye, no obstante, una falta cuya naturaleza justifica la aplicación de una sanción disciplinaria; que, por consiguiente, el recurrente no tiene motivos fundados para sostener que, al imponerle una amonestación, el prefecto de Indre-et-Loire se haya excedido en sus facultades;... (Desestimación)

## OBSERVACIONES

- 1**           **I.** El 13 de jul. de 1948, los funcionarios de las prefecturas iniciaron una huelga que tenía como origen unas reivindicaciones de índole profesional. El Ministro del Interior comunicó, ese mismo día, que debía procederse a la suspensión inmediata de empleo y sueldo de todos los agentes que se sumaran a la huelga y que tuvieran algún grado de autoridad –y, más concretamente, una categoría superior a la de jefe de oficina. La mayoría de los agentes a los que se dirigía este anuncio se sumaron, pese a todo, a la huelga y no reanudaron su trabajo hasta una semana más tarde, obedeciendo las consignas de su sindicato. Los prefectos pronunciaron el 13 de jul. la suspensión de empleo y sueldo de los jefes de oficina en huelga; cuando éstos reanudaron su trabajo, la suspensión fue sustituida por una amonestación.

Seis jefes de oficina de la prefectura de Indre-et-Loire interpusieron un recurso contra la sanción que les había sido impuesta, alegando que el ejercicio del derecho de huelga reconocido por el Preámbulo de la Constitución no podía ser considerado como una falta cuya naturaleza justificara una sanción disciplinaria.

- 2**           **II.** La legislación francesa se abstuvo durante mucho tiempo de pronunciarse sobre la huelga de los funcionarios. Sólo había un texto que podía ser considerado como una normativa reguladora en la mate-

ria: nos referimos al art. 123 del Código Penal, según el cual «Todo acuerdo que incluya unas medidas contrarias a la Ley y que se lleve a la práctica o bien mediante la reunión de individuos o de cuerpos depositarios en alguna medida de la autoridad pública, o bien mediante delegación o comunicación entre ellos, será castigado con una pena privativa de libertad...». Jèze señalaba en 1909 (RD publ. 1909.500) que era del todo imposible que este texto legal, que no se había aplicado nunca ni bajo la monarquía ni bajo el Imperio, se pudiera aplicar bajo la Tercera República. Se equivocó por muy poco, ya que el art. 123 sólo se aplicó una sola vez (T. corr. del Sena, 4 de dic. de 1934, D. 1935.2.57, nota M. Waline). Por consiguiente, fue la jurisprudencia administrativa la que tuvo que elaborar las normas en materia de huelga de los agentes públicos. Optó por una postura muy rigurosa, al considerar que el funcionario que se sumaba a una huelga se excluía por este mismo motivo del servicio y, por consiguiente, perdía la posibilidad de acogerse a las garantías disciplinarias (CE 7 de agosto de 1909 *Winkell*, Rec. 826 y 1296, concl. Tardieu; S. 1909.3.145, concl., nota Hauriou; RD publ. 1909.494, nota Jèze).

Esta jurisprudencia tan estricta con los huelguistas tenía que acompañarse lógicamente de una jurisprudencia que apoyara las medidas adoptadas por los poderes públicos para romper las huelgas de los funcionarios o de los agentes de los servicios adjudicados a empresas externas. Por ello, el Consejo de Estado consideró que el hecho de convocar a los empleados ferroviarios para que cumplieran un nuevo período de servicio militar no constituía una desviación de poder, aunque la medida se hubiera tomado para poner fin a una huelga (18 de jul. de 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, Rec. 882; RD publ. 1913.506, concl. Helbronner, nota Jèze) y estimó que era conforme a la Ley la movilización por decreto de los agentes y obreros de los servicios públicos adjudicados a empresas externas, con el fin de romper una huelga (5 de dic. de 1941, *Sellier*, Rec. 208; S. 1942.3.25, nota Mestre).

La jurisprudencia se convirtió en ley con el Estatuto de los Funcionarios de 14 de sept. de 1941, cuyo art. 17 disponía lo siguiente: «Cualquier acto cometido por un funcionario, que impida la continuidad indispensable para el normal funcionamiento del servicio público cuya prestación le ha sido encomendada, constituye la forma más grave de incumplimiento sus obligaciones fundamentales. Cuando un acto de esta naturaleza sea resultado de una acción colectiva o concer-

tada dará lugar a que se prive al funcionario de las garantías previstas en el presente Estatuto en materia disciplinaria.» Pero se procedió a declarar nula esta ley con el Decreto-Legislativo de 9 de agosto de 1944, relativo al restablecimiento de la legalidad republicana.

- 3 **III.** Los datos jurídicos del problema se modificaron con el Preámbulo de la Constitución de 27 de oct. de 1946, según el cual: «El derecho de huelga ha de ejercerse en el marco de las leyes que lo regulan.» Sin embargo, la ley de 19 de oct. de 1946, relativa al estatuto de los funcionarios, les reconoce el derecho sindical, pero no se pronuncia respecto al ejercicio del derecho de huelga. Sólo son dos las leyes que han pretendido regular este derecho: la ley de 27 de dic. de 1947 sobre las compañías republicanas de seguridad, que privaba del mismo a sus miembros y que equiparaba la huelga al abandono del puesto de trabajo, y la ley de 28 de sept. de 1948 relativa a la policía, que estipulaba que «todo cese concertado del servicio podrá ser objeto de sanción al margen de las garantías disciplinarias». No le costó ningún trabajo al Comisario del Gobierno Gazier convencer al Consejo de Estado de que estas leyes no podían constituir una normativa general del derecho de huelga.

Quedaba, entonces, por determinar el valor jurídico del Preámbulo de la Constitución. La doctrina le asignaba, por regla general, el valor de una norma del derecho positivo, al menos en lo que respecta al poder ejecutivo y a los jueces. No existía el mismo nivel de coincidencia a la hora de determinar si la fórmula del Preámbulo era lo bastante precisa para que se pudiera aplicar: sus autores admitían, no obstante, de modo casi unánime, que el Preámbulo asignaba esta tarea a la Ley. El Comisario del Gobierno Glazier sostuvo, por el contrario, que el Preámbulo se limitaba a exponer los principios fundamentales del Derecho y que el principio del derecho de huelga debía ser compatible con otros principios que merecían el mismo respeto, en particular, el principio de continuidad del servicio público. «Admitir sin restricción alguna el derecho de huelga de los funcionarios equivaldría a abrir un paréntesis en la vida constitucional y, como ya se ha señalado, consagrar oficialmente el concepto de un Estado con ausencias ocasionales. Esta alternativa es radicalmente contraria a los principios fundamentales de nuestro derecho público.» Pero ya no era posible que se mantuviera vigente la antigua jurisprudencia: además de no ser compatible con el Preámbulo, estaba en contradicción con los hechos; establecía una oposición radical entre agentes de los servicios públicos y asala-

riados del derecho común, pese a que sus circunstancias cada vez se asemejaban más; por otra parte, «la frontera entre las actividades profesionales cuya interrupción supone un grave menoscabo para la vida nacional y aquellas otras que son compatibles con la huelga no coincidía con la que existe entre agentes de los servicios públicos y asalariados de derecho común... La huelga de los trabajadores de las panaderías y de los comercios de productos lácteos alteraba mucho más la vida nacional que la de los guardas de museos o de los registradores de la propiedad». Por tanto, era más lógico reconocer que la huelga no es necesariamente ilegítima, pero que, mientras no existan unas leyes que la regulen, el gobierno puede restringir el ejercicio de este derecho cuando así lo exija el orden público.

El Consejo de Estado admitió el razonamiento de su Comisario del Gobierno y, desde entonces, se ha amparado en lo fundamental en la jurisprudencia *Dehaene*, pese a las críticas de una parte de la doctrina que considera que estamos aquí ante una materia reservada por la Constitución al poder legislativo.

4 **IV.** La Constitución de 1958 y la legislación posterior a ésta no han alterado los datos del problema. El Preámbulo de la actual Constitución confirma el de 1946. El Decreto-Legislativo de 4 de febr. de 1959 sobre el estatuto de los funcionarios guardaba el mismo silencio respecto al derecho de huelga que la ley de 19 de oct. de 1946. Debido a su parcialidad, no se ha considerado que la ley de 31 jul. de 1963, relativa a determinadas modalidades de huelga en los servicios públicos y por la que se prohíben las huelgas «por sorpresa» y «por turnos», pueda «constituir por sí sola una normativa general que regule el derecho de huelga a la que alude la Constitución» (CE As. 4 de febr. de 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, Rec. 81; RD publ. 1966.324 y CJEG 1966.121, concl. Bertrand; D. 1966.720, nota Gilli; JCP 1966. II.14802, nota C. Debbasch). En cuanto a la ley de 13 de jul. de 1983 relativa a los derechos y obligaciones de los funcionarios, no hace más que ratificar que los «funcionarios han de ejercer el derecho de huelga en el marco de las leyes que lo regulan».

En comparación con las leyes vigentes en el momento en que se dictó la sentencia *Dehaene*, cabe destacar que la legislación posterior ha privado del derecho de huelga a nuevas categorías de agentes públicos (Decreto-Legislativo de 6 de agosto de 1958, en el caso de los funcionarios de los servicios exteriores de la administración penitenciaria; Decreto-Legislativo de 22 de dic. de 1958, en el caso de los le-

trados; ley de 31 de jul. de 1968, en el caso de los funcionarios del servicio de transmisiones del Ministerio del Interior; ley de 13 de jul. de 1972, en el caso de los militares).

El énfasis que pone el Consejo Constitucional en las responsabilidades del legislador en materia de regulación del derecho de huelga (*n.º 79-105 DC, 25 de jul. de 1979, Rec. 33; RD publ. 1979.1705, com. Favoreu; D. 1980.101, nota Paillet; AJ 1980.191, nota Legrand; RA Est France, n.º 18.77, nota Jarnevic; Der. soc. 1980.7, nota Leymarie; JCP 1981. II.19547, nota Béguin*) ha llevado a parte de la doctrina a cuestionar la vigencia de la jurisprudencia *Dehaene*, en la medida en que no reconoce al gobierno unas posibilidades de intervención. Ello no obsta para que el Consejo de Estado siga siendo fiel a su jurisprudencia, ante la ausencia de una normativa de conjunto dictada por el legislador (CE Secc. 17 de marzo de 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière; Rec. 90; de la misma fecha, Hotz; AJ 1997.533, nota Bellanger y Darcy*). Así pues, la jurisprudencia *Dehaene*, con los añadidos y aclaraciones que han aportado diversas sentencias, conserva su vigencia en lo que respecta a la mayoría de los agentes de los servicios públicos.

En ningún momento esta conclusión se ha visto invalidada con la promulgación de leyes especiales que, pese a su importancia, tienen un alcance limitado: ley de 21 de agosto de 2007 que, en los servicios públicos de transporte terrestre regular de viajeros, subordina la presentación de un preaviso de huelga a un procedimiento de prevención de los conflictos y establece unos servicios mínimos específicos; ley de 20 de agosto de 2008 que pone a disposición de los alumnos de preescolar y de educación básica un servicio de acogida, cuando no está justificada la ausencia de los profesores, en particular, debido a una huelga; ley de 19 de marzo de 2012 relativa a la organización del servicio de información de los pasajeros en las compañías aéreas de transporte de viajeros.

Más bien al contrario, la jurisprudencia *Dehaene* ha sido refrendada por una decisión de principio, que la ha enriquecido con la introducción de un motivo adicional de restricción del ejercicio del derecho de huelga. Además de las limitaciones destinadas a evitar «un uso abusivo o contrario a las necesidades en materia de orden público», se ha tenido en cuenta la obligación de satisfacer «las necesidades esenciales del país» (CE As. 12 de abr. de 2013, *Fédération Force Ouvrière*

*Énergie et Mines et autres*, Rec. 94; RFDA 2013.637, concl. Aladjidi, 669, cr. Roblot-Troizier; AJ 2013.1052, cr. Domino y Bretonneau; DA 2013, n.º 59, nota Eveillard; Der. soc. 2013.608, nota Gadhoun; JCP Adm. 2013.2308, nota Pauliat).

5 Aunque la empresa sea arriesgada, merece la pena intentar exponer algunos de los principios por los que se rige hoy en día el derecho de huelga en el ámbito de los servicios públicos.

1.º En principio, la huelga de los agentes públicos es un derecho reconocido por la Ley.

2.º Pero sólo es legal cuando tiene como objeto «la defensa de unos intereses profesionales»; la fórmula ya se recoge en la sentencia *Dehaene*: la huelga política es, pues, ilegal (CE 8 de febr. de 1961, *Rousset*, Rec. 85, concl. Braibant; Dr. ouvr. 1961.380, concl.) Sin embargo, el gobierno no está obligado a «dictar normativas diferentes en función de la naturaleza de los objetivos perseguidos por los huelguistas» (CE Secc. 28 de nov. de 1958, *Lepouse*, Rec. 596; D. 1959.263, nota Quermonne; RD publ. 1959.306, nota M. Waline; AJ 1958. I.128, cr. Combarous y Galabert).

3.º El derecho de huelga debe ser compatible con la obligación de reserva que tiene que cumplir todo agente público (CE 12 de oct. de 1956, *Delle Coquand*, Rec. 362: la incitación a una huelga política por medio de octavillas o de arengas, incluso fuera del servicio, constituye una falta disciplinaria).

6 4.º Incluso en los casos en que la huelga es legal, el gobierno puede adoptar medidas encaminadas a «evitar que se haga de la misma un uso abusivo o contrario a las necesidades en materia de orden público». Esta competencia sólo se reconoce «en el estado actual de la legislación» y tiene, por tanto, un carácter exclusivamente supletorio respecto al legislador. Puede ejercerse por medio de circulares ministeriales (CE 18 de marzo de 1956, *Hublin*, Rec. 117; AJ 1956.II.222, cr. Fournier y Braibant; RPDA 1956.84, cr. P. M. Gaudemet) o por medio de decisiones de los jefes de servicio (CE Secc. 19 de ene. de 1962, *Bernadet*, Rec. 49; D. 1962.202, nota Leclercq).

En el caso de las entidades públicas, tales como un organismo de derecho privado responsable de prestar un servicio público, los únicos órganos competentes para determinar las limitaciones contra el ejercicio del derecho de huelga, salvo disposiciones en contrario, son los órganos directivos, que actúan a tenor de sus facultades generales de

organización de los servicios que están bajo su autoridad (*cf.* CE As. 12 de abr. de 2013, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, citada *ut supra*). Pero estas autoridades tienen competencia para imponer dichas limitaciones solamente en la medida en que no dispongan de soluciones alternativas al ejercicio de esta facultad (misma decisión).

Ésta constituye una aplicación notable de la jurisprudencia a la que dio lugar la sentencia *Jamart\** (CE Secc. 7 de febr. de 1936).

7 5.º) Desde la época en que se dictó la sentencia *Dehaene*, el Consejo de Estado ha ido perfilando gradualmente los límites de la facultad que se reconoce a la autoridad administrativa. La jurisprudencia parece inspirarse en dos consideraciones. En primer lugar, es prioritario garantizar el orden público; por ello, generalizando la fórmula de la sentencia *Dehaene*, la sentencia *Lepouse* (citada *ut supra*) dictamina que «una huelga, cuyo resultado sea poner en peligro los elementos esenciales de la acción del gobierno, constituye una vulneración muy grave contra el orden público», motivo por el cual debe evitarse. En segundo lugar, las únicas limitaciones que deben imponerse al derecho de huelga son aquellas encaminadas a evitar que se haga de la misma o bien un uso abusivo, o bien un uso contrario a las necesidades en materia de orden público o a las necesidades esenciales del país.

El juez administrativo ejerce un control muy estricto tanto sobre la necesidad de asegurar tal o cual actividad, como sobre el nombramiento del personal necesario para garantizar la continuidad de dicha actividad. Como señalaba el Comisario de gobierno Gand, en sus conclusiones sobre el caso *Lepouse*, «nos hallamos en un ámbito en el que las probabilidades de que se respete una prohibición –hecho que es esencial– son tanto mayores cuanto más limitada y precisa sea dicha prohibición y cuanto menos expuesta a las críticas esté».

Dentro del respeto de estos principios, el Consejo de Estado ha considerado como legal la prohibición de la huelga por el personal de Correos, servicio que resulta indispensable para la seguridad de las personas, la conservación del material y el funcionamiento de las comunicaciones necesarias para la acción del gobierno (28 de nov. de 1958, *Lepouse*, citada *ut supra*), o la huelga de los agentes que desempeñan funciones indispensables para el funcionamiento de la seguridad aérea (26 de oct. de 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne*, Rec. 567; Der. soc. 1961.100, concl. Fournier; Dr. ouvr. 1961.38, concl., nota Piquemal: en esta última sentencia se llega hasta

el extremo de admitir la legalidad del preaviso individual de huelga que tienen que presentar con 5 días de antelación determinados funcionarios). El Consejo de Estado consideró que no se infringía la Ley privando del derecho de huelga a los vigilantes de los pasos a nivel, ni prohibiendo a los funcionarios de la SNCF que hicieran huelgas por turnos, estando todas las demás huelgas sujetas a un preaviso con un plazo de cinco días de antelación (As. 23 de oct. de 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, Rec. 484; RD publ. 1964.1210, concl.; Bertrand; JCP 1965.II.14721, nota G. Belorgey; AJ 1964.682, cr. Puybasset y Puissochet; RD publ. 1965.700, nota M. Waline). La ley de 21 de agosto de 2007 sobre el diálogo social y la continuidad del servicio público en los transportes terrestres de viajeros dio lugar a que se ampliara el plazo de preaviso a 13 días.

El Consejo de Estado estimó que el gobierno había actuado de conformidad con la Ley al nombrar mediante una circular al personal necesario para garantizar la continuidad del funcionamiento de los servicios de coordinación de los controles radioeléctricos (As. 4 de febr. de 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radio-électriques*, Rec. 80; D. 1966.720, nota Gilli; JCP 1966.II.14802, nota C. Debbasch; RD publ. 1966.324 y CJEG 1966. J.121, concl. Bertrand). Del mismo modo, el Ministro del Interior actuó de conformidad con la Ley al negar el derecho de huelga a determinados funcionarios de grado superior de las prefecturas y a los funcionarios de todas las categorías destinados a la oficina del prefecto (Secc. 16 de dic. de 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents des préfectures et sous-préfectures de France et d'outre-mer CGT-FO*, Rec. 662; AJ 1967.99, concl. Bertrand; D. 1967.105, nota Gilli; JCP 1967. II.15058, nota Sinay; RD publ. 1967.555, nota M. Waline; RA 1967.30, nota Liet-Veaux; Dr. ouvr. 1967.34, nota Piquemal); se ha adoptado la misma solución en el caso del «personal con un cierto grado de autoridad o que tiene responsabilidades importantes en los servicios exteriores de las aduanas» (21 de oct. de 1970, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts FO et syndicat national des agents de direction, de contrôle et de perception des douanes de France et d'outre-mer*, Rec. 596; AJ 1971.365, nota V. S.). No obstante, en estas dos últimas sentencias, se procedió a la anulación de las decisiones impugnadas porque privaban del derecho de huelga, de un lado, a la totalidad de los funcionarios de todos los niveles destinados a la secretaría del Secretario General, a las oficinas del gabinete y a las

oficinas de correos y coordinación y, de otro, a todos los inspectores principales de las aduanas.

El Consejo de Estado anuló asimismo la prohibición permanente y absoluta de participar en huelgas dictada contra los agentes públicos encargados de maniobrar las compuertas del segmento internacional del Mosela, alegando, en primer lugar, que ninguna de las estipulaciones del convenio de 27 de oct. de 1956 relativo a la canalización del Mosela obligaba a los Estados signatarios a negar el derecho de huelga al personal responsable de maniobrar las instalaciones necesarias para la navegación de este río y argumentando, además, que una huelga «no supondría necesariamente un riesgo, cualesquiera que fueren sus motivos, su fecha y su duración, ni para la conservación de las instalaciones y los materiales, ni para el funcionamiento de un servicio cuya continuidad es esencial para la acción del gobierno y para el orden público» (CE 4 de febr. de 1981, *Fédération CFTC des personnels de l'environnement, de l'équipement et du logement, des transports et du tourisme*, Rec. 45; Dr. soc. 1981.412, concl. Genevois; AJ 1981.543, nota Salon; D. 1981. IR. 286, obs. P. Delvolvé).

- 8 En lo que respecta al personal de la radiodifusión y de la televisión, el Consejo de Estado consideró primero legal la prohibición dictada contra los agentes de la RTF de todos los niveles de la jerarquía, cuya presencia es necesaria para garantizar el funcionamiento de los servicios de información (18 de marzo de 1956, Hublin, citada *ut supra* n.º 59.6); admitió más adelante que el Ministro de la Información había actuado correctamente al imponer unos servicios mínimos en la televisión en caso de huelga (CE Secc. 13 de jul. de 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, Rec. 444-III; RD publ. 1968.1094, concl.; Bertrand; AJ 1968.571, cr. Dewost y Denoix de Saint Marc), al tiempo que anuló, con la primera de estas decisiones, la obligación que se imponía a los agentes de la televisión de proyectar una película entre 20h30 y 22h30 en caso de huelga. Desde 1972, la definición de los servicios mínimos en la radio y la televisión es la que establecen la Ley y las medidas reglamentarias de obligado cumplimiento. Corresponde al Consejo Constitucional, cuando se recurra a este órgano, valorar si las disposiciones dictadas por el legislador son conformes con la Constitución (n.º 79-105 DC, 25 de jul. de 1979, citada *ut supra* n.º 59.4; n.º 86-217 DC, 18 de sept. de 1986, Rec. 141; AJ 1987.102, nota Wachsmann), siendo competente el Consejo de Estado para pronunciarse sobre la legalidad de las disposiciones de carácter reglamentario

(CE 12 de nov. de 1976, *Syndicat unifié de radio et de télévision CFDT*, Rec. 484; Dr. soc. 1977.261, concl. Massot; – 1 de jul. de 1983, mismo recurrente, Rec. 293), cuando éstas sean objeto de impugnación (CE 31 de jul. de 1996, *Syndicat national de radiodiffusion et de télévision*, Rec. 320; JCP 1996. II.22735, concl. Stahl).

9 6.º) No cabe considerar como necesariamente culposa toda irregularidad que se aprecie en los preparativos de una huelga; tal es el caso del preaviso que presenta una organización sindical que no dispone de la representatividad suficiente, sin que los interesados se hayan dado cuenta de este hecho (CE 8 de ene. de 1992, *Ciejka*, Rec. 5; Dr. soc. 1992.469, concl. Pochard). Si se dicta una sanción disciplinaria por unos hechos relacionados con una huelga, no se puede imponer sin antes haber comunicado el expediente a los interesados (CE Secc. 25 de marzo de 1955, *Rousset*, Rec. 179), incluso en caso de huelga por motivos políticos (CE 1 de febr. de 1963, *Ministre des armées c. Audibert*, Rec. 66).

10 7.º) Los huelguistas no tienen derecho a ocupar locales administrativos, es decir, a hacer huelga «en su puesto de trabajo» (CE Secc. 11 de febr. de 1966, *Legrand*, Rec. 110).

8.º) Si deja de prestar el servicio, el agente público no tiene derecho a percibir remuneración alguna durante el período de interrupción del trabajo (CE 9 de abr. de 1954, *Caubel*, Rec. 225). En los casos en que los textos legales no se pronuncian al respecto, el Consejo de Estado ha considerado que las retenciones practicadas sobre la retribución debían ser proporcionales a la duración de la huelga (CE Secc. 13 de marzo de 1959, *Syndicat national «Force ouvrière» du ministère de la reconstruction et de l'urbanisme*, Rec. 178; RD publ. 1959.766, nota M. Waline).

Al amparo de la ley de 29 de jul. de 1961, derogada por la ley de 19 de oct. de 1982, y más adelante parcialmente retomada por el artículo 89 de la ley de 28 de jul. de 1987, la retención practicada era, en el caso de los funcionarios del Estado, equivalente a una jornada, de conformidad con la regla en vigor en la contabilidad pública, denominada de la indivisibilidad de cada trigésima parte del mes, aunque la interrupción del trabajo hubiera sido de menor duración. El cálculo de la cuantía de la retención plantea dificultades prácticas en el caso de los agentes cuya jornada de servicio abarca dos días (CE As. 15 de febr. de 1980, *Faure*, Rec. 93; AJ 1980.282 cr. Robineau y Feffer; D. 1980. IR.301, obs. P. Delvolvé: se considera que el agente ha hecho

huelga durante dos jornadas completas), así como en el caso en que se ha autorizado a un agente a tomar sus vacaciones durante un período determinado (CE 27 de junio de 2008, *Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi c. Mme Morand*, Rec. 250, Dr. soc. 2009.64, concl. Derepas; AJ 2008.1667, nota Soubirous; JCP 317.38, cr. Ples-six: no se puede permitir que la retención sobre la retribución vulnere el derecho del interesado a disfrutar de sus vacaciones anuales). No obstante, cabe la posibilidad de considerar la opción de la jornada de recuperación concedida al agente por su jefe de servicio (CE 4 de dic. de 2013, *Sambussy*, Rec. 657).

- 11 9.º) Los principios de la sentencia *Dehaene* no sólo son válidos para los funcionarios y los agentes del Estado, sino también para el personal municipal (CE 9 de jul. de 1965, *Pouzenc*, Rec. 421; D. 1966.720, nota Gilli), y para los empleados de los servicios públicos industriales y comerciales, cualquiera que sea su forma jurídica (Soc. 27 de ene. de 1956, D. 1956.481, nota Gervais y CE As. 23 de oct. de 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, citada *ut supra* n.º 59.7, en el caso de la SNCF; – As. 4 de febr. de 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, citada *ut supra* n.º 59.4 y – Secc. 13 de jul. de 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, citada *ut supra* n.º 59.8, en el caso de la radiodifusión-televisión). En el primer caso, es el alcalde el que tiene la facultad reglamentaria; en el caso de los servicios públicos con personalidad jurídica, en principio, la competencia corresponde a los órganos directivos de la entidad (CE As. 12 de abr. de 2013, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, citada *ut supra*; v. n.º 59.6).

V. Aunque, a partir de la sentencia *Dehaene*, el Consejo de Estado ha tenido una actitud más liberal que la que mostraba en el pasado respecto a los derechos que deben reconocerse a los funcionarios en huelga, admite que el gobierno pueda hacer uso de algunas de sus facultades para poner fin a una huelga o para paliar sus consecuencias.

- 12 1.º) Las entidades afectadas pueden ejercer su derecho a exigir la reincorporación forzosa al trabajo, aunque siempre bajo control del juez. Los tribunales ordinarios, a los que se recurre por la vía de la excepción de ilegalidad, se han limitado, hasta la fecha, a ejercer un control de la legalidad formal; el Tribunal de Casación considera, en efecto, «que, cuando se procede a exigir la reincorporación forzosa al

trabajo, compete a la Administración, por ser la única responsable del funcionamiento adecuado de los servicios públicos, determinar las categorías de personal que resultan indispensables para satisfacer las necesidades básicas del público general» y que, en modo alguno, corresponde al juez de lo penal sustituir la apreciación de la autoridad administrativa por la suya propia (Crim. 2 de febr. de 1956, *Gros*, D. 1956.678, nota Maynier). En cambio, el juez administrativo, al que se apela por la vía del recurso por exceso de poder, ejerce un control sobre las apreciaciones del gobierno y le prohíbe, de este modo, que suprima completamente en la práctica, por la vía de la reincorporación forzosa al trabajo, un derecho que reconoce la Constitución. Por ello, tras la reincorporación forzosa del personal de la empresa autónoma de transporte de la ciudad de Marsella, el Consejo de Estado estimó que «de los elementos que obran en el expediente no se desprende que las alteraciones producidas (por efecto de la huelga por turnos) hayan supuesto, ni para la continuidad del servicio de transporte, ni para la satisfacción de las necesidades de la población, una vulneración de una gravedad suficiente para que estuviera legalmente justificado obligar al personal de esta empresa a reincorporarse al trabajo» (CE Secc. 24 de febr. de 1961, *Isnardon*, Rec. 150; J. 1961.I.204, cr. Galabert y Gentot; Dr. soc. 1961.357, nota J. Savatier).

Tras la huelga de matronas que se produjo en el departamento de Indre-et-Loire, se juzgó excesiva la orden de reincorporación forzosa al trabajo transmitida mediante un decreto prefectoral al conjunto del personal interesado, sin haber antes considerado una medida más selectiva (CE 9 de dic. de 2003, *Mme Aguilhon et autres*, Rec. 497; RFDA 2004.306, concl. Stahl, nota Cassia; Dr. soc. 2004.172, concl.; AJ 2004.1138, nota Le Bot; JCP 2004.II.10076, nota Prétot; JCP Adm. 2004.1054, nota J. Moreau; *ibid.*, n.º 1096, nota aillard Desgrées du Loû; AJFP 2004.148, nota Moniolle).

En otras circunstancias distintas, el Consejo de Estado ha admitido que se recurra a la reincorporación forzosa (CE 26 de oct. de 1962, *Le Moult et Syndicat «Union des navigants de ligne»*, Rec. 580; AJ 1962.671, cr. Gentot y Fourré; Dr. soc. 1963.224 nota J. Savatier: sobre la huelga a la que se sumó en la compañía Air France la totalidad del personal que trabaja a bordo de los aviones Boeing). Igualmente, se consideró legítima la orden de reincorporación forzosa del personal que garantizaba la seguridad aérea (CE 9 de febr. de 1966, *Fédération*

*nationale de l'aviation civile*, Rec. 101; D. 1966.720, nota Gilli; Dr. soc. 1966.565, nota Courvoisier).

- 13 2.º) El Consejo de Estado ha admitido que la Administración, que está obligada a garantizar la continuidad de los servicios públicos, puede con este fin contratar personal de apoyo, por un período limitado, cuando se produzca una huelga de agentes públicos. Ahora bien, tratándose de la prestación de un servicio público administrativo, y salvo en caso de imposibilidad resultante de unas circunstancias excepcionales, está obligada a contratar a agentes públicos con carácter temporal y en el marco de la Ley (hoy en día, la ley de 11 de ene. de 1984, art. 6 párr. 2; ley de 26 de ene. de 1984, art. 3 párr. 2) y no personal procedente de una empresa privada de trabajo temporal (CE As. 18 de ene. de 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, Rec. 31; AJ 1980.89, cr. Robineau y Feffer; D. 1980. IR. 302, obs. P. Delvolvé; JCP 1980. II.19450, nota Zoller; RA 1980.606, obs. Bienvenu y Rials). El Tribunal de Casación ha optado por una actitud mucho más restrictiva (Soc. 19 de mayo de 1998, *La Poste c. Syndicat départemental CGT-PTT*; AJFP nov.-dic. 1998.27, nota Petit).

3.º) El requerimiento transmitido a unos agentes huelguistas para que se reincorporaran a su trabajo fue considerado legal en un caso en que el Director de la contabilidad pública había instado a los agentes del servicio del Tesoro de un departamento, que estaban en huelga desde hacía dieciocho días, a que se pusieran a disposición del Tesorero-Pagador General para garantizar el pago de las retribuciones y pensiones del personal (CE 25 de sept. de 1996, *Ministre du budget c. Mme Emard*, Rec. 351).

- 14 VI. El juez administrativo se ha visto asimismo en la obligación de aclarar el alcance de algunas leyes más recientes.

El Consejo de Estado consideró que la obligación que impone al asalariado la ley de 21 de agosto de 2007 de declarar su intención de participar en una huelga, al menos cuarenta y ocho horas antes de sumarse a la misma, no le impide participar en una movilización que ya se ha iniciado y en la que no tenía previsto estar presente en un primer momento, siempre y cuando informe a su empresa con un preaviso de cuarenta y ocho horas (CE 19 de mayo de 2008, *Syndicat Sud RATP*, Rec. 588; RJEP 2008, com. 32, concl. Lenica; AJ 2008.1718, nota Chiffлот; JCP 2008.I.191, párr. 3, cr. Plessix).

El hecho de que el dispositivo de contratación de personal de apoyo exigido por la ley de 20 de agosto de 2008 pueda plantear dificultades de organización debido, en particular, al número de personas que son necesarias para sustituir a los huelguistas, no autoriza a un municipio a negarse a cumplir esta ley (CE 7 de oct. de 2009, *Commune de Plessis-Pâté*, Rec. 922; JCP Adm. 2009.2273, nota Raimbault; RLCT 2010/53, nota Guglielmi y Koubi).

**VII.** Sin duda no se puede esperar mucho de estos textos tan abundantes y diversos y de esta jurisprudencia con tantos matices. La frecuencia, el alcance y el éxito de las huelgas depende básicamente de las condiciones materiales y de las relaciones de fuerza, y las restricciones jurídicas resultan en gran medida ineficaces para atajarlas; el fracaso de la incorporación forzosa de menores en 1963, la multiplicación de las huelgas sin preaviso o con ocupación de locales demuestran que, en la práctica, las autoridades gubernamentales y administrativas no siempre tienen la posibilidad de hacer uso de las facultades que les conceden la legislación y los jueces.

## 59. COLEGIOS PROFESIONALES

### Consejo de Estado As., 29 de julio de 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État\**

(Rec. 492; RD publ. 1951.212, concl. R. Odent, nota M. Waline; Dr. soc. 1950.391, nota Rivero; RA 1950.471, nota Liet-Veaux)

Considerando que del conjunto de las disposiciones del Decreto-Legislativo de 19 de sept. de 1945 y, en particular, de sus art. 1, 31 y 37, se deduce que lo que pretendían los firmantes de dicho decreto, que encomienda a las autoridades del Colegio de Expertos Contables y de Contables Acreditados la misión de garantizar la defensa del honor y la independencia de las profesiones a las que representan, era *asignar a las autoridades antedichas el conjunto de las facultades necesarias para cumplir esta misión; pero que estas facultades no deben traspasar los límites de las libertades individuales que detenta cada uno de los miembros del Colegio, al igual que el conjunto de los ciudadanos; que, por consiguiente, los deberes que impone el Colegio a sus miembros sólo tendrán carácter legal a condición y en la medida en que las restricciones que limitan sus libertades se deriven necesariamente de las obligaciones que incumben al Colegio y de las medidas que obligan a tomar dichas obligaciones*; que, por tanto, las normas de obligado cumplimiento que impone a los colegiados el Código de Deberes Profesionales, normas que se dictaron mediante un acto aprobado por los ministros interesados los días 7 y 21 de agosto de 1946, sólo tienen fundamento legal cuando las restricciones impuestas a las libertades individuales de sus miembros tienen relación directa con los fines que persigue su actividad y responden, además, a las necesidades de buen funcionamiento del Colegio;

Considerando que, de conformidad con el art. 20 apartado C del Código de Deberes Profesionales, «las reclamaciones y los procedimientos que acometan los colegiados en relación con hechos de carácter profesional, cualquiera que sea su naturaleza, siempre que no se trate de recursos reglamentarios, deben dirigirse al consejo regional competente y, caso de no recibir una respuesta, al Consejo Superior. Cualquier procedimiento relativo a cuestiones o a hechos de carácter

profesional que realice un miembro del colegio ante una autoridad no acreditada o cualquier iniciativa que éste difunda a través de la prensa o de cualquier otro medio, ya sea directamente o a través de un intermediario, constituirá una falta profesional. Cabe decir lo mismo de toda alegación, insinuación y, en general, de toda maniobra susceptible de causar ya sea directa o indirectamente un perjuicio al Colegio.

Considerando que la concepción que dio origen a la institución del Colegio es incompatible con la idea de que uno de sus miembros pueda, sin arriesgarse a ser objeto de una sanción disciplinaria, cometer actos o expresar opiniones que tengan como finalidad o puedan tener como resultado una vulneración de los intereses del Colegio, pero que en modo alguno puede atribuirse al legislador, el cual dispuso que los miembros de los consejos fueran nombrados por elección, la intención de privar a los miembros de Colegio de la facultad de emitir verbalmente o de cualquier otro modo, incluso a través de la prensa, su opinión sobre la gestión de dichos consejos o sobre cualquier otro aspecto del funcionamiento del Colegio, siempre y cuando sus críticas no presenten de los hechos alegados una versión materialmente inexacta y que no sean contrarias a la buena fe ni al decoro que el propio colegio tiene la misión de establecer y de mantener en las relaciones entre sus miembros.

Considerando que el derecho al que acabamos de aludir, y que se reconoce a todos los miembros de la profesión, se acompaña del derecho de acometer, en el marco de las disposiciones legales o reglamentarias, cualquier acción que se considere obligado a llevar a cabo para conseguir que la organización y el funcionamiento del Colegio no se aparten de las normas por las que se rige y, en su caso, a introducir por los canales normales todas las modificaciones que estime necesarias;

Considerando que de lo anterior se deduce que, al establecer, contemplando como única excepción los «recursos reglamentarios», una prohibición general y absoluta contra cualquier iniciativa, procedimiento o reclamación relativas a hechos profesionales por cualquier otra vía que no sea la de los consejos de Colegio, las disposiciones objeto de litigio excedieron los límites de las obligaciones que el Consejo Superior del Colegio está legalmente autorizado a imponer a sus miembros en virtud de las facultades que le concede el art. 37-11.º del decreto antes mencionado;

Considerando que del conjunto de las disposiciones del párrafo impugnado se desprende que el segundo apartado de dicho párrafo es indisoluble del anterior;... (Anulación).

## OBSERVACIONES

- 1 El Comité de Defensa de las Libertades Profesionales de los Expertos Contables, que agrupaba a una minoría de expertos contables, la cual era abiertamente contraria a las directrices que emanaban de los representantes oficiales del Colegio, trasladó al Consejo de Estado la negativa del Ministro de la Economía Nacional a anular determinadas disposiciones del Código de los Deberes Profesionales de los Expertos Contables. Dicho Código había sido elaborado por el Consejo Superior del Colegio, amparándose en el Decreto-Legislativo de 13 de sept. de 1945, y había sido aprobado por los ministros competentes en la materia; la jurisprudencia considera como actos administrativos no sólo los códigos deontológicos que adoptan la forma de un decreto, como el Código de Deontología Médica, sino también aquellos que han sido redactados por los propios organismos profesionales, en los casos en que la Ley les confiere esta facultad (CE As. 9 de junio de 1950, *Chambre syndicale des experts en objets d'art*, Rec. 355); el Comité de Defensa hubiera podido, por tanto, atacar directamente el Código de los Expertos Contables; pero, en el caso que nos ocupa, interpuso su recurso contra la negativa del ministro a derogar las disposiciones impugnadas.

Ya en 1943, en sus conclusiones sobre la sentencia *Bouguen\**, el Comisario del Gobierno Lagrange había afirmado lo siguiente:

*«El país que ha logrado someter al poder público al control jurisdiccional no puede en modo alguno tolerar que escapen a este mismo control tales o cuales organismos a los que se reconoce la facultad de crear, aplicar o aprobar reglamentos, so pretexto de que nos hallamos en presencia de un derecho autónomo o de un derecho sui generis».* Esta idea llevaría al Consejo de Estado a ejercer un control muy estricto sobre el ejercicio por parte de los organismos profesionales de las facultades a menudo demasiado amplias que les atribuye la Ley. El principio mismo de ejercicio de dicho control ya había sido objeto de ratificación en las sentencias *Monpeurt\** (CE 31 de jul. de 1942) y *Bouguen\**, siendo luego objeto de confirmación y aclaración en 1945 con la sentencia *Devouge* (CE As. 28 de marzo de 1945, Rec. 64; S. 1945.3.45, concl. Detton, nota Brimo; Gaz. Pal. 1945.1.123, concl.). Pero la sentencia *Comité de défense...* es la que representa la expresión más acabada y la manifestación más solemne de la voluntad del Con-

sejo de Estado de someter la actividad de los organismos profesionales y, en particular, de los colegios de los profesionales liberales, a los principios generales que rigen el ejercicio del poder público y de sus facultades respecto a los particulares. En particular, el Comisario del Gobierno Odent insistió en sus conclusiones sobre «la compatibilidad absoluta entre las concepciones del derecho público clásico y las exigencias de la organización profesional».

Éstas sirven de fundamento tanto a *los códigos de deontología* (I) como a *otras medidas* (II) que adoptan los colegios profesionales.

I. El contenido de los *códigos deontológicos* fue objeto de definición no sólo en la presente sentencia (A), sino también en sentencias posteriores (B), entre las cuales, las más recientes tienen en cuenta el derecho de la Unión Europea (C).

- 2 A. La sentencia empieza por plantearse cómo pueden conciliarse las facultades de los organismos profesionales con la libertad individual de los miembros del colegio, extrapolando a este nuevo ámbito unas fórmulas que toma prestadas del derecho administrativo clásico. En primer lugar, es indudable que la creación de un colegio profesional con vistas a facilitar a los miembros de la profesión la defensa de sus intereses comunes, y a ofrecer a las personas ajenas a la profesión la garantía de un control oficial de la capacidad y de la ética profesionales, implica algunas restricciones de la libertad: por ello, las autoridades profesionales deben disponer del «conjunto de las facultades necesarias para poder cumplir esta misión». Pero el Consejo de Estado aclara lo siguiente. «*estas facultades no pueden traspasar los límites de las libertades individuales que detenta cada uno de los miembros del colegio, al igual que el conjunto de los ciudadanos*»: el ciudadano, ya sea éste una persona aislada o miembro de un grupo, ya sea un simple particular o un funcionario público, conserva una parte irreductible de su libertad. La conciliación entre ambas exigencias se consigue porque «*los deberes que impone el colegio a sus miembros sólo pueden ser considerados legales cuando y en la medida en que las restricciones que limitan dichas libertades se deriven necesariamente de las obligaciones que ha de cumplir el colegio y de las medidas que implican dichas obligaciones*», o, según otra fórmula de la sentencia, cuando tienen «*relación directa con los fines asignados a su actividad*

*y cuando responden, además, a las necesidades de funcionamiento normal del colegio».*

La aplicación práctica de estos principios ha obligado al Consejo de Estado a proceder a un análisis minucioso de las disposiciones impugnadas. El texto de estas disposiciones era el siguiente: «las reclamaciones y los procedimientos que emprendan los colegiados en relación con hechos de carácter profesional, cualquiera que sea su naturaleza, siempre que no se trate de recursos reglamentarios, deben dirigirse al consejo regional competente y, caso de no recibir una respuesta, al Consejo Superior. Cualquier gestión relativa a cuestiones o a hechos de carácter profesional que realice un miembro del colegio ante una autoridad no acreditada o cualquier iniciativa que éste difunda a través de la prensa o de cualquier otro medio, ya sea directamente o a través de un intermediario, constituirá una falta profesional. Cabe decir lo mismo de toda alegación, insinuación y, en general, de toda maniobra susceptible de causar ya sea directa o indirectamente un perjuicio al Colegio». El Consejo de Estado admite, sin lugar a dudas, que «la concepción que dio origen a la institución del Colegio es incompatible con la idea de que uno de sus miembros pueda... cometer actos o expresar opiniones que tengan o puedan tener como resultado una vulneración de los intereses del Colegio; por consiguiente, este último tendría derecho a sancionar las «críticas que presenten de los hechos alegados una versión materialmente inexacta o que sean contrarias a la buena fe y al decoro» que debe imperar entre los miembros de la profesión. Ahora bien, la disposición impugnada traspasaba los límites de estas facultades «necesarias», al prohibir cualquier crítica pública dirigida contra los consejos del colegio o contra sus miembros electos. El Comisario del Dobierno Odent se oponía a una concepción «tan poco democrática e incluso abiertamente totalitaria», que consistía en «proteger a la doctrina oficial, los métodos oficiales, la ortodoxia oficial, así como, por cierto —e incluso, tal vez, sobre todo— a los representantes oficiales del colegio contra cualquier crítica procedente de los expertos contables inconformistas». Este intento del colegio de suprimir todo atisbo de democracia entre sus miembros era, obviamente, ilegal, si se tienen en cuenta los principios generales que consagraba la sentencia. En cuanto a la disposición con la que se pretendía imponer la intervención obligatoria de los consejos del colegio para dirimir las disputas profesionales, su corolario necesario era la creación de una fase preliminar obligatoria de conciliación, que sólo podía establecer-

se por medio de una ley (CE As. 28 de marzo de 1945, *Devouge*, citada *ut supra* n.º 60.1).

- 3 B. El Consejo de Estado tuvo la oportunidad de precisar aún más su opinión en una sentencia de 15 de jul. de 1954, dictada en el pleno de la Asamblea a petición del propio *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables* (Rec. 488; Dr. soc. 1955.73, concl. F. Grévisse; AJ 1954.II *bis*. 14, cr. Gazier y Long). El Comité se proponía demostrar la ilegalidad de varias disposiciones del mismo Código de los Deberes Profesionales.

1.º «Todos los miembros del colegio deben abstenerse, incluso fuera del ejercicio de su profesión, de toda actuación que pueda suponer un descrédito para la misma.»

El Consejo de Estado consideró que la misión que incumbía al colegio, consistente en «velar por... el honor de la profesión, implicaba la facultad de prohibir todo hecho o actuación que pudiera suponer un menoscabo para el buen nombre de la misma... no sólo en el ejercicio mismo de la profesión, sino incluso en la vida privada de los miembros del colegio». Esta exigencia es acorde con la dignidad y la reserva que, en un ámbito afín, tiene derecho a exigir la Administración a sus funcionarios en su vida privada.

2.º «Cualquier miembro del colegio que tenga pruebas que demuestren que uno de sus colegas ha cometido una falta grave contra las normas de la profesión tiene el deber de romper toda relación profesional con éste».

El Consejo de Estado consideró que, aunque esta obligación era admisible en caso de falta de una gravedad excepcional, la disposición impugnada «excede por su generalidad los límites de las obligaciones que el Consejo Superior del colegio está autorizado a imponer en interés de la disciplina y de la dignidad del colegio».

3.º «Se exonera a los miembros del colegio del deber de mantener el secreto profesional en caso de información o de procesamiento...».

El Consejo de Estado estimó que el colegio estaba en su derecho de exigir a sus miembros «que no mantuvieran en secreto aquellos hechos que estuvieran relacionados con una infracción del Código Deontológico y de los que hubieran tenido conocimiento, cuando así se lo solicitaran las autoridades del colegio de conformidad con la Ley, en el marco de un expediente disciplinario incoado contra uno de sus miembros...».

Con posterioridad se admitió la legalidad de una disposición según la cual no cabe ampararse en el secreto profesional para negar información a los miembros del colegio responsables del *control interno* de la profesión. No obstante, el Consejo de Estado tuvo la precaución de advertir que los inspectores del colegio «están ellos mismos sujetos al secreto profesional» y que no pueden tener conocimiento de los expedientes de la clientela salvo «cuando ello resulte imprescindible» para poder cumplir su misión (CE Secc. 31 de marzo de 2003, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable Fiducial*, Rec. 156; LPA 10 de nov. de 2003, concl. Lamy).

4.º) «Cuando un cliente deja de utilizar los servicios de un experto contable para utilizar los servicios de otro de sus colegas, sin haber llegado a un acuerdo sobre el pago de los honorarios que adeuda al primero, el segundo experto debe procurar que el cliente acepte el arbitraje del colegio... y tiene que suspender sus servicios en caso de que el cliente no respete la sentencia arbitral.»

El Consejo de Estado vio en esta disposición una tentativa de crear una jurisdicción profesional que podía poner en peligro la organización de los tribunales de derecho común, motivo por el que la anuló, como ya había hecho con tentativas análogas por parte de algunos comités de organización (As. 28 de marzo de 1945, *Devouge*, citada *ut supra* n.º 60.1).

- 4 C. El control de las normas de deontología es asimismo tributario de las directivas de homologación de las profesiones reguladas promulgadas por las autoridades de la Unión Europea. Tras la remisión prejudicial de la que fue objeto por orden del Consejo de Estado (CE 4 de marzo de 2009, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, Rec. 654), el Tribunal de Justicia dio a la directiva 2006/123/CE de 12 de dic. de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, una interpretación que condena la prohibición de su puesta en marcha dictada por el Código anexo al decreto de 27 de sept. de 2007 (CJUE 1 de abr. de 2011, caso C-119/09, *Sté fiduciaire nationale d'expertise comptable*, AJ 2011.1011, cr. Aubert, Broussy y Donnat; Europe 2011, n.º 219, com. V. Michel).

- 5 II. El control que ejerce el juez administrativo sobre los organismos profesionales no se limita a la comprobación de la legalidad de las disposiciones de los Códigos Deontológicos. Afecta a otras medidas de carácter reglamentario adoptadas por los colegios (CE 31 de

ene. de 1969, *Union nationale des grandes pharmacies de France*, Rec. 54; D. 1969.360, nota Guibal; Dr. soc. 1970.137, nota Bazex; AJ 1969.131, cr. Dewost y Denoix de Saint Marc; RTDSS 1969.187, nota J.-M. Auby; – Secc. 14 de febr. de 1969, *Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe*, Rec. 96; Dr. soc. 1969.273, concl. Baudouin, nota Dubouis; JCP 1969.II.15849, nota Savatier; AJ 1969.161, cr. Dewost y Denoix de Saint Marc). Afecta asimismo a sus decisiones individuales; mediante el recurso de casación, el Consejo de Estado controla la conformidad con respecto a la Ley de las sanciones impuestas a los miembros de los colegios profesionales, precisando, cuando procede, el contenido de los principios deontológicos fundamentales que son de obligado cumplimiento para los interesados (CE As. 2 de jul. de 1993, *Milhaud*, Rec. 194, concl. Kessler; v. n.º 92.2); por la vía del recurso por exceso de poder, el juez administrativo controla la conformidad con respecto a la Ley de las medidas adoptadas en materia de inscripción de los miembros de un colegio; finalmente, mediante el recurso de plena jurisdicción, condena a los colegios profesionales a reparar los daños que hayan podido ocasionar (v. nuestras obs. sobre CE 2 de abr. de 1943, *Bouguen*\*).

- 6 La jurisprudencia adoptada por el Consejo de Estado se puede equiparar a la interpretación que hacen tanto la Comisión como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en materia de libertad de expresión. Al igual que los jueces administrativos franceses, la Comisión de Estrasburgo consideró que una agrupación no podía limitar de forma excesiva la libertad de expresión de uno de sus miembros (informe de 15 de marzo de 1985 sobre la demanda 9267/ 81; AFDI 1985.437. com. Cohen-Jonathan y Jacqué). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha definido el papel de los colegios profesionales en términos análogos a los que utilizaba el Comisario del Gobierno Odent en 1950 (CEDH 23 de junio de *Le Compte, Van Leuven et de Meyere*, serie A, n.º 43, párrafos 64 et 65; GACEDH, n.º 21).

## 60. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

### Consejo de Estado Secc., 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire*

(Rec. 151; Dr. soc. 1951.168, concl. Letourneur, nota Rivero; S. 1951.3.81, nota C. H.)

Considerando que de la instrucción se desprende que, como resultado de la sanción que impuso la Junta Directiva de la Sociedad de Conciertos del Conservatorio, de conformidad con sus estatutos, a dos de sus miembros, que habían pasado por alto la prohibición que se les había impuesto y, en lugar de prestar sus servicios a su propia orquesta, habían colaborado en la celebración de un concierto organizado por la Radiodifusión francesa el 15 de ene. de 1947, la administración de la Radiodifusión francesa decidió suspender todas las retransmisiones de conciertos de la asociación recurrente hasta que el ministro responsable de las Bellas Artes se hubiera pronunciado sobre la solicitud de sanción que le había transmitido del Secretario General de la mencionada asociación;

Considerando que, al adoptar contra la empresa recurrente una medida de exclusión, debido a los incidentes antes descritos, sin que ningún motivo de interés general justificara tal decisión, *la administración de la Radiodifusión francesa hizo uso de sus facultades para una finalidad distinta de aquella por la que le habían sido conferidas, haciendo caso omiso del principio de igualdad que rige el funcionamiento de los servicios públicos*, y en base al cual la asociación recurrente, que hasta entonces había recibido el mismo trato que las otras grandes sociedades filarmónicas, asumía como vocación propia la de servir, cada vez que procediera, de colaborador necesario de las emisiones de la radiodifusión; que, habida cuenta de las pruebas del perjuicio que se le ocasionó, aportadas por el recurrente, se procedería a una justa valoración de las circunstancias del caso si se condenara al Estado a pagar a la Sociedad de Conciertos del Conservatorio una indemnización de 50.000 francos más los intereses con el tipo legalmente establecido a partir del 24 de febr. de 1947, fecha en la que el Presidente del Consejo de Ministros recibió la demanda por daños y perjuicios;... (Anulación; indemnización).

## OBSERVACIONES

1 I. Habiéndose dictado unas sanciones contra los miembros de la orquesta de la Sociedad de Conciertos del Conservatorio, por haber éstos participado en un concierto organizado por la Radiodifusión francesa, en lugar de cumplir con sus obligaciones con su propia orquesta, la administración de la radiodifusión, en represalia por estos hechos, se negó momentáneamente a difundir sus conciertos. Al serle remitido el caso por la vía de un recurso de indemnización, el Consejo de Estado condenó a la Administración, por estimar que había cometido una desviación de poder y pasado por alto el «principio de igualdad que rige el funcionamiento de los servicios públicos»

Esta sentencia y las conclusiones a partir de las cuales se dictó consagran la teoría de los «principios generales del Derecho», en la que a menudo se había inspirado la jurisprudencia anterior sin nombrarla expresamente, salvo en escasas ocasiones (*cfr.* CE As. 26 de oct. de 1945, *Aramu*, Rec. 213; v. n.º 51.2; – Secc. 29 de abr. de 1949, *Bourdeaux*, Rec. 188). Según la definición del Presidente Bouffandeau –que presidió la Sección de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado entre 1952 y 1961–, los principios generales del Derecho son «aquellas normas de Derecho no escritas que tienen valor legislativo y que, por tanto, son de obligado cumplimiento para el poder reglamentario y para la autoridad administrativa, mientras no se estipule lo contrario en una disposición de la ley positiva;... pero dichas normas no pueden ser consideradas como parte integrante de un derecho público consuetudinario ya que, en la mayoría de los casos, la constatación de su existencia por el juez administrativo es un hecho relativamente reciente. En realidad, se trata de una tarea constructiva de la jurisprudencia, llevada a cabo por motivos superiores de justicia, con el fin de garantizar la salvaguarda de los derechos individuales de los ciudadanos» (citado en: Letourneur, *Les «principes généraux du droit» dans la jurisprudence du Conseil d'État*, EDCE 1951.19). Se trata, en el fondo, de una interpretación que tiende a suponer que el juez tiene la voluntad de respetar las libertades esenciales del individuo.

Tal y como afirmaba el Comisario del Gobierno Letourneur, la jurisprudencia admite hoy en día «que, junto a las leyes escritas, existen otros grandes principios cuyo reconocimiento como normas de Derecho es indispensable para completar el marco jurídico en el que debe desenvolverse la nación, habida cuenta de las instituciones jurídicas y

económicas que le son propias, y cuya violación tiene las mismas consecuencias que si se tratara de una ley escrita, es decir, la anulación del acto que se celebró haciendo caso omiso de estos principios y la constatación de una falta imputable a la autoridad de la que emana dicho acto». (Sobre la naturaleza jurídica de los principios generales del Derecho, v. nuestras obs. sobre la sentencia de 26 de junio de 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*\*).

II. La sentencia *Société des concerts du Conservatoire* consagra el «principio de igualdad que rige el funcionamiento de los servicios públicos».

- 2 A. El principio de igualdad implica el derecho, de todas aquellas personas que se encuentren en idéntica situación con respecto al servicio público, a acogerse a las mismas normas. Así es como consagró el Consejo de Estado el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas (30 de nov. de 1923, *Couitéas*\*; – As. 14 de ene. de 1938, *La Fleurette*\*; – As. 4 de nov. de 1960, *Syndicat du personnel de l'Assemblée de l'Union française*, Rec. 596, concl. M. Bernard; AJ 1960. I.188, cr. Galabert y Gentot; Rec. Penant, 1961.61, concl., consult. Vedel); el principio de igualdad ante los impuestos (Secc. 4 de febr. de 1944, *Guieysse*, Rec. 45; RD publ. 1944.158, concl. Chenot, nota Jèze; – As. 22 de febr. de 1974, *Association des maires de France*, Rec. 136; D. 1974.520, nota Durupty; CJEG 1974. J.77, concl. Gentot; AJ 1974.269, nota Moulié); principio cuyos efectos se pueden combinar con los de la igualdad ante las cargas públicas (CE As. 30 de junio de 1995, *Gouvernement du territoire de la Polynésie française*, Rec. 279; AJ 1995.688, cr. Stahl et Chauvaux; RFDA 1995, p. 1241, nota Favoreu y p.1243, nota L. Philip); el principio de igualdad entre los usuarios del servicio público (As. 1 de abr. de 1938, *Société L'Alcool dénaturé*, Rec. 337; RD publ. 1939.487, concl. R. Latournerie; 13 de oct. de 1999, *Compagnie nationale Air France*, Rec. 303; AJ 2000.86, concl. Arrighi de Casanova) o del dominio público (Secc. 2 de nov. de 1956, *Biberon*, Rec. 403, concl. Mosset); el principio de igualdad ante la normativa económica (26 de oct. de 1949, *Ansar*, Rec. 433); el principio de igualdad entre los candidatos de un concurso oposición (19 de oct. de 1960, *Beaufort*, Rec. 545, concl. Braibant) o de un título universitario (Secc. 28 de sept. de 1962, *Jourde et Maleville*, Rec. 508; S.1963.25 y D. 1963.62, concl. Braibant; RD publ. 1963.75, nota M. Waline; AJ 1962.547, cr. Galabert y Gen-

tot); el principio de igualdad entre funcionarios que forman parte de un mismo cuerpo (As. 21 de jul. de 1972, *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale*, Rec. 584; AJ 16.7); el principio de igualdad de género (As. 3 de jul. de 1936, *Delle Bobard\**), etc.

B. Sin embargo, el principio de igualdad no impide a la Administración dar un trato distinto a las personas, siempre que ello se derive de una diferencia en la situación de cada una de ellas o que obedezca a consideraciones de interés general vinculadas con el propio funcionamiento del servicio público (CE As. 13 de jul. de 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec. 479; RD publ. 1962.739, concl. Braibant: diferencia entre los gastos que reembolsa la seguridad social a sus afiliados en función de que acudan a un médico concertado o no concertado – Secc. 24 de abr. de 1964, *SA de livraisons industrielles et commerciales*, Rec. 239; AJ 1964.308, concl. Combarnous; AJ 1964.293, cr. Fourré et Puybasset: convenio especial suscrito entre la administración de Correos y Telecomunicaciones con la empresa SVP; – As. 13 de dic. de 1968, *Fédération nationale des élus républicains*, Rec. 644; AJ 1969.33, concl. Kahn; AJ 1969.22, cr. Dewost y Denoix de Saint Marc: incremento de las subvenciones para los municipios fusionados o agrupados; – Secc. 2 de marzo de 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, Rec. 181; AJ 1973.323, concl. Braibant, nota Vier; Gaz. Pal. 23-24 de mayo de 1973, nota Moderne: distinta regulación de los precios para los concesionarios de automóviles, de un lado, y los minoristas y mecánicos, de otro; – Secc. 10 de mayo de 1974, *Denoyez y Chorques*, Rec. 274; D. 1975.393, nota Tedeschi; AJ 1974.298, cr. Franc y Boyon; RD publ. 1974.467, nota M. Waline; RA 1974.440, nota Moderne: distinta tarifa de transporte de enlace según el lugar de residencia de los usuarios; – 7 de mayo de 1975, *Comité de défense des riverains de l'aéroport Paris-Nord et autres*, Rec. 284; D. 1976.587, nota Moderne; AJ 1977.49, nota Thévenin: régimen de ayudas, concedidas a los vecinos de un aeropuerto con el objeto de reducir las molestias que sufren, variando éstas en función de la situación de los inmuebles, de sus dimensiones y de la fecha de compra; – 19 de junio de 1992, *Département du Puy-de-Dôme c. Bouchon*, Rec. 237; RFDA 1993.689, concl. Pochard; AJ 1992.479, cr. Maugué y Schwartz: los alumnos que frecuentan un establecimiento escolar, situado fuera del sector de recogida escolar del que dependen, no se encuentran en la misma situación, en lo que

respecta a los transportes escolares, que los alumnos que acuden a un establecimiento que sí se sitúa en dicho sector).

No obstante, la existencia de situaciones de hecho distintas no implica la obligación de dictar normas diferenciadas. Esto es lo que ponía de manifiesto la sentencia de la Asamblea de 28 de marzo de 1997, *Société Baxter* (Rec. 115; RFDA 1997.450, concl. Bonichot, nota Mélin-Soucramanien).

C. La aplicación de estos criterios no está exenta de dificultades.

3 1.º) Según cual sea el objeto de la reglamentación o la naturaleza del servicio público, una situación distinta podrá o no justificar una diferencia de trato. El Consejo de Estado ha considerado, por ejemplo, que la situación específica de los departamentos de ultramar puede justificar la aplicación en los mismos de un régimen de precios de los materiales de construcción distinto del que se aplica en la metrópoli (CE 1 de jul. de 1981, *Centre patronal d'études et d'actions professionnelles*, req. n.º 18184) o la adopción provisional de modalidades especiales del derecho de voto que no vulnere la esencia de dicho derecho (CE 9 de febr. de 1983, *Esdras et autres*, Rec. 48; RD publ. 1983.830, concl. Labetoulle), aunque ello no autoriza a la Administración a dictar para el concurso-oposición, para la selección de inspectores de aduanas en curso de formación, un régimen de exámenes de admisión distinto que el que se aplica en la metrópoli (CE 14 de dic. de 1981, *Huet*, Rec. 466).

4 2.º) Lo que es aún más importante, la valoración de la proporción entre diferencia de situación y diferencia de trato puede no ser clara en absoluto y ello en cualquiera de los ámbitos afectados por la reglamentación objeto de examen.

a) No se ha considerado contrario al principio de igualdad el hecho de que el Centro de los Monumentos Nacionales y el Museo del Louvre excluyeran de la gratuidad de acceso a sus colecciones permanentes, a la que pueden acogerse los jóvenes de 18 a 25 años, tanto a los turistas como a los extranjeros, exceptuando a los ciudadanos de un país de la Unión Europea, que se encuentren en situación irregular. Desde el punto de vista del Consejo de Estado, en efecto, dada la naturaleza del servicio público en cuestión y dado el objetivo que persigue la medida de la gratuidad, «que consiste en facilitar el acceso a la cultura, a través de los museos y los monumentos implicados, a aquellos

usuarios que, a tenor de su edad, no dispongan normalmente de los recursos que les permitan un fácil acceso y, con el objetivo de crear en la población el hábito de frecuentación regular de los monumentos y museos, cabía considerar como legítimo que las entidades afectadas primaran a las personas cuya intención era residir permanentemente en el territorio nacional en el que tienen su sede» (CE Secc. 18 de ene. de 2013, *Association SOS Racisme*, Rec. 1; AJ 2013.677, nota Glaser, y 1010, concl. Hedary; JCP Adm. 2013.2091, nota Pauliat).

b) En un orden de cosas totalmente distinto, la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo consideró que un decreto que instauraba una «medida de reparación» para aquellos huérfanos de padres deportados desde Francia, en el marco de las persecuciones *antisemitas*, y que murieron durante su deportación, podía, sin vulnerar el principio de igualdad, haber limitado la posibilidad de acogerse a esta medida a esta categoría específica de huérfanos de padres muertos durante su deportación (CE As. 6 de abr. de 2001, *Pelletier et autres*, Rec. 173, RFDA 2001.712, concl. Austrý; AJ 2001.444, cr. Guyomar y Collin).

c) El Consejo de Estado comprueba si no existe una desproporción manifiesta entre la diferencia de trato y la diferencia de situación. De este modo, se han considerado como contrarias al principio de igualdad las disposiciones reglamentarias que incorporaban la totalidad del subsidio personalizado de vivienda en los ingresos que había que tener en cuenta para determinar el derecho a acogerse a la asistencia letrada gratuita. En efecto, de ello se deriva una diferencia de trato manifiestamente desproporcionada en relación con las diferencias de situación de los solicitantes de asistencia letrada, según éstos sean beneficiarios de un subsidio personalizado de vivienda o de un subsidio de vivienda familiar (CE Secc. 18 de dic. de 2002, *Mme Duvignères\**).

d) Amparándose en el principio de igualdad, el Consejo de Estado ha condenado una «discriminación inversa», es decir, una situación en la que el trato que recibía un ciudadano francés era menos favorable que aquel al que podían acogerse, en cumplimiento del derecho de la Unión Europea, los nacionales de otros Estados miembros de la Unión (CE 6 de oct. de 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, Rec. 341; RJEP 2009, com. 5, concl. Verot; Europe nov. de 2008.1, obs. Simon; RFDA 2009.132, nota Iliopoulou y Jauréguiberry: los arquitectos responsables de los monumentos históricos no pueden ser privados de la posibilidad de encargarse de la

dirección de las obras cuando esta facultad se reconoce al resto de los arquitectos de la Unión Europea).

e) El Derecho de la Unión Europea, al establecer que las diferencias de tratos deben basarse en hechos objetivos, ha dado lugar a que el juez administrativo ejerza un control amplio sobre los límites de edad. Aunque se ha admitido la legalidad del límite de 57 años como edad máxima para los ingenieros encargados del control de la navegación aérea (CE As. 4 de abr. de 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c. Lambois*, Rec. 63; AJ 2014.1029, cr. Bretonneau y Lessi; DA 2014, n.º 45, nota Eveillard; RJEP 2014, com. 32, nota Sargos), se ha considerado como una medida discriminatoria ilegal el límite de 60 años como edad máxima para el personal de vuelo de la aeronáutica civil (CE 22 de mayo de 2015, *Société Air France*, demanda n.º 371623), al igual que la exigencia de haber cumplido 40 años para poder presentarse al segundo concurso-oposición para la cátedra de Derecho (CE 26 de ene. de 2015, *Slama*, AJ 2015.190).

- 5 D. En el caso de los servicios públicos municipales, el Consejo de Estado aplica el principio de igualdad en función tanto de las diferencias objetivas de situación como de la finalidad social más o menos marcada del servicio. Si el servicio público municipal no reviste un carácter obligatorio, como ocurre en el caso de una academia de música, el *acceso* a este servicio puede estar reservado a las personas que tienen un vínculo con el municipio. Pero no cabe definir dicho vínculo únicamente en función de que los interesados residan en el municipio, ya que de este modo se estaría excluyendo a las personas que trabajan en el municipio o cuyos hijos están escolarizados en el mismo (CE Secc. 13 de mayo de 1994, *Commune de Dreux*, Rec. 233; RFDA 1994.711, concl. Daël; AJ 1994.652, obs. Hécquard-Théron). En lo que respecta a la tarificación de los servicios municipales, el consejo admitió la legalidad de unas tarifas de comedor escolar más altas para los alumnos no residentes en el municipio que para los alumnos residentes en el mismo, siempre y cuando estas tarifas no excedieran el precio de coste de la comida. 5 de oct. de 1984, *Commissaire de la République de l'Ariège*, Rec. 315, concl. Delon; RFDA 1985.241, concl.: AJ 1984.675, cr. Hubac y Schoettl; RA 1985.39, nota Morand-Deville y Pellat; D. 1985.592, nota F. Hamon). Siempre y cuando las tarifas más altas sigan siendo inferiores al coste de funcionamiento del servicio, el Consejo de Estado no ha considerado contrario al principio de legalidad el hecho de que las tarifas de una guardería dependan de

los ingresos de las familias de los niños que la utilizan y del número de personas que conviven en la vivienda familiar (CE 20 de ene. de 1989, *Centre communal d'action sociale de La Rochelle*, Rec. 8; AJ 1989.398, obs. Prétot). Del mismo modo, y retomando al respecto una jurisprudencia anterior en sentido contrario, el Consejo de Estado consideró que las tarifas de una academia de música municipal podían variar en función del nivel de ingresos de la familia de cada alumno (CE Secc. 29 de dic. de 1997, *Commune de Gennevilliers*, Rec. 499; RFDA 1998.539, concl. Stahl; AJ 1998.168, cr. Girardot y Raynaud; RD publ. 1998.899, nota Borgetto). Por el contrario, consideró discriminatoria una diferencia en los derechos de matrícula aplicables respectivamente a los «antiguos alumnos» de una academia de música y a los «nuevos alumnos» (CE 2 de dic. de 1987, *Commune de Romainville*, Rec. 556; RFDA 1988.414, concl. Massot AJ 1988.359, obs. Prétot).

6

**III.** Además del principio de igualdad entre ciudadanos, el Consejo de Estado ha consagrado otros principios generales del Derecho: la no retroactividad de los actos administrativos (As. 25 de junio de 1948, *Société du journal «L'Aurore»\**); el principio de seguridad jurídica (As. 24 de marzo de 2006, *KPMG\**); la libertad de conciencia (As. 1 de abr. de 1949, *Chaveneau*, Rec. 161; D. 1949.531, concl. Gazier, nota Rolland; S. 1949.3.49, nota Delpech); el derecho de defensa (Secc. 5 de mayo de 1944, *Dame Vve Trompier-Gravier\**); la posibilidad de impugnar cualquier acto administrativo por la vía del recurso por exceso de poder (As. 17 de febr. de 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte\**); el respeto, en el caso de los miembros de una profesión organizada, de las libertades esenciales del ciudadano (As. 29 de jul. de 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État\**); el principio de la naturaleza contradictoria del procedimiento (CE Secc. 12 de mayo de 1961, *Société La Huta*, Rec. 313); la obligación para las entidades públicas de proteger a sus agentes contra las condenas civiles que se pronuncien contra ellos cuando no se les pueda imputar ninguna falta personal (Secc. 26 de abr. de 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, Rec. 243, concl. Chardeau; D. 1963.597, nota Lindon; S. 1963.338, nota); la obligación de publicar los reglamentos administrativos (CE 12 de dic. de 2003, *Syndicat des commissaires et hauts-fonctionnaires de la police nationale*, Rec. 506; BJCL 2004.237, concl. Olson; AJ 2004.442, nota H. M.), etc.

Además, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiende a reconocer el valor de principios generales del Derecho de las disposiciones del

Preámbulo de la Constitución (*cf.* As. 7 de jul. de 1950, *Dehaene\**, en el caso del derecho de huelga; As. 28 de mayo de 1954, *Barel\**, en el caso del acceso igualitario para todos los ciudadanos a las funciones públicas). Algunas sentencias mencionan incluso explícitamente «los principios generales del Derecho tal y como se desprenden, en particular, del Preámbulo de la Constitución» (CE 25 de ene. de 1957, *Syndicat fédéral des fonctionnaires malgaches et assimilés*, Rec. 65; v. también 26 de junio de 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils\**).

El concepto de principios generales se ha ampliado a nuevos ámbitos. Tal es el caso, en primer lugar, del servicio público de la justicia; el Consejo de Estado ha reconocido, en particular, dos principios relacionados con su funcionamiento: la facultad del juez para pronunciarse sobre las multas coercitivas (As. 10 mai 1974, *Barre et Honnet*, Rec. 276; AJ 1975.525, cr. Franc y Boyon) y la publicidad de los debates judiciales (CE As. 4 de oct. de 1974, *Dame David*, Rec. 464, concl. Gentot; AJ 1974.525, cr. Franc y Boyon; JCP 1975.II.17967, nota R. Drago; D. 1975.369, nota J.-M. Auby). Se han formulado asimismo unos principios generales tanto en materia social (v. nuestras obs. sobre la sentencia *GISTI\** de 8 de dic. de 1978) como en lo que respecta al derecho de extradición y a la situación de los refugiados políticos (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Koné\** de 3 de jul. de 1996).

El Consejo de Estado ha consagrado también los «principios que se derivan de la exigencia de acceso igualitario a la contratación pública»: libertad de acceso, igualdad de trato para los candidatos, transparencia de los procedimientos (CE Secc. 30 de ene. de 2009, *Agence nationale pour l'emploi*, Rec. 3, concl. Dacosta; CMP 2009, n.º 122, nota Zimmer; RJEP 2009, com. n.º 32, D. Moreau).

Por su parte, el Consejo Constitucional reconoce y sanciona la existencia de principios de valor constitucional (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia *Syndicat général des ingénieurs-conseils\** de 26 de junio de 1959).

7

**IV.** Finalmente, son varios los supuestos en los que el Consejo de Estado se niega a reconocer la existencia de un principio general aplicable incluso cuando no exista texto legal alguno al respecto. Tal es el caso, en particular, del principio de oportunidad de los procedimientos que, pese a ser expuesto como tal en el Código Procesal Penal, no es un principio de obligado cumplimiento en materia administrativa o disciplinaria (CE As. 6 de junio de 2014, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques*, Rec. 157; RFDA 2014.753, concl. Keller; DA 2014, n.º 66, nota Eveillard).

## 61. LIBERTAD DE COMERCIO E INDUSTRIA. POLICÍA

Consejo de Estado As., 22 de junio de 1951, *Daudignac*

(Rec. 362; D. 1951.589, concl. Gazier, nota J. C.)

*Sobre la legalidad del decreto del alcalde de Montauban de 2 de marzo de 1949:*

Considerando que, con este decreto, el alcalde subordinó el ejercicio, incluso temporal, de la profesión de fotógrafo en la vía pública a la obtención previa de un permiso, cuyas condiciones se establecían en el acto impugnado; que ha quedado demostrado que esta medida iba específicamente dirigida a la profesión de retratista ambulante;

Considerando que las actividades que realizan estos fotógrafos no tienen el carácter de una venta que se efectúe en la calle o en zonas no acotadas para este fin, estando esta última actividad sometida a una autorización del alcalde a tenor de la ley de 30 de dic. de 1906; pero que, incluso si se admitiera que los que se dedican a esta profesión son vendedores ambulantes en el sentido del art. 1 de la ley de 16 de jul. de 1912, y pese a que el art. 97 de la ley de 5 de abr. de 1884 reconoce al alcalde la facultad de adoptar las medidas oportunas para solventar los inconvenientes que esta forma de ejercicio de la profesión de fotógrafo pueda suponer para la circulación y el orden público –impidiendo, en particular, a los que realizan esta actividad fotografiar a los viandantes contra su voluntad, o prohibiendo, si procede, el ejercicio de esta profesión en determinadas calles o en determinados horarios– *ello no constituiría en modo alguno un motivo que legitime al alcalde, a menos que haga caso omiso de la citada ley de 16 de jul. de 1912 y atente contra la libertad de industria y comercio que garantiza la Ley, a subordinar el ejercicio de la citada profesión a la concesión de un permiso*; que, por consiguiente, el señor Daudignac tiene motivos fundados para sostener que el decreto impugnado adolece de un defecto por exceso de poder;... (Anulación).

## OBSERVACIONES

1 Como declaraba con humor el Comisario del Gobierno Gazier, se había terminado por imponer el retratista ambulante que asalta por sorpresa a los viandantes que le parecen fotogénicos, en lugar del «fotógrafo de barbita, que se ocultaba bajo un velo negro detrás de su trípode, para “retratar” en las plazas a los militares y a las niñas». Esta profesión había experimentado una rápida expansión y suscitaba la hostilidad de los colegas fotógrafos reclusos en sus estudios, así como de los viandantes y paseantes que consideraban que nadie tenía derecho a fotografiarlos y a reproducir su imagen sin su consentimiento previo. Muchas municipalidades, sensibilizadas ante estas protestas, procedieron a prohibir o a regular el ejercicio de esta actividad. Tal fue el caso del alcalde de Montauban, que subordinó el ejercicio de esta profesión a la obtención de un permiso sujeto a gran número de requisitos: autorización anual, personal, revocable, onerosa, única por cada unidad familiar, reservada a las personas sin profesión, concedida dentro de unos límites máximos... Los fotógrafos ambulantes pronto se vieron en la imposibilidad de cumplir el decreto municipal. Uno de ellos, el señor Daudignac, que ya había sido exonerado de toda culpa por un juez de paz, que había considerado ilegal la reglamentación dictada por el alcalde, interpuso un recurso ante el Consejo de Estado con el fin de conseguir una anulación que le amparara contra estas medidas administrativas.

El alcalde fundamentaba su decreto en los tres siguientes argumentos jurídicos:

– la ley de 30 de dic. de 1906 que subordina a la concesión de un permiso especial las ventas callejeras o en zonas no dedicadas al comercio; el Comisario del Gobierno consiguió demostrar fácilmente que la actividad de los fotógrafos ambulantes no tenía nada en común con este tipo de ventas;

– la ley de 16 jul. de 1912 sobre el ejercicio de las profesiones ambulantes; el Comisario del Gobierno opinaba que los fotógrafos ambulantes no encajaban en la definición que hace la Ley de las profesiones ambulantes; el decreto del alcalde no solventaba esta cuestión, dado que no aportaba modificación alguna a la solución adoptada en el caso que nos ocupa;

– el artículo 97 de la ley de 5 de abr. de 1984 (que ha pasado a ser el artículo L. 2212-2 del Código General de las Colectividades Territoriales), según el cual corresponde al alcalde mantener el orden en las calles; este texto aportaba al decreto municipal su fundamento más sólido y obligaba al juez administrativo a afrontar un problema con el que ya estaba familiarizado: la conciliación ente el ejercicio de una libertad y la obligación que incumbe a la autoridad pública de mantener el orden (v. nuestras obs. sobre CE 19 de mayo de 1933, *Benjamin\**). Pero la libertad que hacían valer los fotógrafos ambulantes era la libertad de comercio e industria, y no estaba de más preguntarse si las numerosas ocasiones en que se había vulnerado desde 1939 no habían hecho desaparecer el principio mismo de esta libertad.

El Consejo de Estado reconoció que la libertad *sigue existiendo* (I) y definió, al mismo tiempo, *sus límites* (II).

### **I. La afirmación del principio de libertad de comercio e industria.**

2 Antes de la guerra, era muy abundante la jurisprudencia que censuraba los decretos que propugnaban un rigor excesivo en la regulación del ejercicio del comercio, apreciándose una desproporción entre este rigor y las exigencias reales de mantenimiento del orden, (CE 30 de nov. de 1928, *Penicaud*, Rec. 1227; S. 1929.3.1, nota Hauriou). Reprobaba asimismo las actuaciones de las entidades públicas que entraban en competencia con la iniciativa privada, al considerar que hacían caso omiso de la libertad de comercio e industria (v. nuestras obs. sobre CE 30 de mayo de 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers\**).

Con posterioridad, el Consejo de Estado no ha dejado de remitirse al principio tradicional, la mayoría de las veces implícitamente, y en ocasiones haciendo mención expresa de la «libertad de comercio e industria» (CE 30 de ene. de 1948, *Syndicat départemental des industriels en lentilles de la Haute-Loire*, Rec. 42), o de los «derechos profesionales» (CE 8 de dic. de 1948, *Syndicat général des patrons laitiers de la ville de Lyon*, Rec. 462).

En sus conclusiones sobre el caso *Daudignac*, el Comisario del Gobierno Gazier sostiene que «en los casos en los que no se ha dictado ley alguna, el principio mantiene su carácter obligatorio, siendo éste el derecho común que rige la actividad industrial en Francia», y que la

ley de 2-17 de marzo de 1791 que proclamaba la libertad de comercio e industria seguía, por tanto, en vigor. La sentencia defendía con firmeza «la libertad de industria y comercio que garantiza la Ley», y la ley de 2-17 de marzo de 1791 que se cita en los permisos.

El Consejo de Estado ha hecho aplicaciones prácticas muy notorias de este principio. En la sentencia *Daudignac*, decidió que el alcalde no podía subordinar el ejercicio de una profesión no regulada por la Ley a la obtención de un permiso. En una sentencia de Sección de 29 de jul. de 1953, *Société générale des travaux cinématographiques* (Rec. 430), iba mucho más lejos en sus conclusiones. En este caso, tenía que pronunciarse sobre una ley que subordinaba el ejercicio de una actividad a la obtención de un permiso precario y revocable; el Consejo de Estado consideró que «aunque el Director General del Centro Nacional de Cinematografía tiene competencia para conceder o revocar el permiso y puede subordinar su concesión a determinados requisitos, la facultad que se le reconoce está, no obstante, limitada por la obligación que tiene de respetar la libertad de comercio e industria, en la medida en que ésta no haya sido vulnerada por la Ley», y, por ende, anuló las disposiciones que subordinaban la concesión de un permiso al nombramiento de un Comisario del Gobierno que tuviera derecho a asistir a todas las sesiones de los órganos de la empresa recurrente, que estuviera autorizado a acceder a todos los documentos y que pudiera suspender la ejecución de cualquier decisión: «*estas disposiciones suponen un menoscabo para la libertad de comercio e industria y la Ley sólo permite que se dicten tales disposiciones en aplicación de una disposición legislativa expresa*».

- 3 Al amparo de la Constitución de 1958, el Consejo de Estado considera que la libertad de comercio e industria figura entre las libertades públicas cuya salvaguarda encomienda al legislador el artículo 34 de la Constitución (Secc. 28 de oct. de 1960, *de Laboulaye*, Rec. 570; AJ 1961.20, concl. Heumann; Dr. soc. 1961.141, concl., nota Teitgen), no pudiendo el gobierno atentar contra el «libre acceso de todos los ciudadanos al ejercicio de toda aquella actividad profesional que no haya sido objeto de una limitación legal» (As. 22 de junio de 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe*, Rec.386; AJ 1963.460, cr. Gentot y Fourré: anulación de un decreto que limitaba el acceso a una profesión a la que anteriormente se podía acceder libremente; - As. 16 de dic. de 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins, Garonne, Isle et Dordogne maritimes*, Rec. 448; RD publ. 1989.521, concl.

E. Guillaume; AJ 1989.82, cr. Azibert y de Boisdeffre; D. 1990.201, nota Llorens y Soler-Couteaux: anulación de las disposiciones de un decreto que imponía unos requisitos de mayoría de edad y de capacidad para el ejercicio de la profesión de pescador).

Otras sentencias siguen refrendando la ley de 2-17 de marzo de 1791 y haciendo alusión al «principio de la libertad de comercio e industria» (CE 9 de nov. de 1988, *Territoire de la Polynésie française*, Rec. 406; RD publ. 1989.242, concl. E. Guillaume; D. 1990.201, nota Llorens y Soler-Couteaux, respecto a un decreto que regulaba la importación de cementos a Polinesia). La jurisprudencia destaca la obligación de las autoridades de policía de tener en cuenta la libertad de comercio e industria: «cuando el ejercicio de los poderes de policía pueda afectar a las actividades de producción, distribución o servicio, el hecho de que las medidas de policía tengan como objetivo la protección del orden público o, en determinados casos, la salvaguarda de intereses especiales que compete a la Administración proteger o garantizar, no exime a la autoridad a la que incumben los poderes de policía de la obligación de tener asimismo en cuenta la libertad de comercio e industria y las reglas de la competencia» (CE Secc. [dictamen] 22 de nov. de 2000, *Société L. et P. Publicité*, Rec. 526, concl. Austrý; RFDA 2001.872, concl.; D. 2001.2110, nota Albert; RD publ. 2001.393, nota Guettier). La fórmula alude al Decreto-Legislativo de 1 de dic. de 1986 (v. nuestras obs. sobre CE 3 de nov. de 1997, *Société Million et Marais\**): «El principio de la libertad de competencia... se deriva, en particular», de este decreto y se enmarca en el derecho de la competencia que la jurisprudencia cita junto a la libertad de comercio e industria.

En un marco más amplio, el Consejo Constitucional ha reconocido «el libre ejercicio de la actividad profesional» (CC n.º 76-88 L, 3 de marzo de 1976, Rec. 49) y «la libertad de emprender» amparándose en la Declaración de 1789 (CC n.º 81-132 DC, 16 de ene. de 1982, Rec. 18; AJ 1982.377, nota Rivero; D. 1983.169, nota L. Hamon; JCP 1982. II.19788, nota Nguyen Quoc Vinh y Franck; GDCC, n.º 30). En la misma línea, el Consejo de Estado se refiere al «principio constitucional de la libertad de emprender» (CE 10 de junio de 2009, *Société L'oasis du désert, Syndicat union des professionnels du narguilé*, Rec. 610).

Queda por determinar si esta libertad abarca a todas las demás, en especial, a la libertad de comercio e industria y a la libertad de compe-

tencia, otorgándoles el mismo valor, o si, por el contrario, se concede al resto de libertades un valor meramente legislativo. De un lado, cabe afirmar que la libertad de emprender está vinculada con el derecho de propiedad y afecta esencialmente a la libertad del jefe de empresa, estableciendo el Consejo de Estado una distinción entre libertad de comercio e industria y libertad de emprender (por ej., CE 6 de oct. de 2010, *Muntoni*, Rec. 763; RJEP ene. de 2011.49, nota Benoît De-launay). A la inversa, cabe argumentar que la libertad de comercio e industria es indispensable para la libertad de emprender, habiéndola calificado el Consejo de Estado de «componente de la libertad fundamental de emprender (CE ord. de 12 de nov. de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, Rec. 551; v. n.º 100.9). Con independencia de que exista una distinción entre ambas o de que ambas se combinen, las dos constituyen «libertades fundamentales» (CE ord. de 28 de oct. de 2011, *SARL PCRL Exploitation*, Rec. 1080; JCP Adm. 2012.2012, nota Pontier). La libertad de competencia no es más que un elemento integrante del derecho de la competencia (en este sentido, CE As. 31 de mayo de *Odre des avocats au barreau de Paris*, Rec. 272; v. n.º 41.1) o «una exigencia, cuyo objetivo fundamental es garantizar el respeto del principio de igualdad o de la libertad de emprender», sin que forme parte de los derechos y las libertades garantizados por la Constitución (CE 2 de marzo de 2011, *Société Manirys*, Dr. fisc. 2011, n.º 18, com. 340, concl. Geffray).

## II. Los límites de la libertad de comercio e industria.

4 La libertad de comercio e industria no es ilimitada. Los límites que la definen se derivan de algunas disposiciones legislativas (A), de las necesidades de orden público (B) e, incluso, de otras consideraciones públicas (C).

A. Puede verse limitada por la *propia Ley*, por determinadas disposiciones que la ley autoriza a adoptar a la Administración (por ej., CE 19 de nov. de 1986, *Société SMANOR*, Rec. 260; v. n.º 87.2, relativa a un decreto que regulaba la comercialización de yogures: «suponiendo, incluso, que las disposiciones del decreto impugnado impliquen una restricción de la libertad de comercio e industria, encuentran, pese a todo, su fundamento legal en la ley de 1 de agosto de 1905... que encomienda al gobierno la tarea de establecer la definición, la composición y la denominación de las mercancías en general, cualquiera que

sea su naturaleza»). Cuando una profesión, como la de conductor de taxi, «es una actividad regulada» (por ley), el gobierno puede, haciendo uso de su facultad reglamentaria autónoma, «establecer (...) unas disposiciones complementarias» y acompañarlas de una sanción administrativa, como la revocación de un permiso profesional (CE As. 7 de jul. de 2004, *Ministre de l'intérieur... c. Benkerrou*, Rec. 298, concl. Guyomar; RFDA 2004.913, concl., y 1130, nota Degoffe y Haquet; AJ 2004.1695, cr. Landais y Lenica; CJEG 2004.543, nota M. V.; DA nov. de 2004, p. 27, nota Breen; RD publ. 2005.500, com. Guettier).

El Consejo Constitucional considera, en una fórmula a la que recurre constantemente, «que el legislador tiene la posibilidad de imponer a la libertad de emprender... unas limitaciones vinculadas con determinadas exigencias constitucionales» (como, por ejemplo, la salvaguarda del orden público) «o que encuentran su justificación en el interés general, siempre y cuando éstas no impliquen un menoscabo desproporcionado de la libertad en relación con el objetivo perseguido» (por ej., CC n.º 2012-290/291 QPC, 25 de ene. de 2013, JCP 2013.374, nota Feldman; n.º 2014-373 QPC, 4 de abr. de 2014, *Sephora*, Constitutions 2014.381, nota Bioy).

Sólo tiene sentido invocar el principio de la libertad de comercio e industria en el caso de las profesiones cuyo ejercicio está subordinado por la propia Ley a la obtención de un permiso o a la adjudicación por la Administración (CE As. 12 de dic. de 1953, *Syndicat national des transporteurs aériens*, Rec. 547; – As. 21 de nov. de 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, Rec. 578). Sólo amparándose en esta idea, el Consejo de Estado podía considerar que la ley de 30 de marzo de 1928 otorgaba al gobierno, «por motivos de interés de la defensa y de la economía nacional, la facultad de ejercer un control estricto de la actividad de las empresas que se dedican a la importación de productos derivados del petróleo a Francia», y lo autorizaba a someter a un régimen restrictivo no sólo a las operaciones de importación directamente afectadas por la ley, sino también a las operaciones de distribución y, en particular, de creación y ampliación de las gasolineras (CE As. 19 de junio de 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, Rec. 344; RD publ. 1964.1019, concl. Questiaux; AJ 1964.438, nota de Laubadère).

- 5 B. Las necesidades del *orden público* permiten, de este modo, a las autoridades de policía regular el ejercicio de determinadas profesiones, en la medida en que puedan vulnerar dicho orden. De hecho,

nos hallamos aquí ante una aplicación específica de los principios generales por los que se rige la policía municipal (V. CE 19 de mayo de 1933, *Benjamin\**).

En el caso de los retratistas ambulantes, el Comisario del Gobierno reconoció que existía el riesgo de que se fotografiara a los viandantes sin su consentimiento, que se produjeran altercados entre éstos y los fotógrafos, o que se hiciera un uso indiscreto de las fotografías tomadas de este modo, motivo por el cual admitió la legalidad de una reglamentación limitada de la profesión. El Consejo de Estado hizo suyas estas sugerencias. Se vio, así, obligado a ejercer un control estrecho sobre la actuación de las autoridades de policía; por ejemplo, confirmó la anulación de un decreto del alcalde de Rouen que prohibía el ejercicio de la profesión de fotógrafo ambulante en una zona que incluía al «conjunto de las vías más propicias» para el desarrollo de esta actividad, y dentro de la cual «la circulación se realiza en condiciones muy desiguales en lo que respecta a la intensidad del tráfico y a las dificultades que se plantean», reservándose al mismo tiempo la posibilidad de prohibir esta actividad «en determinadas calles o a determinadas horas en que la circulación es especialmente densa y difícil» (CE 26 de febr. de 1960, *Ville de Rouen*, Rec. 154; en este mismo sentido, en el caso de París, – Secc. 15 de oct. de 1965, *Préfet de police c. Alcaraz*, Rec. 516; AJ 1965.663, concl. Kahn). Por el contrario, consideró conforme a la Ley la prohibición de la actividad de los fotógrafos ambulantes durante la temporada turística en todo el tramo de la carretera que lleva al Mont-Saint-Michel, así como en las zonas de aparcamiento acondicionadas a uno y otro lado de dicha carretera (13 de marzo de 1968, *Ministre de l'intérieur c. Époux Leroy*, Rec. 179; AJ 1968.221, cr. Massot y Dewost).

- 6 El Consejo de Estado ha aplicado la misma jurisprudencia a otras profesiones (CE Secc. 2 de abr. de 1954, *Pétronelli*, Rec. 208; RPDA 1954.98, concl. Laurent; AJ 1954. II *bis*.9, cr. Long: la circulación de vehículos publicitarios por las calles de una ciudad puede ser regulada por el alcalde, pero no prohibida ni subordinada a un permiso; – Secc. 2 de nov. de 1956, *Biberon*, Rec. 403, concl. Mosset: un alcalde puede, sin atentar contra la libertad de comercio e industria, prohibir dentro del recinto de los mataderos el curtido de pieles y cueros, operación que presenta un riesgo de contaminación para las carnes; – Secc. 5 de ene. de 1968, *Préfet de police c. Chambre syndicale patronale des enseignants de la conduite des véhicules à moteur*, Rec. 14; RD publ.

1968.905, concl. Fournier; AJ 1968.221, cr. Massot y Dewost; JCP 1968.II.15529, nota Vincent: el prefecto podía imponer a todos los titulares de una «autoescuela» la obligación de disponer de un local o de un terreno apropiados para acoger a todos sus vehículos, sin que ello supusiera para la libertad de comercio e industria «una vulneración que no esté justificada por la necesidad de garantizar, en condiciones satisfactorias, la circulación de vehículos en la ciudad de París»).

Dentro de la abundante jurisprudencia, cabe destacar la sentencia del Consejo de Estado de 15 de mayo de 2009, *Société Compagnie des Bateaux Mouches* (Rec. 201; RJEP dic. de 2009, p. 17; AJ 2009.1815, nota Nicinsky), sentencia que retoma las fórmulas del dictamen contencioso-administrativo de 22 de nov. de 2000, *Société L. et P. publicité*, antes citado, y admite como necesarias y proporcionadas las medidas de seguridad impuestas a las embarcaciones de pasajeros que no estén sujetas a la reglamentación marítima (esencialmente, las embarcaciones turísticas).

El Tribunal de Casación aplica los mismos principios (por ej., Crim. 18 de nov. de 1991, Bull. crim. n.º 414; RTD com. 1992.848, obs. Bouloc).

- 7 C. La libertad de comercio e industria puede verse comprometida como resultado del uso por particulares del *dominio público*. Aunque la decisión de conceder o de negar a una persona privada el permiso de ocupar una dependencia pública para ejercer allí una actividad económica «no pueda en sí misma atentar contra la libertad de comercio e industria» (CE 23 de mayo de 2012, *Régie autonome des transports parisiens*, BJCP 2012.291, concl. N. Boulouis; AJ 2012.1151, cr.; DA nov. de 2012.22, nota Brenet; JCP Adm. 2013.2012, nota Pauliat; RDI 2012.566, nota Foulquier; RFDA 2012.1181, nota Nicinski), esta utilización puede dar lugar a una reglamentación que limite la actividad de otras empresas (v. CE 29 de ene. de 1932, *Société des autobus antibois*, Rec. 117; v. n.º 69.12, y 5 de mayo de 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Rec. 129; v. n.º 69.12). Pero la concesión de una autorización y la reglamentación deben respetar el derecho de competencia, que constituye un complemento necesario de la libertad de comercio e industria. (v. nuestras obs. sobre CE 3 de nov. de 1997, *Société Million et Marais\**).

## **62. RESPONSABILIDAD - COMPETENCIA. FALTA PERSONAL Y FALTA DE SERVICIO. ACCIONES RECURSORIAS**

**Consejo de Estado As., 28 de julio de 1951, Laruelle et Delville**

(Rec. 464; D. 1951.620, nota Nguyen Do;  
JCP 1951.II.6532, nota J. J. R.; JCP 1952.II.6734, nota Eisenman;  
RD publ. 1951.1087, nota M. Waline; S. 1952.3.25, nota Mathiot;  
S. 1953.3.57, nota Meurisse)

### **I. Laruelle**

*Sobre la responsabilidad en la que ha incurrido el señor Laruelle:*

*Considerando que, aunque las entidades públicas no puedan exigir a sus funcionarios y agentes que asuman responsabilidad pecuniaria alguna por las consecuencias perjudiciales de sus faltas de servicio, no ocurre lo mismo cuando el perjuicio causado a dichas entidades es imputable a unas faltas personales, dissociables del ejercicio de sus funciones;*

Considerando que de la instrucción se desprende que, en el momento en el que arrolló, el 15 de junio de 1945, a la señora Marchand, sin que se le pudiera imputar falta alguna a la víctima, el señor Laruelle, suboficial de los cuerpos especiales de funcionarios civiles de repatriación, estaba utilizando fuera del servicio, y para fines personales, el vehículo militar del que era conductor; que, por consiguiente, cometió una falta personal por la que ha incurrido en responsabilidad pecuniaria frente al Estado;

Considerando que la decisión adoptada por el Consejo de Estado, el 12 de marzo de 1948, sobre la demanda interpuesta contra el Estado por la señora Marchand, y en la que se mencionan, por cierto, los hechos arriba relatados, no tiene valor de cosa juzgada en lo que respecta al litigio que se suscitó posteriormente entre el Estado y el señor Laruelle;

Considerando, por último, que aunque, tal y como se reconoce en la decisión del Consejo de Estado de 12 de marzo de 1948, la autoridad militar no hubiera adoptado unas medidas suficientes para garantizar

el control de la salida de vehículos estacionados en el garaje, y aunque el Consejo de Estado condenó por este motivo al Estado a reparar en su totalidad el perjuicio ocasionado a la señora Marchand, se desprende de los elementos que obran en el expediente que la falta del servicio público fue provocada por unas maniobras que realizó el recurrente para engañar al agente que vigilaba los vehículos del ejército; que, en las circunstancias del caso, el señor Laruelle no puede hacer valer una supuesta falta del servicio público, que habría hecho incurrir al Estado en responsabilidad frente a la víctima, para sostener que debe atenuarse la responsabilidad pecuniaria que le corresponde asumir frente al Estado;

*Sobre la cuantía que adeuda el recurrente al Estado:*

Considerando que el pago de una cuantía de 143.773 francos que impone al recurrente la sentencia impugnada corresponde a la indemnización que abonó el Estado a la señora Marchand en aplicación de la decisión antes citada del Consejo de Estado, y a las costas que se derivaron de dicho procedimiento; que, por tanto, el Ministro de los Antiguos Combatientes y de las Víctimas de la Guerra tiene motivos fundados para solicitar al señor Laruelle el reembolso de la totalidad de la cuantía antes citada;... (Desestimación).

## II. *Delville*

*Considerando que si bien es cierto que, en el caso de que se ocasiona a un tercero un daño por el efecto combinado de la falta de un servicio público y de la falta personal de un agente de dicho servicio, la víctima puede solicitar una indemnización por la totalidad del perjuicio causado ya sea a la Administración, ante los tribunales administrativos, ya sea al agente responsable, ante los tribunales ordinarios, es el juez administrativo quién ha de determinar, en función de la existencia y de la gravedad de las faltas respectivas constatadas en cada caso concreto, la contribución final a los gastos de reparación que corresponde pagar a la Administración y al agente;*

Considerando que el señor Delville, empleado del Ministerio de Reconstrucción y Urbanismo en calidad de conductor, fue condenado definitivamente por los tribunales ordinarios al pago al señor Caron de un importe de 170.771,40 francos como reparación de la totalidad de los perjuicios ocasionados a este último por un accidente que provocó

el 20 de febr. de 1947 un camión propiedad de la Administración, que conducía el recurrente.

Considerando que de la instrucción se desprende que este accidente se debió, a la vez y en igual medida, de una parte, al estado de ebriedad del señor Delville, siendo ésta una falta que, en las circunstancias del caso, constituía una falta personal calificada y, de otra, al mal estado de los frenos del camión, siendo ésta una falta imputable al Estado; que, por consiguiente, el señor Delville tiene motivos fundados para solicitar al Estado que le reembolse la mitad de las indemnizaciones que adeuda al señor Caron, ascendiendo éstas a 85.385,70 francos, más los intereses devengados al tipo legal desde la fecha de recepción de la demanda por el Ministro de Reconstrucción y Urbanismo;

Considerando que de la instrucción se desprende que la negativa del ministro a pagar la citada indemnización al señor Delville no obedece a una mala fe sistemática; que, por tanto, el señor Delville carece de fundamento para reclamar unos daños y perjuicios compensatorios;

Considerando, por último, que el recurrente, al haber sido culpable de una falta personal, tal y como se ha mencionado con anterioridad, carece de todo fundamento para solicitar al Estado el reembolso de la totalidad o de una parte de los gastos en los que incurrió ante los tribunales ordinarios para hacer frente a la demanda del señor Caron;... (Decisión en este sentido).

## OBSERVACIONES

- 1 El señor Laruelle, suboficial, había provocado un accidente mientras utilizaba, fuera del servicio y para fines personales, el vehículo militar del que era conductor. La víctima había conseguido que se condenara a la Administración por la falta de servicio que ésta había cometido al no adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que se controlara la salida de los vehículos de su propiedad. La Administración solicitaba que se condenara a su agente a reembolsarle las cuantías que había tenido que pagar a la víctima.

El señor Delville, conductor de Ministerio de Reconstrucción y Urbanismo, había sido condenado por los tribunales ordinarios a reparar la totalidad de las consecuencias perjudiciales de un accidente que él mismo había provocado al conducir en estado de ebriedad un ca-

mión propiedad de la Administración. Pedía a esta última que le reembolsara las cuantías que se había visto obligado a abonar a la víctima, ya que el accidente se había debido, al menos en parte, al mal estado de los frenos del camión.

En la primera sentencia, el Consejo de Estado admite la acción recursoria de la Administración, condenada por una falta de servicio, contra su agente debido a la falta personal que cometió, admitiendo en la segunda la acción recursoria del agente, condenado por una falta personal, contra la Administración debido a la falta de servicio que cabe imputarle.

Las sentencias *Laruelle* y *Delville* se enmarcan en todo un proceso de *evolución de la jurisprudencia* (I). Permiten determinar el *régimen de las acciones rectorias* (II).

## 2 I. Dentro del proceso de *evolución de la jurisprudencia*, constituyen un *punto de llegada* (A) y un *punto de partida* (B).

A. La sentencia del Tribunal de Conflictos de 30 de jul. de 1873, *Pelletier*\* había creado, con el fin tanto de identificar a la persona responsable como de determinar cuál era la jurisdicción competente (administrativa u ordinaria), un sistema que establecía una diferencia entre falta de servicio y falta personal. La jurisprudencia posterior había ido restringiendo progresivamente la responsabilidad personal de los agentes públicos: el concepto mismo de falta personal se había ido estrechando cada vez más (v., en particular, TC 14 de ene. de 1935, *Thépaz*\* y 8 de abr. de 1935, *Action française*, Rec. 1226, concl. Josse; v. n.º 115.1); eran cada vez más frecuentes los casos en que una falta personal podía hacer incurrir en responsabilidad a la entidad pública frente a la víctima (CE 3 de febr. de 1911, *Anguet*\*; 26 de jul. de 1918, *Époux Lemonnier*\*; 19 de nov. de 1949, *Delle Mimeur*, Rec. 492; v. n.º 31.5).

Esta jurisprudencia, cuya intención fundamental era proteger a las víctimas contra una posible insolvencia de los agentes públicos, había dado origen a una verdadera irresponsabilidad de los funcionarios frente a las faltas, incluso personales, que pudieran haber cometido; esta irresponsabilidad se había acentuado todavía más con la jurisprudencia *Poursines* (CE 28 de marzo de 1924, Rec. 357; D. 1924.3.49, nota Appleton; RD publ. 1924.601, nota Jèze; S. 1926.3.17, nota Hauriou), que impedía a la Administración demandar al agente culpable:

además de eximirles de toda responsabilidad frente a las víctimas por sus actuaciones, los agentes públicos también estaban exentos de responsabilidad frente a la Administración que había indemnizado a las víctimas por las consecuencias de sus faltas personales. Es indudable que el Consejo de Estado subordinaba el pago de la indemnización a la víctima por la entidad pública a la posibilidad por parte de ésta de subrogarse en los derechos que hubiera podido obtener o que pudiera obtener en el futuro contra el agente culpable (v. por ej., 26 de jul. de 1918, *Lemonnier*\*); la finalidad de esta subrogación era impedir que la víctima terminara acumulando dos indemnizaciones, y no la de permitir a la Administración recuperar por medio de su agente las cuantías que ésta hubiera sido condenada a pagar.

De este modo, las víctimas estaban debidamente protegidas, mientras que la Administración disponía de una protección infinitamente menor; el interés general se veía perjudicado por la irresponsabilidad casi total de los agentes públicos. Era necesario, mediante una modificación de la jurisprudencia, «moralizar» la función pública devolviendo a los agentes la consciencia de su responsabilidad personal, sin por ello privar a las víctimas de las ventajas que había supuesto para ellas la jurisprudencia sobre la acumulación de faltas y responsabilidades. Esto es lo que consiguen las dos sentencias de 28 de jul. de 1951.

- 3 La sentencia *Delville* confirma la protección que ofrecía a la víctima la jurisprudencia anterior: «*En el caso de que se ocasione a un tercero un daño por el efecto combinado de la falta de un servicio público y de la falta personal de un agente de dicho servicio, la víctima puede solicitar una indemnización por la totalidad del perjuicio causado ya sea a la Administración, ante los tribunales administrativos, ya sea al agente responsable, ante los tribunales ordinarios*». Pero la sentencia establece inmediatamente una distinción entre *obligación* frente a la deuda y *contribución* a la misma: en efecto, «*es el juez administrativo quién ha de determinar, en función de la existencia y de la gravedad de las faltas respectivas constatadas en cada caso concreto, la contribución final a los gastos de reparación que corresponde pagar a la Administración y al agente*». Así pues, cuando el agente haya pagado a la víctima una indemnización por la totalidad del perjuicio causado, tendrá la posibilidad de demandar a la Administración ante los tribunales administrativos para recuperar la totalidad o una parte de la indemnización.

Hallamos un ejemplo particularmente ilustrativo de esta solución en la sentencia de 12 de abr. de 2002, *Papon\**:

De igual forma, cuando la Administración haya pagado una indemnización por la totalidad del perjuicio, debe tener la posibilidad de demandar a su agente. Para que fuera posible interponer una demanda de este tipo, posibilidad que descartaba hasta entonces la sentencia *Poursines*, hacía falta un cambio radical en la jurisprudencia. Esto es lo que se consiguió con la sentencia *Laruelle*: «*aunque las entidades públicas no puedan exigir a sus funcionarios y agentes que asuman responsabilidad pecuniaria alguna por las consecuencias perjudiciales de sus faltas de servicio, no ocurre lo mismo cuando el perjuicio causado a dichas entidades es imputable a unas faltas personales, dissociables del ejercicio de sus funciones*». En este caso, el Estado no actúa contra su agente en lugar y representación de la víctima; no solicita al agente la misma indemnización que éste hubiera tenido que pagar a la víctima si ésta lo hubiera demandado por su falta personal; solicita la reparación del perjuicio que se le ha ocasionado directamente al verse obligado a indemnizar a la víctima. Ejerce el derecho de demanda que le reconoce la Ley, con independencia de toda subrogación, pudiendo, de hecho, combinarse esta última con la demanda, tal y como admitió el Consejo de Estado en una sentencia de 25 de nov. de 1955, *Dame Vve Paumier* (Rec. 564). Esta jurisprudencia es semejante a la del Tribunal de Casación, órgano que admite, en determinados casos, que una empresa interponga contra uno de sus asalariados un recurso por una falta que éste ha cometido (tal es el caso del médico de una clínica privada, «habida cuenta de la independencia profesional intangible a la que puede acogerse...», incluso como trabajador por cuenta ajena, en el ejercicio de su profesión: Civ. 1.<sup>a</sup> 13 de nov. de 2002, Bull. civ. I, n.º 263, p. 205; D. 2003.459, obs. Jourdain, y 580, nota Deis-Beauquesne; JCP 2003.II.10096, nota Billiau).

- 4 B. Las decisiones *Laruelle* y *Delville*, que en un principio estaban destinadas a coronar el edificio jurisprudencial cuya piedra angular era la sentencia *Pelletier\**, constituyeron *el punto de partida* de una nueva evolución en la jurisprudencia: al contencioso de la responsabilidad de la Administración y de sus agentes frente a terceros, se sumó a partir de entonces el de la responsabilidad de los agentes públicos frente a la Administración.

Al mismo tiempo, el Derecho de la función pública se enriqueció con un nuevo capítulo, al que la jurisprudencia ha contribuido desde

entonces con importantes precisiones, en particular, en varias sentencias del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado relacionadas con el caso *Jeannier-Moritz*. Prevaliéndose de su condición de conductor del coronel, el soldado Jeannier había conseguido salir del cuartel en un vehículo militar en compañía de un sargento, cuya presencia podía llevar a suponer que ambos cumplían una misión oficial. Una vez hubieron abandonado el cuartel, se subieron al vehículo otros cuatro de sus compañeros, cediéndole el conductor titular el volante a uno de ellos. Este último ocasionó una herida mortal a un ciclista al efectuar un adelantamiento irregular. Ante la demanda por daños y perjuicios interpuesta por los derechohabientes de la víctima contra el Estado, este último se vio obligado a darles satisfacción. El Estado reclamó, con posterioridad, a los seis militares que asumieran su responsabilidad, dirigiéndoles unos títulos ejecutivos en los que se les declaraba deudores solidarios de la cuantía adeudada al Tesoro Público. Dos de los militares interpusieron un recurso contra estas decisiones, uno de ellos antes los tribunales ordinarios y el otro ante el Consejo de Estado. Al haberse suscitado el conflicto en los tribunales ordinarios, el Tribunal de Conflictos se vio en la necesidad de dirimir los problemas de competencia, correspondiéndole al Consejo de Estado ocuparse de los problemas de fondo (TC 26 de mayo de 1954, *Moritz*, Rec. 708; S. 1954.385, concl. Letourneur; D. 1955.385, nota Chapus; JCP 954. II.8334, nota Vedel; – Secc. 22 de marzo de 1957, *Jeannier*, Rec. 196, concl. Kahn; D. 1957.748, concl., nota Weil; S. 1958.32, concl.; AJ 1957.II.186, cr. Fournier y Braibant; JCP 1957. II.10303 *bis*, nota Louis-Lucas; – Secc. 19 de junio de 1959, *Moritz*, Rec. 377; S. 1960.59, concl. Braibant; AJ 1959.II.304, nota R. Drago).

5            **II.** Ambos órganos tuvieron, pues, que establecer el *régimen de las acciones recursorias* (II).

A. En lo que respecta a *la competencia*, la sentencia *Delville* dictaminó, a modo de conclusión de carácter muy general, que «*es el juez administrativo* quién ha de determinar la contribución final a los gastos de reparación que corresponde pagar a la Administración y al agente».

A su vez, la *acción recursoria del agente contra la Administración* no planteaba la menor dificultad: puesto que se derivaba de la falta de servicio cometida por esta última, correspondía lógicamente a

la jurisdicción administrativa pronunciarse al respecto. Como ambas jurisdicciones pueden ser interpeladas sucesivamente para que se pronuncien sobre la responsabilidad en relación con un mismo caso –los tribunales ordinarios sobre la responsabilidad del agente por su falta personal, y los tribunales administrativos sobre la responsabilidad de la Administración por su falta de servicio–, se plantea una duda respecto a la autoridad de cosa juzgada en un primer momento por los tribunales ordinarios: dado que la acción del agente ante los tribunales administrativos va dirigida contra una persona pública que no estaba presente en la instancia anterior, dado que tiene un objeto distinto (reparación del perjuicio ocasionado al agente y no del que se infligió a la víctima inicial) y dado que se funda en otra causa (la falta de servicio y no ya la falta personal), es obvio que no se cumplen los requisitos de la cosa juzgada: identidad de las partes, del objeto, de la causa (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Papon*\* de 12 de abr. de 2002).

*En lo que respecta a la acción recursoria de la Administración contra su agente*, la sentencia *Laruelle* se pronuncia sobre la responsabilidad personal del señor Laruelle frente al Estado, sin aportar explicación alguna sobre la cuestión de la competencia. Por su parte, la sentencia *Moritz* de 26 de mayo de 1954 sí aporta detalles a este respecto: «*cuando están juego las relaciones entre el Estado y uno de sus agentes, no cabe dirimir el litigio que se ha suscitado en lo tocante a estas relaciones amparándose en los principios del derecho público, siendo la jurisdicción administrativa la única competente para pronunciarse al respecto*». Este principio es válido no sólo en los casos en que se condena a la Administración, mediante una decisión judicial, a indemnizar a la víctima, sino también en los casos en que ésta ha procedido a indemnizarla ya sea espontáneamente, ya sea en el marco de una transacción (CE 8 de agosto de 2008, *Mazière*, Rec. 919; v. n.º 1.6).

Las consideraciones respecto al Derecho aplicable a la acción recursoria –el Derecho Administrativo– son las que determinan la competencia de la jurisdicción administrativa. Nos hallamos ante un buen ejemplo del vínculo existente entre la competencia y el fondo, al que ya aludía la sentencia *Blanco*\* de 8 de febr. de 1873.

- 6 Este vínculo también se pone de manifiesto cuando la Administración intenta directamente imputar la responsabilidad a su agente, sin haber sido condenada previamente a indemnizar a un tercero. La competencia de la jurisdicción administrativa se debe únicamente al hecho de que, en este caso, la responsabilidad se rige por los principios

del derecho público: la fórmula por la que opta la sentencia *Moritz* de 26 de mayo de 1954 abarca todas las demandas interpuestas por personas públicas contra sus agentes debido a las falta personales que éstos han cometido contra ellas (TC 21 de ene. de 1985, *Hospice de Chateauneuf-du-Pape et Commune de Chateauneuf-du-Pape c. Jeune*, Rec. 519; RD publ. 1985.1356, nota R. Drago; RFDA 1985.716, obs. Denoix de Saint Marc: demanda de un municipio y del hospicio municipal contra el antiguo alcalde debido al comportamiento de este último en el ejercicio de sus funciones; CE 15 de jul. de 1964, *Hôpital-hospice d'Aulnay-sur-Odon*, Rec. 410; AJ 1964.555, cr. Fourré y Puybasset; RD publ. 1964.1010, nota M. Waline: demanda de un hospital contra su cirujano por haber «cerrado» su departamento y abandonado sus funciones).

Por regla general, todos los litigios que se plantean sobre la responsabilidad de los agentes públicos (ya sean éstos o no funcionarios) frente a las personas públicas son competencia de la jurisdicción administrativa.

Esta solución presenta unas ventajas prácticas incuestionables. No sólo no se establece distinción alguna entre la competencia contenciosa en materia de acción recursoria en función de que ésta emane del agente (*Delville*) o de la Administración (*Laruelle*), sino que, además, es un solo y mismo juez –el juez administrativo– el que ha de pronunciarse sobre las diferentes responsabilidades en las que han incurrido las partes de una misma causa: el juez administrativo procederá primero a condenar a la Administración por su responsabilidad frente a la víctima, luego a repartir la cuantía de la indemnización entre el Estado y sus agentes culpables (*Laruelle*) y, por último, cuando proceda, a efectuar un nuevo reparto entre los agentes coautores de la falta (*Jeannier*).

- 7 No obstante, como resultado de la ley de 31 de dic. de 1957 relativa a los accidentes de vehículos, que reconoce la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de las demandas por daños y perjuicios interpuestas contra la Administración por la víctimas de accidentes ocasionados por vehículos de su propiedad, el contencioso de la demanda de la víctima y el de la acción recursoria han pasado a ser cada uno competencia de jurisdicciones distintas; la jurisdicción administrativa sigue siendo competente para pronunciarse sobre la acción recursoria de la Administración contra su agente (TC 22 de nov. de 1965, *Collin*, Rec. 820; D. 1966.195, concl. Lindon; AJ 1966.304, nota J. Moreau). Lo mismo ocurre en el caso de los perjuicios imputa-

bles a los miembros del cuerpo docente, cuya reparación debe ser solicitada al Estado ante los tribunales ordinarios de conformidad con la ley de 5 de abr. de 1937 (art. L 911-4 C. Educ.): la acción recursoria sigue siendo, no obstante, competencia de la jurisdicción administrativa (CE 13 de jul. de 2007, *Ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche*, Rec. 336; JCP Adm. 2007.2196, concl. Séners; CFPA dic. de 200, com. Guyomar; LPA 7 de nov. de 2007, nota S. Petit).

8 B. La originalidad de las *normas de fondo* que determinan la competencia administrativa obedece a la *autonomía de las acciones recursorias*, condicionada, sobre todo, por la *autonomía de las faltas* que se pueden alegar.

1.º) *La autonomía de las acciones recursorias* obedece al hecho de que tanto la responsabilidad de los agentes públicos frente a la Administración, como la de la Administración frente a los agentes públicos ponen exclusivamente en entredicho el funcionamiento interno de los servicios públicos y sus relaciones con el personal.

El Consejo de Estado no dirime estos litigios acogándose a las normas clásicas de la responsabilidad cuasidelictual; tiene en cuenta, sobre todo, la organización del servicio y las necesidades de una buena administración; otorga a este contencioso un matiz disciplinario.

Obviamente, este matiz no aparece cuando un agente solicita a su administración que lo ampare contra las condenas que ha pronunciado contra él un tribunal ordinario a pesar de no haber cometido ninguna falta personal disociable del ejercicio de sus funciones (art. 11 de la ley de 13 de jul. de 1983; CE Secc. 26 de abr. de 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, Rec. 243, concl. Chardeau; v. n.º 61.7).

Pero sí se detecta este matiz en el entramado de acciones recursorias que contemplan las sentencias *Delville* y *Laruelle* con el objeto de dirimir «*la contribución final a los gastos de reparación que corresponde pagar a la Administración y al agente*» ya sea en caso de acumulación de faltas, ya sea, *a fortiori*, en caso de falta personal vinculada con el servicio o no desprovista de todo vínculo con este último. El propio espíritu de la jurisprudencia *Laruelle* así lo pone de manifiesto: con el giro radical que promovió en 1951, y que se amplió con la sentencia *Jeannier* de 1957, el Consejo de Estado se proponía «moralizar» la función pública, haciendo recaer sobre los funcionarios una responsabilidad pecuniaria. La sentencia *Moine* de 17 de dic. de 1999

(Rec. 425; v. n.º 2.3) ilustra este espíritu, al hacer constar que los disparos con balas de verdad efectuados por un oficial contra unos reclutas, «al margen de todo ejercicio organizado por una autoridad superior», revestían una «extrema gravedad» y justificaban, por este motivo que, además de la sanción disciplinaria impuesta al interesado, se hiciera recaer sobre el oficial una responsabilidad pecuniaria.

- 9 Pero, si se impone a los empleados públicos una responsabilidad pecuniaria demasiado extensa, se corre el peligro de que, al sumarse ésta a las clásicas sanciones disciplinarias, se paralice toda iniciativa personal en los servicios públicos. Otro peligro, en el que hace especial hincapié el señor Kahn en sus conclusiones sobre la sentencia *Jeannier*, es que se pueda generar una injusticia: efectivamente, al dejar en manos de los jefes de servicio la decisión de reclamar una responsabilidad a los agentes públicos, «*puede ocurrir que esta responsabilidad se exija con mayor facilidad cuanto más alejado esté el agente público de los niveles superiores de la jerarquía, por no hablar de la posibilidad de que el título ejecutivo se termine convirtiendo o bien en una sanción camuflada, que se dicta sin ninguna garantía, o bien en un medio de presión particularmente detestable*». Por último, la distinción entre falta y función sólo es posible en los niveles jerárquicos más bajos, por lo que se corre el peligro de que la falta personal sea «una falta del personal subalterno».

Corresponde a la Administración, bajo supervisión del juez administrativo, establecer un equilibrio entre la necesidad de hacer recaer en los funcionarios una cierta responsabilidad pecuniaria frente a la Administración y los peligros que entraña una responsabilidad demasiado amplia. Estas consideraciones han llevado al Consejo de Estado a dictaminar, con el fin de que los agentes públicos no tengan que asumir una responsabilidad excesiva, que «*aunque les corresponda asumir una responsabilidad pecuniaria frente a las entidades públicas por el perjuicio ocasionado por sus faltas personales, ha de tenerse en cuenta, al proceder a la determinación del perjuicio causado, la naturaleza de los vínculos existentes entre los funcionarios o agentes y la entidad pública de la que dependen*» (CE As. 6 de mayo de 1966, *Chedru*, Rec. 310; D. 1967.48, concl. Questiaux). Lo anterior es una confirmación de la especificidad de las acciones rectorias.

- 10 2.º) A ésta hay que sumar *la autonomía de las faltas* que pueden reprocharse mutuamente la Administración y sus agentes con respecto a las que las que puedan haberles reprochado los administrados.

Cuando se produce una *falta personal*, el agente puede ser reconocido como responsable frente a la Administración de una actuación que no hubiera sido considerada como tal por el juez ordinario de haber presentado la víctima una demanda ante él. Por ejemplo, en el caso *Jeannier*, la única falta de la que podía haberse derivado una responsabilidad ante la víctima o sus herederos era la falta de conducción cometida por el soldado que estaba al volante del vehículo; los demás pasajeros del vehículo no habían cometido falta alguna desde la perspectiva del Derecho Civil. Pese a todo, el Estado consideró que habían incurrido en responsabilidad ante el Estado por la falta personal que había cometido cada uno de ellos, consistente en haber «utilizado a sabiendas un vehículo del ejército para fines ajenos al servicio», es decir, una falta disciplinaria que hubiera tenido consecuencias pecuniarias.

De ello se deduce que los coautores de una falta personal no son solidariamente responsables frente al Estado, como lo serían los co-deudores en el ámbito del Derecho Civil. No se trata de proteger al Estado contra la insolvencia de uno de sus deudores o de evitar que tenga que hacer frente a varias demandas, sino de buscar una proporcionalidad entre la sanción pecuniaria y la gravedad de las faltas cometidas. El juez administrativo se ve obligado a efectuar una evaluación precisa y compleja de la parte de responsabilidad que le corresponde a cada uno, habida cuenta de la naturaleza de sus funciones, de su nivel dentro de la jerarquía, de sus obligaciones de servicio y del papel que desempeñó en la actuación perjudicial. En las sentencias *Jeannier* y *Moritz*, el Consejo de Estado, después de haber considerado «*que los militares implicados en el caso sólo son responsables frente al Estado por las faltas que cometieron personalmente; que su parte de responsabilidad debe evaluarse en función de la gravedad de las faltas imputables a cada uno de ellos*», asignó una cuarta parte de la indemnización abonada a la víctima al soldado Jeannier, al que correspondía la custodia y conducción del vehículo, y sólo una doceava parte al soldado Moritz, cuya única falta había consistido en participar en la escapada. En la sentencia *Moine*, el Consejo de Estado consideró «*que debido a su extrema gravedad, (la) falta justifica que se haya hecho recaer (en el oficial) la responsabilidad de todas las consecuencias perjudiciales que se derivaron de la misma*».

La transposición del concepto de falta personal, desde el ámbito de las relaciones entre el agente y la víctima al ámbito de las relaciones

entre el agente y el Estado, se ha acompañado de un cambio en su significado: la falta personal de la sentencia *Laruelle* deja de tener el carácter de una falta civil que le atribuía la sentencia *Pelletier*\*, para convertirse en una falta disciplinaria que ha ocasionado consecuencias pecuniarias al Estado.

**11** La *falta de servicio* que puede alegar la víctima contra la Administración ya tampoco es necesariamente aquella que podía invocar el agente en sus relaciones con la Administración.

El hecho de que la falta de servicio, además de acompañarse de una falta personal, se distinga claramente de ésta, y que el agente haya contribuido únicamente a la segunda y no a la primera (como en la sentencia *Anguet*\*), es suficiente para que corresponda al juez administrativo encargarse del reparto definitivo entre la Administración y el agente «*habida cuenta de la existencia y de la gravedad de las faltas respectivas que se apreciaban en cada caso concreto*». En el caso *Delville*, el conductor del camión del ministerio, condenado a reparar la totalidad de los perjuicios ocasionados a la víctima, consiguió que el Consejo de Estado condenara al Estado al reembolso de la mitad de la indemnización: el accidente se había debido, en efecto, al mismo tiempo y en igual medida, al estado de ebriedad del conductor (falta personal) y al mal estado de los frenos del vehículo (falta de servicio). La sentencia *Papon*\* procede asimismo a un reparto al 50% entre el agente y el Estado.

Cuando el agente ha contribuido a la comisión de la falta de servicio, no puede hacer valer la existencia de una falta de servicio para que se le exima de toda responsabilidad frente a la Administración en caso de acción recursoria por parte de esta última, o para intentar que la responsabilidad recaiga en la Administración mediante una acción recursoria contra ésta. Por ello, en la sentencia *Laruelle*, el Consejo de Estado condenó al conductor militar a reembolsar al Estado la totalidad de la cuantía que éste había pagado a la víctima, haciendo constar que la falta que cabía imputar al Estado en la custodia de los vehículos había sido «*provocada por las maniobras que había efectuado el recurrente para engañar al agente que vigilaba los vehículos del ejército*», y negándole al señor Laruelle el derecho a alegar una supuesta negligencia que él mismo había provocado.

Por tanto, junto a la falta de servicio propiamente dicha, que se deriva de una mala organización del servicio, y que existe ya sea de forma aislada o acompañada de una falta personal (acumulación de

faltas), se reconoce hoy en día la falta de servicio que sólo es válida frente a la víctima, pero que desaparece en las relaciones entre la Administración y su agente.

Ello nos permite calibrar los cambios tan profundos que introdujeron las dos sentencias de 28 de jul. de 1951 en el sistema introducido por la sentencia *Pelletier*\*

### **63. COMPETENCIA. SERVICIO PÚBLICO DE LA JUSTICIA**

**Tribunal de Conflictos, 27 de noviembre de 1952,  
*Préfet de la Guyane***

(Rec. 642; JCP 1953.II.7598, nota Vedel)

Considerando que la demanda que interpusieron los funcionarios de los ministerios de Cayena ante el Tribunal Civil de esta ciudad, y que posteriormente trasladaron a la sala del Tribunal de Apelación de Fort-de-France, desplazada en misión a Cayena, perseguía como objetivo la condena del Estado a pagarles una indemnización en reparación del perjuicio que les había ocasionado la interrupción, durante un período determinado, del funcionamiento de los tribunales en los que estos funcionarios desempeñaban sus funciones en Guyana; Considerando que los actos imputados al Estado no están relacionados con el ejercicio de la función jurisdiccional, sino con la propia organización del servicio público de la justicia; que la demanda de los recurrentes está motivada por el hecho de que no se hubieran constituido unos tribunales de primera instancia y de apelación en la circunscripción de la Guyana, debido a los incumplimientos del gobierno, que no cubrió en tiempo y forma los puestos de magistrados con los que debía contar la ciudad; que la demanda afecta a la responsabilidad de los servicios públicos, con independencia de las consideraciones que se puedan hacer sobre el propio funcionamiento de los servicios judiciales; que, por consiguiente, corresponde a la jurisdicción administrativa pronunciarse sobre el caso, habiendo el prefecto actuado de conformidad con la Ley al elevar el conflicto a este Tribunal;... (Confirmación de la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional).

#### **OBSERVACIONES**

Algunas de las jurisdicciones de la Guyana no habían podido funcionar durante un tiempo porque los magistrados indispensables para su constitución no habían sido nombrados a su debido tiempo. Al considerarse lesionados por esta situación, los funcionarios de los minis-

terios de Cayena presentaron una demanda por daños y perjuicios contra el Estado ante las jurisdicciones civiles. El prefecto trasladó el conflicto a la instancia correspondiente. El Tribunal de Conflictos decidió que los actos imputados al Estado, al no estar «relacionados con el ejercicio de la función jurisdiccional, sino con la propia organización del servicio público de la justicia», eran competencia de la jurisdicción administrativa.

Esta sentencia, redactada en los términos de una sentencia de principio, define, así, la frontera que separa la competencia de los dos órdenes jurisdiccionales en lo que respecta al control judicial de los actos del servicio público de la justicia. Pero, aunque el principio queda claramente establecido, su aplicación plantea problemas muy complejos. Son dos las cuestiones que han de tenerse en cuenta: por una parte, la distinción entre organización y funcionamiento del servicio judicial en relación con el ámbito de la competencia administrativa; y, por otra, el alcance exacto de la competencia de los tribunales ordinarios en lo que respecta al funcionamiento propiamente dicho del servicio.

- 1 **I.** Al ser un servicio del Estado, el servicio público de la justicia podría haber dependido, en cuanto al control jurisdiccional de su actividad, de las jurisdicciones administrativas. Pero un doble factor se ha opuesto tradicionalmente a esta competencia.

De un lado, la separación entre autoridades administrativa y judicial, establecida por las leyes revolucionarias, conlleva no sólo una distinción entre las competencias respectivas que les corresponden a cada una de ellas, sino también una independencia de una con respecto a la otra, de tal modo que si la autoridad de la jurisdicción ordinaria no debe, por su parte, «perturbar las operaciones de los cuerpos administrativos» (ley de 16-24 de agosto de 1790 y decreto de 16 Fructidor año III), la Administración –englobando este término tanto a la Administración activa como a la jurisdicción administrativa– tampoco debe «inmiscuirse en las materias que dependen los tribunales ordinarios» (Constitución del año III, art. 189). De otro lado, el «servicio público de la justicia» no puede en modo alguno asimilarse a otros servicios públicos; estos últimos dependen del poder ejecutivo y, por este motivo, su actividad depende de la jurisdicción administrativa; el «servicio público de la justicia» constituye, por el contrario, un «poder judicial» o, más concretamente y según la Constitución de 1958, una «autoridad judicial» independiente en gran medida del poder ejecutivo, y esta in-

dependencia se reforzó de modo muy considerable con la creación, en 1946, de un Consejo Superior de la Magistratura.

Dado el estado de la legislación vigente en el momento en que se produjo la decisión del Tribunal de Conflictos, el «servicio público de la justicia» podía equipararse al «servicio público de la legislación». Respecto a este último, y dada la ausencia de alusiones al respecto en los textos legales, el juez administrativo declinaba toda competencia tanto en lo que respecta a la actividad legislativa propiamente dicha como a los actos que emanaban de los servicios administrativos de las asambleas parlamentarias. Desde esta perspectiva, el conjunto de los actos del servicio público judicial podrían haber escapado al control de la jurisdicción administrativa.

Pero la aplicación de este principio no es en absoluto sencillo. Al frente del aparato judicial se encuentra, en efecto, el Ministro de Justicia, con la Fiscalía General, que es asimismo un órgano puramente administrativo, gubernamental, ejecutivo, cuyas decisiones no tendrían por qué estar sujetas al control de la jurisdicción administrativa. Pero, antes de 1946, la organización del servicio judicial dependía casi enteramente de la autoridad gubernamental: Fiscalía General, Consejo de Ministros, Presidente de la República. Era lógico, por tanto, que el Consejo de Estado hubiera tendido a reconocer su competencia en lo que respecta a los actos relativos a la organización del servicio, declinando toda competencia únicamente frente a aquellos relacionados con su funcionamiento. Dado que la Constitución de 1946 creó un Consejo Superior de la Magistratura, independiente del ejecutivo y cuya misión era garantizar, de conformidad con la Ley, «la disciplina de los magistrados, su independencia y la administración de los tribunales ordinarios» (art. 84), cabía preguntarse si ello no iba a llevar al Consejo de Estado a renunciar a la distinción clásica entre organización y funcionamiento del servicio para optar por una distinción fundada en el órgano del que emanaba el acto imputado: de haber sido así, sólo hubiera sido competente para conocer de los actos que emanaban del ejecutivo (nombramiento de los magistrados que efectúa el Presidente de la República con el visto bueno del Fiscal General y a «propuesta» del Consejo General de la Magistratura) y hubiera declinado toda competencia frente a todos los demás actos, cualquiera que fuera su objeto, ya sea que emanaran del Consejo Superior de la Magistratura, ya sea de los órganos judiciales propiamente dichos. La sentencia *Préfet de la Guyane* pone de mani-

fiesto que las cosas no se han desarrollado como cabía esperar: el Tribunal de Conflictos mantiene la antigua distinción entre organización y funcionamiento del servicio. El Consejo de Estado se ha pronunciado en este mismo sentido en su sentencia de Asamblea de 17 de abr. de 1953 *Falco et Vidaillac* (Rec. 175; v. n.º 58.1). La Constitución de 1958 no aportó ninguna modificación en la materia, aunque las atribuciones del Consejo Superior de la Magistratura se ampliaron con las reformas constitucionales y, finalmente, con la Ley Constitucional de 23 de jul. de 2008.

- 2 El juez administrativo no tiene competencia para pronunciarse sobre ninguna decisión, incluso sobre aquella que emane de un órgano ejecutivo, si ésta tiene algo que ver con el propio ejercicio de la función jurisdiccional. Por el contrario, sí es competente para conocer de todas aquellas decisiones, incluso de aquella que emane de un órgano judicial, si éstas están relacionadas con la organización del servicio público de la justicia. Esta sustitución de un criterio orgánico por un criterio material se aparta del fundamento primitivo que llevaba a considerar incompetente al Consejo de Estado, en tanto juez de lo ejecutivo, frente a todo aquello que estuviera relacionado con el funcionamiento del aparato judicial, y supone una asunción de la jurisprudencia que tiende a convertir al servicio público, entendido en el sentido material del término, en el criterio de la competencia administrativa (*cfr.* CE 31 de jul. de 1942, *Monpeurt\**; – 2 de abr. de 1943, *Bouguen\**; – 20 de abr. de 1956, *Grimouard\** y *Époux Bertin\**). Las soluciones adoptadas están llenas de matices y sólo se puede dar una idea de lo que supone la jurisprudencia en la materia, recurriendo a una enumeración de las principales aplicaciones prácticas de la distinción entre organización del servicio y funcionamiento del mismo.

- 3 1. «La creación de los tribunales y su distribución en el territorio, su organización general, el nombramiento de los magistrados y todo lo relacionado con la organización de su carrera profesional, su remuneración, su promoción y el cese de los magistrados en sus funciones, salvo en caso de medida disciplinaria que afecte a los jueces en activo, son todas ellas cuestiones que nada tienen que ver con el ejercicio de la función judicial propiamente dicho. Se trata de elementos de una organización del servicio público de la justicia cuya responsabilidad recae en los poderes públicos, correspondiéndole al Consejo de Estado el control jurisdiccional» (concl. Jean Donnedieu de Vabres

sobre el caso *Falco et Vidailiac*, Rec. 175, v. n.º 58.1). La jurisprudencia no establece distinción alguna a este respecto entre las decisiones que emanan de un órgano ejecutivo y las que adopta un órgano judicial al que se ha encomendado la misión de organizar el servicio público de la justicia (concl. citada *ut supra*); esta equiparación ha suscitado fuertes críticas por parte de la doctrina, pero está muy asentada en la jurisprudencia.

Por tanto, la jurisdicción administrativa tiene competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad que corresponde asumir al Estado por una interrupción temporal en el funcionamiento de determinados tribunales (*Préfet de la Guyane*) o sobre la legalidad de un decreto que suprime un tribunal (CE Secc. 23 de mayo de 1952, *Ville de Saint-Dié*, Rec. 278) o que promueve una reforma de conjunto (CE 19 de febr. de 2010, *Molline et autres*, Rec. 20).

Gradualmente se han ido generalizando los casos en que los tribunales administrativos admiten su competencia, en particular, respecto al estatuto de los magistrados: hoy en día se pronuncian sobre el conjunto de las medidas relacionadas con su aplicación, con independencia de cual sea su naturaleza, sus autores o su motivación. Por ejemplo, el Consejo de Estado ha procedido a examinar la validez de una decisión adoptada por un colegio electoral responsable de comprobar el resultado de las elecciones de determinados miembros del Consejo Superior de la Magistratura (CE As. 17 de abr. de 1953, *Falco et Vidailiac* citada *ut supra*). Al juez administrativo le corresponde asimismo pronunciarse sobre la legalidad de las medidas relativas al nombramiento y la reincorporación de magistrados (CE As. 27 de mayo de 1949, *Véron-Réville*, v. n.º 39.4), su promoción (CE As. 5 de nov. de 1976, *Lyon-Caen*, Rec. 472; AJ 1977 1977.29, cr. Nauwelaers y Fabius; Secc. 10 de marzo de 2006, *Carre Pierrat*, Rec. 136; AJ 2006.802, cr. Landais y Lenica; RD publ. 2007.605, com. Guettier), su puntuación (CE As. 31 de ene. de 1975, *Volff et Exertier*, Rec. 70 y 74; JCP 1975.II.18099, nota Albertini; RD publ. 1975.811, nota Robert; AJ 1975.124, cr. Franc y Boyon), la aplicación del régimen de las primas variables (CE 8 de jul. de 2005, *de Montgolfier*, Rec. 232; Gaz. Pal. 26/30 de agosto de 2005, concl. Guyomar).

Del mismo modo, las sanciones que se imponen a los magistrados son competencia de la jurisdicción administrativa (CE Secc. 1 de dic. de 1972, *Delle Obrégo*, Rec. 751; RD publ. 1973.516, concl. S.

Grévisse; D. 1973.190, nota Robert; JCP 1973.II.17324, nota Blin; AJ 1973.31, cr. Cabanes y Léger; AJ 1973.37 y Dr. soc. 1973.346, concl.; Gaz. Pal. 1973. Doct. 211, nota F. Dreyfus). Esta competencia se ejerce por la vía del recurso por exceso de poder en el caso de las sanciones impuestas a un magistrado de la fiscalía (CE Secc. 20 de junio de 2003, *Stilinovic*, Rec. 258, concl. Lamy; AJ 2003.1334, cr. Donnat y Casas; AJFP 2004.36, nota Moniolle; LPA 19 de abr. de 2004, nota de Bernardinis) y por la vía del recurso de casación contra las medidas disciplinarias adoptadas por el Consejo Superior de la Magistratura contra los jueces (CE As. 12 de jul. de 1969, *L'Étang*, Rec. 388; v. n.º 55.2).

Aunque, en una primera fase de su jurisprudencia, el Consejo de Estado se había negado a ejercer un control sobre la calificación jurídica de los hechos cuando éstos tuvieran algo que ver con el ejercicio de la función judicial (CE As. 26 de junio de 1953, *Dorly*, Rec. 326; S. 1954.3.1, nota de Laubadère; RD publ. 1954.173, cr. Gazier y Long; JCP 1953.II.7810, nota Cartou; «Le pouvoir judiciaire» oct. de 1953, nota Vedel), en una fase posterior suprimió el obstáculo que le impedía ejercer un control efectivo en materia disciplinaria (CE Secc. 14 de marzo de 1975, *Rousseau*, Rec. 194; RD publ. 1975.823, concl. Don-doux; JCP 1976.II.18423, nota Nérac, AJ 1975.350, cr. Franc y Boyon) como en el contencioso relativo a la puntuación de los magistrados (CE Secc. 13 de marzo de 1987, *Bauhain*, Rec. 95; AJ 1987.402, concl. Marimbert; D. 1987.523, nota Doumbé-Billé).

2. Cuando se abandona el ámbito de la creación de jurisdicciones y las cuestiones relativas a la carrera profesional de los magistrados, resulta en ocasiones más difícil determinar la frontera entre organización y funcionamiento del servicio.

- 4 a) Todo aquello que esté vinculado con la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios queda al margen de la competencia de los tribunales administrativos. Tal es el caso de los actos jurisdiccionales y de los actos preparatorios de las decisiones judiciales propiamente dichas: puesta en marcha de la acción pública y medidas que constituyen las diligencias preliminares necesarias (TC 19 de dic. de 1988, *Rey*, Rec. 496; Gaz. Pal. 18-20 de junio de 1989, concl. M. Laroque); acción destinada a obtener la reparación de las consecuencias perjudiciales del acto mediante el cual una autoridad administrativa notifica un crimen o un delito al Procurador de la República, de conformidad

con el art. 40 del Código Procesal Penal, en la medida en que la valoración que se efectúa en dicha notificación «*no sea dissociable*» de la que podría formular la autoridad judicial (TC 8 de dic. de 2014, *Be-doian c. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*, Rec. 479); decreto de traslado de un encausado a un tribunal de excepción (CE Secc. 11 de mayo de 1962, *Salan*, Rec. 317; RD publ. 1962.542, concl. Henry); decisión por la que un juez de instrucción suspende o anula el permiso de visita que había concedido a un encausado que se encuentra en prisión preventiva (CE 15 de abr. de 2011, *Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés c. Mme Ribailly*, Rec. 165; AJ 2011.1507, nota Robert-Cuendet); confiscaciones administrativas seguidas de un traslado a la fiscalía para que se inicien unos procedimientos penales (CE Secc. 10 de febr. de 1984, *Ministre de l'agriculture c. Société «Les Fils de Henri Ramel»*, Rec. 54; v. n.º 74.5).

En términos más generales, quedan al margen de la competencia administrativa todos los actos de la policía judicial (v. por ej., CE Secc. 11 de mayo de 1951, *Consorts Baud*, Rec. 205; S. 1952.3.13, concl. J. Delvolvé, nota R. Drago: accidente mortal ocasionado por unos inspectores que perseguían a una banda de malhechores; TC 15 de ene. de 1968, *Consorts Tayeb*, Rec. 791; D. 1968.417, concl. Schmelck: disparos efectuados por un agente de la ley contra un sospechoso cuya huida le llevó a suponer que se trataba de un delincuente; CE 13 de ene. de 1992, *Grasset*, Rec. 16; RD publ. 1992.1470, nota J.-M. Auby: traslado al depósito de un vehículo en el marco de una operación de la policía judicial).

No obstante, corresponde al juez otorgar o restituir al acto litigioso su verdadera calificación jurídica, teniendo en cuenta fundamentalmente su objeto. En este orden de cosas, el Tribunal de Conflictos estimó que una operación que se llevó a cabo «al margen de toda orden de intervención de la autoridad judicial» estaba relacionada con la policía administrativa y sus consecuencias eran, por tanto, competencia de la jurisdicción administrativa (TC 7 de junio de 1951, *Consorts Noualek*, Rec. 636, concl. J. Delvolvé). Del mismo modo, consideró que la jurisdicción administrativa tenía competencia para pronunciarse sobre las consecuencias perjudiciales que se derivaban de la ausencia de los servicios de la policía durante una operación de traslado de fondos (TC 12 de junio de 1978, *Société «Le Profil» c. ministre de l'intérieur*, Rec. 649, concl. Morisot; AJ 1978.444, cr. O. Dutheillet de Lamothe y Robineau; D. 1978.626, nota Moulin). Avanzando aún más

en esta dirección, el Consejo de Estado admitió su competencia para pronunciarse sobre la validez de una incautación de periódicos según lo dispuesto por un decreto prefectoral en virtud del art. 10 del Código de Instrucción Penal, argumentando que era «evidente a la vista del conjunto de las circunstancias el caso» que, bajo la supuesta apariencia de una operación de la policía judicial, se escondía, en realidad una medida de policía administrativa (CE As. 24 de junio de 1960, *Société Frampar\**).

- 5 b) Los actos de ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios tampoco entran dentro de la competencia administrativa: decisiones del Jefe de Estado en materia de indulto (CE 28 de marzo de 1947, *Gombert*, Rec. 138; v. n.º 3.2); medidas de ejecución de las penas cuya revisión implicaría una valoración sobre el funcionamiento de los tribunales ordinarios (CE Secc. 18 de mayo de 1951, *Dame Vve Moulis*, Rec. 277; S. 1952.3.19, nota R. Drago: ejecución de una persona condenada a muerte por un tribunal militar ilegal cuyo fallo fue posteriormente anulado por el Tribunal de Apelación en interés de la Ley y del condenado; – Secc. 3 de ene. de 1958, *Consorts Touron*, Rec. 4; RD publ. 1958.748, nota M. Waline: ejecución de una persona condenada a muerte por un tribunal militar que se disolvió antes de que se pronunciara el veredicto).

Se ha considerado equiparable a un acto de ejecución de una sentencia, la decisión del juez de aplicación de las penas de conceder una reducción de una pena privativa de la libertad (CE Secc. 9 de nov. de 1990, *Théron*, Rec. 313; AJ 1991.546, nota Belloubet-Frier; RFDA 1991.671, nota Pradel; D. 1991.390, nota Plouvin) o que establece la duración del régimen de vigilancia electrónica (CE 26 de oct. de 2011, *Beaumont*, Rec. 838; AJ 2012.434, nota Eveillard).

En términos más generales, no es competencia de la jurisdicción administrativa conocer de los litigios relativos a la naturaleza y a los límites de una pena impuesta por un tribunal ordinario y cuya ejecución se lleva a cabo a instancia de la Fiscalía General del Estado, como ocurre en el caso de la concesión o revocación de una medida de libertad vigilada a un detenido (CE Secc. 4 de nov. de 1994, *Korber*, Rec. 489; LPA 23 de ene. de 1995, concl. Bonichot; LPA 12 de abr. de 1995, nota Pacteau; RFDA 1995.817, nota Pradel; JCP 1995. II.22422, nota Lemaire) o de la concesión o denegación de un permiso de salida (CE 9 de febr. de 2001, *Malbeau*, Rec. 54; LPA 3 de agosto de 2001, concl. Seban).

El Consejo de Estado acepta, no obstante, pronunciarse sobre la legalidad de los decretos individuales de amnistía, argumentando que se trata «de actos que emanan de una autoridad administrativa» (CE As. 24 de nov. de 1961, *Électricité de Strasbourg c. Schaub*, Rec. 660; RD publ. 1962.339, concl. Heumann; AJ 1962.18, cr. Galabert y Gentot; – Secc. 22 de nov. de 1963, *Dalmas de Polignac*, Rec. 565; RD publ. 1964.692, concl. Henry; D. 1964.161, nota C. Debbasch; AJ 1964.23, cr. Fourré y Puybasset). Se reconoce competente para valorar la legalidad de un decreto mediante el cual el Ministro del Interior establece la lista de lugares en los que está prohibido establecer su residencia (CE As. 2 de marzo de 1979, *Linné*, Rec. 89; AJ 1979.5.74, cr. O. Dutheillet de Lamothe y Robineau; D. 1979. IR. 261, obs. P. Delvolvé). Los litigios respecto a la concesión o denegación de auxilio de la fuerza pública para la ejecución de sentencias son competencia de la jurisdicción administrativa (CE 30 de nov. de 1923, *Couitéas\**). Ocurre lo mismo en el caso de los litigios en materia de funcionamiento administrativo del servicio penitenciario (CE As. 27 de ene. de 1984, *Caillol*, Rec. 28; RD publ. 1984.483, concl. Genevois; AJ 1984.72, cr. Lasserre y Delarue; RFDA 1984.187, nota Moderne: internamiento de un encausado en una prisión de máxima seguridad; – 14 de nov. de 2008, *El Shennawy*, Rec. 417 DA 2009, n.º 11, com. F. Melleray: decisión de someter a un detenido a un cacheo exhaustivo, aunque éste se realice con ocasión de un traslado por orden del Procurador de la República).

- 6 c) Los actos relativos al nombramiento y a la disciplina de los auxiliares de la justicia, así como las consecuencias de su actividad, entran, en principio, en el ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria (21 de nov. de 1941, *Raux*, Rec. 195: disciplina individual de los abogados; – 11 de mayo de 1953, *Roffé*, Rec. 211; S. 1954.3.1, nota de Laubadère: revocación de un curador designado para hacerse cargo de una herencia vacante; – 7 de dic. de 1960, *Jardin*, Rec. 681; AJ 1961.429, nota A. de L.: decisión de la Fiscalía relativa a los derechos y obligaciones de un secretario judicial; – Secc. 13 de jul. de 1961, *Jobard*, Rec. 489, concl. Kahn; D 1962.275, nota C. Debbasch; AJ 1961.471, cr. Galabert y Gentot: establecimiento por el Tribunal de Apelación de la lista de síndicos y de administradores judiciales; – Secc. 5 de nov. de 1976, *Hénin et autres*, Rec. 474, concl. Franc y TC 2 de mayo de 1977, *Hénin et autres*, Rec. 666; RD publ. 1977.1063, notae J.-M. Auby: instrucciones dirigidas por el primer Presidente de

un Tribunal de Apelación a los secretarios judiciales para garantizar el respeto del monopolio de los abogados; TC 2 de abr. de 2012, *Proyart c. Ordre des avocats du barreau de Lille*, Rec. 509: negativa del Presidente del Colegio de Abogados a nombrar a un nuevo abogado en el marco de la asistencia letrada).

No obstante, se reconoció que la jurisdicción administrativa era competente para conocer de la legalidad de una decisión del Fiscal General relativa al ejercicio del Presidente del Colegio de Abogados de Argel, fundamentándose en las facultades excepcionales conferidas al gobierno por la ley de 16 de marzo de 1956 cuyo objeto era el restablecimiento del orden en Argelia (TC 16 de ene. de 1967, *Laquière*, Rec. 651; CE Secc. 23 de junio de 1967, *Laquière*, Rec. 273; RD publ. 1967.1218, concl. Bertrand).

También se reconoció la competencia del juez administrativo para valorar la legalidad de las decisiones con las que el Consejo Nacional de los Colegios de Abogados adopta medidas de carácter deontológico en relación con el ejercicio a nivel nacional de la profesión de abogado (TC 18 de junio de *Ordre des avocats au barreau de Tours*, Rec. 745; LPA 30 de jul. de 2001, concl. Schwartz; AJ 2001.847, cr. Guyomar y Collin; JCP 2001.II.10586, nota Martin).

7 d) Quedan totalmente al margen de la competencia administrativa los actos relativos a la organización interna de las jurisdicciones: decisiones relativas a la categoría de los magistrados (CE Sect. 14 de febr. de 1936, *Darracq*, Rec. 203); decisión del Primer Presidente de un Tribunal de Apelación por la que se reparten los jueces entre las salas y los diferentes servicios de la jurisdicción (CE 23 de jul. de 2010, *Syndicat de la magistrature et Mme Trébucq*, Rec. 337; RD publ. 2011.556, nota Pauliat).

8 Por el contrario, se consideró que se podía separar del procedimiento judicial y era susceptible de un recurso por exceso de poder una decisión con la que el Procurador de la República se negó a dar instrucciones para que se borrarán los datos relativos a una persona que figuraba en el sistema de proceso de las infracciones constatadas (CE 17 de jul. de 2013, *Elkaim*, Rec. 217; AJ 2013.2032, concl. Crépey; RLDI, mayo de 2015, p. 32, nota Forest) o en los archivos de «proceso de los antecedentes judiciales», por el que fue sustituido (CE 11 de abr. de 2014, *Ligue des droits de l'Homme*, AJ 2014.823).

Estos últimos ejemplos están, como se ha podido comprobar, tan relacionados con la «organización» como con el «funcionamiento» del

servicio; los dos conceptos no son tan distintos como cabría pensar: la organización de un servicio es siempre un requisito de su funcionamiento. Por regla general, la evolución de la jurisprudencia parece encaminarse hacia el reconocimiento cada vez mayor de la competencia administrativa, incluso en los casos en los que se están enjuiciando unos hechos que cabría considerar como relativos al funcionamiento del servicio judicial.

- 9           **II.** Si el funcionamiento de los servicios judiciales no entra dentro del ámbito de competencia de la jurisdicción administrativa, ¿es al menos competencia de los tribunales ordinarios?

La respuesta debe matizarse. En la mayoría de los casos, los litigantes no van a encontrar en los tribunales ordinarios un equivalente del recurso por exceso de poder y no podrán conseguir la anulación de las decisiones objeto de litigio. En lo que respecta a las reparaciones pecuniarias, los tribunales se negaron durante mucho tiempo a admitir que, de no existir un texto legal al respecto, el Estado pudiera incurrir en responsabilidad por el funcionamiento de los servicios judiciales; pero una sentencia importante del Tribunal de Casación dio inicio a una evolución en la jurisprudencia, al ampliar los principios generales de la responsabilidad de los poderes públicos a los colaboradores ocasionales de la policía judicial (Civ. 23 de nov. de 1956, *Trésor public c. Giry\**). Además, dos leyes han ampliado a supuestos, que eran todavía objeto de exclusión, el principio de responsabilidad de los poderes públicos en el ámbito del servicio público judicial; la ley de 17 de jul. de 1970 (art. 149 y s. del Código Procesal Penal), que contempla la posibilidad de una indemnización como reparación de una detención preventiva, cuando el perjuicio es manifiestamente anómalo y reviste una gravedad especial; y la ley de 5 de jul. de 1972 cuyo art. 11 dispone que «el Estado está obligado a reparar el daño ocasionado por el funcionamiento deficiente del servicio de la justicia» en caso de falta grave o de denegación de justicia.

- 10           **III.** Cabe destacar, por último, que la distinción entre organización y funcionamiento de una institución tuvo que ser explicitada por el Consejo de Estado cuando se le solicitó que controlara el reglamento con el que el Consejo Constitucional había establecido el régimen especial de acceso a sus archivos, en los que se hallaba, en particular, una reseña de los debates de la Alta Institución. Las normas de acceso a los archivos afectan, por tal motivo, *al funcionamiento* interno del Consejo Constitucional. El Consejo de Estado declinó, por tanto, su

competencia en la materia, contrariamente a lo que señalaban las conclusiones de su Comisario del Gobierno (CE As. 25 de oct. de 2002. *Brouant*, Rec. 345, concl. Goulard; RFDA 2003.1, concl., nota Favoreu, 14, nota Gonod y Jouanjan; AJ 2002.1332, cr. Donnat y Casas; D. 2002.3034, nota Moutouh; RD publ. 2002.1855, nota Camby; JCP 2003.II.10008, nota Chaminade).

## **64. FUNCIONARIOS. DISCIPLINA - LIBERTAD DE OPINIÓN**

**Consejo de Estado As., 13 de marzo de 1953, *Teissier***

(Rec. 133; D. 1953.735, concl. Jean Donnedieu de Vabres)

Considerando, por una parte, que según el art. 22 del decreto de fecha 11 de junio de 1949, sobre la reorganización del Centro Nacional de Investigación Científica, el Director del centro debe ser nombrado por decreto en el informe del Ministro de la Educación Nacional; que la autoridad a la que se reconoce la facultad de nombramiento tiene competencia para pronunciar el cese en sus funciones de este servidor público; que no hay ninguna disposición legislativa o reglamentaria que estipule que el Consejo de Administración y el Director del Centro Nacional de Investigación Científica tengan que emitir un dictamen sobre el cese en sus funciones del Director del centro; que, al no existir disposición alguna que imponga el cumplimiento de dichas formalidades, el decreto de 11 de junio de 1949 no infringió ninguna norma al descartar una consulta previa a estos organismos; que, por consiguiente, el señor Teissier no tiene motivos fundados para sostener que el Consejo de Administración y el Director del Centro Nacional de Investigación Científica tendrían que haber sido consultados antes de que se le cesara en sus funciones;

Considerando, por otra parte, que de la instrucción se desprende que la medida adoptada contra el señor Teissier estuvo motivada por la actitud de este funcionario después de que el Ministro de la Educación Nacional hubiera recibido una carta abierta, difundida a través de la prensa, en la que la Unión Francesa Universitaria, de la que es Presidente el recurrente, vertía unos ataques violentos e injuriosos contra el gobierno francés; que, aunque el señor Teissier no hubiera participado en la elaboración de dicha resolución y no la hubiera firmado, su nombre figuraba en la carta entre los nombres de los Presidentes de Honor de la Unión Francesa Universitaria; que el recurrente, al que el Ministro de la Educación Nacional solicitó unas explicaciones, se negó a condenar los términos de la carta en cuestión; que, por tanto, cabe considerar que de este modo se solidarizó con los firmantes de la resolución; que el perjuicio que considera haber sufrido el gobierno con la

actitud que adoptó el Director del Centro Nacional de Investigación Científica, en las circunstancias antes detalladas, puede haber sido utilizado legalmente en contra de este funcionario; que, por tanto, el señor Teissier carece de todo fundamento para sostener que el decreto impugnado no tiene base legal, y para alegar que dicho acto adolece de un defecto por desviación de poder;... (Desestimación)

## OBSERVACIONES

**1**        **I.** El señor Teissier, Director del Centro Nacional de Investigación Científica (*Centre National de la Recherche Scientifique* o CNRS), era al mismo tiempo uno de los Presidentes de Honor de la Unión Francesa Universitaria. Esta organización difundió, a finales de 1949, una resolución con la que se pretendía denostar, calificándolas alternativamente de escandalosas, execrables e incalificables, las medidas recientes de expulsión adoptadas contra los profesores polacos que impartían clases en Francia.

El Ministro de la Educación Nacional solicitó a los altos funcionarios, cuyo nombre figuraba en el papel con membrete en el que se presentaba el texto, si se solidarizaban efectivamente con estas manifestaciones. El señor Teissier, por su parte, respondió que, dado que no había participado personalmente en la redacción del documento, su opinión sobre el mismo era una cuestión entre él y su conciencia. El ministro no se sintió satisfecho con esta respuesta y cesó en sus funciones al señor Tessier, el cual interpuso un recurso contra esta decisión.

El Comisario del Gobierno, Jean Donnedieu de Vabres, alegó en un primer momento que el puesto de Director del CNRS era uno de los puestos de nivel superior cuya provisión se dejaba a discreción del gobierno, y que la lista de nombramientos para cubrir estas plazas que incluía el decreto de 20 de jul. de 1949 (prefectos, directores de administración central, rectores, etc.) no era vinculante; por consiguiente, el gobierno hubiera podido cesar en sus funciones al señor Teissier por mera conveniencia política, al margen de toda consideración disciplinaria (*cfr.* en el caso del director de un ministerio: 10 de dic. de 1948, *Lavaud*, Rec. 467; en el caso del director de la Agencia France-Presse: – Secc. 24 de junio de 1949, *Nègre*, Rec. 304; D. 1949.570, nota J. G.; en el caso del director de la Oficina Nacional de Estudios e Investigaciones Aeronáuticas: – 13 de nov. de 1952, *Jugeau*, Rec. 506).

Pero, en este caso, el ministro había fundado su decisión en una supuesta falta que había cometido el señor Teissier y, por consiguiente, se había situado en el terreno disciplinario. Quedaba por determinar si el recurrente había efectivamente cometido una falta al negarse a condenar los ataques violentos e injuriosos vertidos contra el gobierno: de este modo, se planteaba en toda su extensión el problema de la libertad de opinión y del deber de lealtad de los funcionarios.

El Comisario del Gobierno declaró, respecto a la carta del profesor Teissier que había motivado la sanción que se le impuso, que en ella quedaba patente «la voluntad de independencia y de dignidad que forma parte de las tradiciones de la universidad francesa». Pero consideró que, dado el rango y las responsabilidades que le correspondían, el Director del Centro Nacional de Investigación Científica tenía la obligación de mostrar la máxima reserva respecto al gobierno, y que había cometido una falta disciplinaria al negarse a expresar su desacuerdo con un texto que constituía una manifestación pública y violenta contra el gobierno. Asumiendo el punto de vista de su Comisario del Gobierno, el Consejo de Estado desestimó la demanda.

2

Un año más tarde, dos casos importantes volvieron a suscitar ante el Consejo de Estado el problema de la libertad de opinión de los funcionarios. En el caso *Barel*, la Alta Asamblea recordó que el principio de igualdad de acceso para todos los ciudadanos a los puestos públicos prohibía al gobierno excluir a unos candidatos del concurso de admisión a la Escuela Nacional de Administración por motivos relacionados con sus opiniones (CE As. 28 de mayo de 1954, *Barel*\*). En el caso *Guille*, El Consejo de Estado anuló una medida de cese en el cargo adoptada contra el inspector de la Academia de Haute-Marne, que era al mismo tiempo consejero municipal comunista de Chaumont, alegando como motivo que, contrariamente a lo que pensaba el ministro, la provisión de la plaza de inspector de academia no estaba sujeta a la discrecionalidad del gobierno; el Comisario del Gobierno Laurent pasó revista, en esta ocasión, a la jurisprudencia en materia de libertad de opinión de los agentes públicos (CE Secc. 1 de oct. de 1954, *Guille*, Rec. 496; RA 1954.512, concl. Laurent; D. 1955.431, nota Braibant).

**II.** Habida cuenta de las sentencias arriba mencionadas y de las normas actuales relativas al deber de lealtad de los funcionarios, cabe resumir del modo siguiente la normativa vigente en materia de lealtad de los funcionarios.

- 3 A. *La libertad de conciencia* es, en principio, absoluta. Las convicciones políticas o religiosas de un funcionario no justifican en modo alguno que se le rechace como candidato (*Barel\**) ni que se le imponga una medida disciplinaria (*Guille*). Este principio es la aplicación práctica a los funcionarios del apartado 5 del Preámbulo de la Constitución de 1946, según el cual «nadie puede verse perjudicado, en su trabajo o en su empleo, debido a sus orígenes, sus opiniones o sus creencias». El artículo 6 de la ley de 13 de jul. de 1983, relativo a los derechos y obligaciones de los funcionarios, dispone a este respecto que «la libertad de opinión es un derecho garantizado de los funcionarios» y el artículo 18 aclara, además, que no se pueden mencionar en ningún documento administrativo «las opiniones o actividades políticas, sindicales, religiosas o filosóficas del interesado».

Todo agente público está en su derecho de reclamar la eliminación de su expediente de todas las menciones de esta naturaleza (CE 25 de junio de 2003, *Calvet*, Rec. 291; AJ 2003.1493, concl. Guyomar).

B. *La libertad de expresión* es un derecho que se reconoce a los funcionarios con mayores reservas.

- 4 a) «*En la prestación del servicio*, el Estado puede exigir al funcionario que se abstenga de todo acto que pueda poner en duda no sólo su neutralidad, sino su lealtad a las instituciones, o incluso al gobierno, habida cuenta de la obediencia jerárquica debida» (concl. Laurent; *cf.*: CE Sec. 3 de marzo de 1950, *Delle Jamet*, Rec. 247: «deber de estricta neutralidad que se impone a todos los agentes que colaboran con un servicio público»).

- 5 b) *Fuera del servicio*, la libertad de expresión constituye el principio aplicable. El funcionario puede inscribirse a un partido político, militar activamente en una agrupación opositora, hablar y escribir libremente, presentarse a unas elecciones (v. por ej., CE 3 de ene. de 1962, *Ministre des armées c. Hocdé*, Rec. 3; Droit ouvrier 1962.43, concl. Kahn). La pertenencia a un partido legalmente constituido, incluso un partido de la oposición, no constituye una falta disciplinaria. El ejercicio de la libertad de expresión tampoco justifica en modo alguno una medida «en interés del servicio».

El Consejo de Estado ha incluso censurado, por considerar que se trataba de una vulneración inaceptable de la libertad de expresión, una circular del Ministro de Trabajo que exigía que, como norma general, un agente estuviera obligado, aunque no se mencionara su condición

de funcionario, a someter, antes de su publicación, los artículos o las obras de los que fuera autor a su superior jerárquico «cuando los temas tratados tuvieran algo que ver con las funciones que ejerce o cuando el empleado público corriera el riesgo de tener que manifestar su oposición o sus críticas contra la acción del gobierno» (CE 29 de dic. de 2000 *Syndicat Sud Travail*, Rec. 798; JCP Adm. 2001.1065, nota Koubi; Dr. soc. 2001.263, concl. Fombeur). La jurisprudencia administrativa francesa es, a este respecto, más protectora de la libertad de expresión que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya que este último consideró que la obligación impuesta a los funcionarios de solicitar una autorización previa para publicar una obra relacionada con la actividad de las Comunidades no era, en sí misma, contraria a la libertad de expresión (CJCE 6 de marzo de 2001, caso C-274/99 *Connolly c. Commission*, D. 2002.690, nota Rideau; RTDH 2002.325, nota Larralde).

C. Estos principios conllevan, empero, una doble excepción.

- 6 1.º) La primera tiene que ver con *los puestos superiores* cuya provisión se deja a la discrecionalidad del gobierno. Estos puestos de trabajo se enumeran en unos decretos (decreto de 21 de marzo de 1959 para los organismos dotados de personalidad propia; decreto de 24 de jul. de 1985 para las administraciones del Estado). Pero no tienen un carácter restrictivo.

Se han clasificado entre los puestos de este tipo los siguientes: Director General de los hospitales civiles de Lyon (CE 14 de mayo de 1985, *Rochaix*, Rec. 574; JCP 1987. II.20715, nota Gabolde); Presidente de la Oficina Nacional de los Repatriados (CE As. 22 de dic. de 1989, *Morin*, Rec. 279; AJ 1990.90, cr. Honorat y Baptiste); Jefe de Departamento de la Inspección General de la Policía Nacional (CE 17 de junio de 1992, *Leclerc*, Rec. 687; RD publ. 1992.1830, nota R. Drago); Jefe de Departamento de la Inspección General de la Administración en el Ministerio del Interior (CE As. 11 de jul. de 2012, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration au ministère de l'intérieur*, Rec. 275; RFDA 2012.953, concl. Escaut; AJ 2012.1624, cr. Domino et Bretonneau), y también Director de la Agencia Nacional de Documentos Protegidos (CE 26 de mayo de 2014, *Maréchaux*, Rec. 708).

Se suele admitir que estos puestos de nivel superior requieren una auténtica lealtad al gobierno y que sus titulares pueden ser cesados por

motivos de simple conveniencia política, aunque, si la medida se adopta «en consideración de la persona» del interesado, es obligatorio que se le comunique su expediente para que pueda presentar sus observaciones sobre la medida propuesta (CE Secc. 20 de ene. de 1956, *Nègre*, Rec. 24; D. 1957.319. concl. Guionin): – 26 de febr. de 2014, *Debasch*; AJ 2014. 936, nota Toulemonde). Pero, aunque el gobierno tiene la facultad de cesar en sus funciones a los titulares de los puestos de nivel superior por motivos de conveniencia, tiene que demostrar que se ha producido una falta disciplinaria cuando funda su decisión en una denuncia concreta contra el interesado (sentencia *Teissier*).

El concepto de puesto de nivel superior cuya provisión se deja a la discrecionalidad del ejecutivo no es trasladable a funciones tales como la de director de una escuela de arquitectura (CE Secc. 29 de marzo de 1991, *Fraisie*, Rec. 112; RFDA 1992.104, concl. de Montgolfier), jefe de oficina de una administración central (CE 5 de abr. de 1991, *Mme Imbert-Quaretta*, Rec. 987; AJ 1991.509, cr. Schwartz y Maugué), ni al nombramiento de los magistrados de la Fiscalía General para ocupar un puesto fuera de la jerarquía debido a la voluntad del juez administrativo de garantizar el respeto de la independencia de la autoridad judicial (CE Secc. 19 de abr. de 1991, *Monnet*, Rec. 150; AJ 1991.509, cr. Schwartz y Maugué y p. 557, concl. Lamy).

- 7 2.º) Todos los agentes, ya sean de nivel superior o subalternos, pueden, al manifestar sus opiniones, cometer una falta de servicio si incumplen *la obligación de reserva que se impone en su caso* (CE Secc. 11 de ene. de 1935, *Bouzanquet*, Rec. 44), y exponerse así a una sanción disciplinaria. La jurisprudencia considera que los deberes de los agentes fuera del servicio deben valorarse «en función de las responsabilidades que asumen en su vida social, debido al rango que ocupan en la jerarquía y a la naturaleza de sus funciones» (concl. Laurent). Por ello, la obligación de reserva y de contención es más estricta en el caso de los titulares de las más altas funciones administrativas de autoridad, que están estrechamente vinculadas con las responsabilidades de gobierno –por ejemplo, un prefecto, sujeto a una obligación de reserva y de lealtad (CE 21 de sept. de 2010, *Girot de Langlade*, demanda n.º 333708; AJ 2010.1801)–, que en el caso de los agentes que ocupan un puesto subalterno. La valoración del carácter culposo de un acto requiere, como es lógico, la supervisión de un juez, el cual se pronuncia teniendo en cuenta las circunstancias y el clima del caso, las

características de las opiniones formuladas y la naturaleza de las funciones del agente.

Por ello, se ha considerado que habían cometido una falta disciplinaria: un secretario de alcaldía que había vertido ataques violentos contra el alcalde en la prensa local (CE 11 de jul. de 1939, *Ville d'Armentières*, Rec. 468); un policía que, vestido de civil y al margen del servicio, había repartido cerca de su comisaría octavillas en las que se criticaba la actuación de la policía durante una huelga (CE 20 de febr. de 1952, *Magnin*, Rec. 117); un agente de la policía que decidió publicar un libro de tono deliberadamente polémico contra la institución de la policía, sin antes haber agotado las vías de recurso internas que le podrían haber permitido subsanar los abusos que denuncia (CAA París 31 de dic. de 2014, *Mme Souid*; AJ 2015.639, concl. Oriol); un funcionario del personal complementario de dirección de Correos que había participado, fuera de las horas de servicio, en una manifestación prohibida por el gobierno (CE As. 27 de mayo de 1955, *Dame Kowalewski*, Rec. 297; D. 1955.687, concl. Mosset, nota G. Morang; AJ 1955.II.281, nota Long); un inspector de academia, trasladado en comisión de servicio al Instituto Nacional Pedagógico, que realizó, durante una estancia en Argel en 1963, unas declaraciones hostiles contra la política gubernamental en Martinica, accediendo a que éstas fueran grabadas, y sin tomar las precauciones necesarias para evitar su publicación en un periódico argelino (CE Secc. 8 de marzo de 1968, *Plenel*, Rec. 168; AJ 1968.223, ch. Massot y Dewost); un alto funcionario que había colaborado públicamente en las actividades de gestión de su ministro durante una campaña electoral sin ser, de hecho, ni candidato ni elector inscrito en la circunscripción (CE 10 de marzo de 1971, *Jannès*, Rec. 203; D. 1972.735, nota Guibal; AJ 1971.622, nota V. S.; Dr. ouvr. 1971.70, nota X); un administrador civil, separado temporalmente de su servicio para cumplir funciones de subprefecto, que publicó en una página de Internet con su firma, el 13 de marzo de 2008, un artículo titulado «Cuando el lobby pro-israelita da rienda suelta a su ira contra la ONU», en el que expresaba opiniones muy polémicas tanto sobre diferentes personalidades francesas como sobre un Estado extranjero (CE 23 de abr. de 2009, *Guigue*, Rec. 165; AJ 2009.1373, concl. de Silva; JCP Adm. 2009.2153, nota Dieu).

Por el contrario, no se consideró que hubiera faltado a su obligación de reserva un inspector de aduanas que trabajaba como cooperante técnico en Marruecos y que firmó, en 1959, junto a otros ciudadanos

franceses residentes en el mismo país, una moción en la que se solicitaba al Presidente de la República que diera inicio a unas negociaciones para poner fin a la guerra de Argelia, no habiendo tenido nada que ver este cooperante con la publicación de esta moción en la prensa (CE 23 de jul. de 1966, *Ministre des finances c. Leblanc*, Rec. 476).

En su versión más reciente, la jurisprudencia sopesa el alcance del incumplimiento de la obligación de reserva y la gravedad de la sanción impuesta. Así pues, al tiempo que destaca el incumplimiento de la reserva debida por parte de un jefe de escuadrón de la gendarmería que criticó públicamente la política de vinculación de la gendarmería con el Ministerio del Interior, ello no obsta para que el Consejo de Estado considere manifiestamente desproporcionada y, por tanto, ilegal, la sanción por la que se aparta al interesado del servicio (CE 12 de ene. de 2011, *Matelly*, Rec. 3; v. n.º 27.11).

- 8 D. Deben aplicarse los mismos principios, en condiciones especiales, a los agentes que cumplen *funciones sindicales*, debido a la libertad de expresión que requiere la naturaleza misma de estas funciones. El Consejo de Estado dictaminó que no había cometido ninguna falta disciplinaria el Secretario General de un sindicato de funcionarios que había protestado, en su condición de representante sindical, en una carta vehemente dirigida al ministro, contra la medida disciplinaria adoptada contra un agente del ministerio; tal y como había puesto de manifiesto el Comisario del Gobierno Heumann, las obligaciones de reserva y deferencia exigibles a los funcionarios son «el reflejo de un principio de subordinación», mientras que «el sindicalismo, cuya arma principal es la huelga, significa combate», por lo que concluía que, en la medida en que no se trate de una maniobra política, sino efectivamente de una defensa de los intereses profesionales de los afiliados al sindicato, «el dirigente de un sindicato de funcionarios está en gran medida exento de cumplir con las obligaciones que le impone su condición de funcionario» (CE 18 de mayo de 1956, *Boddaert*, Rec. 213; RPDA 1956.105, concl. Heumann). De igual forma, el Consejo de Estado anuló el cese del Secretario General de la Federación Sindical de Personal de Policía, que había transmitido a la prensa, con objeto de que se publicaran, unos comunicados de esta organización protestando contra la posibilidad de que se le impusiera una sanción, y luego contra la suspensión de empleo y sueldo de cinco días con la que había sido sancionado (CE 25 de mayo de 1966, *Rouve*, Rec. 361; D. 1967.6, concl. Rigaud), las decisiones por las que se había procedi-

do a quitarle puntos de sus calificaciones a los magistrados debido a sus actividades sindicales, en particular, con motivo de unas declaraciones a la prensa (CE As. 31 de ene. de 1975, *Volff y Exertier*, Rec. 70 et 74; v. n.º 64.3) o incluso la decisión por la que se valoraba a un magistrado aludiendo a las convicciones sindicales del interesado (CE 28 de dic. de 2005, *de Charette*, Rec. 952, Gaz. Pal. 2006, n.º 67/68, concl. Guyomar).

- 9 Por el contrario, el Consejo de Estado consideró que, al firmar un acuerdo suscrito entre su sindicato y un sindicato extranjero, el Secretario General de la Federación Nacional de Trabajadores de Correos había cometido, habida cuenta de los términos de dicho acuerdo y de su carácter político, una falta disciplinaria, «pese a su condición de dirigente de un sindicato de funcionarios» (CE Secc. 8 de junio de 1962, *Ministre des postes et télécommunications c. Frischmann*, Rec. 382; D. 1962.492, nota Dubouis; AJ 1962. I.418, cr. Galabert y Gentot); Igualmente, consideró que, al participar en la difusión de una protesta que criticaba una decisión del tribunal relativa al nombramiento del juez tasador, un magistrado había incumplido su obligación de reserva, incluso a pesar de que hubiera actuado en su condición de miembro de una sección sindical; esta decisión, dictada en contra de las conclusiones del Comisario del Gobierno, convierte la obligación de reserva en un límite que no sólo afecta a las actuaciones individuales de los agentes públicos, sino también a sus acciones sindicales (CE Secc. 1 de dic. de 1972, *Delle Obrégo*, Rec. 751; v. n.º 66.3).

No ha suscitado las mismas controversias el hecho de que el Consejo de Estado considerara que la publicación, por parte de un abogado general del Tribunal de Casación, de un artículo en el que se vertían críticas contra uno de sus colegas magistrados, y que incluía un juego de palabras antisemita, fuera constitutivo de una falta disciplinaria, incluso teniendo en cuenta que el artículo impugnado se publicó en una revista sindical (CE 18 de oct. de 2000 *Terrail*, Rec. 430; AJ 2001.288, nota Rouault; JCP II.10011, nota Lanoy).

Resulta, pues, que la valoración de los incumplimientos contra la obligación de reserva depende, en cada caso, de las circunstancias.

- 10 **III.** Fuera del Derecho de la función pública, la libertad de opinión es un derecho que defiende con particular empeño el juez administrativo. El Consejo de Estado ha establecido, en principio, que el ejercicio de una actividad política lícita no puede servir de fundamento legal para negar la nacionalidad francesa por matrimonio al interesado

(CE As. 28 de abr. de 1978, *Dame Weisgal*, Rec. 196; D. 1979.265, concl. Genevois; AJ 26, cr. O. Dutheillet de Lamothe y Robineau; JDI 1978.878, nota Ruzié).

Amparándose en la libertad de expresión de los partidos políticos, el Consejo de Estado censuró una decisión con la que el Consejo Superior de los Medios Audiovisuales se había opuesto a que, en el marco de la campaña para las elecciones legislativas, una agrupación política mencionara la celebración de una reunión con posterioridad al escrutinio (CE Secc. 26 de marzo de 1993, *Parti des travailleurs*, Rec. 87; RFDA 1993.506, concl. Bonichot; AJ 1993.336, cr. Maugüé y Touvet).

En un ámbito distinto, el Consejo de Estado consideró que no había cometido ninguna falta disciplinaria el dirigente de una federación deportiva que había contestado a través de la prensa a los ataques de los que él mismo había sido objeto por parte de la federación (CE 11 de mayo de 1984, *Pébeyre*, Rec. 756; AJ 1984.531, cr. Schoettl y Hubac; D. 1985.65, nota Karaquilo).

## **65. FUNCIONARIOS. LIBERTAD DE OPINIÓN - IGUALDAD DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA**

**Consejo de Estado As., 28 de mayo de 1954, Barel**

(Rec. 308, concl. Letourneur; RD publ. 1954.509, concl., nota M. Waline; RPDA 1954.149, concl., nota Eisenmann; RA 1954.393, concl., nota Liet-Veaux; AJ 1954. II.396, nota Long; D. 1954.594, nota G. Morange; S. 1954.3.97, nota Mathiot; AJ 2014.88, nota Stahl)

*Sobre la legalidad de las decisiones impugnadas:*

Sin que sea necesario entrar a examinar los demás motivos de los recursos:

Considerando que, según los términos del art. 1.º del decreto de 13 de ene. de 1950, por el que se modificó el decreto de 9 de oct. de 1945 relativo a la Escuela Nacional de Administración, «los requisitos generales de admisión al concurso, el número de plazas disponibles, la fecha de inicio de los exámenes y la lista de candidatos admitidos a participar en el concurso se establecen mediante decretos del Presidente del Consejo»; que, por medio del decreto de 18 de jul. de 1953, se encomendó al Secretario de Estado de la Presidencia del Consejo el ejercicio de las atribuciones conferidas al Presidente del Consejo por los decretos antes mencionados de 9 de oct. de 1945 y 13 de ene. de 1950;

*Considerando que, aunque le corresponde al Secretario de Estado, a quién los textos legales antes citados encomiendan establecer la lista de candidatos admitidos para presentarse al concurso, determinar, en interés del servicio, si los candidatos cumplen con los requisitos exigidos para el ejercicio de las funciones a las que dan acceso los estudios impartidos en la Escuela Nacional de Administración y si bien debe, a este respecto, tener en cuenta los hechos y manifestaciones contrarios a la reserva exigible a estos candidatos, en modo alguna puede, sin pasar por alto el principio de igualdad de acceso de todos los franceses a las funciones y empleos públicos, eliminar de la*

*lista antes mencionada a un candidato amparándose exclusivamente en sus opiniones políticas;*

Considerando que los recurrentes, a los que el Secretario de Estado de la Presidencia del Consejo negó, con las decisiones impugnadas, la autorización de participar en el concurso convocado en 1953 para la admisión en la Escuela Nacional de Administración, alegan que el único motivo por el que fueron eliminados de la lista de candidatos establecida por el Secretario de Estado fueron las opiniones políticas que se les imputaban; que se basan, para apoyar sus alegaciones, en circunstancias y hechos precisos que constituyen sospechas fundadas; que, no obstante, el Secretario de Estado, pese a haber cuestionado, en sus observaciones sobre los recursos, el alcance de las circunstancias y de los hechos antedichos, se ha limitado por lo demás a indicar que corresponde al Consejo de Estado identificar, entre los elementos que obran en los expedientes, aquellos que permitan determinar los motivos de las decisiones adoptadas, absteniéndose de este modo de dar a conocer la motivación de sus decisiones; *que, en la fase actual del procedimiento, la Sección de lo Contencioso-Administrativo, responsable de la instrucción de las demandas, y haciendo uso de la facultad que le corresponde al Consejo de Estado de exigir a la administración competente que aporte todos aquellos documentos que puedan reforzar la convicción del juez* y permitir la comprobación de las alegaciones de los recurrentes, ha solicitado al Secretario de Estado, como resultado de sus deliberaciones del 19 de marzo de 1954, que presente los expedientes de candidatura que se establecieron para cada uno de los recurrentes; que, en lo que respecta a los señores Barel y Bedjaoui, no se recibió contestación alguna del Secretario de Estado a esta solicitud; que, en el caso de los señores Guyader, Fortuné y Lingois, la Sección de lo Contencioso-Administrativo aclaró, en contestación a una carta del Secretario de Estado de 13 de mayo de 1954, relativa a estos tres candidatos, que los expedientes cuya comunicación reclamaba el Consejo de Estado incluían el conjunto de los elementos, informes y documentos en base a los cuales se adoptaron las decisiones impugnadas; que no se dio satisfacción a esta última solicitud con los elementos que se aportaron el 25 de mayo de 1954; que, del conjunto de las circunstancias expuestas del caso, se desprende que el motivo alegado por los autores de los recursos debe ser considerado como un hecho probado; que, por consiguiente, los recurrentes tienen motivos fundados para sostener que

las decisiones remitidas al Consejo de Estado se fundan en un motivo en el que se aprecia un error de derecho y para solicitar, por ende, su anulación por exceso de poder;... (Anulación).

## OBSERVACIONES

- 1 I. El interés que presenta la sentencia *Barel* es enorme tanto desde el punto de vista jurídico como político. Desde el punto de vista jurídico, define con claridad los límites de la *facultad discrecional* y precisa, por otra parte, las *normas relativas a la carga de la prueba* y las *facultades de instrucción* del juez administrativo. Desde el punto de vista político, concede toda su importancia al principio de la libertad de opinión de los funcionarios.

Con sus decisiones del 3 y 7 de agosto de 1953, el Secretario de Estado de la Presidencia del Consejo rechazaba las candidaturas al concurso de admisión a la Escuela Nacional de Administración de los señores Barel, Guyader, Fortuné, Lingois y Bedjaoui. Unos días después, el periódico *Le Monde* publicaba un comunicado según el cual un miembro del gabinete del Secretario de Estado había declarado que el gobierno estaba decidido a no aceptar ningún comunista en la Escuela Nacional de Administración. El comunicado provocó un gran revuelo, pero no fue desmentido. Sin embargo, el 4 y luego el 14 de nov. de 1953, el Secretario de Estado, al ser interpelado en la Asamblea, afirmó que ningún candidato había sido excluido del concurso por motivos políticos y que las declaraciones publicadas en el periódico *Le Monde* procedían de un «irresponsable no identificado». Mientras tanto, el director de la Escuela había declarado, de hecho, a uno de los candidatos que había sido excluido por ser comunista. Los afectados consideraron, pese a los desmentidos del ministro, que disponían de pruebas suficientes de la ilegalidad de la negativa opuesta a su candidatura como para trasladar el caso al Consejo de Estado, órgano que procedió a anularla menos de un año después de la interposición del recurso. La brevedad del plazo de resolución del caso tiene fácil explicación. Por una parte, el debate en la Asamblea y el orden del día del 14 de nov. invitaban ambos a intentar resolver rápidamente el litigio; por otra parte, al no haberse completado el expediente en el momento de la entrada en vigor de la reforma de lo contencioso-administrativo, éste hubiera tenido que ser enviado al Tribunal Administrativo de París,

si el Consejo de Estado no lo hubiera retenido mediante el emplazamiento a las partes previsto por el art. 4 del decreto de 30 de sept. de 1953: este emplazamiento comprometía moralmente al Consejo de Estado a someter a juicio rápidamente la demanda; además, era conveniente que el caso se enjuiciara antes de celebrarse el siguiente concurso, para que el gobierno y los candidatos supieran a qué atenerse.

El caso se complicó aún más con la negativa del ministro a aportar los elementos necesarios para permitir al Consejo de Estado formarse una opinión sobre los motivos reales de la decisión impugnada: la decisión adquiriría, así, una importancia capital desde el punto de vista jurídico puesto que el Consejo de Estado se veía en la necesidad de precisar el alcance de su control y los medios de los que disponía para ejercerlo.

2

**II. A.** Tal y como lo hizo constar el Comisario del Gobierno Letourneur, cuando no existe ningún texto legislativo ni reglamentario que limite el derecho a ejercer la acción que normalmente corresponde a la Administración, el juez tiene que limitarse a comprobar, por una parte, *si el acto se funda en un motivo de derecho equivocado o en hechos materialmente inexactos* y, por otro, *si no adolece de un defecto por desviación de poder*. Pero la jurisprudencia ha considerado siempre que los candidatos, incluso los que cumplen los requisitos legislativos y reglamentarios, no tienen derecho a participar en un concurso, sino que corresponde al ministro excluir, en interés del servicio, a aquellos que considere no aptos para cumplir la función «con el espíritu y la finalidad con los que fue instituida por la Ley». El ministro dispone, a este respecto, de una facultad de valoración muy amplia de los hechos cuya naturaleza puede justificar una decisión de exclusión del concurso, tales como las manifestaciones o actitudes incompatibles con la reserva que está obligado a observar todo candidato a ocupar un empleo público: esta facultad está, empero, sujeta a un control mínimo destinado a detectar un posible error de derecho en los motivos, una falta de exactitud material de los hechos o una desviación de poder (CE 10 de mayo de 1912, *Abbé Bouteyre*\*; – 8 de dic. de 1948, *Delle Pasteau*, Rec. 464; S. 1949.3.41, nota Rivero; – Secc. 29 de jul. de 1953, *Lingois*, Rec. 413; D. 1954.99, nota G. Morange). La existencia de este control implica la posibilidad para el juez de ejercerlo. No obstante, corresponde al juez administrativo dirigir la instrucción: no impone al demandante la obligación de aportar las pruebas. Se limita a pedirle que sea lo más preciso posible y que recabe, para apoyar sus

alegaciones, todos los medios de prueba de los que pueda disponer (*cf.* CE Secc. 23 de dic. de 1955, *Lévy*, Rec. 608; D. 1956.27, concl. Lasry): si la demanda es vaga o poco precisa, será desestimada porque el recurrente no ha establecido la veracidad de lo que alega (CE 9 de jul. de 1954, *Cordelet*, Rec. 439; AJ 1954.II.396, nota Long); por el contrario, si incluye toda una serie de presunciones fundadas, el juez está obligado a completar el expediente a través de las medidas de instrucción. Esto fue lo que hizo, en el caso que nos ocupa, la Sección de lo Contencioso-Administrativo, responsable de la instrucción del caso. ¿En qué iban a consistir las medidas de instrucción ordenadas por el juez? La conclusiones del Comisario del Gobierno no reflejan con exactitud, en lo que a este punto se refiere, la doctrina de la Asamblea: el Consejo de Estado no solicitó al ministro que aclarara *los motivos* de la decisión, sino que aportara *el conjunto de los documentos* en base a los cuales se adoptó dicha decisión.

- 3 Este método de instrucción no es nuevo; pero hasta entonces sólo se había utilizado en contadas ocasiones (v. por ej., CE Secc. 1 de mayo de 1936, *Couespel du Mesnil*, Rec. 485, GACA, n.º 55); desde que se dictó la sentencia *Barel*, la jurisdicción administrativa recurre más frecuentemente a este método, lo que da lugar, cuando se demuestra que hubo una deficiencia por parte de la Administración, a la anulación de la decisión impugnada: orden de confinamiento que se fundaba, según el recurrente, en motivos materialmente inexactos (CE As. 30 de junio de 1959, *Grange*, Rec. 85, concl. Chardeau; AJ 1959.2.23, cr. Combarous y Galabert); medda de despido adoptada por motivos políticos (CE 26 de oct. de 1960, *Rioux*, Rec. 558, concl. Chardeau); nombramiento para ocupar una plaza en el Consejo Económico y Social sin que la Administración pudiera demostrar que fueron consultadas al respecto las organizaciones profesionales (As. 11 de mayo de 1973, *Sanglier*, Rec. 344; AJ 1973.428, nota Larger; RD publ. 1973.1747, nota M. Waline); negativa de la alta autoridad sanitaria a derogar una recomendación relativa al tratamiento de la diabetes que se había aprobado en base al informe de un grupo de trabajo, sin que la Administración haya podido establecer que los miembros que formaban parte del mismo no se encontraban en una situación de conflicto de intereses (CE 27 de abr. de 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, Rec. 168; AJ 2011.1326, concl. Landais; JCP Adm. 2011.2244, nota Villeneuve et 2321, nota Moquet-Anger; RDSS 2011.483, nota Peigné; RJEP agosto-sept. 2011.20, nota Friboulet).

4 La facultad del juez administrativo de dirigir la instrucción le ha permitido superar diferentes obstáculos que dificultan el ejercicio de su control. Así ha ocurrido, en particular, cuando estaba en juego el *secreto de la defensa nacional*.

Aunque la facultad de exigir a la Administración que aporte determinados elementos no afecta a aquellos documentos cuya divulgación se excluye por necesidades de la defensa nacional, el juez puede, incluso en este supuesto, tener en cuenta, después de haber solicitado, en su caso, unas explicaciones adicionales, el silencio o la mala fe de la Administración (CE As. 11 de marzo de 1955, *Secrétaire d'État à la guerre c. Coulon*, Rec. 150; RD publ. 1955.995, concl. F. Grévisse; D. 1955.555, nota de Soto y Léauté; AJ 1955.II.181, cr. Long; sobre la aplicación de estos principios, v. asimismo – 20 de febr. de 2012, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, Rec. 54; AJ 2012.1588, concl. Hedary y 1072, nota S. Brimo).

5 El Consejo de Estado también ha precisado su jurisprudencia respecto a los documentos protegidos por *el secreto médico*: ha hecho constar, en principio, «que corresponde al juez administrativo, para proceder a la instrucción de un caso que le ha sido remitido, solicitar a las administraciones competentes que aporten todos los documentos que considere indispensables para permitir la comprobación de las alegaciones de las partes litigantes, con la única salvedad de aquellos cuya comunicación constituiría una infracción de una disposición legislativa»; de ello se deduce que el juez sólo puede ordenar la comunicación de documentos de carácter médico al propio interesado, correspondiéndole a este decidir si se los transmite o se limita a revelarle su contenido (CE Secc. 24 de oct. de 1969, *Ministre de l'équipement et du logement c. Gougeon*, Rec. 457; D. 1969.732, concl. G. Guillaume; JCP 1970.II.16569, nota Morand; RD publ. 1970.394, nota M. Waline; AJ 1969.689, cr. Denoix de Saint Marc y Labetoulle; – 20 de jul. de 1971, *Pasquier*, Rec. 563; AJ 1971.529, cr. Labetoulle y Cabanes).

6 Ha aplicado asimismo al contencioso económico los principios que había establecido en el caso *Barel*, haciendo hincapié en el carácter inquisitorio de sus facultades de instrucción; ha hecho uso de éstas en relación con «la argumentación desarrollada por la empresa recurrente», sin exigirle que aporte presunciones fundadas, precisas y coincidentes; y, ateniéndose en este caso a la literalidad de las conclusiones formuladas quince años antes por el Comisario del Gobierno Letourneur, ha reconocido al juez administrativo la facultad de solicitar al

ministro interesado que aclare «los motivos de hecho y de derecho» de su decisión (CE Secc. 26 de ene. de 1968, *Société «Maison Genestal»*, Rec. 62, concl. Bertrand; AJ 1968.102, cr. Massot y Dewost; Dr. soc. 1968.295, nota Besson; JCP 1968. I.2203, cr. Colson; JCP 1968. II.15.581, nota Blancher; D. 1969.456, nota Fromont).

7 Ha definido las condiciones en las que se podía establecer ante el juez que una medida adoptada por la Administración era o no constitutiva de una «discriminación directa o indirecta», contraria al principio de igualdad de trato (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Mme Perreux\** de 30 de oct. de 2009). En términos más generales, confirma «sus facultades generales de instrucción de las demandas» (CE 26 de nov. de 2012, *Mme Cordière*, Rec. 394, concl. Bourgeois-Machureau; AJ 2012.2373, cr. Domino y Bretonneau; DA febr. 2013.29, nota Eveillard).

8 La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre la legalidad de los medios de prueba. El Consejo de Estado consagró la obligación de lealtad por parte del empleador público respecto a sus agentes, prohibiéndole, en principio, fundamentar una sanción disciplinaria en elementos recabados de modo desleal (CE Secc. 16 de jul. de 2014, *Ganem*, Rec. 224, concl. Daumas; AJ 2014.1701, cr. Bretonneau y Lessi; RFDA 2014.924, concl.; JCP 2014.1058, nota Guinaman; DA 2014, n.º 73, nota Eveillard).

Retomando su jurisprudencia anterior, el Consejo de Estado considera ahora que la administración fiscal no puede fundarse, para establecer un tributo, en elementos o documentos obtenidos por una autoridad administrativa en condiciones que sean ulteriormente declaradas ilegales por la jurisdicción competente (CE 15 de abr. de 2015, *Société Car Diffusion 78*; Dr. fisc. 2015, n.º 419, concl. Aladjidi).

Desde una perspectiva más amplia, aunque una de las facultades de instrucción de toda jurisdicción administrativa sea la posibilidad de ordenar las medidas de instrucción que estime más convenientes para solucionar el litigio, es necesario que ejerza dicha facultad respetando los principios de confidencialidad y de igualdad de medios procesales (CE Secc. 1 de oct. de 2014, *Erden*, Rec. 288, concl. Hedary; AJ 2014.2185, cr. Lessi y L. Dutheillet de Lamothe; DA 2015, n.º 31, nota Eveillard).

9 B. El perfeccionamiento de los medios de prueba, pese a tropezar en ocasiones con limitaciones, se acompaña necesariamente de un reforzamiento del control de los motivos de la decisión. El Consejo de

Estado ya no se limita a ejercer un control restringido de las decisiones de exclusión de un concurso, sino un control normal, lo que conlleva la censura de todo error que se produzca en la calificación jurídica de los hechos (CE 18 de marzo de 1983, *Mulsant*, Rec. 125; – Secc. 10 de junio de 1983, *Raoult*, Rec. 251; v. n.º 27.5). El Consejo de Estado puede, por tanto, verse en la necesidad de proceder a unas valoraciones complejas: pese a haber considerado que unos episodios antiguos de ebriedad no constituían obstáculo alguno para el acceso a la formación de vigilante de prisión (CE 10 de junio de 1991, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Vizier*, Rec. 229; AJ 1991.504, cr. Maugüé y Schwartz), opinó, por el contrario, que el acceso al concurso para la formación como inspector de policía podía ser denegado al candidato que hubiera participado en varias manifestaciones públicas durante las cuales hubiera sido interpelado o herido (CE 27 de ene. de 1992, *Ministre de l'intérieur c. Castellan*, Rec. 1003; LPA 6 de mayo de 1992, nota Pacteau).

10

**III.** Pero, en el caso *Barel*, el gobierno, que se negó a comunicar al Consejo de Estado los expedientes que éste le reclamaba, renunciaba de algún modo a colocarse en el terreno de los hechos individuales de cada uno de los candidatos y planteaba al juez la cuestión de la legalidad de los motivos relacionados exclusivamente con la opinión política de los candidatos. Sin duda esperaba conseguir por parte del Consejo de Estado una decisión de principio que prohibiera a los candidatos comunistas el acceso, si no a la función pública, sí al menos a la Escuela Nacional de Administración.

El Comisario del Gobierno planteó la cuestión del modo siguiente: ¿existe algún motivo jurídicamente válido para excluir a un candidato debido a sus opiniones políticas? La respuesta tenía necesariamente que ser negativa: la Declaración de Derechos de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 sientan el principio de igualdad de los ciudadanos en el acceso a las funciones públicas, sin distinción de origen, de opiniones ni de creencias. Y estos textos tienen el carácter de principios generales del Derecho y, por tanto, un rango superior a cualquier acto del ejecutivo (*cf.* CE As. 7 de jul. de 1950, *Dehaene\**).

A decir verdad, al plantear la pregunta de este modo, el Comisario del Gobierno optó por una posición, ya que podría haberse formulado de otra manera: ¿no es la ideología comunista distinta de las demás y no es acaso la pertenencia al partido comunista incompatible

con el ejercicio de la función pública? Algunos países como Estado Unidos, Inglaterra, Suiza, Alemania Federal excluyen abiertamente a los comunistas de determinadas funciones públicas; pero lo cierto es que en Francia no hay ningún texto legislativo que les atribuya una situación de excepción. Este es el motivo por el que el Comisario del Gobierno no colocó la ideología comunista en un lugar especial. No bastaba con constatar la inexistencia de un texto legislativo; en su sentencia *Dehaene* antes citada, la ausencia de un texto legislativo no impidió al Consejo de Estado utilizar el principio general de la continuidad del servicio público para justificar una limitación del derecho de huelga. Pero el Consejo de Estado se negó, precisamente, a desempeñar en la sentencia *Barel* el papel de legislador secundario que había aceptado interpretar en la sentencia *Dehaene*. La diferencia de actitudes arroja luz sobre la naturaleza de los principios generales del Derecho: el Consejo de Estado no los crea; los deduce, detecta su presencia en un determinado clima jurídico que es resultado a la vez de nuestra tradición y de la situación actual desde el punto de vista político, social, institucional.

Según la fórmula del decano Vedel, «los principios generales son en cierta medida obra del juez que los rescata del magma doctrinario del medio jurídico; no constituyen una creación arbitraria, porque se derivan del derecho positivo vigente en un determinado momento» (nota sobre CE As. 4 de abr. de 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, JCP 1952.II.7138).

Por consiguiente, el Consejo de Estado no encontró ningún principio que permitiera colocar en una situación de excepción a una determinada categoría de franceses. Una decisión en sentido opuesto hubiera recordado sospechosamente a las leyes de excepción del período 1940-1944 y, de hecho, el gobierno no llegó nunca a presentar el proyecto de ley en el que se pensó en un determinado momento y que prohibía a los comunistas el acceso a la función pública. Así pues, con la sentencia *Barel*, el Consejo de Estado confirmó con rotundidad su jurisprudencia clásica sobre la libertad de opinión de los funcionarios (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Teissier*\*).

**11**      **IV.** Aunque este principio se defendía con firmeza en la sentencia *Barel*, la igualdad de acceso a los empleos públicos no tiene, sin embargo, un valor absoluto.

El Consejo de Estado ha admitido que este principio puede ser objeto de matización cuando una autoridad administrativa procede a la

*elección* de los miembros de su *gabinete* (CE 26 de ene. de 2011, *Assemblée de Polynésie française*, Rec. 990). El Consejo Constitucional consideró que la ley de 11 de ene. de 1984 relativa al concepto de plaza de libre designación por el gobierno (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Teissier\**) no es contraria al art. 6 de la Declaración de 1789, en la medida en que se tengan en cuenta, para la elección, las capacidades exigidas para el ejercicio de las atribuciones relacionadas con el puesto (CC n.º 2010-94 QPC, 28 de ene. de 2011, Rec. 91).

## 66. OBRAS PÚBLICAS. DEFINICIÓN

**Tribunal de Conflictos, 28 de marzo de 1955, *Effimieff***

(Rec. 617; AJ 1955.II.332, nota J. A.;  
JCP 1955.II.8786, nota Blaevoet; RA 1955.285, nota Liet-Veaux)

Considerando que el litigio que enfrenta al señor Effimieff con la Asociación de Propietarios de Inmuebles para la Reconstrucción de Toulon está relacionado con un contrato de obras suscrito entre esta última y dicho empresario de albañilería; que el art. 17 de la ley de 6 de junio de 1948 otorgó a estas asociaciones el carácter de entidades públicas; *que el legislador manifestó, así, expresamente su intención de asignar a estos organismos, en la labor de reconstrucción inmobiliaria, una misión de servicio público, en las condiciones establecidas y con los fines de interés nacional que persiguen la ley y el reglamento en la materia y que, por consiguiente, consideró que estaban obligados a cumplir, tanto en lo que respecta a las prerrogativas de poder público vinculadas con este carácter público como a las restricciones que de éste se derivan, el conjunto de las normas de derecho público que corresponden a esta misión; que de ello se desprende que, pese a que los inmuebles reconstruidos no sean propiedad de estas asociaciones, a las cuales el art. 39 de la ley de 16 de junio de 1948 reconoce la condición de «directores de proyecto hasta que se produzca la recepción definitiva de las obras», las operaciones de reconstrucción que se lleven a cabo mediante intermediario, con independencia de que sean propiedad de particulares o de entidades públicas, constituyen operaciones de obras públicas;* que están, en particular y por este motivo, sujetas a las disposiciones del decreto de 2 de agosto de 1949, promulgado en aplicación del decreto de 12 de nov. de 1938, disposiciones de las que se desprenden, en el caso de los contratos relativos a estas operaciones, unos preceptos inspirados en los del decreto de 6 de abr. de 1942, modificado por el decreto de 1 de abr. de 1948, por los que se rigen los contratos del Estado; que de cuanto antecede se desprende que los litigios que se susciten como resultado de la ejecución de estos contratos son competencia del juez de obras públicas; que el prefecto del Var tenía motivos sobrados para reivindicar, con la orden

antes citada, que la jurisdicción administrativa se pronunciara sobre el presente litigio;... (Confirmación de la decisión del prefecto relativa a la competencia jurisdiccional).

## OBSERVACIONES

**1**           **I.** Con el fin de acelerar y de coordinar la reconstrucción de los inmuebles siniestrados por efecto de la guerra, el legislador instauró, por medio de una ley de 16 junio de 1948, dos categorías de asociaciones: las empresas cooperativas de reconstrucción, que eran organismos de derecho privado, y las asociaciones de Propietarios de Inmuebles para la Reconstrucción, que eran, según los propios términos de la ley, unas entidades públicas. Estas agrupaciones tenían como misión la ejecución de las obras de reconstrucción por encargo de sus miembros.

Dichas obras dieron lugar a gran número de litigios, que se suscitaban entre las asociaciones de reconstrucción y los empresarios con los que trabajan o los afectados por un siniestro por cuya cuenta operaban. Con este motivo, se planteaba el problema de determinar si las obras acometidas por las asociaciones de Propietarios de Inmuebles para la Reconstrucción, es decir, por personas jurídicas de derecho público, por encargo de unos particulares, tenían el carácter de unas obras públicas o de unas obras privadas. Esta pregunta, que afectaba a varias centenas de asociaciones que agrupaban a un total de cerca de cien mil afectados, tenía una gran relevancia práctica: de ella dependía, en efecto, la determinación a la vez de la jurisdicción competente –administrativa u ordinaria– y de las normas de fondo aplicables –derecho público o derecho privado–.

En su mayoría, los tribunales ordinarios se reconocieron competentes en la materia, al considerar que las obras tenían un carácter privado (v., en particular, AJ 1954.II.267, nota Liet-Veaux, y AJ 1955.II.331, nota J. A.). Por el contrario, los tribunales administrativos tendían a optar por la solución inversa. Sin embargo, ni el Tribunal de Casación ni el Consejo de Estado habían tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión hasta que el Tribunal de Conflictos la zanjó con la decisión *Effimieff*, reconociendo la competencia de la jurisdicción administrativa.

**2**           **II.** La solución elegida por los tribunales ordinarios se adaptaba a la definición clásica de las obras públicas, que exigía que se cumpliera

ran tres requisitos: obras inmobiliarias –acometidas por encargo de una persona pública– con una finalidad de utilidad general (*cf.* CE 10 de junio de 1921, *Commune de Monségur\**, y nuestras obs.). En este caso particular, es evidente que las obras eran de naturaleza inmobiliaria; pero tenían como finalidad la reconstrucción de inmuebles propiedad de personas privadas; cabía, pues, preguntarse si obedecían a un objetivo de interés general y, en todo caso, se podía afirmar que no se acometían por encargo de una persona pública.

Hasta entonces, la jurisprudencia no había atribuido un carácter público a las obras acometidas por particulares salvo de forma excepcional, cuando eran un elemento accesorio de unas obras públicas (CE 21 de ene. de 1927, *Compagnie générale des eaux*, Rec. 94; D. 1928.3.57, nota Blaevoet). Al margen de este supuesto, las obras que se efectuaban en inmuebles privados sólo merecían la consideración de obras públicas en la medida en que se hubieran acometido por cuenta, no se su propietario, sino de la colectividad pública (CE 26 de nov. de 1948, *Chardon*, Rec. 446: demolición de inmuebles siniestrados; – Secc. 29 de abr. de 1949, *Consorts Dastrevigne*, Rec. 185: obras que se efectúan por orden del alcalde para contrarrestar un peligro grave e inminente). La jurisprudencia tradicional llevaba, pues, a privar del carácter de obras públicas a las obras que efectuaban las asociaciones de Propietarios de Inmuebles para la Reconstrucción por encargo de los afectados privados.

Pero el Tribunal de Conflictos no se conformó con estas concepciones tradicionales. Consideró que, al reconocer a las asociaciones de Propietarios de Inmuebles para la Reconstrucción el carácter de entidades públicas, el legislador había manifestado su intención de asignarles una «misión de servicio público», con «fines de interés nacional», imponiéndoles, por consiguiente, el cumplimiento de «las normas de derecho público que correspondían a esta misión»; de todo ello dedujo que sus obras merecían la consideración de obras públicas, fuera cual fuere su destinatario.

- 3**            **III.** El Tribunal de Conflictos dio, así, origen a una definición nueva y singularmente amplia del concepto de obras públicas. Esta definición no es incompatible con la anterior y tampoco la sustituye: ambas concepciones coexisten en la jurisprudencia actual. Entran, por tanto, en la definición de obras públicas:

- o bien las obras que efectúa una persona pública con un fin de utilidad general (jurisprudencia *Commune de Monségur\**);
- o bien las obras que efectúa una persona pública en el marco de una misión de servicio público (jurisprudencia *Effimieff*).

Por consiguiente, se hace hincapié ya sea en la finalidad de las obras, ya sea en las modalidades de ejecución. Pero, en uno y otro caso, deben cumplirse dos requisitos fundamentales, que son los que dan unidad al concepto de obras públicas: es necesario que las obras cumplan *un fin de interés general* y que incluyan, en alguna de sus fases, la *intervención de una persona pública* en calidad de intermediario o de beneficiario, de director de proyecto o de promotor (TC 6 de oct. de 2009, *Pragnère et société Garage du Faucigny c. Société Construction de lignes électriques*, Rec. 592).

Si no se cumple uno de estos dos requisitos, las obras tienen carácter privado, cualquiera que sea su utilidad e incluso si se aplican en su caso unos procedimientos jurídicos exorbitantes del derecho común: tal es el caso de las construcciones que efectúan los organismos de viviendas de protección oficial por su propia cuenta o en el parque de viviendas que les ha sido adjudicado (CE Secc. 7 de nov. de 1958, *Entreprise Eugène Revert*, Rec. 541; RD publ. 1959.596, concl. Heumann; AJ 1959.II.196, nota Gardies; TC 14 de dic. de 2009, *Société d'HLM pour Paris et sa région c. Société Dumez Île de France*, Rec. 592), o las obras que ejecutan por encargo de unos particulares las cooperativas de reconstrucción que, a diferencia de las Asociaciones de Propietarios de Inmuebles para la Reconstrucción, son organismos de derecho privado (CE 18 de mayo de 1960, *Époux Grenet*, Rec. 340), pero estas últimas obras pasan a tener el carácter de obras públicas a partir del momento en que la cooperativa de reconstrucción, persona privada, se convierte en entidad pública, persona pública (TC 25 de nov. de 1963, *Rauby*, Rec. 789; JCP 1964.II.13479, nota R. L.; AJ 1964.116, notas Moreau y Montmerle). Tampoco tienen carácter de obras públicas las obras que ejecuta por cuenta propia, en un tramo de la vía pública, un particular titular de una licencia de obras en las vías públicas (CE Secc. 11 de mayo de 1962, *Dame Ymain*, Rec. 316; S. 1962.243 y D. 1962.556, concl. Combarrous; AJ 1962.424, cr. Galabert y Gentot: reparación de la calzada por un particular después de la instalación de una conexión de las conducciones de aguas residuales que dan servicio a su inmueble).

IV. Desde 1955, la jurisprudencia aplica, paralelamente, la definición clásica y la nueva definición del concepto de obras públicas.

4 Amparándose en la primera, se atribuyó el carácter de obras públicas, por ejemplo, a la construcción, por cuenta del departamento del Var, de la presa de Malpasset (TC 14 de nov. de 1960, *Pourcin*, Rec. 1152; RA 1960.609, nota Liet-Veaux), a la reconstrucción de una iglesia por una empresa cooperativa de reconstrucción por cuenta de un municipio (CE Secc. 2 de junio de 1961, *Leduc*, Rec. 365; AJ 1961.345, concl. Braibant), a la instalación de una presa en un torrente, por un municipio, para su propia alimentación de agua potable (TC 21 de marzo de 1966, *Commune de Soultz*, Rec. 828; JCP 1966.II.14687, nota Dufau; AJ 1966.306, nota Gautron). La misma jurisprudencia se aplica a las obras de los servicios públicos industriales y comerciales, cuando la gestión de estos últimos corre a cargo de una entidad pública, como ocurría en el caso de la EDF, o cuando el concesionario es una persona de derecho privado, como era entonces el caso de la SNCF (TC 17 de febr. de 1972, *SNCF c. Solon et Barrault*, Rec. 944; RD publ. 1972.465, concl. Braibant; AJ 1972.353, nota Dufau; CJEG 1973. J.29, nota Caron; JCP 1973.II.17.312, nota Moderne).

5 Por otra parte, el Consejo de Estado ha aplicado la jurisprudencia Effimieff a las obras de repoblación forestal acometidas por el Estado por cuenta de unos particulares (Secc. 20 de abr. de 1956, *Grimouard\**), a las obras realizadas de oficio por un municipio, para garantizar la seguridad pública, en un inmueble que corre el riesgo de desplomarse (As. 12 de abr. de 1957, *Mimouni*, Rec. 262; v. n.º 70.7; – Secc. 21 de dic. de 1962, *Ville de Thiais*, Rec. 701; AJ 1963.89, cr. Gentot y Fourré) o en un inmueble insalubre (CE 30 de mayo de 1962, *Poplin*, Rec. 359). Cabe decir lo mismo de las obras de limpieza de un río no navegable realizadas de oficio por la Administración (CE Secc. 1 de oct. de 1966, *Bachimont*, Rec. 510). En el caso de las obras llevadas a cabo en inmuebles clasificados como monumentos históricos, la jurisprudencia, después de haberlas considerado como obras públicas (CE as. 13 de febr. de 1942, *Commune de Sarlat*, Rec. 49; D. 1942.167, nota P. L. J.; RD publ. 1943.349, concl. Léonard, nota R. B.), ha establecido una distinción entre las obras que efectúa por voluntad propia un propietario, a las que se atribuye un carácter privado (TC 28 de abr. de 1980, *Prunet c. Le Bras*, Rec. 507; AJ 1980.605, nota Moderne), y las que realiza de oficio el Estado en aplicación del artículo 9 de la ley de 31

de dic. de 1913, que tienen carácter de obras públicas (Secc. 5 de marzo de 1982, *Guetre*, Rec. 100; Gaz. Pal. 1982.2.651, concl. Genevois).

6 Las dos definiciones coinciden, de hecho, cuando las obras las realiza una persona pública, con un objetivo de interés general o de servicio público, y por su propia cuenta; tal es el caso, en particular, del conjunto de las obras que acometen las colectividades públicas en las vías públicas.

7 La decisión *Effmieff*, al hacer hincapié en la misión de servicio público encomendada a las Asociaciones de Propietarios de Inmuebles para la Reconstrucción, coincide con toda una serie de sentencias cuyo objeto era conseguir que el concepto de servicio público desempeñara nuevamente un papel fundamental en la delimitación de las competencias de los tribunales administrativos y ordinarios, y en la definición del derecho público. Con las sentencias *Effmieff* y *Grimouard\**, la misión de servicio público pasa a convertirse en uno de los elementos fundamentales del concepto de obras públicas; según la sentencia *Époux Bertin\**, de 20 de abr. de 1956, la ejecución del servicio público constituye uno de los criterios de los contratos administrativos; en la sentencia *Société «Le Béton»\** de 19 de oct. de 1956, la vinculación con el servicio público sirve para definir el campo de aplicación del régimen de la dominalidad pública.

8 La definición de la obra pública se sitúa en la misma línea. En su estado más reciente, la jurisprudencia considera que, con independencia de la calificación de obra pública por determinación de la Ley, cabe asignar este calificativo, en particular, a los bienes inmuebles que, tras unas obras de acondicionamiento, han sido destinadas a un servicio público, incluso si son propiedad de una persona privada responsable de la prestación de dicho servicio público. Merecen esta calificación las obras relacionadas con el servicio público de distribución de la electricidad y, en el ámbito de la producción, debido a las restricciones especiales de las que son objeto, las obras relacionadas con el servicio público responsable de la seguridad de suministro de la electricidad (CE As. [dictamen] 29 de abr. de 2010, *M. et Mme Béliгаud*, Rec. 126, concl. Guyomar; RFDA 2010.557, nota F. Melleray; AJ 2010.1642, cr. Liéber y Botteghi; JCP Adm. 2010.1015, nota Sorbara; RJEP 2010, com. 54, nota Y. Gaudemet. En este mismo sentido, TC 12 de abr. de 2010, *Électricité Réseau Distribution France c. M. et Mme Michel*, Rec. 585, concl. Guyomar; RFDA 2010.551, concl.; JCP Adm. 2010.2173, nota Moreau). Por el contrario, dada la interpretación que

se ha hecho de la voluntad del legislador, se ha considerado que las líneas telefónicas propiedad de la empresa France Telecom no tenían el carácter de obras públicas (TC 5 de marzo de 2012, *Société Générale assurances Iard*, Rec. 648; AJ 2012.1964, nota Cartier-Bresson).

- 9 V. Cabe destacar, por último, que el ámbito de los contratos de adjudicación de obras públicas sigue siendo menos importante que el de las obras públicas propiamente dichas: si los contratos cuyo objeto es la ejecución de unas obras de esta naturaleza se suscriben con una persona de derecho privado, merecen la consideración de contratos de derecho privado (*SNCF c. Solon et Barrault*, citada *ut supra*; v. nuestras obs. sobre las sentencias *Grimouard\** y *Mme Rispal c. Soc. des Autoroutes du Sud de la France\**).

## 67. CONTRATOS. OBRAS PÚBLICAS. CRITERIO. SERVICIO PÚBLICO

Consejo de Estado Secc., 20 de abril de 1956, *Époux Bertin et Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*

### I. Époux Bertin

(Rec. 167; AJ 1956. II. 272, concl. Long y 221, cr. Fournier y Braibant; RD publ. 1956.869, concl., nota M. Waline; D. 1956.433, nota de Laubadère; RA 1956.496, nota Liet-Veaux)

*Sobre la competencia:*

Considerando que de la instrucción se desprende que, por medio de un contrato verbal suscrito con la Administración el 24 de nov. de 1944, el matrimonio Bertin se había comprometido a hacerse cargo, por un importe total de 30 francos por persona y día, de la alimentación de las personas de nacionalidad soviética que se hallaban acogidas en el centro de repatriación de Meaux a la espera de poder volver a Rusia; *que el mencionado contrato se había suscrito con el objeto de encomendar a los interesados, en lo que a este aspecto se refiere, la prestación del servicio público al que correspondía organizar en ese momento la repatriación de los refugiados extranjeros que se hallaban en territorio francés; que esta circunstancia bastaba en sí misma para otorgar al contrato en cuestión el carácter de un contrato administrativo; que de cuanto antecede se deduce, sin que proceda comprobar si el mencionado contrato incluía unas cláusulas exorbitantes del derecho común, que compete a la jurisdicción administrativa resolver el litigio relativo a la supuesta existencia de un compromiso adicional, que había que sumar al contrato y por el que la Administración habría asignado al matrimonio Bertin una prima complementaria de 7,50 francos por persona y día a cambio de que se incorporaran otros alimentos a las raciones que se servían.*

*En cuanto al fondo:*

Considerando que el matrimonio Bertin no aporta prueba alguna que demuestre la existencia del compromiso adicional antes mencio-

nado; que, en tales condiciones, los cónyuges carecen de fundamento legal para solicitar la anulación de la decisión, de fecha 1 de junio de 1949, por la que el Ministro de los Antiguos Combatientes y de las Víctimas de la Guerra se negó a abonarles el importe de las primas complementarias que supuestamente preveía dicho acuerdo;... (Desestimación y condena en costas).

## II. *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*

(Rec. 168; AJ 1956.II.187, concl. Long y 221, cr. Fournier y Braibant; D. 1956.429, concl., nota P. L. J.; RD publ. 1956.1058, nota M. Waline; RA 1956.496, nota Liet-Veaux)

Considerando que, con los contratos suscritos en fecha de 26 de abr. y 11 de mayo de 1951, el Estado francés se comprometió, en el marco de las disposiciones del decreto de 3 de marzo de 1947, relativo al reglamento de la Administración Pública para la aplicación de la ley de 30 de sept. de 1946, a efectuar unas obras de repoblación forestal en los terrenos propiedad de las señoras de la Chauvelais y de la Villemarqué y situados en el término de los municipios de Chèvenelles, Monthoiron y Senillé (Vienne); que, el 5 de jul. de 1952, como resultado de un retroceso de llama que se produjo en el tubo de escape de un tractor propiedad del señor Fumeron, empresario encargado de acometer las obras de reforestación, se desató un incendio que causó estragos no sólo en los terrenos objeto de los mencionados contratos, sino también en los bosques propiedad tanto de las señoras de la Chauvelais y de la Villemarqué como de otras personas; que el recurso interpuesto por el Ministro de Agricultura persigue la anulación del fallo, de fecha 29 de sept. de 1954, con el que el Tribunal Administrativo de Poitiers declaró al Estado y al empresario solidariamente responsables de los daños ocasionados por dicho incendio;

### *Sobre la competencia:*

Considerando que, según los términos del art. 1.º de la ley de 30 de sept. de 1946, «el Ministro de Agricultura es el responsable de la recuperación de la masa forestal francesa, debiendo ajustarse a las modalidades que se establecen en los reglamentos de la Administración Pública para organizar las obras de forestación y reforestación, el

aprovechamiento y la conservación de los terrenos forestales, la utilización óptima de los productos forestales y, en general, de todo aquello que tenga por objeto incrementar los recursos forestales, facilitar la comercialización de los productos forestales y satisfacer del mejor modo posible las necesidades de la población»; que cabe deducir tanto de estas exigencias como del conjunto de las disposiciones de la mencionada ley y, en particular, de la facultad que ésta atribuye a los reglamentos de la Administración Pública, por los que se rige su aplicación, de imponer a los propietarios determinadas obligaciones para su ejecución, así como fomentar la creación de un fondo forestal nacional financiado con cargo a los impuestos, *que la intención del legislador era crear, con el fin de alcanzar los objetivos antes expuestos, un servicio público que se hiciera cargo tanto de la conservación, el desarrollo y la revalorización de la masa forestal francesa, como de la utilización y el aprovechamiento de sus productos en las condiciones más idóneas para el interés general; que las operaciones de forestación o reforestación que haya de acometer la Administración del Agua y de los Recursos Forestales en terrenos privados, a tenor de los contratos que ésta suscriba con sus propietarios, tales como las previstas en los artículos 5, 8 y siguientes del reglamento de la Administración Pública de 3 de marzo de 1947, que obliga a someter estos terrenos al régimen forestal hasta que se consiga el reembolso total del importe de los gastos en los que se haya incurrido, constituyen una de las modalidades de ejecución propiamente dicha de este servicio; que de ello se deriva que, pese al hecho de que los terrenos en los que se efectúan estas operaciones no estén destinados a convertirse en propiedad del Estado y que los gastos en los que éste incurra se habrán de recuperar con el producto de la explotación, las operaciones mencionadas tienen el carácter de unas obras públicas y, con independencia de la naturaleza de las estipulaciones que se incluyan en los contratos en cuestión, éstos tienen, debido precisamente a su finalidad, el carácter de unos contratos administrativos; que, por consiguiente, el Ministro de Agricultura carece de fundamento legal para sostener que el Tribunal Administrativo actuó indebidamente al admitir su competencia para pronunciarse en la causa sobre las demandas de indemnización, presentadas tanto por los firmantes de los contratos antes mencionados como por otros propietarios, contra el Estado, en su calidad de director del proyecto, así como contra el empresario al que encomendó las obras;*

*Sobre el derecho a ser indemnizado:*

Considerando que, en lo que respecta a los propietarios antes mencionados, que no tienen con el Estado una relación contractual y que, por tanto, merecen la consideración de terceros con respecto a las obras públicas objeto del litigio, ha de señalarse que el Estado ha incurrido en responsabilidad frente a ellos, sin que sea necesario aportar más pruebas, aparte de la relación causa-efecto existente entre la obra pública en cuestión y el perjuicio alegado; que de las afirmaciones de los propietarios interesados, confirmadas o no impugnadas por la Administración, se deduce que, en el momento en que se originó el incendio que ocasionó el perjuicio, el tractor del señor Fumeron se encontraba en el camino rural que conduce a los terrenos que debían ser objeto de reforestación; que el propio señor Fumeron recorría estos terrenos para determinar las condiciones de ejecución de las operaciones de desbroce que se disponía a acometer; que de ello se deduce que el perjuicio objeto de la demanda está vinculado con la ejecución de las obras de reforestación; que lo mismo es válido en lo que respecta tanto al perjuicio ocasionado a los firmantes de los contratos antes citados, como a los terrenos que no iban a verse afectados por las obras de reforestación en curso;

Considerando, en lo que respecta a los terrenos afectados por las obras antedichas, que de la instrucción se desprende que los perjuicios objeto de litigio se debieron exclusivamente al hecho de que la Administración se abstuviera de recomendar y el señor Fumeron de adoptar alguna de las medidas de seguridad que exigía, en particular, la estación del año en que iba a llevarse a cabo la reforestación; que este hecho constituye un incumplimiento de las obligaciones resultantes de los contratos citados;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que el Tribunal Administrativo tenía motivos sobrados para declarar al Estado solidariamente responsable por los daños ocasionados tanto a sus cocontratantes como al resto de los propietarios por el incendio antes mencionado;... (Desestimación y condena en costas).

## OBSERVACIONES

- 1 En el primer caso, las personas de nacionalidad soviética, que se encontraban en Francia en el momento de la Liberación, habían sido

acogidas en los centros de repatriación que estaban bajo la autoridad del Ministro de los Antiguos Combatientes. El 22 de nov. de 1944, el matrimonio Bertin se comprometió a hacerse cargo de su hospedaje por medio de un contrato verbal suscrito con el jefe del centro de Meaux. El 1 de dic. de 1944, éste les pidió que sirvieran un suplemento de comida, pero el Ministro de los Antiguos Combatientes se negó a pagarles el importe de la prima correspondiente a dicho suplemento. El caso se presentó ante el Consejo de Estado, poniendo en duda el ministro la competencia en la materia de este órgano. De conformidad con las conclusiones del Comisario del Gobierno Long, el Consejo de Estado admitió que el contrato, por el que se encomendaba a un particular «*la prestación propiamente dicha de un servicio público*» era, por este motivo, un contrato administrativo.

En el segundo caso, la Administración del Agua y de los Recursos Forestales había iniciado unas obras de reforestación en unos terrenos privados, en virtud de unos contratos suscritos con sus propietarios, de conformidad con el procedimiento establecido por la ley de 30 de sept. de 1946 y el reglamento de aplicación de 3 de marzo de 1947. La sentencia considera que la ejecución de estas operaciones constituye una de las «*modalidades de ejecución*» propiamente dicha «*del servicio público destinado tanto a la conservación como al desarrollo y la revalorización de la masa forestal francesa*»; de ello se deduce que dichas operaciones «*tienen el carácter de unas obras públicas y, con independencia de la naturaleza de las estipulaciones que se incluyan en los contratos, éstos tienen, debido precisamente a su finalidad, el carácter de unos contratos administrativos*».

Al referirse una y otra a la *prestación del servicio público*, ambas sentencias hacen una contribución fundamental a la definición de los *contratos administrativos* (I) y de las *obras públicas* (II), definición que va más allá del papel del *concepto de servicio público* como fundamento si no único, si al menos primordial de todas las teorías del Derecho Administrativo y del Derecho Público.

- 2 I. En lo que respecta a los *contratos administrativos*, la sentencia *Époux Bertin* resuelve el conflicto que se planteaba, al menos de forma latente, entre las jurisprudencias *Thérond\** y *Société des granits porphyroïdes des Vosges\**.

El caso era bastante insólito puesto que el acuerdo suscrito entre la Administración y el matrimonio Bertin era de naturaleza *verbal*. Era

evidente que no contenía ninguna cláusula exorbitante del derecho común. El Comisario del Gobierno pidió en términos apremiantes al Consejo de Estado que procediera a revisar el fundamento de su jurisprudencia.

«¿Han optado por considerar este contrato como un contrato de derecho privado? Están obligados a considerarlo como tal si su jurisprudencia exige..., para que un contrato tenga carácter administrativo, que confluyan dos requisitos –cada uno de los cuales es indispensable, pero no suficiente por sí solo: la participación en el servicio público; la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común. Es evidente que el segundo de estos requisitos –que tiende a ser considerado hoy en día como el requisito esencial– no se cumple en el caso que nos ocupa. Pero la solución a la que se enfrentan ustedes no es admisible para un juez administrativo. La repatriación de los ciudadanos extranjeros, su acogida hasta que puedan volver a su país, forma parte de las atribuciones más típicas, menos cuestionables del Estado. Es una misión que incluso puede comprometer su responsabilidad internacional: de todos es conocida la extrema sensibilidad de las opiniones públicas ante esta cuestión. Aunque en ocasiones la determinación de las actividades de servicio público del Estado pueda ser objeto de controversias, en este caso nos hallamos indudablemente ante una *misión de servicio público*, e incluso nos atreveríamos a decir, si fuera necesario, de *poder público*... En cualquier caso, no podemos aceptar que la Administración encomiende a un simple particular el *cumplimiento de una misión de servicio público*, y que pierda, al mismo tiempo, los derechos y las prerrogativas que se derivan del *régimen de derecho público*. Por consiguiente, tenemos que preguntarnos si, *en el caso de que el objeto de un contrato sea la prestación del servicio público propiamente dicha, este objeto no basta por sí solo para otorgarle un carácter administrativo, aunque no contenga cláusulas exorbitantes del derecho común*».

El Consejo de Estado respondió afirmativamente.

- 3 Esta posición no era completamente innovadora. Algunas sentencias dictadas después de la Primera Guerra Mundial habían aplicado la solución de la sentencia *Thérond*\* (por ej., CE 29 de abr. de 1931, *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage c. commune de Talence*, Rec. 450). En particular, en el caso de los contratos de transporte marítimo, cuando el armador prestaba él mismo el servicio, el contrato se consideraba administrativo; cuando se limitaba a poner a disposición los medios necesarios para prestarlo, el contrato pasaba a ser un con-

trato de derecho privado (CE 7 de marzo de 1923, *Iossifoglu*, Rec. 222; – 13 de febr. de 1948, *de la Grange*, Rec. 76). Sin embargo, había otras decisiones que parecían contradecir esta jurisprudencia. En realidad, ésta sólo se había impuesto, como doctrina imperante, después de los cambios acaecidos y de las sentencias precursoras (CE 8 de dic. de 1948, *Delle Pasteau*, Rec. 464; RD publ. 1949. 73, nota M. Waline; S. 1949. 3. 43, nota Rivero), en el ámbito de los contratos de alquiler de servicios: de las sentencias (Secc.) de 4 de junio de 1954, *Vingtain et Affortit* (Rec. 342, concl. Chardeau; AJ 1954.II bis 6, cr. Gazier y Long) se deducía que el ejercicio de algunas funciones relacionadas con el objeto del servicio público determinaba por sí solo la aplicación del régimen del derecho público. El Consejo de Estado otorgó a esta solución, el 20 de abr. de 1956, un alcance mucho más amplio, puesto que aplicó al conjunto de los contratos suscritos por la Administración el criterio fundado en la prestación del servicio público por el cocontratante.

- 4 *Desde entonces*, la jurisprudencia ha confirmado y precisado esta solución, en particular, en el caso de los contratos de alquiler de servicios (*cfr.* nuestras obs. sobre la sentencia de 26 de ene. de 1923, *de Robert Lafrégeyre\**).

En lo que respecta al resto de los contratos, el criterio de servicio público aparece citado con diferentes niveles de relevancia:

– en ocasiones, se señala que el contrato «tiene por objeto *encomendar* (al cocontratante) la prestación del servicio público propiamente dicha» (*Époux Bertin*) o «el cumplimiento directo de una misión de servicio público» (TC 6 de nov. de 1967, *Compagnie Fabre et Société générale de transports maritimes*, Rec. 657; JCP 1968.II.15495 bis, concl. Gégout), o simplemente «el cumplimiento de una misión de servicio público» (CE 6 de mayo de 1985, *Association Eurolat, Crédit foncier de France*, Rec. 141; v. n.º 20.4);

– otras veces se considera que el contrato tiene carácter administrativo porque *supone la participación* del cocontratante en la prestación del servicio público (TC 23 de febr. de 2004, *Société Leasecom*, Rec. 628) o porque lo vincula al servicio público (TC 8 de dic. de 2014, *Chambre nationale des services d'ambulance (CNSA) c. Union nationale des caisses d'assurance maladie et autres*, Rec. 474: por ejemplo, el convenio suscrito entre los fondos nacionales de seguro de enfermedad y cuatro de las organizaciones sindicales más representativas del

sector del transporte sanitario, cuyo objeto era organizar las relaciones entre los transportistas sanitarios y los organismos de la seguridad social, vincula a los cocontratantes con la prestación del servicio público administrativo del seguro de enfermedad; se trata, por consiguiente, de un contrato de derecho público;

– en otras ocasiones, el contrato es el que «ha tenido por objeto la prestación propiamente dicha del servicio público» que es competencia de la persona pública que suscribe el contrato (TC 24 de junio de 1968, *Société «Distilleries Bretonnes»* et *Société d’approvisionnements alimentaires*, Rec. 801, concl. Gégout; JCP 1969.II.15764, concl., nota Dufau; AJ 1969.311, nota A. de Laubadère; D. 1969.116, nota Chevallier; – 18 déc. 2000, *Préfet de l’Essonne c. TGI d’Evry*, Rec. 779: contrato «cuyo objeto es la prestación propiamente dicha del servicio público de formación profesional permanente que imparte la universidad»; CE 8 de oct. de 2010, *Société d’HLM Un toit pour tous*, Rec. 843; CMP 2011, n.º 37, obs. Eckert; DA 2011, n.º 4, obs. Billet; JCP Adm. 2010.2375, nota Guigue: «convenio cuyo objeto es la prestación propiamente dicha del servicio público de alojamiento de los estudiantes»); en particular, cuando una entidad se hace cargo de una operación «en aras del interés general y con unos procedimientos de derecho público», contribuye a «la prestación propiamente dicha del servicio público»; «a partir de aquí ha de deducirse que el contrato que ha tenido esta finalidad presenta el carácter de un contrato administrativo» (CE 26 de junio de 1974, *Société «La Maison des Isolants-France»*, Rec. 365; RD publ. 1974. 1486, nota J.-M. Auby);

– por último, hay veces en que el contrato garantiza la coordinación de las misiones de servicio público que se han encomendado respectivamente a los cocontratantes en función de motivos ajenos a este contrato (TC 16 de ene. de 1995, *Compagnie nationale du Rhône c. EDF*, Rec. 49; CJEG 1995.259, concl. Ph. Martin, nota Delpirou), o incluso la articulación entre las obligaciones que vinculan al concesionario de un servicio público y a un concesionario de unas obras públicas con la autoridad concedente (CE 6 de dic. de 2013, *Société Keolis Caen*, Rec. 507, RJEP jul. de 2014, p. 18, concl. Pellissier; BJCP 2014.93, concl.).

Existen, pues, algunas variaciones: en algunos casos, el cocontratante se hace cargo de la prestación del servicio público propiamente dicha (el servicio público se presta gracias exclusivamente a la misión

que le encomienda el contrato); en otros, contribuye a la prestación del servicio público, ya sea mediante una vinculación con el mismo, ya sea participando en éste, pero sin que se haga cargo del servicio en exclusiva ni de forma completa; por último, en otros casos, es el contrato, y no el cocontratante, el que constituye en sí mismo una modalidad de prestación del servicio público.

Cuando el contrato no tiene por objeto facilitar la participación del cocontratante en la prestación del servicio público o no constituye una modalidad de prestación del servicio, y cuando sólo se ha suscrito para atender las necesidades del servicio público, no adquiere carácter administrativo por este motivo (TC 15 de nov. de 2004, *S. A. Losexia Bail Slibail c. Lycée Régional Hélène Boucher*, Rec. 761; – 14 de febr. de 2000, *Commune de Baie-Mahaut et Société Rhoddlams*, Rec. 747; CE 3 de nov. de 2003, *Union des groupements d'achats publics*, Rec. 430; – 30 de marzo de 2005, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*, Rec. 128; AJ 2005.1844, nota M. Audit; – 8 de febr. de 2015, *Société Senseo*). Por ejemplo, cuando mediante un convenio se pone un estadio a disposición de un club deportivo, imponiéndole algunas obligaciones que, pese a estar relacionadas con actividades de interés general, no reflejan la voluntad de la entidad contratante de convertir estas actividades en un servicio público, no cabe considerar que el convenio encomienda al cocontratante una misión de servicio público. Sólo adquiere el carácter de un contrato administrativo si así lo determina la Ley, dado que conlleva la ocupación de un dominio público (CE Secc. 3 de dic. de 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean-Bouin*; v. n.º 48. 5).

- 5 Si no interviene el criterio de servicio público, un contrato puede, a pesar de todo, ser considerado como administrativo siempre y cuando incluya unas cláusulas de las que se derive su sujeción al régimen exorbitante de los contratos administrativos (cfr. nuestras obs. sobre CE 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges\**). Cuando no se cumplan estos criterios, y salvo que así lo estipule una disposición legislativa concreta (en especial, en el caso de los contratos que conllevan una ocupación del dominio público), los contratos de la Administración conservan el carácter de contratos de derecho privado (por ej., CE Secc. 11 de mayo de 1956, *Société française des transports Gondrand frères*, Rec. 202; AJ 1956.II.247, concl. Long; D. 1956.433, nota Laubadère; RA 1956.495, nota Liet-Veaux; RD publ. 1975.101, nota M. Waline; TC 24 de abr. de 1978, *Société Bou-*

*langerie de Kourou*, Rec. 645; D. 1978.585, nota P. Delvolvé). Esto es válido incluso cuando tienen algún vínculo con el servicio público.

La distinción entre prestación del servicio y mera contribución al servicio adquiere mayor claridad si comparamos la sentencia *Époux Bertin* y la sentencia *Société française des transports Gondrand frères*, que se dictó unos días más tarde (citada *ut supra*). Sobre el contrato que suscribió el Estado con una empresa de transporte, y al que no se atribuyó un carácter administrativo, el Comisario del Gobierno señaló lo siguiente: «aunque responde a un interés público, no encomienda a la empresa la prestación directa e inmediata del servicio público; la empresa se encarga en una sola ocasión de la descarga, el despacho de aduana y el transporte a las estaciones de ferrocarril de un determinado número de mercancías, pero su papel termina allí».

6 II. En lo que respecta a las *obras públicas*, la decisión *Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard* ratifica la evolución que acababa de producirse en el Tribunal de Conflictos.

Para que una obra adquiriera carácter público, se exigía en el pasado que coincidieran tres circunstancias: que la obra se llevara a cabo en un inmueble, que se acometiera en aras del interés general, que se ejecutara por cuenta de una entidad pública (v. CE 10 de junio de 1921, *Commune de Monségur*\* y nuestras obs.).

Pero, tal y como señalaba el Comisario del Gobierno, el papel del Estado ha cambiado: «durante mucho tiempo, recurrió a la colaboración de particulares para ejecutar las obras destinadas a formar parte del dominio público, una vez los empresarios hubieran satisfecho sus expectativas de remuneración con el mero hecho de tener la obra a su disposición durante un número determinado de años. Hoy en día, es el propio Estado el que ofrece o el que impone sus servicios de empresario o de director del proyecto a los particulares, cediéndoles, después de haber cobrado su parte, el fruto de su trabajo». Esta evolución es la que tuvo en cuenta el Consejo de Estado, después de que ya lo hubiera hecho el Tribunal de Conflictos.

En la sentencia *Effimieff*\*, de 28 de marzo de 1955, el Tribunal de Conflictos había admitido, en efecto, que las obras que llevaban a cabo las asociaciones de propietarios para la reconstrucción, si bien afectaban a inmuebles privados y se financiaban con fondos privados, tenían –debido a la misión de servicio público que se encomendaba a estas entidades públicas– un carácter público. Este mismo problema se planteaba en el caso de la reforestación: el Estado se compromete a

llevar a cabo la reforestación de una propiedad privada; interviene como director del proyecto, pero no conserva la propiedad de la plantación; y, si adelanta los fondos necesarios para acometer las obras, los recupera a continuación con el producto de la explotación; pese a todo, se trata de una obra pública, ya que constituye el objeto mismo del servicio público de reforestación.

- 7 El alcance de la jurisprudencia *Effimieff\** y *Consorts Grimouard* se evidenció con el transcurso del tiempo. De ahí que el Consejo de Estado decidiera, contrariamente al sentido de su jurisprudencia anterior y a las conclusiones del Comisario del Gobierno Tricot, que tienen carácter público las obras que se llevan a cabo de oficio, para garantizar la seguridad de un edificio en peligro de derrumbe, amparándose en una declaración de peligro de derrumbe del alcalde o en una sentencia del tribunal administrativo: al acometer estas obras en edificios que son propiedad de particulares y al correr los propietarios con los gastos, el municipio cumple, en efecto, una misión de servicio público (CE As. 12 de abr. de 1957, *Mimouni*, Rec. 262; S. 1957.284, concl. Tricot; D. 1957.413, concl., nota P.L.J.; AJ 1957.II.272, cr. Fournier y Braibant; RA 1957.369, nota Bricet). Tal y como indicaba el Comisario del Gobierno, la solución de la sentencia *Mimouni* va más allá del caso particular de los inmuebles en peligro de derrumbe y se ha aplicado lógicamente a toda una serie de obras análogas (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Effimieff\**, citada *ut supra*).

Por el contrario, las obras que se efectúan en el marco de la gestión de los bienes que forman parte del dominio privado de las entidades públicas, como, por ejemplo, el trazado de un camino rural en los bosques de propiedad pública, no son obras públicas (TC 25 de junio de 1973, *Office national des forêts c. Béraud et entreprise Machari*, Rec. 847; v. n.º 36.3; – 5 de jul. de 1999, *Mme Menu et SA des établissements Gurdebeke et Office nationale des forêts*, Rec. 458), a menos que se permita también la circulación en general (CE 28 de sept. de 1988, *Office national des forêts c. Delle Dupouy*, Rec. 317; v. n.º 36.2).

- 8 Estas decisiones han contribuido a *revitalizar el concepto de servicio público*. Han suscitado un importante debate doctrinal. Aunque los defensores de la escuela del servicio público las acogieron con entusiasmo, es probable que hayan sido consideradas como obsoletas por los que albergaron la esperanza, tras las sentencias del Tribunal de Conflictos *Naliato* (22 de ene. de 1955, Rec. 614; RPDA 1955.53, con-

cl. Chardeau; D. 1956. 58, nota Eisenmann; RD publ. 1955. 716, nota M. Waline) y *Confédération générale des petites et moyennes entreprises* (28 de marzo de 1955, Rec. 616; JCP 1955.II.8971, nota Rivero), de que, a partir de entonces, se podría aseverar que el concepto de servicio público había perdido su papel explicativo en el Derecho Administrativo. Sin embargo, hay una inquietud que comparten casi todos los comentaristas: la incertidumbre que acompaña al concepto que sirve de fundamento a la solución: el concepto de servicio público.

La decisión *Ministre de l'agriculture* es bastante explícita respecto al concepto de servicio público. Define el concepto mediante la confluencia de tres elementos: una misión de interés general (en el caso que nos ocupa, la reconstitución de la masa forestal francesa); *un órgano* responsable de llevarla a cabo (la administración del agua y de los recursos forestales); unas prerrogativas especiales que se reconocen a este organismo (las obligaciones que puede imponer a los propietarios el reglamento de Administración Pública y la recaudación de impuestos para financiar el fondo forestal nacional). De este modo confluyen, en lo que un comentarista ha llamado el «clima jurídico del derecho público», los dos conceptos fundamentales del objetivo de servicio público y de los procedimientos exorbitantes del derecho común. Pero ambos pueden separarse: puede existir un servicio público sin que existan unas prerrogativas de poder público (CE Secc. 22 de febr. de 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*; v. n.º 48.4) y unas prerrogativas de poder público sin un servicio público (TC 9 de dic. de 1899, *Canal de Gignac\**, con nuestras obs.).

Uno y otro, juntos o por separado, constituyen los dos conceptos fundamentales del Derecho Administrativo.

## 68. DOMINIO PÚBLICO

### Consejo de Estado Secc., 19 de octubre de 1956, *Société «Le Béton»*

(Rec. 375; D. 1956.681, concl. Long; RD publ. 1957.310, concl.; AJ 1956.II.472, concl. y 488, cr. Fournier y Braibant; JCP 1957. II.9765, nota Blaevoet; RA 1956.617, y 1957.131, notas Liet-Veaux y Morice)

Considerando que de los elementos que obran en el expediente se desprende que, con el decreto de fecha 4 de febr. de 1932, se procedió a adjudicar a la Oficina Nacional de la Navegación, responsable, en su calidad de entidad pública, de la gestión del servicio público al que hace referencia su denominación, lo siguiente: «1.º la explotación de la maquinaria del puerto de transbordo y almacenamiento de Bonneuil-sur-Marne; 2.º la ampliación de las instalaciones actuales del puerto; 3.º la instalación de un puerto local en la proximidad inmediata del anterior; 4.º la posible instalación de un puerto industrial en la proximidad del puerto actual, aprovechando los terrenos que dependen del puerto y que están conectados o se van a conectar con las rutas terrestres ya existentes y con la vía férrea»; que, de conformidad con el artículo 19 *ter* del pliego de condiciones que se anexa a este decreto, «los terrenos que se incluyen en la adjudicación podrán alquilarse a particulares para que se destinen a usos industriales», en las condiciones que estipula el mencionado artículo; que, en particular, se detalla en los párrafos 3 y 4 de dicho artículo, de un lado, que «las condiciones de estos alquileres serán objeto de unos contratos especiales que deberán, en cualquier caso, o bien obligar al arrendatario, una vez terminado el contrato, a restituir los terrenos en el mismo estado en el que se encontraban antes de alquilarlos, o bien prever la entrega al Estado de las construcciones edificadas en los terrenos» y, de otro, que «sólo podrán acogerse a los alquileres de los terrenos con acceso a las vías navegables los establecimientos comerciales o industriales que utilicen habitualmente la navegación fluvial ya sea para la recepción, ya sea para el envío de las mercancías que comercializan o que fabrican en los terrenos implicados»;

Considerando, de un lado, que incluso en el supuesto de que fuera cierto, como pretende la empresa recurrente, que, en un contrato de

arrendamiento suscrito en 1926 con la empresa a la que ésta sustituyó, se declaraba que el terreno objeto del litigio formaba parte del dominio privado del Estado, es un hecho constatado que el contrato de arrendamiento que dio lugar a la presente causa fue suscrito entre la la Oficina Nacional de Navegación y la empresa «Le Béton» el 24 y 29 de jul. de 1937, es decir, en una fecha posterior a la concesión antes citada y según un régimen propio a esta nueva concesión; que, por consiguiente, este régimen es el que debe tenerse en cuenta en el momento presente para valorar el carácter jurídico del terreno;

Considerando, de otro lado, que cabe deducir de las disposiciones del decreto de 4 de febr. de 1932 y del pliego de condiciones anejo, en especial, de las disposiciones antes mencionadas, que, al amparo del régimen que se establece en dicho decreto, *la parte de los terrenos de los que consta el «puerto industrial» constituye uno de los elementos de la organización de conjunto que forma el puerto de Bonneuil-sur-Marne; que, por consiguiente, está destinada, al igual que el resto de las zonas del puerto, a cumplir la finalidad de utilidad general que determinó la adjudicación a la Oficina Nacional de Navegación de la totalidad de los terrenos y debido a la cual éstos pasaron a formar parte, con esta adjudicación, del dominio público del Estado;* que el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los terrenos adaptados para un uso común por parte de los usuarios de este puerto, los terrenos implicados hayan sido objeto de unos contratos de uso exclusivo, en favor de particulares o de empresas que ejercen actividades meramente privadas, no puede en modo alguno tener como consecuencia que queden excluidos del régimen de la demanialidad, dado que por su propia naturaleza sólo de este modo pueden contribuir al funcionamiento del puerto en su conjunto y, además, de la instrucción se desprende que en dichos terrenos se procedió a unas instalaciones destinadas a adaptarlos para este uso mediante su conexión con vías fluviales, férreas o terrestres cuya adecuación y conexión constituyen el puerto;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que el contrato objeto de litigio, al que se denomina «contrato de arrendamiento de un terreno industrial» suscrito dentro del marco de la concesión, contemplaba la ocupación del dominio público; que, al declararse competente para pronunciarse sobre el litigio suscitado por la aplicación de las estipulaciones de dicho contrato, el Consejo de la Prefectura del Sena procedió, por consiguiente, a aplicar literalmente las disposiciones del decreto de 17 de junio de 1938; ... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

Como concesionaria del puerto fluvial de Bonneuil-sur-Marne, se encomendó a la Oficina Nacional de Navegación (ONN), por medio del decreto de concesión de 4 de febr. de 1932, la instalación de un puerto industrial en las proximidades del puerto original, haciendo constar que, para alcanzar este objetivo, le estaba permitido alquilar a particulares los terrenos que dependían del puerto. Este fue el objeto de un contrato de arrendamiento suscrito con una empresa que instaló una fábrica de cemento en el terreno arrendado. Al haberse suscitado un litigio entre las partes, era necesario determinar si el terreno formaba o no parte del dominio público para poder establecer cuál era la jurisdicción competente –y, por tanto, cuáles eran las normas de fondo aplicables–.

- 1 I. Para resolver este problema, el Consejo de Estado tenía que definir qué se entendía por dominio público. Tal y como declaró el Comisario del Gobierno Long: «La abundancia de los antecedentes históricos, las soluciones parciales y discrepantes que ofrecía la Ley, las fórmulas prudentes y en constante evolución de la jurisprudencia, el interés jurídico del problema vinculado con una de las piezas fundamentales y más elaboradas del derecho privado –la propiedad– eran todos ellos elementos que convertían el criterio de la demanialidad en uno de los problemas predilectos de las construcciones doctrinales, y de todos es sabido que todos los grandes maestros del derecho público han dado su nombre a un concepto propio de este ámbito o, en su caso, a una teoría que niegue toda utilidad a este concepto».

a) «La doctrina considera hoy en día de forma casi unánime – señalaba el Comisario del Gobierno– que forman parte del dominio público los bienes destinados a un uso público o que han sido especialmente adaptados para la explotación de un servicio público. El requisito de una adecuación especial se consideró necesario para evitar que entraran a formar parte del dominio público el conjunto de los bienes destinados al servicio público, y las discrepancias entre los autores aparecen precisamente respecto al alcance de esta limitación, exigiendo algunos de ellos que los bienes sean esenciales, insustituibles para el servicio, mientras que otros se conforman con un simple acondicionamiento o lo exigen sólo en el caso de los bienes muebles.

«El Tribunal de Casación consagró, en líneas generales, la posición doctrinal sentada por una sentencia de su Sala de lo Civil de 7 de nov. de 1950 (Civ. 7 de nov. de 1950; S. 1952. 1. 173, nota G. Tixier) que se atuvo casi íntegramente a la definición que adoptó el 6 de nov. de 1947 la Comisión para la Reforma del Código Civil, según la cual: «salvo que la Ley disponga lo contrario, los bienes de las entidades administrativas y de las entidades públicas no forman parte del dominio público a menos que se de uno de los siguientes casos:

- que se hayan puesto o colocado a disposición del público usuario;
- que se hayan destinado a un servicio público, siempre y cuando se ajusten en tal caso –por su propia naturaleza o como resultado de unas adaptaciones específicas– de forma exclusiva o esencial a las necesidades concretas de dichos servicios...».

2            b) La jurisprudencia del Consejo de Estado todavía no había tomado claramente partido frente a esta propuesta, pese a que el Comisario del Gobierno R. Latournerie ya le había pedido que lo hiciera hacía mucho tiempo, en sus conclusiones sobre el caso *Marécar* (CE Secc. 28 de junio de 1935, Rec. 734; S. 1937.3.43, concl. R. Latournerie; D. 1936.3.20, concl., nota M. Waline; RD publ. 1935.590, concl., nota G. J.): «Como parte del patrimonio del Estado, los bienes de dominio público son todos aquellos que, al hallarse afectos a un servicio público, adquieren una naturaleza que convierte su uso, su puesta en funcionamiento en el fin mismo del servicio, salvo en los casos en que estos bienes no sean más que uno de los medios gracias a los cuales el servicio cumple su misión...». Pero, pese a adoptar la solución propuesta, la sentencia lo había hecho por motivos más triviales y más clásicos, siendo uno de los más destacados el hecho de que los cementerios se destinaran a un uso público.

En la jurisprudencia se apreciaba, no obstante, una mayor amplitud de miras y una evolución. Se había negado a reconocer el carácter demanial a unos terrenos que dependían del puerto autónomo de Burdeos, amparándose en el motivo de que no habían sido nunca objeto de una afectación al dominio público (CE 30 de mayo de 1951, *Sempé*, Rec. 297), fórmula demasiado amplia y difusa, que sin duda desvelaba las vacilaciones que se producían al respecto y el deseo de esperar a ver qué deparaba el futuro. La Sección de lo Contencioso-Administrativo se mostraría muy pronto mucho más clara al respecto, al negar una vez más el carácter demanial a un terreno que había adquirido la SNCF, alegando

como motivo que no se había procedido a acondicionarlo con vistas a su afectación al servicio público (CE Secc. 30 de oct. de 1953, *SNCF*, Rec. 463). Por último, había admitido que las columnas para anuncios instaladas en la vía pública formaban parte del dominio público (CE Secc. 20 de abr. de 1956, *Ville de Nice*, Rec. 162; RD publ. 1956.582, concl. Long; AJ 1956.II.266, nota P. Weil), pero la solución adoptada se justifica sobre todo por el hecho de que las columnas, constituyen uno de los accesorios de la red vial urbana en su aspecto más moderno.

Por otra parte, se deduce de las decisiones del Consejo de Estado que la afectación al dominio público incluye un elemento formal y un elemento de hecho. El elemento formal, llamado también clasificación, es el acto jurídico por el «se declara oficialmente que se destina un bien para tal o cual finalidad de utilidad pública» (M. Waline). Pero dicho acto no produce en sí mismo ningún efecto si no va seguido de la afectación de hecho a la finalidad elegida (CE 15 de junio de 1932, *Dame Lafitte*, Rec. 587). La afectación –en sentido formal– no es un acto solemne; puede ser implícita, es decir, derivarse indirectamente de un acto administrativo del que no es el fin único, ni directo –de un contrato, por ejemplo (CE 24 de marzo de 1905, *Commune de Saint-Géréon*, Rec. 300)–. «Así pues, la clasificación y la afectación no dejan de ser dos aspectos de una misma realidad; con el primero, la Administración determina el objetivo que se asigna a un bien y, con el segundo, procura que se cumpla este objetivo» (concl. Long).

- 3 c) El Consejo de Estado, según se desprende de las conclusiones de su comisario, se ha manifestado con la mayor claridad y prontitud a favor de la definición del dominio público contenida en el Proyecto de Reforma del Código Civil, y que ha asumido el Tribunal de Casación: después de haber puesto de manifiesto que la ONN tenía asignada una misión de servicio público, que incluía la instalación de un puerto industrial, comprobó que el terreno arrendado había sido objeto de unas instalaciones destinadas a convertirlo en adecuado para este uso, y dedujo de este hecho su pertenencia al dominio público.

II. Además de ser importante porque sienta un principio, esta decisión también lo es por las aclaraciones que aporta respecto a los dos elementos –servicio público y adecuación especial– del criterio adoptado:

- 4 1.º) El servicio público asume una modalidad especial puesto que consiste en hacer posible la instalación y el funcionamiento de un

puerto industrial y en que los terrenos arrendados se destinen a la consecución de este fin. Por tanto, poco importa que en ellos se desarrolle una actividad privada, puesto que sólo de este modo contribuyen a la organización del puerto. La demanialidad no es incompatible con el ejercicio de una industria y, en lugar de excluirlo, más bien recurre en ocasiones al uso privado de una parcela de dominio público, como demuestra el ejemplo de los titulares de derechos de puestos en las lonjas y los mercados. El Consejo de Estado ha incluso considerado que la ocupación del dominio público se puede conciliar con el contrato de concesión de servicios funerarios que, no obstante –tal y como se advierte en la decisión–, «no tiene el carácter precario y revocable que suele vincularse, en general, con las ocupaciones del dominio público» (CE As. 21 de oct. de 1955, *Delle Méline*, Rec. 491: S. 1956.111, y D. 1956.543, concl. Guionin).

- 5           2.º) En cuanto al acondicionamiento especial, se exige con el único objetivo de evitar que el concepto de dominio público tenga un contenido demasiado amplio (CE 8 de agosto de 1990, *Ministre de l'urbanisme, du logement et des transports c. Ville de Paris*, Rec. 247; CJEG 1991.15, concl. Frydman). Esta adecuación puede ser tanto natural como artificial, en el caso *Le Béton*, es sobre todo la ubicación de los terrenos arrendados –en el punto de confluencia de varias vías de comunicación– la que los convierte en insustituibles y permite afirmar que forman parte del dominio público.

- 6           **III.** El Código General de la Propiedad de las Personas Públicas (CGPPP), vigente desde el 1 de jul. de 2006, ha intentado delimitar todavía más el criterio restrictivo derivado del concepto de acondicionamiento especial, sustituyéndolo, en su artículo 2111-1 por el de «acondicionamiento indispensable» para la prestación del servicio público del que se trata. Esta precisión parece apropiada para reforzar la exigencia del carácter especial del acondicionamiento, tal y como se desprende de la decisión *Société «Le Béton»*, que conserva su valor de principio. Por lo demás, la definición que introduce el código no ha dado lugar, por sí sola, a una desclasificación de los bienes a los que se consideró como parte integrante del dominio público antes de su entrada en vigor (CE 3 de oct. de 2012, *Commune de Port-Vendres*, Rec. 742; BJCP 2013.44, concl. Dacosta; AJ 2013.471, nota Fatôme, Raunet y Léonetti; AJCT 2013.42, nota Grimaud). En cualquier caso, la relevancia que concede el código al concepto de acondicionamiento no implica

que desaparezca, como requisito de pertenencia al dominio público, el hecho de que el bien sea, de un lado, propiedad de una persona pública y se destine, de otro, al uso directo por el público o a un servicio público (TC 13 de oct. de 2014, *SA Axa France IARD*, Rec. 471; v. n.º 24.2).

7

IV. La decisión *Société «Le Béton»* se inscribe en la línea de las sentencias *Époux Bertin\** y *Grimouard\** de 20 de abr. de 1956, sentencias que, en lo que atañe respectivamente a los contratos y a las obras de las entidades públicas, ratificaron el papel preeminente que desempeña el concepto de servicio público en la determinación de la competencia administrativa. La jurisprudencia posterior dio ampliamente satisfacción al deseo que había expresado el Comisario de Gobierno Long, quién veía en el concepto de servicio público «el denominador común de los criterios de los contratos, las obras públicas y el dominio público»; porque «sin que baste por sí solo para definir hoy en día el campo de aplicación del Derecho Administrativo, es el único que puede tener efectos determinantes sobre el fondo de los litigios y justificar la aplicación de un régimen de derecho público».

En todo caso, antes de la entrada en vigor del artículo L. 2111-1 del CGPPP, el Consejo de Estado había aplicado de modo constante el criterio que se fundaba en la afectación al servicio público y en el acondicionamiento especial del bien. Consideraba, por tanto, que forman parte del dominio público:

– la alameda de los Alysamps que, al pertenecer a la ciudad de Arles, «se halla afecta a un servicio público de carácter cultural y turístico, y ha sido objeto de adecuaciones especiales para adaptarla para este uso» (CE As. 11 de mayo de 1959, *Dauphin*, Rec. 294; S. 1959.117 y D. 1959.314, concl. Mayras; JCP 1959.II.11269, nota de Lanversin; AJ 1959.II.113, cr. Combarous y Galabert; AJ 1959.II.228, nota Dufau);

– el estadio municipal de Toulouse, «edificado para permitir el desarrollo de actividades deportivas y de educación física que presenten un carácter de utilidad general» (CE 13 de jul. de 1961, *Ville de Toulouse*, Rec. 513; AJ 1961.467, cr. Galabert et Gentot); en cambio, en el caso del «Parc des Princes» de París, la jurisprudencia se fundó, para admitir la competencia administrativa, en la existencia de cláusulas exorbitantes en el contrato de arrendamiento, dejando así sin resolver la cuestión de si el estadio, que se utiliza sobre todo para la organización de espectáculos deportivos, forma parte o no del dominio

público (CE As. 26 de febr. de 1965, *Société du vélodrome du Parc des Princes*, Rec. 133; RD publ. 1965.506, concl. Bertrand; RD publ. 1965. 1175, nota M. Waline; CJEG 1966.32, nota A. C.; TC 16 de ene. de 1967, *Société du vélodrome du Parc des Princes*, Rec. 652; D. 1967.416, concl. Lindon; JCP 1967.II.15246, nota Charles; JCP 1968.I.2173, cr. Batailler-Demichel);

– el parking subterráneo del hotel Terminus de la estación de Lyon-Perrache que, al ser utilizado como parking por los viajeros, se halla afecto al servicio público de los ferrocarriles, y que se considera como especialmente adecuado para este fin ya que está situado muy cerca de la estación (CE Secc. 5 de febr. de 1965, *Société lyonnaise des transports*, Rec. 76; RD publ. 1965.493, concl. Galmot; CJEG 196.31, nota A. C.), al igual que el parking de un aeropuerto (TC 17 de nov. de 1975, *Gamba*, Rec. 800; AJ 1976.82, cr. Boyon y Nauwelaers);

– el ayuntamiento de Saint-Etienne, «especialmente acondicionado con miras a la agrupación de los servicios públicos municipales a los que estaba destinado» (CE Secc. 17 de marzo de 1967, *Ranchon*, Rec. 131; D. 1968.247, nota Leclercq; RD publ. 1968.180, nota M. Waline; AJ 1967.415, nota Dufau);

– el Palacio de Justicia de París (CE 23 de oct. de 1968, *Époux Brun*, Rec. 503);

– la explanada central del barrio de la Défense en los suburbios de París, pese a ser propiedad de una entidad pública y no de una colectividad pública (CE 21 de marzo de 1984, *Mansuy*, Rec. 616; CJEG 1984.J.258, nota Sablière y p. 274, concl. Dondoux; RFDA 1984.54, nota A. A.; D. 1984.510, nota Moderne; JCP 1985. II.20393, nota Hervouet; RD publ. 1984.1059, nota Y. Gaudemet);

– los bienes propiedad del Museo Nacional de Historia Natural (CE 23 de junio de 1986, *Thomas*, Rec. 167; AJ 1986.550, cr. Azibert y de Boisdeffre; RFDA 1987.194, concl. Stirn);

– el cuartel de una brigada territorial de la gendarmería, afecto al servicio público y «especialmente adecuado» para este fin (CE 7 de mayo de 2012, *SCP Mercadier et Krantz*, Rec. 742; AJ 2013.1172, nota Foulquier).

Se ha optado por la misma solución de pertenencia al dominio público en el caso de las Halles, aunque el ayuntamiento las hubiera clasificado como pertenecientes al dominio privado; todo ello confirma que la definición del dominio público se funda en un criterio material y

no formal (CE Secc. 22 de abr. de 1977, *Michaud*, Rec. 185; AJ 1977.441, concl. Franc, nota de Laubadère; RA 1977.376, obs. Darcy).

- 8 Por otra parte, para poner fin a unas controversias y a unas vacilaciones que perduraban desde hacia más de un siglo, el Consejo de Estado ha incluido en el dominio público los paseos públicos «afectos como tales al uso por el público y adecuados para este fin» (As. 22 de abr. de 1960, *Berthier*, Rec. 264; RD publ. 1960.1213, concl. Henry; AJ 1960.I.78, ch. Combarnous y Galabert; AJ 1960.I.140, nota Vergnaud: plaza acondicionada como jardín público; – Secc. 13 de jul. de 1961, *Dame Lauriau*, Rec. 486; RD publ. 1962.524, nota M. Waline; AJ 1961.469, cr. Galabert y Gentot: parque municipal; – Secc. 13 de jul. de 1961, *Compagnie fermière du casino municipal de Constantine*, Rec. 487; RD publ. 1961.1087, concl. A. Bernard; AJ 1961.469, cr. Galabert y Gentot: plaza). En virtud de esta jurisprudencia, se consideró que el bosque el Vincennes formaba parte del dominio público (CE 14 de junio de 1972, *Eidel*, Rec. 442; AJ 1973.495, nota Dufau). Se emitió el mismo dictamen respecto a la playa de Bonnegrâce en Six-Fours (Var), que «se destina a un uso público y está sujeta a un mantenimiento cuyas condiciones permiten aseverar que la playa es objeto de un acondicionamiento especial adaptado para este uso» (CE Secc. 30 de mayo de 1975, *Dame Gozzoli*, Rec. 325; AJ 1975.348, cr. Franc y Boyon). Esta decisión pone de relieve que el concepto de acondicionamiento especial se ha vuelto mucho más laxo, puesto que, en el citado caso, consistía exclusivamente en la obligación contractual de limpiar y regar la playa. No parece posible que la solución elegida pueda mantenerse mientras esté en vigor el art. L 2111-1 del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas.

El requisito del «acondicionamiento indispensable» al que alude el mencionado código se estableció para justificar la sujeción al régimen del dominio público de los bienes que se crean o se adquieren en el marco de una delegación de servicio público o de una adjudicación de obras, bienes que resultan necesarios para el funcionamiento del servicio público. Cuando no se disponga lo contrario en el convenio, estos bienes deben restituirse a la autoridad pública una vez éste se termine (CE As. 21 de dic. de 2012, *Commune de Douai*, Rec. 477, concl. Dacosta; RFDA 2013.25, concl.; BJCP 2013.136, concl.; AJ 2013.457, cr. Domino y Bretonneau; CMP febr. 2013.2, nota Llorens y Soler-Couteaux y com. 41, nota Eckert; CMP jul. de 2013, despacho 7, Llorens; RFDA 2013.513, nota Janicot y Lafaix; AJCT

febr. 2013.91, nota Didriche; JCP Adm. 2013.2044, nota Boda y Gueillier; DA 2013, n.º 20, nota Eveillard; LPA 22 de marzo de 2013, nota F. Michel; ACCP abr. de 2013, p. 79, nota Sestier).

- 9 El concepto de dominio público, tal y como lo define la jurisprudencia, presenta en todo caso algunas limitaciones.

Por ejemplo, en el caso de una iglesia propiedad de un municipio y que, con anterioridad, se encontraba en estado de abandono y había sido desclasificada, el Consejo de Estado consideró que el hecho de poner el edificio a disposición de una asociación no implicaba que se afectara al uso directo del público. 19 de oct. de 1990, *Association Saint Pie V et Saint Pie X de l'Orléanais*, Rec. 285; RD publ. 1990.1874 y AJ 1991.46, concl. de la Verpillière; JCP 1991.II.21649, nota Davignon; CJEG 1991.179, nota C. Mestre).

Además, el concepto de dominio público no se ha aplicado a conjuntos tan amplios como pueden ser los macizos forestales, entre ellos, el bosque de Fontainebleau (CE Secc. 20 de jul. de 1971, *Consorts Bolusset*, Rec. 547; AJ 1971.527, cr. Labetoulle y Cabanes), ni siquiera aquellos que están abiertos al público y que han sido especialmente acondicionadas para este fin (CE Sect. 28 de nov. de 1975, *Office national des forêts c. Abamonte*, Rec. 602; D. 1976.355, nota J.-M. Auby; JCP 1976.II.18467, nota Boivin; AJ 1976.149, nota Julien-Laferrrière; RD publ. 1976. 1051, nota M. Waline; RA 1976.36, nota Moderne).

- 10 En lo que respecta a las obras destinadas a la circulación vial, el requisito de un acondicionamiento especial no siempre se formula expresamente; pero ello no significa que se haya renunciado al mismo, ya que estas obras incluyen necesariamente un acondicionamiento de este tipo para responder a al fin que persiguen (CE 14 de junio de 1972, *Elkoubi*, Rec. 436, en el caso de la plaza de armas de Versalles, «destinada a la circulación general»).

La solución siguió siendo válida con la entrada en vigor del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas. Por consiguiente, ha de considerarse como parte del dominio público vial una plaza abierta a la circulación de peatones, afecta a este fin y propiedad de una persona pública (TC 13 de abr. de 2015, *SNC Worex c. Communauté urbaine de Lyon et société Thierry Chefneux assainissement*, demanda n.º 3999).

- 11 La aplicación del código no ha impedido que se reconozca como pertenecientes al dominio público:

– el castillo de Chambord, exceptuando los bosques que forman parte del mismo y que pertenecen al dominio privado de conformidad

con la Ley (Dictamen de la Asamblea General del Consejo de Estado de 19 de jul. de 2012; AJ 2013.1789, nota F. Melleray);

– las pistas de esquí alpino propiedad de una persona pública, que fueron objeto de la autorización de acondicionamiento prevista en el artículo L. 473-1 del Código de Urbanismo (CE Secc. 28 de abr. de 2014, *Commune de Val d'Isère*, Rec. 107, concl. Lallet; RJEP oct. de 2014. p. 16, concl.; AJ 2014.1258, cr. Bretonneau y Lessi; RDI 2014.571, nota Foulquier; JCP Adm. 2014.2235, nota Cornille; DA 2014, n° 50, nota Eveillard).

- 12** V. Además de haber sido crucial para la determinación de la demanialidad, la sentencia *Société «Le Béton»* también reviste un gran interés por el hecho de haber confirmado la transformación del dominio público. La definición de las condiciones de uso de este dominio es uno de los procedimientos de organización de un servicio público (v. CE Secc. 5 de mayo de 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Rec. 129; S. 1945.3.15 et D. 1944.164, concl. Chenot; RD publ. 1944. 236, concl., nota Jèze; Penant, 1947. 101, nota M. Waline). Lo que precede pretende ilustrar un tema del que se han ocupado tanto el Presidente Laroque (*cfr.* notar, S. 1932.3.65) como el Comisario del Gobierno Chenot (concl. citadas *ut supra*), según el cual: «El dominio público no es solamente un objeto del que debe ocuparse la policía administrativa, sino que es un concepto que engloba un número creciente de servicios de interés general y un bien cuya explotación eficaz debe asegurar la Administración, en aras del interés colectivo». En este mismo sentido: CE Secc. 29 de ene. de 1932, *Société des autobus antibois*, Rec. 117; S. 1932.3.65, nota P. L.; D. 1932.3.60, concl. R. Latournerie, nota Blaevoet; RD publ. 1932. 505, concl.) Las circunstancias del caso *Société «Le Béton»* ponen claramente de manifiesto que la evolución del concepto de demanialidad ha sido lo bastante flexible y profunda como para poder armonizarlo con la concepción moderna del puerto, entendido como un conjunto de terrenos que, al estar estratégicamente situados en un cruce de comunicaciones marítimas o fluviales, ferroviarias y terrestres, y al estar dotados de suministro eléctrico, constituyen un espacio ideal para la explotación de instalaciones industriales.

## 69. SERVICIOS JUDICIALES. COMPETENCIA. RESPONSABILIDAD

Tribunal de Casación, Civ. 23 de nov. de 1956,  
*Trésor public c/ Giry*

(Bull. civ. II, 407; D. 1957.34, concl. Lemoine; AJ 1957.II.91, cr. Fournier y Braibant; JCP 1956.II.9681, nota Esmein; RD publ. 1958.298, nota M. Waline).

*Sobre el primer motivo de impugnación:* – Considerando que de la sentencia impugnada se desprende que los cónyuges Duhamel, hosteleros de profesión, fueron descubiertos, en su habitación, asfixiados por una emanación de gas, que había inquietado a dos de sus clientes que ocupaban una habitación contigua; que el comisario de la policía se desplazó al lugar, acompañado del doctor Giry; que una explosión, cuya causa se desconoce, destruyó el inmueble; que el doctor Giry resultó herido, así como varias otras personas; – Considerando que el doctor Giry interpuso contra el Ministro de Justicia y contra el letrado del Ministerio de Hacienda una demanda, cuyo objeto era la reparación del perjuicio que se le había ocasionado; – Considerando que los jueces de segunda instancia hicieron constar que el doctor Giry, al que se había solicitado subsidiariamente que acudiera a atender a las personas intoxicadas, había sido objeto de un requerimiento, en las condiciones previstas en los art. 43 y 44 C. instr. crim., por un comisario de policía que intervenía en una causa penal en su calidad de auxiliar del Fiscal de la República; que los jueces dedujeron legítimamente de estos datos que el acontecimiento causante del perjuicio se había producido durante una operación de la policía judicial; – Considerando que se reprocha a la sentencia impugnada haber sustentado la condena de los acusados en el artículo 1384 párr. 1.º C. civ., según el cual la persona que tiene la cosa bajo su guarda es responsable de pleno derecho del perjuicio que ésta ha ocasionado; – Considerando que este reproche está justificado; – Considerando, en efecto, que la persona que tiene la cosa bajo su guarda es quien hace uso de la misma y quien tiene la facultad de vigilarla y de controlarla; – Considerando que los elementos de la causa no permiten atribuir a la policía judicial la responsabilidad de la guarda del edificio siniestrado, en el sentido en el que lo

entiende el texto antes citado; – *Pero considerando que la jurisdicción de los tribunales de justicia, a los que se apela regularmente a tenor de los principios de separación de los poderes y de independencia del poder judicial, tenía que pronunciarse sobre el fondo, en un litigio en el que se ponía en tela de juicio la responsabilidad del poder público, constituyendo el ejercicio del poder judicial una de las manifestaciones principales de este último;* – *Considerando que el Tribunal de Apelación sustentó incorrectamente su decisión en las disposiciones de derecho privado relativas a los delitos o cuasidelitos, no pudiendo dichas disposiciones ser invocadas para imputar una responsabilidad al Estado; que tenía, por el contrario, la facultad y el deber de remitirse, en este caso concreto, a las normas del derecho público;* – *Considerando que de la sentencia impugnada se deduce que, en el momento en que resultó herido, el doctor Giry, cuya presencia en el lugar de los hechos había sido solicitada por el representante de un servicio público, había pasado a convertirse en un colaborador ocasional de dicho servicio;* – *Considerando que la víctima de un perjuicio que se produce en tales circunstancias no tiene por qué soportar sus consecuencias; que la reparación de este perjuicio –sin que proceda investigar si se produjo una falta– incumbe a la colectividad en cuyo interés intervino el servicio implicado;* – *Considerando que, si se tienen en cuenta estos motivos de puro derecho, que se derivan de las constataciones de los jueces del hecho, los cuales sustituyeron de oficio a los que habían dictado la sentencia impugnada, cabe afirmar que la decisión de la sentencia citada está legalmente justificada;*

*Sobre el segundo motivo de impugnación en su primera argumentación:* – *Considerando que en la fecha en que se produjo la sentencia impugnada, no había ningún texto legal que prohibiera la presencia en la causa del Ministro de Justicia; que la ley de 3 de abr. de 1955, que reconoce al letrado del Ministerio de Hacienda el monopolio de la representación del Estado ante la justicia, no tiene efecto retroactivo;*

*Sobre el segundo motivo de impugnación, en su segunda y tercera argumentaciones:* – *Considerando que, con independencia de los argumentos superfluos argüidos, la sentencia impugnada confirmó el fallo dictado en primera instancia; que con este fallo se condenaba al Ministerio de Hacienda y al Ministro de Justicia, es decir, al Estado en la persona del ministro interesado, al pago de la cuantía asignada al señor Giry; de lo que se deduce que el motivo de impugnación carece*

de fundamento en su primera argumentación y que falta a la verdad, debido al hecho en el que se funda, en su segunda y su tercera argumentaciones;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 Una mañana del mes de diciembre de 1949, unos pescadores que habían acudido a tomar un refrigerio a la «Bonne Auberge», en Grigny, encontraron a los dueños del hotel asfixiados en su habitación, debido a una fuga del gas de alumbrado. Llamaron al médico, el doctor Perrier, y dieron aviso a la policía.

El doctor Perrier, después de haber comprobado la muerte de los hosteleros y atendido a otras dos víctimas, se encuentra, en el momento de abandonar el lugar de los hechos, con uno de sus colegas, el doctor Giry, al que el comisario de policía había solicitado que hiciera un informe sobre las causas de la asfixia y el estado de las víctimas; vuelve entonces a entrar en el hotel en compañía de este último; en ese mismo momento se produce una violenta explosión; unas treinta personas, entre ellas los dos médicos, resultan gravemente heridas. No se pudieron determinar las causas de las emanaciones de gas ni de la explosión.

El doctor Perrier solicitó una indemnización al municipio de Grigny; el Tribunal Administrativo de Versailles le dio la razón, mediante unas resoluciones que luego confirmó el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por el demandante; la jurisprudencia administrativa ya había admitido, en efecto, que los colaboradores ocasionales de los servicios públicos tienen derecho a una reparación de los perjuicios que les hayan sido ocasionados en el cumplimiento de su misión, aunque no se pueda imputar falta alguna a la Administración (v. CE 22 de nov. de 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*\* y nuestras obs.); el hecho de que la ayuda del médico no hubiera sido solicitada por la autoridad municipal no podía ser un obstáculo para la aplicación de esta jurisprudencia, habida cuenta de que la intervención del doctor Perrier se había debido a la urgencia de los hechos (CE Secc. 11 de oct. de 1957, *Commune de Grigny*, Rec. 524; v. n.º 54.2).

El doctor Giry, cuya colaboración había sido requerida por la autoridad policial para que participara en una investigación penal, solicitó por su parte una indemnización al Estado ante los tribunales ordina-

rios. Al serle remitida la demanda, el Tribunal del Sena consideró que los textos del Código Civil, en especial, el art. 1984 relativo al mandato y el art. 1384 relativo a la responsabilidad de los comitentes, no permitían darle la razón al demandante, ya que se refieren exclusivamente a las relaciones entre particulares; se remitió, no obstante, a los «principios generales del Derecho por los que se rigen tanto el derecho público como el derecho civil, a los que antaño se englobaba bajo el término de *ius civile*», y cuya «aplicación no es monopolio de una determinada jurisdicción»; entre estos principios, figuraba la regla de equidad según la cual «el perjuicio ocasionado a un particular, en el transcurso de una operación indispensable que se lleva a cabo en interés de un servicio público y que, por tanto, tiene carácter general, debe ser asumido por la colectividad y no exclusivamente por la víctima»; al aplicar de este modo los principios generales de la jurisprudencia administrativa a los colaboradores ocasionales del servicio público, admitía que el Estado debía reparar íntegramente los perjuicios causados al doctor Giry (T. civ. Sena 28 de nov. de 1952, JCP 1953.II.7371, nota Vedel).

Esta solución, aprobada sin reservas por el decano Vedel, fue censurada por el Tribunal de Apelación de París, cuando la Administración presentó un recurso ante este órgano. El Tribunal de Apelación estimó, en efecto, que los tribunales ordinarios debían sustentar sus decisiones en textos legales y que no había ningún texto que concediera una indemnización en caso de accidente a la persona que intervenía por requerimiento de una autoridad; si finalmente confirmó la condena del Estado fue debido a que el art. 1384 del Código Civil preveía una presunción de responsabilidad contra la persona que tenía bajo su guarda la cosa que había causado el perjuicio, dándose la circunstancia de que, en el caso que nos ocupa, la guarda del inmueble incumbía a la policía judicial en el momento en que se produjo el accidente (CA París 2 de febr. de 1955, JCP 1955.II.8619, nota Esmein; Gaz. Pal. 1955.1.169, concl. Dupin).

El recurso interpuesto por la Administración contra esta sentencia dio la oportunidad al Tribunal de Apelación de dictar una decisión cuya importancia radica tanto en sus fundamentos doctrinales como en sus consecuencias prácticas. Después de haber descartado el art. 1384 –ya que no se podía considerar a la policía judicial como responsable de la guarda de un inmueble en el que había entrado para investigar las causas de un accidente, y no para hacer uso del mismo ni para encargarse

de su vigilancia—, el Tribunal de Apelación retoma la solución adoptada por el Tribunal del Sena: el litigio pone en tela de juicio la responsabilidad del poder público en relación con el funcionamiento del servicio público de la justicia; los tribunales ordinarios tienen ante este mismo caso «la facultad y el deber de remitirse a las normas del derecho público»; deben en tal caso aplicar el principio según el cual la Administración incurre en responsabilidad sin falta frente a sus colaboradores ocasionales, ya sean estos colaboradores voluntarios o forzosos.

2 Pese a ser admitida sin ningún género de duda por los jueces de primera instancia, del Tribunal de Apelación y del Tribunal de Casación, y aunque la mayoría de los comentaristas se muestren de acuerdo, la competencia de los tribunales ordinarios para conocer del litigio puede prestarse a controversia. Aunque estos tribunales puedan, en virtud del principio de separación de los poderes, conocer de las causas relacionadas con el funcionamiento de los servicios de policía judicial (v. nuestras obs. sobre TC 27 de nov. de 1952, *Préfet de la Guyane\**), esta competencia se reduce a aquellos daños que hayan sido ocasionados ya sea por personas buscadas o perseguidas, ya sea por terceros; no concierne normalmente a aquellos perjuicios que hayan sido causados, en el desempeño de su misión, por agentes permanentes del servicio, siendo equiparables a éstos los colaboradores ocasionales: ello explica que el Consejo de Estado se haya considerado competente para pronunciarse sobre el recurso de un peatón herido por un malhechor en cuya persecución se había lanzado (Sect. 17 de abr. de 1953, *Pinguet*, Rec. 177; v. n.º 54.8); esta solución, por la que se optó en el caso de la colaboración voluntaria y espontánea, tenía con mayores motivos que aplicarse a los colaboradores forzosos; la situación de estos últimos está, en efecto, mucho más estrechamente vinculada con la propia organización de la policía judicial, la cual es competencia de la jurisdicción administrativa, que con su funcionamiento, el cual está sujeto al control de los tribunales ordinarios.

Estas reservas sobre la cuestión de la competencia no le restan importancia alguna a una sentencia que, en el fondo, aporta una respuesta a dos preguntas:

- ¿pueden los tribunales ordinarios aplicar las normas del derecho público? (I);
- ¿puede el Estado incurrir en responsabilidad por la actuación de los servicios judiciales? (II).

## I. La aplicación del Derecho Administrativo por las jurisdicciones ordinarias.

3 En principio, corresponde al juez administrativo aplicar el Derecho Administrativo (A). Aunque, en determinados casos, puede aplicarlo el juez ordinario (B).

A. En el sistema francés de separación de las jurisdicciones administrativa y ordinaria, *la competencia y el fondo están estrechamente vinculados*. La sentencia *Blanco\** enuncia este principio fundamental: el hecho de que la responsabilidad del poder público no esté sujeta a la aplicación de las normas que establece el Código Civil es el que explica que la resolución de sus contenciosos se encomiende al juez administrativo.

Cuando unas situaciones se rigen por relaciones de derecho público, su contencioso es competencia de la jurisdicción administrativa (por ej., los recursos de las personas públicas contra sus agentes: v. nuestras obs. sobre CE 28 de jul. de 1951, *Laruelle\** y *Delville\**). Por el contrario, cuando la acción administrativa se ejerce en las mismas condiciones que la de una persona privada, se rige por el derecho privado y está, a la vez, sometida a la competencia de los tribunales ordinarios (por ej., los contratos de derecho común suscritos por la Administración: CE 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges\**; los servicios públicos industriales y comerciales: TC 22 de ene. de 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain\**).

Esta concepción, que prevalece en toda la jurisprudencia en materia de reparto de competencias, está también presente en los textos legales; a menudo, las leyes que encomiendan a los tribunales ordinarios el contencioso de determinadas actividades administrativas disponen, al mismo tiempo, que estas actividades tengan que someterse a juicio con arreglo a las normas del derecho civil: tal es el caso, por ejemplo, de la ley de 5 de abr. de 1937 sobre los daños ocasionados o sufridos por alumnos de los colegios públicos, o también de la ley de 31 de dic. de 1957 sobre los accidentes ocasionados por vehículos administrativos; a la inversa, el Decreto-Ley de 17 de junio de 1928, que reconoció la competencia de la jurisdicción administrativa en el caso de los litigios relativos a contratos que suponen la ocupación del dominio público, tenía por objeto y tuvo como consecuencia que estos contratos tuvieran que someterse a las normas del derecho público.

El principio de vinculación entre competencia y fondo no ha impedido al Consejo de Estado recurrir, en caso necesario, a las disposiciones del Código Civil. Se vislumbra incluso un acercamiento entre determinadas soluciones del Derecho Administrativo y las del Derecho Privado, en particular, en el ámbito de la responsabilidad (v. n.º 1.7, nuestras obs. sobre TC 8 de febr. de 1873, *Blanco\**).

Ello no obsta para que, de un lado, el Consejo de Estado siga teniendo la posibilidad de utilizar los textos del Derecho Privado y para adoptar soluciones provenientes de éste y, de otro, los tribunales ordinarios se nieguen por regla general a aplicar directamente las normas del Derecho Administrativo.

- 4 B. La sentencia *Giry* impone, por el contrario, a los tribunales ordinarios la obligación de aplicar estas normas cuando tienen que conocer de un contencioso que, al estar relacionado con un *servicio judicial*, es de su competencia, pero que también, al afectar a un servicio público, depende, en cuanto al fondo, del *Derecho Público*.

El Tribunal de Casación adopta, en esta sentencia, una solución que, lejos de sustentarse en los textos del Derecho Civil, se limita a extrapolar los principios sentados por el Consejo de Estado en lo relativo a la responsabilidad de la Administración frente a sus colaboradores ocasionales. La competencia de la jurisdicción ordinaria no se justifica, en este caso, por el deseo de someter una actividad de servicio público al derecho privado; cuando el Estado cumple su misión de policía judicial, no actúa como un particular; se manifiesta, por el contrario, en su calidad de poder público; debe, por consiguiente, someterse al régimen de responsabilidad del poder público, con independencia de quien sea el juez competente en la materia. Constituiría un hecho anómalo, contrario a la lógica y al sentido común que la policía administrativa y la policía judicial, que son funciones que a menudo ejercen las mismas personas, y que conllevan la implementación de los mismos recursos materiales, se rijan por sistemas distintos de responsabilidad por el único hecho de ser enjuiciadas por jurisdicciones distintas.

Al tomar la decisión de disociar, en este caso, la competencia y el fondo, el Tribunal de Casación reconoció que el carácter de la actividad sometida a juicio prevalece por encima de la naturaleza del órgano al que compete juzgar; y, al limitarse pura y simplemente a retomar las normas sentadas por el juez habitual del poder público, consagró, por encima de la dualidad de las autoridades contenciosas, la unidad fundamental de los principios jurídicos.

5

La jurisprudencia *Giry* tiene también consecuencias, más allá de los servicios judiciales, en los contenciosos que el legislador ha traspasado a las jurisdicciones ordinarias pese a estar relacionados con cuestiones de orden administrativo (v. nuestras obs. sobre CC 23 de ene. de 1987, *Conseil de la concurrence*\*).

El traspaso de competencia no ha tenido ni como objetivo ni como resultado una modificación de la naturaleza de los litigios ni del Derecho aplicable a los mismos: las jurisdicciones ordinarias aplican soluciones del derecho público.

Por ejemplo, el Tribunal de Apelación de París se ha pronunciado sobre los recursos contra determinadas decisiones de la Comisión del Mercado de Valores, haciéndolo en ocasiones como juez del exceso de poder (CA París 12 de jul. de 1989, Bull. Jol. 1989.829; Com. 26 de oct. de 1993, Bull. civ. IV, n.º 352, p. 254; D. 1993.237, nota Decoopman) y en otras ocasiones como juez de plena jurisdicción (CA París 12 de ene. de 1994, RD bancario y bursátil 1994.37, nota Germain y Frison-Roche; Bull. Jol. Bourse 1994.120, nota Decoopman; 16 de marzo de 1994, JCP E 1994.II.605, nota Forsbach y Leloup).

En cuanto al fondo, aplica las normas del Derecho Administrativo, tales como, por ejemplo, aquellas que obligan a motivar los actos administrativos (CA París 13 de jul. de 1988, D. 1989.160, nota Le Cannu) o las que exigen una falta grave para que los órganos de control incurran en responsabilidad (CA París 6 de abr. de 1994, D. 1994.511, nota Decoopman), exactamente igual que lo exigía ya antes el Consejo de Estado (CE 22 de junio de 1984, *Société «Pierre et Cristal»*, Rec. 736; Rev. sociétés 1985.634, nota Daigne).

Además, el juez de lo penal, que dispone de plena competencia para valorar la legalidad de los actos administrativos, con independencia de que tengan o no carácter reglamentario, y de que sirvan de fundamento para el procesamiento o para la defensa (v. n.º 94.2), procede mediante la aplicación de las mismas normas y el ejercicio del mismo control que el juez administrativo.

Por tanto, los actos y actividades de naturaleza administrativa siguen rigiéndose por el Derecho Administrativo incluso cuando se apela a las jurisdicciones ordinarias para que se pronuncien en la materia.

Esta jurisprudencia no invalida la norma de vinculación entre competencia y fondo; su única consecuencia es que esta norma se descarta en los casos en que su aplicación no tiene ninguna justificación lógica y puede dar lugar a resultados injustos.

## II. La responsabilidad del Estado por el hecho de los servicios judiciales.

6 El segundo mérito de la sentencia *Giry* consiste en haber definido los límites de la irresponsabilidad del Estado en lo que respecta a la actividad de los servicios judiciales. Antes de que se dictara esta sentencia, los tribunales se negaban, cuando no existía un texto legal que les obligara a ello, a admitir que la Administración incurría en responsabilidad por esta actividad; exceptuando la revisión de los errores judiciales, los litigantes no tenían en la práctica ningún otro amparo aparte del procedimiento de la *prise à partie*, muy difícil de poner en práctica y cuyo campo de aplicación se reduce a las faltas graves de los magistrados y funcionarios que la jurisprudencia equipara a éstos (miembros del Ministerio Fiscal, oficiales de la policía judicial, comisarios de policía...).

Se daba entonces comúnmente por sentado que cualquier declaración de incompetencia del juez administrativo equivalía de hecho, en esta materia, a una denegación de justicia.

Esta situación no era conforme con el principio de igualdad y carecía de fundamento jurídico. En sus conclusiones sobre el caso *Baud* (CE 11 de mayo de 1951, S. 1952.3.13), el Comisario del Gobierno J. Delvolvé había puesto de manifiesto que la irresponsabilidad del Estado tiene a la vez su fundamento y sus límites en la autoridad de las decisiones de justicia: estas decisiones, que tienen la fuerza de una verdad legal, no pueden ser censuradas por la vía de una demanda por daños y perjuicios; pero «esta norma sólo es válida para el acto jurisdiccional propiamente dicho... y no para aquellos actos y operaciones que contribuyen a su preparación». Esta doctrina fue introducida en el Derecho positivo por la sentencia *Giry*, en la que el Tribunal de Casación admitía que el Estado puede incurrir en responsabilidad sin falta frente a los colaboradores ocasionales del servicio público de justicia, en lo que respecta al riesgo y en aplicación de los principios generales del derecho público.

7 *La policía judicial* ha sido el principal ámbito de aplicación de la jurisprudencia *Giry*, estando algunos de los casos relacionados, por ejemplo, con el uso de armas de fuego, las detenciones (caso *Issartier*: Cass. civ. 13 de nov. de 1968, Bull. civ. II, n.º 266, p. 186; RTD civ. 1969. 575, obs. Durry; – civ. 16 de marzo de 1972, Bull. civ. III, n.º 82, p. 63; – caso *Vavon*: TGI París 13 de mayo de 1970, AJ 1970.508,

nota Dreyfus), y las incautaciones (CA Douai 3 de ene. de 1962, *Lenfant*, JCP 1962.II.15260, nota Vedel: incautación de un automóvil), en particular, de libros y periódicos al amparo del antiguo art. 30. C. pr. pen. (CA París 3 de junio de 1964, *Papon et Agent judiciaire du Trésor c. Société Fermière «Libération»*, D. 1965.98, nota Maestre; JCP 1964. II.13833, nota Ch. Debbasch; CA Orleans 15 de junio de 1966, *Société «Le Nouvel Observateur»*, JCP 1967.II.15104, nota Ch. Debbasch).

Determinados servicios, como el registro civil, que dependen de la autoridad judicial, también dan lugar a un procedimiento contencioso ante los tribunales ordinarios, en el que se aplica el derecho público (Civ. 1.º 6 de febr. de 2007, Bull. civ. I, n.º 49, p. 43; AJ 2008.531, nota Van Lang; JCP Adm. 2007.2131, nota Renard-Payen; RFDA 2007.1263 nota Eveillard). En estos casos, los tribunales ordinarios tienen la oportunidad de aplicar diferentes normas de responsabilidad del poder público: distinción entre falta personal y falta de servicio (Civ. 1.º 6 de febr. de 2007, citada *ut supra*: falta de servicio de un alcalde en relación con la celebración de una boda; Crim. 14 de junio de 2005, AJ 2006.1058, nota Deffigier: falta inexcusable de una gravedad especial cometida por un gendarme en el ejercicio de una actividad de policía judicial, que tiene el carácter de una falta personal), técnica de acumulación de responsabilidades, exigencia de una falta grave, responsabilidad por riesgo (en lo respecta a los colaboradores ocasionales, como en el caso *Giry*; por el hecho de la utilización de armas de fuego: 24 de junio de 1949, *Lecomte*, Rec. 307; v. n.º 33.2).

En lo que respecta a los colaboradores ocasionales, el Tribunal de Casación ha permitido que un mandatario liquidador se acoja al régimen de la responsabilidad sin falta (Civ. 1.º 30 de ene. de 1996, *Morand c. Agent judiciaire du Trésor*, Bull. civ. I, n.º 51, p. 32; JCP 1996. II.22608, informe Sargos; D. 1997.83, nota Legrand; RD publ. 1997.235, nota J.-M. Auby; RFDA 1997. 1301, nota Bon), ampliando así no sólo la sentencia *Giry*, sino también la jurisprudencia del Consejo de Estado, al aplicar el mismo régimen a un perito judicial que había «participado en el funcionamiento del servicio público de la justicia administrativa» (CE Secc. 26 de febr. de 1971, *Aragon*, Rec. 172; v. n.º 54.3).

- 8** El servicio público judicial no se reduce a la policía judicial. Incluye también, y sobre todo, la *actividad jurisdiccional* propiamente dicha, que consiste en impartir justicia.

■ JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

Poner en tela de juicio la responsabilidad de este servicio plantea problemas de imputabilidad y suscita las mismas objeciones en la justicia ordinaria y en la justicia administrativa (v. nuestras obs. sobre CE 27 de febr. de 2004, *Mme Popin\**).

## 70. ACTOS ADMINISTRATIVOS. INEXISTENCIA

### Consejo de Estado As., 31 de mayo de 1957, *Rosan Girard*

(Rec. 355, concl. Gazier; AJ 1957.II.273, cr. Fournier y Braibant; RA 1958. 152, nota P. W.)

Considerando que el documento que se registró con el n.º 26.188 en la Secretaría de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado no es una demanda contra el decreto de 2 de mayo de 1953, sino más bien una demanda con la que se solicita a dicho Consejo que se pronuncie con carácter urgente sobre el recurso que el señor Rosan Girard pretendía interponer contra el mencionado decreto:

#### *Sobre la demanda del señor Rosan Girard:*

Considerando que, según los términos del artículo 44 de la ley de 5 de abr. de 1884, «cuando no puede constituirse un concejo municipal, se encomiendan sus funciones a una delegación especial»; que el decreto impugnado, que instituyó una delegación especial en el municipio de Moule (Guadalupe), se promulgó en aplicación de dicho artículo;

Considerando que de los elementos que obran en el expediente se desprende que el acta de recuento general de los votos, en la que se proclama la elección de veintisiete concejales municipales y que, según consta en la misma, se levantó el 26 de abr. de 1953 a las 24 horas, fue establecida por el Presidente y los miembros de la 1.<sup>a</sup> mesa, encargada de las funciones de coordinación, tras el proceso electoral que se había celebrado ese mismo día en el municipio de Moule para renovar el concejo municipal; que, aunque el Ministro del Interior afirma, en sus observaciones sobre el recurso, que no se hizo pública ninguna proclamación y que el acta mencionada es un documento ficticio, ninguno de los elementos del expediente aporta indicio alguno de prueba en apoyo de estas alegaciones, desmentidas expresamente por el recurrente que había presidido la mesa electoral con funciones de coordinación; que no cabe considerar la proclamación de esta mesa como inexistente ni por la circunstancia de que se hubieran producido incidentes durante el escrutinio, ni por el hecho de que el escrutinio general, del que se encargó la mesa electoral coordinadora, sólo se hubiera hecho con los resultados de tres de las cuatro mesas, debido a la incautación de la urna de la 2.<sup>a</sup> mesa y su traslado a la prefectura para que el

recuento fuera efectuado por el Consejo de la Prefectura, reunido para actuar como mesa electoral en virtud de un decreto del prefecto de 26 de abr. de 1953, no habiéndose, de hecho, comunicado el resultado hasta el día siguiente; que los defectos de los que adolece dicha proclamación sólo justificaban, dada su naturaleza, la anulación del proceso electoral por el juez de la elección, al que se apela normalmente con este fin ya sea mediante un recurso prefectoral o mediante la protesta de un elector; que, por consiguiente, el prefecto de Guadalupe, al hacer constar, con su orden n.º 53-618 del 27 de abr. de 1953, la inexistencia del proceso electoral que se había llevado a cabo el día anterior en la ciudad de Moule, intervino en una materia reservada por Ley a la jurisdicción administrativa; *que dada la gravedad del menoscabo que la actuación de la autoridad administrativa supuso para las atribuciones del juez electoral, la mencionada orden debe ser considerada como nula y sin valor*; que, por consiguiente, aunque no se haya remitido en primera instancia al juez competente para que declarara su nulidad, ello no puede en modo alguno ser un obstáculo para que la proclamación de electos por la mesa electoral coordinadora surta efecto;

Considerando que, aunque el Consejo de la Prefectura, que se reunió para actuar como mesa electoral, hizo constar el 29 de abr. de 1953, que no procedía la proclamación de electos, se desprende de cuanto antecede que, dado los resultados de la instrucción, cabe considerar que la mesa coordinadora procedió efectivamente a la proclamación de la elección de 27 concejales municipales el 26 de abr. de 1953; que dicha proclamación, que no fue impugnada ante el Consejo de la Prefectura, pasó a tener carácter definitivo;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que legalmente no cabía aplicar, en este caso concreto, las disposiciones antes citadas del artículo 44 de la ley de 5 de abr. de 1884; que, por consiguiente, el señor Rosan Girard tiene motivos fundados para sostener que el decreto impugnado, por el que se instituía una delegación especial en Moule en aplicación de este artículo, adolece de un defecto por exceso de poder;... (Decreto anulado).

## OBSERVACIONES

- 1 Las elecciones municipales en el municipio de Moule (Guadalupe) se celebraron el 26 de abr. de 1953. Se produjeron incidentes du-

rante la votación y el escrutinio. Por la tarde, la gendarmería se incautó de una de las cuatro urnas y el prefecto instó al doctor Rosan Girard, diputado comunista, alcalde saliente y presidente de la mesa coordinadora, que ordenara el traslado a la prefectura de las actas de recuento de las otras tres mesas electorales, con el fin de que el consejo de la prefectura, reunido para actuar como mesa electoral, procediera al escrutinio de la urna incautada y a levantar el acta general. El doctor Rosan Girard se negó a tener en cuenta estas instrucciones; a medianoche, la mesa coordinadora procedió a la proclamación como electa de la lista comunista, basándose en los resultados que tenía en su poder.

En lugar de remitir estos resultados al Consejo de la Prefectura según el procedimiento normal, el prefecto promulgó el 27 de abril un decreto en el que se hacía constar la inexistencia del proceso electoral. A continuación, se instituyó una delegación especial mediante el decreto de 2 de mayo de 1953, promulgado en virtud del art. 44 de la ley de 5 de abr. de 1884; se procedió a unas nuevas elecciones el 5 de julio siguiente; éstas dieron la mayoría a las listas no comunistas. El doctor Rosan Girard y sus amigos impugnaron, a la vez, los actos administrativos que se habían dictado y el nuevo proceso electoral. Después de ser rechazados algunos de los recursos interpuestos, alegando que se habían presentado fuera de plazo o ante una jurisdicción incompetente, el Consejo de Estado les dio la razón en el fondo con dos sentencias dictadas en Asamblea el 31 de mayo de 1957.

El Consejo de Estado declaró: que cabía considerar como inexistente el propio decreto del prefecto, que hacía constar la inexistencia del proceso electoral del 26 de abr. de 1953; que, por consiguiente, y pese a no haberlo remitido dentro de los plazos establecidos al juez competente, no podía servir de fundamento legal al decreto de instauración de la delegación especial; que, de otro lado, la proclamación de los resultados de las elecciones por la mesa coordinadora había adquirido carácter definitivo, al no haber sido impugnada. Por tanto, procedió a anular el decreto que instituía una delegación especial (decisión *Rosan Girard*), y las elecciones del 5 de jul. de 1953 (decisión CE As. 31 de mayo de 1957, *Lansier et Herem*, Rec. 359).

Sin embargo, el caso no se cerró con esta sentencia. Negándose a asumir las consecuencias de la cosa juzgada, el gobierno, en lugar de proceder a la formación del concejo municipal electo el 26 de abr. de 1953 y que había sido expulsado ilegalmente del ayuntamiento desde hacía cuatro años, pronunció su disolución por medio de un decreto

de 4 de jul. de 1957 e instauró una nueva delegación especial. Este decreto también fue anulado, tras presentar el señor Rosan Girard un nuevo recurso, con una decisión de 9 de nov. de 1959 (Rec. 584; D. 1960.83, nota M. A.). Mientras tanto, se habían celebrado nuevas elecciones el 1 de sept. de 1957: la lista comunista había conseguido veinte de los veintisiete escaños.

Desde el punto de vista jurídico, la sentencia *Rosan Girard* es importante por la aplicación que hace de la teoría de la inexistencia en el Derecho Administrativo. En efecto, el Consejo de Estado califica en su sentencia el decreto prefectoral de 27 de abr. de 1953 de «nulo y sin valor»: esta expresión significa que lo considera como inexistente.

El concepto de inexistencia jurídica ha sido objeto, desde la época de Laferrière, de numerosos estudios y controversias doctrinales. Pero rara vez aparece en la jurisprudencia y no es fácil construir una teoría general a partir del derecho positivo. Las sentencias sólo aportan una información parcial sobre sus *requisitos* (I) y sus *efectos* (II).

2            I. *Los requisitos de la inexistencia* son más fáciles de definir en el caso de la inexistencia material (A) que en el de la inexistencia jurídica (B).

A. Un acto puede no existir *materialmente*; es decir, no haber sido dictado nunca, de hecho (CE Secc. 26 de ene. de 1951, *Galy*, Rec. 46; S. 1951.3.52, concl. Odent: acto del que no se ha podido encontrar ninguna huella en los archivos de la Administración; - 28 de febr. de 1947, *Mégevand*, Rec. 85; S. 1948. 3. 41, nota J.-M. Auby: supuesta deliberación del concejo municipal que no había sido más que una moción aprobada por algunos concejales; - 28 de febr. de 1986, *Commissaire de la République des Landes*, Rec. 50; AJ 1986. 326, nota J. Moreau; RD publ. 1986.1468, nota J.-M. Auby; RFDA 1987. 219, nota Douence; GACA, n.º 40: unas «supuestas deliberaciones, que emanan en realidad del alcalde, y que no fueron nunca aprobadas por el concejo municipal, deben ser consideradas como unos actos nulos y sin efecto; - 9 de mayo de 1990, *Commune de Lavour c. Lozar*, Rec. 115; D. 1991.SC.136, obs Llorens y Soler-Couteaux: aunque la cuestión de una posible compra de un castillo y de su parque se haya planteado durante un pleno del ayuntamiento, no se produjo ninguna deliberación del concejo municipal que desembocara en la decisión de proceder a esta compra o que autorizara al alcalde a llevarla a cabo;

«esta supuesta deliberación debe, por tanto, ser considerada como un acto nulo cuya inexistencia puede comprobarse en cualquier momento»). Es posible comprobar que un acto no existe, en el sentido más común del término. La cuestión sólo plantea problemas prácticos en relación con la prueba.

En el caso *Rosan Girard*, el ministro había sostenido que no se había producido, de hecho, la proclamación pública de los resultados electorales, y que el acta que los recogía era un documento enteramente ficticio: al no aportar indicio alguno de prueba para sustentar estas alegaciones formalmente desmentidas por el presidente de la mesa electoral, el Consejo de Estado las descartó.

3

B. *La inexistencia jurídica* es más difícil de identificar en los casos en que el acto se dictó formalmente, pero se considera, pese a todo, que no existió. Los requisitos para que se confirme esta inexistencia son inciertos. El acto inexistente es siempre un acto en el que se aprecia una ilegalidad especialmente grave y manifiesta; pero no resulta posible, en el estado actual de la jurisprudencia, aportar una definición más exacta, que enuncie el conjunto de los requisitos necesarios y suficientes que puedan aplicarse al conjunto de los supuestos.

Se ha cuestionado si la teoría de la inexistencia tiene el mismo campo de aplicación que la vía de hecho, habiendo sido esta última objeto de una jurisprudencia muy abundante y muy precisa (v. nuestras obs. sobre TC 17 de junio de 2013, *Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman\**). El Consejo de Estado no ha aceptado esta equiparación, ya que determinadas actuaciones constitutivas de una vía de hecho se consideran ilegales, pero no inexistentes (CE Secc. 31 de ene. de 1958, *Société des établissements Lassalle-Astis*, Rec. 63; AJ 1958.II.90, cr. Fournier y Braibant). Por el contrario, el Tribunal de Conflictos ha vinculado ambos conceptos: las decisiones que tienen el carácter de una vía de hecho «deben ser consideradas como nulas y sin valor», lo que equivale a considerarlas inexistentes (TC 27 de junio de 1966, *Guigon*, Rec. 830; v. n.º 115.6); y el Consejo de Estado se ha atenido a esta solución (13 de jul. de 1966, *Guigon*, Rec. 476; D. 1966.669, nota F.-G. Bertrand – hallamos otro ejemplo de una decisión constitutiva de una vía de hecho que, por este motivo, ha de ser considerada como nula y sin valor en la siguiente sentencia: CE 11 de marzo de 1998, *Ministre de l'intérieur c. Mme Auger*, Rec. 676).

No obstante, de esta jurisprudencia no cabe deducir que los ámbitos respectivos de la vía de hecho y de la inexistencia coincidan ple-

namente. Por una parte, la vía de hecho puede consistir, no en una decisión, sino en la ejecución material de una decisión en condiciones irregulares, mientras que sólo se puede calificar de inexistente un acto jurídico. Por otra parte, el Consejo de Estado considera como inexistentes actos que no constituyen una vía de hecho; como no ha formulado una definición general de tales actos, no cabe más remedio que limitarse a hacer un inventario de los principales casos en los que ha optado por esta solución o la ha descartado.

- 4 Puesto que la inexistencia de un acto debe ser declarada de oficio por el juez, el Consejo de Estado la descarta cada vez que desestima una demanda o que anula el acto impugnado por un simple motivo de ilegalidad. En determinados casos, poco frecuentes en la práctica, la argumentación de los litigantes ha llevado al Consejo a descartar expresamente la inexistencia; esto es lo que ha ocurrido, en particular, en el caso de determinadas decisiones adoptadas en relación con funcionarios: nombramientos por un ministro distinto de aquel del que dependen, o sin el visto bueno de este último (CE Secc. 18 de dic. de 1953, *Welter*, Rec. 564; – 22 de ene. de 1954, *Pacha*, Rec. 46 y 17 de marzo de 1954, *Dame Dardant*, Rec. 163; AJ 1954.II *bis*.5, cr. Gazier y Long); nombramientos o ascensos a una categoría que ya no existe (CE 7 de agosto de 2008, *Mme Le Cointe*, Rec. 575; BJCL 2008.756, concl. Glaser) o a un puesto que no se podía crear (CE 2 de junio de 2010, *Commune de Loos*, Rec. 186; AJ 2010.2216, nota de Montecler; JCP Adm. 2010.2345, nota Jean-Pierre), o incluso que se han producido pese a una condena penal anterior que tenía que haber sido un obstáculo para que ocurrieran (CE As. 10 de febr. de 1961, *Chabran*, Rec. 102, concl. Heumann). Hallamos unos ejemplos negativos en otros ámbitos: expulsión del territorio francés de una persona de nacionalidad francesa (CE Secc. 4 de jul. de 1980, *Zemma*, Rec. 299, concl. Bacquet; AJ 1980.640, cr. Feffer y Robineau); deliberación en la que supuestamente se trató una cuestión que no formaba parte del orden del día, que se firmó en medio de la confusión y cuyo registro fue firmado con retraso por los concejales municipales (CE 13 de junio de 1986, *Toribio et Bideau*, Rec. 161; AJ 1986.503, concl. Roux).

En cuanto a las decisiones positivas, sólo hallamos en la jurisprudencia unos cuantos casos, relacionados casi todos ellos con el contencioso de la función pública: nombramientos o ascensos que no van precedidos de una asignación de plaza (CE Secc. 30 de junio de 1950, *Massonaud*, Rec. 400, concl. J. Delvolvé; S. 1951.3.57, nota

F. M.; – As. 15 de mayo de 1981, *Maurice*, Rec. 221; AJ 1982.86, concl. Bacquet; D. 1981. IR. obs. P. Delvolvé; D. 1982.147, nota Blondel y Julien-Laferrière; – Secc. 18 de ene. de 2013, *Syndicat de la magistrature*, Rec. 5; v. n.º 16.5); actos que se dictan en relación con un funcionario o que dicta un funcionario que ha superado el límite de edad, haciendo caso omiso de que se han roto los vínculos de este funcionario con el servicio (CE Secc. 3 de febr. de 1956, *de Fontbonne*, Rec. 45; RD publ. 1956.859, nota M. Waline; AJ 1956.II.93, cr. Gazier; – 26 de oct. de 2005, *Pinguet et autres*, Rec. 442). También ha sido declarada «nula y sin efecto» la decisión del «consejo de administración» de una ciudad, compuesto por el alcalde y sus tenientes de alcalde, «al que ninguna disposición de ley, o reglamento legalmente establecido, otorga competencia... para adoptar colegiadamente, en lugar del ayuntamiento o del alcalde, decisiones relativas a la administración municipal» y que constituye un organismo desprovisto de existencia legal» (CE 9 de nov. de 1983, *Saerens*, Rec. 453).

En la sentencia *Rosan Girard*, el Consejo de Estado alego una motivación más precisa y doctrinal, teniendo en cuenta «la gravedad del menoscabo que la actuación de la autoridad administrativa había supuesto para las atribuciones del juez electoral».

5

Pero no cabe deducir unas fórmulas generales a partir de las decisiones adoptadas. Hay intrusiones de la Administración en las atribuciones de los jueces –ya se trate del juez disciplinario, del juez contractual o, incluso, como en el caso *Rosan Girard*, del juez electoral– que sólo pueden ser calificadas de ilegales y anuladas por un defecto de exceso de poder (v. por ej.: CE 29 de marzo de 1950, *Torregrosa*, Rec. 194; – 26 de mayo de 1950, *Chambre syndicale des agents de change, courtiers de la Réunion et autres*, Rec. 313; – 2 de nov. de 1957, *Société des hauts fourneaux de Rouen*, Rec. 580). Y el hecho de pasar por alto la cosa juzgada, pese a constituir una ilegalidad, no llega, en la mayoría de los casos, a superar el umbral de la inexistencia (v. nuestras obs. sobre CE 8 de jul. de 1904, *Botta\**; – 26 de dic. de 1925, *Rodière\**).

Así pues, la categoría de los actos inexistentes engloba, hoy en día, de un lado, las decisiones constitutivas de una vía de hecho y, de otro, las decisiones e incluso los convenios (TA Versailles 12 de dic. de 1991, *Préfet du Val d'Oise c. Commune de Goussainville, Compagnie des eaux de Goussainville*, CJEG 1992.126) en los que se aprecia una grave ilegalidad y a los que el juez desea privar de todo efecto jurídico.

6 II. La jurisprudencia define mejor los *efectos* de la inexistencia que sus características.

En primer lugar, es indudable que el acto jurídico inexistente no lo es hasta el punto de no poder ser objeto de un recurso contencioso. Los interesados pueden impugnarlo, pedir su revocación (CE 26 de ene. de 2007, *Commune de Neuville-sur-Escaut*, Rec. 1009; BJCL 2007.126, concl. Derepas; JCP Adm. 2007.2058, nota Caille; JCP 2007.I.120, párr. 7, obs. Plessix), y el juez puede someterlo a examen como cualquier acto ordinario. La única diferencia, desde este punto de vista, reside en que el acto inexistente será declarado «nulo y sin valor», o «nulo y sin efecto», mientras que el acto ilegal simplemente se anula. Por lo demás, se trata de una diferencia puramente formal, puesto que, en uno y otro caso, la decisión desaparece, en principio, retroactivamente y «se considera que no se ha producido nunca» CE 26 de dic. de 1925, *Rodière\** y 11 de mayo de 2004, *Association AC !\**).

Reviste una mayor importancia la norma según la cual la inexistencia constituye, debido a su gravedad, un medio de orden público y debe, por tanto, ser pronunciada de oficio por el juez (*cf.* CE 5 de mayo de 1971, *Préfet de Paris et ministre de l'intérieur*, Rec. 329; AJ 1972. 301, nota V. S.). «El juez del exceso de poder, ante el que se interpone un recurso contra un acto nulo y sin valor, está obligado a comprobar su nulidad en cualquier momento» (CE Secc. 18 de ene. de 2013, *Syndicat de la magistrature*, Rec. 5; v. n.º 16.5).

Es más, el acto inexistente puede ser cuestionado indefinidamente: su remisión al juez no está sujeto a ningún plazo (CE 15 de mayo de 1981, *Maurice*, citada *ut supra*; – 28 de febr. de 1986, *Commissaire de la République des Landes*, citada *ut supra*); su inexistencia puede alegarse por vía de excepción en cualquier momento (*Rosan Girard*; – 9 de nov. de 1983, *Saerens*, citada *ut supra*), mientras que los recursos contra los actos meramente ilegales deben presentarse dentro de los plazos del recurso contencioso (13 de junio de 1986, *Toribio et Bideau*, citada *ut supra*), y la excepción de ilegalidad de un acto individual debe plantearse dentro de estos mismos plazos (CE 10 de mayo de 1957, *Enjalbert*, Rec. 304).

El régimen contencioso de los actos inexistentes repercute sobre su propia naturaleza: no pueden ni crear derechos ni adquirir un carácter definitivo. La Administración puede revocarlos en cualquier momento (CE 3 de febr. de 1956, *de Fontbonne*, citada *ut supra*), mientras que los actos generadores de derechos sólo pueden revocar-

se en determinadas condiciones (CE 26 de oct. de 2001, *Ternon\**, con nuestras obs.).

7

Los efectos de la inexistencia, que ha definido el propio juez administrativo, son precisamente los que lo incitan a hacer uso en determinados casos de este concepto que le permite, cuando lo considera necesario, escapar a la estricta lógica de los plazos del procedimiento y de las normas de la revocación (*cfr.* Prosper Weil, *Une résurrection: la théorie de l'inexistence en droit administratif*, D. 1958, cr. 49). Lo utiliza en los casos en los que resultaría particularmente chocante, cuando no escandaloso, que un acto genere unos derechos (nombroamiento sin puesto) o que sirva de fundamento legal a otro acto (*Rosan Girard*), o también en los casos en que la aplicación de los principios habituales podría fomentar unos abusos que, pese a ser menores en sí mismos, podrían convertirse en abusos graves si se generalizan (jurisprudencia sobre los límites de edad). Pero es igualmente comprensible que el recurso a este concepto tenga que mantener su carácter excepcional, ya que, de lo contrario, el propio principio de intangibilidad de los derechos que se derivan de una decisión individual perdería todo su sentido.

La teoría de la inexistencia se presenta, pues, como una construcción esencialmente empírica: el juez no tiene sobre la misma una concepción doctrinal, sino utilitaria; la considera una forma práctica de reforzar, en casos absolutamente excepcionales que él mismo determina, el control jurisdiccional que ejerce sobre la Administración.

## 71. PODER REGLAMENTARIO. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Consejo de Estado Secc., 26 jun. 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*

(Rec. 394; RD publ. 1959.1004, concl. Fournier; Rev. jur. et pol. d'outre-mer, 1960.441, concl.; AJ 1959.I.153, cr. Combarnous y Galabert; D. 1959.541, nota L'Huillier; RA 1959.381, nota Georgel; S. 1959.202, nota R. Drago)

*Sobre los motivos de inadmisión que opuso el Ministro de Francia de Ultramar contra la demanda del Sindicato General de Ingenieros Consultores:*

Considerando, por una parte, que aunque, después de haber sido publicado en el *Boletín Oficial* de la República Francesa de 27 de junio de 1947, el decreto impugnado no fue objeto, con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda, de ninguna otra medida de publicación en los territorios que entonces estaban bajo jurisdicción del Ministerio de Francia de Ultramar, esta circunstancia no suponía ningún obstáculo para que fuera impugnado mediante un recurso por exceso de poder por las personas que podían oponerse al mismo como resultado de una publicación posterior en los territorios de ultramar.

Considerando, por otra parte, que el Sindicato General de Ingenieros Consultores, algunos de cuyos miembros ejercen, en los territorios donde el decreto impugnado puede aplicarse, una actividad profesional cuyo ejercicio pretende reservar el citado decreto a las personas que acrediten poseer el título de arquitecto, tiene, por este mismo motivo, un interés legítimo en instar la anulación del decreto; que, por ende, la antedicha demanda es admisible;

*Sobre la intervención del sindicato de empresarios metropolitanos de obras públicas que operan en las colonias:*

Considerando que dicha asociación tiene interés en la anulación del decreto impugnado por cuanto limita el número de personas con las que los promotores de obras pueden contratar la dirección de obras de construcción; que, por consiguiente, su intervención en apoyo de la demanda interpuesta contra dicho decreto por la antedicha asociación es admisible;

*Sobre la legalidad del decreto impugnado:*

Considerando que el 25 de junio de 1947, cuando no había transcurrido el periodo transitorio previsto en el artículo 104 de la Constitución de 27 de oct. de 1946, el presidente del Consejo de Ministros ostentaba al amparo del artículo 47 de dicha Constitución el poder de regular mediante decreto, en los territorios dependientes del Ministerio de Francia de Ultramar, en aplicación del artículo 18 del senadoconsulto de 3 de mayo de 1854, cuestiones que en la metrópoli habían de ser reguladas por ley; *que, en el ejercicio de dichas potestades, debía respetar, no obstante, de un lado, las disposiciones de las leyes aplicables en los territorios de ultramar y, de otro, los principios generales del Derecho que, al emanar sobre todo del preámbulo de la Constitución, prevalecen sobre cualquier autoridad reglamentaria incluso en ausencia de disposiciones legales;*

Considerando, en primer lugar, que la ley de 31 de dic. de 1940 no era aplicable en los territorios objeto del decreto impugnado; que las disposiciones del Código Civil, que habían sido introducidas en estos territorios por decreto, sólo tenían en el mismo un valor reglamentario; que, por consiguiente, la asociación profesional recurrente carece de fundamento para alegar que el decreto impugnado adolece de un defecto de ilegalidad por vulnerar las prescripciones de estos dos textos;

Considerando, en segundo lugar, que al reservar a los arquitectos, en los territorios donde se aplica el decreto, la tarea de «diseñar cualesquiera edificios, determinar sus proporciones, estructura, distribución, diseñar sus planos, redactar los proyectos y coordinar el conjunto de su ejecución» y prohibir, así, a los miembros de otras profesiones realizar estas actividades, el decreto impugnado, aún regulando una materia reservada al legislador en la metrópoli, no vulneró ninguno de los principios arriba mencionados de un modo que permita tachar de ilegales las medidas que promulga;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 I. Según el senadoconsulto del 3 de mayo de 1854, las colonias se regían por decretos; así pues, para las colonias, el ejecutivo estaba investido de poderes legislativos. Este régimen estaba todavía en vigor cuando el Presidente del Consejo de Ministro, actuando en calidad de

legislador colonial, promulgó, el 25 de junio de 1947, un decreto por el que se regulaba la profesión de arquitecto en los territorios sometidos a la jurisdicción del Ministerio de Francia de Ultramar. Este decreto tenía especialmente por efecto instituir un amplio monopolio en favor de los arquitectos colegiados y limitar la responsabilidad de los mismos con respecto a la de los empresarios y proveedores; esta es la razón por la que fue impugnado por la asociación de ingenieros-consultores, ya que estos últimos resultaban perjudicados por el monopolio, siendo asimismo impugnado por la asociación de empresarios de obras públicas que operan en las colonias, temiendo éstos que su responsabilidad se viera ampliada.

Cuando el Consejo de Estado resolvió este asunto en 1959, su resolución sólo tenía un interés práctico limitado ya que la aplicación del decreto había quedado restringida a muy pocos territorios (*cf.* en el caso de la Polinesia, un decreto gubernativo de 19 de agosto de 1947).

Ahora bien, a veces sucede que asuntos que, en realidad, ya no presentan interés alguno para los recurrentes o la Administración, plantean problemas jurídicos de gran importancia; y el Consejo de Estado ha elaborado a menudo jurisprudencias fundamentales con motivo de causas de escasa importancia. Esto fue lo que ocurrió con el caso *Ingénieurs-conseils*. En concreto, los recurrentes alegaban contra el decreto impugnado la violación del principio de libertad de comercio e industria. El Consejo de Estado se vio, pues, forzado a precisar los límites de los poderes del legislador colonial. De una forma más general, y retomando la expresión del Comisario del Gobierno, debía dictaminar «si la autoridad reglamentaria, cuando dispone de un poder autónomo que no se reduce a la ejecución de las leyes, está o no limitada por reglas no escritas».

La Constitución de 4 de octubre de 1958 daba a esta cuestión una gran relevancia. De hecho, en su artículo 34 delimita el ámbito de la ley y, en virtud de su artículo 37, confiere al gobierno, fuera de dicho ámbito, un poder reglamentario autónomo y le permite, en las materias que escapan, así, de la competencia del legislador, modificar o derogar las leyes existentes.

Los actos adoptados en virtud de este poder reglamentario tienen un carácter administrativo y están sujetos al control de los tribunales, al igual que los reglamentos de la Administración Pública, los decretos en Consejo de Estado, los decretos coloniales y los decretos-leyes pendientes de convalidación (v. en este sentido CE Secc. 12 feb. de 1960, *Socié-*

*té Eky*, Rec. 101; v. n.º 17.4; – 18 mayo 1960, *Karle*, Rec. 333, concl. Fournier; – Secc. 28 oct 1960, *de Laboulaye*, Rec. 570; v. n.º 62.3).

Así pues, procedía determinar en esta materia cuál era el alcance de los poderes del gobierno, así como la eficacia del control jurisdiccional. O bien se reconoce al gobierno el derecho a hacer cuanto le plazca en su ámbito: en tal caso, sus poderes serían ilimitados en la esfera de su competencia; el riesgo de arbitrariedad sería, pues, importante y la intervención del juez tendría un carácter puramente formal. O bien, por el contrario, el gobierno está obligado a respetar, además de la propia Constitución, ciertos principios generales establecidos por la jurisprudencia, en cuyo caso el control jurisdiccional sobre la validez de los reglamentos autónomos podría ejercerse pertinentemente, limitando así la ampliación de las prerrogativas del ejecutivo. Estas son las preguntas a las que el Consejo de Estado aporta un comienzo de respuesta en la sentencia *Ingénieurs-conseils*.

2 II. Esta sentencia, cuya motivación es concisa y discreta, requiere ser aclarada con las conclusiones del Comisario del Gobierno Fournier.

a) En primer lugar, Fournier recuerda que la jurisprudencia ya había admitido la existencia de ciertos principios generales que debía respetar el «legislador colonial» (CE 23 nov 1936, *Abdoulhousen et autres*, Rec. 1015; S. 1937.3.25, nota M. L.). Dado que, en esta materia, el gobierno ostenta el poder legislativo, tal jurisprudencia solo podría justificarse si a dichos principios generales se les reconocía un valor superior a la Ley, es decir, constitucional o cuasi constitucional.

b) De otro lado, el Comisario del Gobierno precisó que las normas no escritas derivadas de la jurisprudencia no son todas de la misma naturaleza: algunas sólo tienen un valor legislativo o reglamentario, mientras que otras tienen carácter constitucional; por ello, a las primeras se las denomina «normas», reservando a las segundas la denominación de «principios».

Las «normas», que son las más numerosas, tienen un carácter meramente interpretativo o supletorio. «Sólo se aplican cuando no existen unas disposiciones escritas que estipulen lo contrario, y tienen un simple valor de interpretación. En función de la materia a la que hagan referencia, estarán supeditadas a las leyes o a los reglamentos. Dentro de este grupo estarían, por ejemplo, las reglas generales de procedimiento aplicables, incluso sin la existencia de un texto legal, a

todas las jurisdicciones administrativas». En esta categoría se incluirían, entre otras, la obligación de motivar las sentencias y de indicar el nombre de los magistrados, o la facultad de interponer un recurso administrativo previo al recurso contencioso, así como las reglas para el cálculo del quórum en los órganos colegiales.

Entre los «principios» que tienen un valor superior, es preciso hacer una nueva distinción entre las reglas de competencia y las reglas de fondo.

Las reglas de competencia determinan los poderes respectivos del legislador y del gobierno. Antes de 1958, tales reglas tenían su origen en la «tradicón constitucional republicana», a la que hacía especialmente referencia el dictamen del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1953 (RD publ. 1953.170). Actualmente, tales reglas están consagradas en la propia Constitución, en concreto, en su artículo 34. Por definición, estas reglas no tenían que ser respetadas por el legislador colonial, cuya competencia emanaba del senadoconsulta de 3 de mayo de 1854; ni tampoco debía cumplirlas el gobierno en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 37 de la Constitución de 1958.

En cuanto a las reglas de fondo, «se trataría de los principios generales del Derecho propiamente dichos, derivados de las declaraciones de derechos o deducidos por los tribunales de dichas declaraciones. Entre estos principios fundamentales, que forman los cimientos de nuestro sistema político, sin duda habría que incluir la igualdad de los ciudadanos, la garantía de las libertades esenciales, la separación de poderes y la autoridad de cosa juzgada, la no retroactividad de los actos de los poderes públicos y la intangibilidad de los derechos adquiridos, así como el derecho de los ciudadanos a impugnar los actos de los poderes públicos, derecho éste que tiene una forma pasiva (respeto de la defensa) y una forma activa (la facultad de interponer un recurso por exceso de poder). Asimismo, es preciso incluir, como contrapartida, el principio de la continuidad de los servicios públicos, esencial para la vida de la nación». Estos son los principios «que ha de respetar la autoridad reglamentaria, incluso cuando no esté limitada por la ley».

c) Una vez establecidas estas distinciones, el Comisario del Gobierno estima que la evolución reciente del Derecho ya no permitía incluir la libertad de comercio e industria entre estas reglas fundamentales y que, por consiguiente, el legislador colonial podía restringirla conforme estimara pertinente. Ahora bien, sobre este punto, la jurisprudencia posterior rebatió las opiniones del Comisario del Gobierno

(v. nuestras observaciones sobre la sentencia *Daudignac*\* de 22 de junio de 1951).

- 3           **III.** En el propio decreto se establece que el gobierno estaba obligado a respetar «los principios generales del Derecho que derivan en particular del Preámbulo de la Constitución y prevalecen sobre cualquier autoridad reglamentaria incluso en ausencia de disposiciones legales». Por otra parte, en términos análogos a los de una decisión anterior (CE As. 20 dic 1935, *Établissements Vézia*, Rec. 1212; v. n.º 48.1), el Consejo de Estado estima que, en el caso en cuestión, el decreto impugnado «no vulneraba ninguno de estos principios de tal forma que pudiera considerarse que las medidas que promulga estén viciadas de ilegalidad».

Ciertamente, esta redacción lacónica no permite saber exactamente en qué medida el Consejo de Estado entendía hacer suyas las proposiciones formuladas por el Comisario del Gobierno. Por lo demás, la sentencia tampoco tiene mucha importancia, ni por la aportación que hace a la teoría de los principios generales del Derecho, ni por la voluntad que manifiesta de someter el poder reglamentario al respeto de dichos principios.

- 4           1.º) La sentencia *Syndicat général des ingénieurs-conseils* consagra y precisa el concepto de los principios generales del Derecho, que desempeña una función esencial en la jurisprudencia del Consejo de Estado (v., entre otras, As. 25 de jun. de 1948, *Société du journal «L'Aurore»*\*; – As. 17 de febr. de 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*\*; – Sec. 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire*\*).

Lo cierto es que el Consejo de Estado no reconoció expresamente un valor constitucional a estos principios, pero tampoco rechazó formalmente los conceptos doctrinales que los colocan en el mismo plano que la ley (*cf.* nuestras observaciones sobre la sentencia *Société des concerts du Conservatoire*\* de 9 de marzo de 1951). De otro lado, él mismo había señalado que los «principios generales del Derecho tienen valor legislativo» en una decisión de 7 de febr. de 1958 (*Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*, Rec. 74; AJ 1958.II.130, concl. F. Grévisse) y retomó la expresión, con posterioridad a la sentencia *Ingénieurs-conseils*, en dos decisiones de 19 de

febr. de 1960 (*Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants*, Rec. 129 y 130).

Ahora bien, sea cual sea la terminología empleada, sin duda el Consejo de Estado pretendía, en línea con las conclusiones del Comisario del Gobierno, establecer distinciones entre las normas generales resultantes de la jurisprudencia y reservar la expresión de «principios generales del Derecho» a las normas de fondo que no tienen simplemente un carácter interpretativo o supletorio. De este modo admitió la existencia de principios con un valor superior, que son, en lo esencial, los enumerados por el señor Fournier en sus conclusiones y que prevalecen por sí solos sobre el poder reglamentario autónomo (para una enumeración más completa, v. Braibant, *L'arrêt «Syndicat général des ingénieurs-conseils» et la théorie des principes généraux du droit*, EDCE 1962.67). Asimismo, junto a esta categoría superior, el Consejo de Estado ha reconocido la existencia de normas supletorias, que un texto incluso reglamentario puede ignorar y a las que reserva generalmente la denominación de «reglas». Lo mismo sucede con la obligación de motivar en ciertos casos los actos administrativos (CE Secc. 26 ene 1973, *Garde des Sceaux c/ Lang*, Rec. 72; D. 1973.606, nota Pacteau), salvo si el acto en cuestión impone una sanción. En este último supuesto, la obligación de motivar deriva de la «garantía de los derechos» prevista en el artículo 16 de la Declaración de 1789 (CC n.º 2000-433 DC, 27 jul 2000, Rec. 121).

Las reglas de funcionamiento de las jurisdicciones administrativas se incluyen también entre las normas de procedimiento, con la excepción del carácter contradictorio del procedimiento que tiene un valor de principio general (v. nuestras observaciones a la sentencia *Téry*\* 20 de junio de 1913) sin perjuicio de los artículos 6 (derecho a un juicio justo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

- 5 2.º) En lo que respecta a los principios generales del Derecho propiamente dichos, «corresponde en exclusiva al legislador determinar su alcance, ampliando o restringiendo sus límites» (CE As. 4 de oct. de 1974, *Dame David*, Rec. 464, concl. Gentot; D. 1975.369, nota de J.-M. Auby; AJ 1974.525, cr. Franc y Boyon; JCP 1975.II.19967, nota de R. Drago). Así pues, y retomando la formulación de la sentencia *Ingénieurs-conseils*, «toda autoridad reglamentaria está obligada a respetarlos». Al emplear una expresión tan general, el Consejo de Estado estaba indicando su voluntad de aplicar la misma jurisprudencia

al nuevo poder reglamentario que emanaba del artículo 37 de la Constitución de 1958 (v., en este sentido, CE Secc. 28 de oct. de 1960, *de Laboulaye*, citada *ut supra*, n.º 72. 1; – As. 13 de jul. de 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec. 479; RD publ. 1962.739, concl. Braibant). También lo amplía a los Decretos-Legislativos dictados por el gobierno en materia legislativa al amparo del artículo 38 de la Constitución (CE As. 24 de nov. de 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec. 658; v. n.º 58.1), o en virtud de una habilitación aprobada por ley adoptada por referéndum (CE As. 19 de oct. de 1962, *Canal\**: sin embargo, la ley de 15 de ene. de 1963, aprobada por el Parlamento, reconoció fuerza de ley a los decretos-leyes dictados al amparo de la ley de referendos de 13 de abril de 1962).

Así pues, el gobierno no puede vulnerar los principios generales del Derecho cuando adopta medidas que entran dentro de su ámbito de competencia. Si, en una materia de naturaleza reglamentaria, pretende conculcar cualquiera de dichos principios, como por ejemplo la no retroactividad o la autoridad de cosa juzgada, tendrá que dirigirse al Parlamento y obtener la aprobación de una ley a dicho efecto. De este modo, el gobierno no está facultado para validar por sí mismo retroactivamente decisiones ilegales remitidas a la jurisdicción administrativa o que ya han sido anuladas por ésta, incluso aunque dichas decisiones hayan sido adoptadas en el ámbito competencial que le confiere el artículo 37.

Dictada a propósito de medidas adoptadas en 1947, al amparo de una ley de 1854, la sentencia *Syndicat général des ingénieurs-conseils* permitió al Consejo de Estado establecer los principios fundamentales aplicables al funcionamiento de las instituciones de la V República.

**IV.** La teoría de los principios generales del Derecho elaborada por el Consejo de Estado ha tenido una doble repercusión, una en el ordenamiento jurídico interno con ciertos aspectos de la jurisprudencia del Consejo Constitucional, y otra en el ordenamiento jurídico comunitario.

1.º) El Consejo Constitucional ha recurrido al concepto de los principios generales del Derecho desde dos perspectivas diferentes:

- 6** a) hizo uso del mismo a los efectos de ampliar por esta vía el ámbito de acción de la ley: la decisión n.º 69-55 L, de 26 de junio de 1969 (Rec. 27; JCP 1969.I.229 cr. Voisset) señala que «según un

principio general de nuestro Derecho el silencio de la Administración equivale a una decisión denegatoria y que, en este caso concreto, sólo puede derogarse mediante una decisión del poder legislativo»; la decisión *n.º 69-57 L, de 24 de octubre de 1969* (Rec. 32), tras reconocer el carácter reglamentario de las normas que eximían a los antiguos alumnos de la Escuela Politécnica de reembolsar al Estado las tasas académicas, estima, no obstante, que al dar la disposición un carácter *retroactivo* a la dispensa de reembolso, queda por ello fuera de la competencia reglamentaria; la decisión *n.º 72-75 L, de 21 de diciembre de 1972* (Rec. 36) hace expresamente referencia al principio del derecho de defensa a propósito de las reglas procedimentales a seguir ante los tribunales administrativos.

- 7            *b)* El Consejo Constitucional ha incluido a veces ciertos principios generales del Derecho entre las normas que opone al legislador en el marco del control de constitucionalidad de las leyes. La decisión *n.º 79-104 DC, de 23 de mayo de 1979* (Rec. 27; RD publ. 1979. 1695, nota de Favoreu; D. 1981. IR. 363, observación de L. Hamon) confirió valor constitucional al principio de la separación de poderes sin vincularlo expresamente a una norma de Derecho positivo. De forma más significativa, la decisión *n.º 79-105 DC, de 25 de julio de 1979* relativa al ejercicio del derecho de huelga por el personal de la radiodifusión-televisión francesa (Rec. 33; RD publ. 1979.1705, nota de Favoreu; D. 1980. 101, nota de Paillet; AJ 1980.191, nota de Legrand; RA Est. Fr. n.º 18.77, nota de Jarnevic; Dr. soc. 1980.7, nota de Leymarie; JCP 1981.II.19547, nota de Beguin) señaló, sin vinculación a una norma de Derecho positivo, que el principio de la continuidad del servicio público es un principio con rango constitucional.

Ahora bien, el uso que se ha hecho de los principios generales del Derecho ha sido limitado, ya que el Consejo Constitucional prefiere fundar sus decisiones en normas con rango constitucional y no en principios no escritos a fin de reforzar su posición en sus relaciones con el legislador. Así, el principio de igualdad, que para el Consejo de Estado es un principio general del Derecho, será para el juez constitucional un principio que deriva directamente del artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y del artículo 2 de la Constitución, que con la ley constitucional de 4 de agosto de 1995, se convirtió en el artículo 1.º Asimismo, el Consejo Constitucional coloca entre los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», mencionados en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y reafirma-

dos por el Preámbulo de la Constitución actual, principios que el Consejo de Estado considera como principios generales del Derecho. La libertad de enseñanza participa de esta dualidad según sea aplicada por el juez administrativo (CE As. 7 ene 1942, *Union nationale des parents d'élèves de l'enseignement libre*, Rec. 2) o por el juez constitucional (n.º 77-87 DC, 23 nov 1977, Rec. 42; AJ 1978.565, nota de Rivero; RD publ. 1978.830, nota de Favoreu; Gaz. Pal. 1978 Doct. 1.293, nota de Flauss).

Por ello, algunos autores han concluido que ahora el Consejo de Estado debería dar prioridad a la fuente escrita en los principios que aplica. Pero de este modo dejarían de ser perceptibles tanto la originalidad de la teoría de los principios generales del Derecho como su perfecta adecuación al control ejercido por el juez administrativo.

Por lo demás, cuando hace referencia a normas reglamentarias sujetas al control del Consejo de Estado, el Consejo Constitucional indica él mismo, colocándose en una posición idéntica a la asumida por el propio juez administrativo, que este control engloba el respeto de los principios generales del Derecho (CC n.º 91-167 L, 19 de diciembre de 1991, Rec. 134; RFDC 1992.105, observación de Favoreu; CC n.º 2005-198 L., de 3 de marzo de 2005, Rec. 47; AJ 2005.519, cr. Brillié).

La jurisprudencia del Consejo de Estado, que se elaboró con motivo de la valoración de la legalidad de las deliberaciones de las asambleas territoriales de los territorios de ultramar, convertidas en lo esencial en entidades locales de ultramar, sigue siendo fiel a la teoría de los principios generales del Derecho, aun cuando, por el efecto combinado del artículo 74 de la Constitución y del Estatuto del territorio considerado, su asamblea territorial pueda regular materias que, en la metrópoli, están reservadas a la Ley (As. 30 jun 1995, *Gouvernement du territoire de la Polynésie française*, Rec. 279; v. n.º 61.2).

- 8            2.º) El concepto de los principios generales del Derecho ha hallado igualmente eco en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Este alto tribunal hace referencia tanto a principios por él inferidos de la naturaleza de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas como a principios inspirados en el Derecho de los Estados miembros. Precisamente, en este último sentido, el concepto francés de los principios generales del Derecho ha desempeñado una función importante. Desde 1960, el abogado general La-

grange viene recomendado al Tribunal, si no aplicar ya directamente las reglas de Derecho interno constitucionales, «inspirarse, en todo caso, en ellas para apreciar la existencia de un principio general del Derecho que cabría tener en cuenta a la hora de aplicar el Tratado» de Roma (*cf.* concl. sobre TJCE 15 de jul. de 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, Rec. 1960.890).

Estos ejemplos de naturaleza diversa muestran la función precursora que desempeña la jurisprudencia del Consejo de Estado.

- 9 En retrospectiva, es preciso constatar, al menos, que las teorías jurisprudenciales basadas en el concepto de los principios generales *no escritos* pierden parte de su interés práctico cuando el justiciable está en situación de invocar una *norma escrita* superior. Puede tratarse del control de compatibilidad con los convenios internacionales (v. nuestras observaciones sobre la sentencia *Nicolo\**). Tal es el caso igualmente, desde el 1 de marzo de 2010, de la cuestión previa de constitucionalidad, que permite cuestionar la compatibilidad de una disposición legal con los derechos y las libertades garantizados por la Constitución. Por último, lo mismo cabe decir de la posibilidad de recurrir las medidas adoptadas para la aplicación del Derecho de la Unión Europea amparándose en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, la cual ha adquirido rango de tratado desde el 1 de dic. de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

## 72. POLICÍA MUNICIPAL. CINE

### Consejo de Estado, Secc., 18 de diciembre de 1959, *Société «Les Films Lutetia» et syndicat français des producteurs et exportateurs de films*

(Rec. 693; S. 1960.94, concl. Mayras; AJ 1960.I.21, cr. Combarrous y Galabert; D. 1960.171, nota Weil; JCP 1961. II.11898, nota Mimin; RA 1960.31, nota Juret)

Considerando que en virtud del artículo 1 del Decreto-Ley de 3 julio de 1945 la proyección de una película cinematográfica está subordinada a la obtención de un visado expedido por el Ministro de Información; que a tenor del artículo 6 del Decreto de 3 de julio de 1945, de Reglamento de Administración Pública para el desarrollo de dicho decreto-ley, «el visado de explotación autoriza a exhibir la película en todo el territorio para el cual se otorga»;

Considerando que, si bien el Decreto-Ley de 3 de julio de 1945, al mantener el control preventivo instituido por normas anteriores tiene especialmente por objeto permitir que se prohíba la proyección de películas contrarias a las buenas costumbres o susceptibles de influir de manera perniciosa en la moralidad pública, esta disposición legislativa no retiró a los alcaldes el ejercicio, en lo que concierne a las exhibiciones cinematográficas, de los poderes de policía que les confiere el artículo 97 de la Ley Municipal de 5 de abril de 1884; *que un alcalde, responsable del mantenimiento del orden público en su municipio, puede prohibir en el término municipal del mismo la exhibición de una película a la que se ha otorgado el visado ministerial de explotación pero cuya proyección es susceptible de provocar desórdenes graves o de ser, por razón del carácter inmoral de dicha película y de las circunstancias locales, perjudicial para el orden público;*

Considerando que ninguna disposición legal obliga al alcalde a motivar una resolución adoptada al amparo del antedicho artículo 9 de la Ley de 5 de abril de 1884;

Considerando que la resolución impugnada, por la cual el alcalde de Niza prohibió la proyección de la película «*Le feu dans la peau*», constituye una decisión individual; que, en consecuencia, carece de todo valor el fundamento esgrimido por los recurrentes de que el alcal-

de se habría excedido en sus atribuciones adoptando, en esta ocasión, una resolución de carácter reglamentario;

Considerando que no se ha cuestionado el carácter de la antedicha película; que de la instrucción se deduce que las circunstancias locales invocadas por el alcalde de Niza eran susceptibles de justificar legalmente la prohibición de proyectar dicha película en el territorio del municipio;

Considerando, en suma, que de los documentos que obran en autos no se desprende la desviación de poder alegada;

Considerando que de cuanto antecede resulta que los recurrentes no tienen fundamentos para sostener que el tribunal administrativo cometió un error al rechazar la demanda de la Sociedad «Les Films Lutetia» instando la anulación de la resolución impugnada del alcalde de Niza: ... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 Mediante diversas resoluciones del año 1954, el alcalde de Niza prohibió la proyección, dentro del término municipal, de ciertas películas provistas del visado ministerial de control, a las que el alcalde imputaba ser «contrarias a la decencia y a las buenas costumbre» (*Le feu dans la peau, Avant le déluge, Le blé en herbe*, etc.). Dichas medidas, adoptadas por la tenaz insistencia de la Unión Departamental de Asociaciones Familiares, se enmarcaba dentro de una vasta campaña emprendida por diversos colectivos contra el «liberalismo» de la comisión de control, frente al cual, pensaban, sólo el rigor de las autoridades locales de policía podía poner remedio.

Al impugnar estas resoluciones ante el Tribunal Administrativo de Niza (TA Niza, 11 de jul. de 1955, D. 1956.13, nota Weil) y luego en apelación ante el Consejo de Estado, las sociedades productoras planteaban el problema de los poderes de los alcaldes y de los prefectos con respecto a las películas cinematográficas provistas con el visado ministerial de control. Ello demuestra la importancia que tuvo en su momento el fallo de principio *Société «Les Films Lutetia»* tanto desde el punto de vista jurídico como en lo que concierne al desarrollo de la industria y al arte cinematográficos en Francia.

La censura de la producción cinematográfica está regulada por un Decreto-Ley de 3 de julio de 1945, refundido en 1956 en el Código de

la Industria Cinematográfica, y seguidamente en 2009 en el Código del Cine y de la Imagen Animada. La exhibición y la exportación de películas están subordinadas a la obtención de visados expedidos por el Ministro del Cine previo dictamen de una comisión de censura cinematográfica, cuya composición y facultades están establecidas por decreto. Hasta 2009, en dichas normas no se precisaban los criterios en los que debían basarse el Ministro y la comisión, dejando así a su apreciación un carácter ampliamente discrecional. Por otra parte, si bien el decreto de desarrollo prevé que «el visado de explotación autorice a exhibir el film en todo el territorio para el cual ha sido expedido el visado», la intervención de las autoridades locales de policía, una vez otorgado el visado ministerial, no está ni formalmente prevista, ni expresamente excluida.

En estas condiciones se plantean dos cuestiones en el plano jurídico:

1.<sup>a</sup>) ¿La institución de un control conferido al poder central tiene como consecuencia excluir el ejercicio de los poderes de policía de alcaldes y prefectos?

2.<sup>a</sup>) En caso negativo, ¿cuál sería el alcance de los poderes de alcaldes y prefectos y, sobre todo, por qué motivos podrían prohibir la proyección de ciertas películas?

## 2

I. Sobre el primer punto, el Comisario del Gobierno Mayras señaló en sus conclusiones, que «el ejercicio de un poder de policía por la autoridad superior no es obstáculo para la intervención de la autoridad local, y particularmente del alcalde, cuando las circunstancias locales justifican la adopción de una medida más restrictiva que la vigente en el ámbito nacional». Esta jurisprudencia quedó sentada a propósito de la intervención concurrente de dos policías generales (CE, 18 de abr. de 1902, *Commune de Nérís-les-Bains*\*; – 8 ago 1919, *Labonne*\*). Se aplicó a la intervención conjunta de una policía especial y de la policía general del prefecto o del alcalde, tanto en lo que respecta al control de los establecimientos peligrosos, ruidosos o insalubres (CE Secc., 22 de marzo de 1935, *Société Narbonne*, Rec. 379), como al control de las películas (CE, 25 de ene. de 1924, *Chambre syndicale de la cinématographie*, Rec. 94; D. 1924.3.30, nota L. J).

Este es el precedente en el que se inspiró la sentencia *Société «Les Films Lutetia»*: «si bien es cierto que el Decreto-Ley de 3 de julio de 1945... tiene especialmente por objeto permitir que se prohíba la

proyección de películas contrarias a las buenas costumbres o susceptibles de influir de manera perniciosa en la moralidad pública, esta disposición legislativa no ha privado a los alcaldes del ejercicio, en lo que concierne a las exhibiciones cinematográficas, de los poderes de policía que les confiere el artículo 97 de la Ley Municipal de 5 de abril de 1884; El poder así reconocido a los alcaldes (y en París al prefecto de policía) corresponde igualmente a los prefectos en todos los municipios del departamento o en algunos de ellos (Ley de 5 de abr. de 1884, art. 99). Ahora bien, conviene destacar que existen supuestos en los que el Consejo de Estado interpretó leyes que instituyen una policía especial estatal que impediría la intervención de las autoridades locales, al menos bajo la forma de una reglamentación: policía de ferrocarriles (CE, 13 de marzo de 1914, *Gumez*, Rec. 350); policía de circulación aérea (CE As., 7 de marzo de 1930, *Compagnie aérienne française et Chambre syndicale de l'industrie aéronautique*, Rec. 257).

Recientemente, el Consejo de Estado ha reanudado esta corriente jurisprudencial al estimar que la policía especial de comunicaciones electrónicas encomendada por la Ley al Estado regula de manera completa y exclusiva las modalidades de instalación de antenas de telefonía móvil, así como las medidas de protección del público contra los efectos de las ondas electromagnéticas, excluyendo por consiguiente cualquier intervención concurrente de los alcaldes sobre el fundamento de sus competencias de policía general (CE As. 26 de oct. de 2011, *Commune de Saint-Denis*, Rec. 529; RJEP 2012.17, concl. Lesquen; AJ 2011.2219 cr. Stahl y Domino; RD publ. 2012.1245, com. Hoepffner y Janicot; RDI 2012.153, nota Van Lang; JCP Adm. 2012.2004, nota Charneil y n.º 2005, nota Billet; LPA 15 feb 2012, nota Hamri y Sorba). La autoridad local no puede infringir la reglamentación nacional (CE, 26 de dic. de 2012, *Commune de Saint-Pierre d'Iroube*, Rec. 883; AJ 2013.1292, nota Van Lang). Una solución análoga se impuso con respecto a la policía especial de organismos genéticamente modificados (CE, 24 de sept. de 2012, *Commune de Valence*, Rec. 335; AJ 2012. 2122, nota E. Untermaier; JCP Adm. 2013. 2006, nota Billet; Dr. rur. 2012. Étude 14, obs. Hermon; Envir. 2012, com. 92, obs. Trouilly; RJEP 2013.9, nota Caudal).

Con todo, se reservó la cuestión de saber si la autoridad de policía local, pese a no ser competente para dictar medidas reglamentarias, estaría facultada para adoptar decisiones individuales, en caso de peligro inminente.

Con independencia de los cambios recientes, la autoridad de policía municipal fue reconocida competente en el asunto sometido al Consejo de Estado en 1959.

II. Quedaba por determinar cuáles son los motivos que justifican la intervención de los alcaldes (y prefectos) y cuál es el alcance de sus poderes.

1. En lo que concierne a los motivos de la intervención de las autoridades locales, la sentencia *Films Lutetia* reconoce dos de carácter muy diferente.

3 a) El primero es clásico: la amenaza de «alteraciones graves», es decir, desórdenes materiales debidos, por ejemplo, a manifestaciones violentas de hostilidad por parte de algunos habitantes de la ciudad. Nos hallamos aquí en el ámbito tradicional del poder de policía municipal tal y como fue definido en la sentencia de 19 de mayo de 1933, *Benjamin\**; tratándose de un espectáculo, el control es menos riguroso que para una reunión; pero la jurisprudencia ha empleado, a raíz de una serie de decisiones en Asamblea de 19 de abril de 1963 (en particular, *Ville de Dijon*, Rec. 227; AJ 1963.374, nota A. de L.; D. 1964.122, nota Blaevoet; JCP 1963.II.13237, nota Mimin), la expresión «alteraciones materiales graves», que es más restrictiva que «alteraciones graves». En cualquier caso, la eventualidad de perturbaciones debidas a la proyección de una película es bastante teórica. Por consiguiente, es preciso centrar la atención sobre todo en el segundo motivo.

4 b) En efecto, cabe preguntarse si el carácter inmoral de un filme puede constituir un motivo legal de prohibición. Esta duda es razonable por un doble motivo. De un lado, la inmoralidad de la película ha sido ya objeto de examen por la comisión de control y por el Ministro: ahora bien, era comúnmente aceptado que la autoridad de policía general sólo puede intervenir por motivos estrictamente locales y que no puede basarse en consideraciones ya enjuiciadas por la autoridad competente en materia de policía especial. De otro lado, como recordó el señor Mayras, por lo general se consideraba que «si la policía administrativa se define por su cometido –el mantenimiento del orden público– éste sería, según la expresión de Hauriou, sólo el orden «material y exterior»; la autoridad de policía no puede prevenir los desórdenes morales sin que de este modo atente contra la libertad de conciencia: de lo contrario estaría tratando de imponer un orden moral». El propio

Comisario del Gobierno instaba la anulación de una resolución basada exclusivamente en el carácter inmoral del filme en cuestión: «Nos parece imposible, dice, admitir que el mero atentado a la moralidad pública, es decir, la perturbación de las conciencias, sea, en sí misma, un motivo que justifique la prohibición de la proyección de una película, si no se demuestra que tal proyección pueda ocasionar desórdenes materiales». Y el señor Mayras añadía que, detrás de la intervención de los alcaldes, se perfilaba en realidad la actuación de grupos más o menos privados que, en lugar de recomendar simplemente a sus adherentes no ver ciertas películas, presionan a la autoridad policial para hacer prevalecer sus puntos de vista: estas «censuras oficiosas o privadas» ciertamente tienen «derecho a dar a conocer su opinión, pero ni sus pareceres, ni sus protestas, ni aún menos sus requerimientos, pueden vincular a la autoridad policial».

El Consejo de Estado hizo caso omiso de estas objeciones y decidió que la prohibición es legal cuando la proyección del filme puede «debido al carácter inmoral del filme y de las circunstancias locales, resultar perjudicial para el orden público». En otros términos, la inmoralidad de la película es un motivo de prohibición válido, pero a condición de que vaya acompañada de circunstancias locales.

Evidentemente, la noción de inmoralidad es difícil de delimitar. Va más allá de la obscenidad o de la indecencia pero no llega a la inmoralidad abstracta en el sentido filosófico de la palabra. En otros términos, al juez administrativo no le basta el carácter inmoral de la película, que no se cuestiona en el caso del filme *Le feu dans la peau*, para admitir su prohibición: ha de entrar igualmente a examinar si esta inmoralidad reviste una magnitud tal que justifique legalmente la prohibición a la vista de las circunstancias locales. En el asunto *Société «Les Films Lutetia»* tales circunstancias eran bastantes vagas. Dicho extremo fue examinado con una mayor precisión en sentencias posteriores (CE Secc. 14 de oct. de 1960, *Société «Les Films Marceau»*, Rec. 533 y Secc. 23 dic 1960, *Union générale cinématographique*, Rec. 731; RD publ. 1961. 140, nota M. Waline; AJ 1961.80, cr. Galabert y Gentot: anulación de la prohibición de proyectar en Niza la película *La neige était sale*, e inadmisión del recurso contra la prohibición de proyectar en esa misma ciudad la película *Avant le déluge*) —lo que bastó para calmar las aprensiones de aquellos que temían ver la moral en cuanto tal considerada como un objetivo válido para la actuación policial. Lo cual no obsta para que la valoración de la moralidad de una

película siga siendo algo bastante subjetivo. Con todo, tampoco lo es mucho más que el carácter monumental de una perspectiva o la utilidad de una determinada medida policial. Estamos aquí en presencia de un ejemplo, ciertamente significativo pero no excepcional, de control de la calificación jurídica de los hechos por el juez del exceso de poder (véase CE, 4 de abr. de 1914, *Gomel\** y nuestras obs.). El rasgo más interesante de este control radica probablemente en el hecho de que, en cada asunto contencioso, los miembros del órgano del Consejo de Estado que tienen que pronunciarse sobre el mismo asisten a una proyección de la película objeto de litigio en presencia de los abogados de las partes.

- 5 Por lo demás, para escapar a la función de guardián de la moral en sí, el Consejo de Estado añadió que, para justificar su prohibición, la inmoralidad de un filme debía ir acompañada de ciertas «circunstancias locales» cuyo control se reservaba el juez. En realidad, la sentencia recaída en el asunto *Films Lutetia* no fue muy explícita en este punto: su laconismo se comprende si se tiene en cuenta que la única «circunstancia local» alegada por el alcalde de Niza era «la ola de inmoralidad que se había desatado en la ciudad de Niza a principios del año 1954».

El concepto de circunstancias locales fue precisado en los once fallos emitidos por el Consejo de Estado en Asamblea el 19 de abril de 1963, relativos a la película *Liaisons dangereuses 1960*: las circunstancias locales que se apreciaron en estas causas consistieron o bien en la «especial composición de la población» (un número excepcionalmente alto de centros escolares en Senlis), o bien en las «protestas» procedentes de «medios locales diversos», o bien, en «la actitud adoptada por diversas personalidades que representaban a dichos medios»; La prohibición de proyectar se anuló en aquellos lugares donde no se acreditaba ninguna de estas circunstancias locales.

En línea con esta jurisprudencia más liberal, el Consejo de Estado anuló la prohibición de proyectar la película *La main chaude* en Niza (CE, 23 de febr. de 1966, *Société Franco-London Film et Société «Les Films Gibe»*, Rec. 1121; JCP 1966.II.14608, concl. Rigaud), *La jument verte* en Versalles (CE, 25 de febr. de 1966, *Société nouvelle des établissements Gaumont*, Rec. 1121), el filme *Le Pull-over rouge en Aix-en-Provence* (CE, 26 de jul. de 1985, *Ville d'Aix-en-Provence c/ société Gaumont-distribution et autres*, Rec. 236; RFDA 1986.439, concl. Genevois), y *La Última Tentación de Cristo* en Arcachon (TA de

Burdeos, 13 de dic. de 1990, *United International Pictures*, LPA, 11 dic 1991, nota Pacteau). Cabe señalar incidentalmente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó asimismo la prohibición de esta última película en Chile (CIADH, 5 de febr. de 2001, *Olmedo Bustos y otros contra Chile*, GDCIADH, p. 296 y p. 593).

Una medida de prohibición general de una categoría de películas no podía sino topar con la censura del juez administrativo (TA Amiens, 10 de abr. de 1973, *Chambre syndicale des producteurs de films français*, Rec. 780: anulación de un edicto del alcalde de Saint-Quentin prohibiendo en el término municipal de la ciudad «la proyección de cualesquiera películas de carácter erótico, pornográfico o licencioso»).

- 6            2. En cuanto al alcance de las competencias de los alcaldes y prefectos, hasta ahora la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse con mayor frecuencia, como en la sentencia que nos ocupa, sobre casos de prohibición total de proyección.

En vez de prohibir completamente la proyección de la película, ¿podrían las autoridades locales limitarse a aumentar la edad de admisión a las salas de cine? La Sección de Interior del Consejo de Estado respondió negativamente a esta cuestión en su dictamen de 9 de mayo de 1950. Pero en algunas resoluciones que hemos citado anteriormente, de 19 de abr. de 1963, la Asamblea Plenaria a la que competía resolver un contencioso estimó lícita tal medida, la cual, a la postre, es menos restrictiva de la libertad que la prohibición pura y simple.

La ilegalidad de una prohibición parcial o total de una película conlleva no solo su anulación en caso de de recurso, sino que también puede hacer incurrir en responsabilidad al municipio por falta simple (CE Secc. 25 mar 1966, *Société «Les Films Marceau»*, Rec. 240; AJ 1966.254, concl. Rigaud).

III. En realidad, por razones que derivan más de la evolución de las costumbres que del temor a enfrentarse a dificultades contenciosas, los alcaldes han renunciado a utilizar las competencias que tenían reconocidas, de modo que la jurisprudencia sentada en el caso *Films Lutetia* enseguida se agotó.

El control encomendado al Ministro competente en materia de cine se ejerce únicamente en el plano administrativo, pudiendo dicho control adoptar la forma de una denegación del visado de explotación

o de la sujeción del mismo a ciertas condiciones, así como de una inclusión de la película dentro de la categoría de pornografía o de incitación a la violencia.

7 1. Con respecto a la concesión de visados de explotación de películas cinematográficas, el Consejo de Estado ha fallado, en virtud de lo dispuesto en la legislación aplicable antes de la entrada en vigor del Código del Cine y de la Imagen Animada incorporado al Decreto-Ley de 24 de julio de 2009, que, si bien la ley no somete el ejercicio de dicha competencia a ninguna condición de fondo concreta, no por ello el Ministro deja de estar obligado a «conciliar los intereses generales por los que debe velar con el debido respeto a las libertades públicas y, en concreto, a la libertad de expresión» (CE As. 24 de ene. de 1975, *Ministre de l'information c/ société Rome-Paris Films*, Rec. 57; RD publ. 1975.296, concl. Rougevin-Baville; JCP 1976.II.18395, nota Bazex; AJ 1975.131 cr. Franc y Boyon; Gaz. Pal. 1975.1.350, nota Mourgeon). En este asunto, que tenía por objeto la denegación del visado de explotación solicitado para la película *Suzanne Simonin, la Religieuse de Diderot*, el Consejo de Estado estimó que «ni las situaciones, ni los comportamientos de los personajes» podían justificar legalmente la prohibición general de exhibición comercial del filme en Francia de la que había sido objeto durante algún tiempo. Así pues, aquí el órgano jurisdiccional ejerció un control normal sobre el hecho susceptible de justificar la prohibición de un filme, pudiendo únicamente los intereses generales motivar legalmente restricciones a la libertad de expresión.

8 Otro caso, relativo a la película *Les Noces rouges*, brindó al Consejo de Estado la oportunidad de precisar este concepto de interés general (CE As. 8 de jun. de 1979, *Chabrol et SA films La Boétie*, Rec. 271; RD publ. 1980.222, concl. Bacquet; AJ 1979 n.º 10.24, cr. Robineau y Feffer; D. 1979. IR. 381, obs. P. Delvolvé; D. 1979.634, nota Julien-Laferrère). En esencia, el argumento y los personajes de esta película estaban basados en una causa penal cuya resolución judicial aún estaba pendiente cuando la comisión de censura cinematográfica y el Ministro tuvieron que pronunciarse sobre la solicitud de visado de explotación del filme. Con vistas a no minar la «ecuanimidad de la sentencia que debía pronunciarse», el Ministro decidió que el visado de explotación de la película no tendría validez hasta después de que terminara el juicio penal. El Consejo de Estado confirmó la legalidad de esta decisión, haciendo hincapié en que «... cuando la exhibición

pública de un filme conlleva un alto riesgo de perturbación grave de la ecuanimidad de la apreciación de los hechos por el órgano jurisdiccional ante el cual se desarrolla el proceso, teniendo en cuenta sobre todo la referencia que se hace en la película a elementos del procedimiento en curso o a personas enjuiciadas en el mismo, resulta en todo procedente que el Ministro adopte las medidas restrictivas pertinentes para la protección de los derechos e intereses esenciales de las partes».

El control judicial se ejerce sobre la concesión del visado de explotación en las mismas condiciones que sobre la denegación del mismo (CE 9 de mayo de 1990, *de Bénouville*, Rec. 117; D. 1990. 374, concl. Stirn; RA 1990. 431, nota Ruiz-Fabri: admisión de la legalidad de la concesión del visado de explotación de la película *Que la vérité est amère*, a la que se imputaba empañar la imagen de la Resistencia).

- 9 Se trata pues de un control normal, que llevó al Consejo de Estado, ante el que se había impugnado la decisión del Ministro de Cultura y Comunicación de autorizar la explotación de la película *Baise moi*, acompañándola únicamente de una prohibición de exhibición a menores de 16 años, a pronunciar la nulidad de dicha decisión (CE Secc. 30 de jun. de 2000, *Association Promouvoir M. et Mme Mazaudier*, Rec. 265, concl. Honorat; AJ 2000.674, cr. Guyomar y Collin; D. 2001. 590, nota Boitard; RFDA 2000.1282, nota Canedo, y 1311, nota J. Morange; LPA 15 dic. 2000, nota Lecuq; «L'Europe des libertés n.º 4, ene. de 2001, nota Wachsmann; RD publ. 2001.367, nota Guettier). La Sección de lo Contencioso-Administrativo, cuyos miembros habían visto previamente la película en vídeo, destacó que estaba compuesta esencialmente de una sucesión de escenas muy violentas y de escenas de sexo no simuladas, sin que en las demás secuencias se reflejara la intención manifestada por las directoras de denunciar la violencia que ejerce la sociedad contra las mujeres. El juez estimó que esta película constituía un mensaje pornográfico y de incitación a la violencia susceptible de ser visto o aprehendido por menores, por lo que cabía considerarla como constitutiva de delito con arreglo al artículo 227-24 del Código Penal. La Sección determinó que, puesto que las disposiciones del decreto de 23 de febr. de 1990, donde se definen las facultades del Ministro del Cine, no prevén que la exhibición de una obra cinematográfica pueda estar prohibida a los menores de *dieciocho años* salvo que esté incluida en la lista de películas pornográficas o de incitación a la violencia, tal película debía quedar incluida en

dicha lista. Al no haber procedido a tal clasificación, debía declararse la nulidad del visado de explotación.

10

2. Con posterioridad a la decisión del Consejo de Estado, un decreto de 12 de julio de 2001 introdujo la posibilidad de incorporar al visado concedido a una película la prohibición de su exhibición a menores de 18 años sin que ello supusiera necesariamente su inclusión en la lista de películas pornográficas. De esta manera se armonizaron las disposiciones del Código Penal relativas a la protección de los menores con las reglas de concesión del visado de explotación de las obras cinematográficas. Sobre este mismo fundamento, pudo concederse legalmente a la película *Baise moi* un visado de explotación acompañando únicamente de la prohibición de su exhibición a menores de 18 años (CE 14 jun 2002, *Association Promouvoir*, Rec. 217).

Con todo, el Consejo de Estado anuló la concesión del visado a la película *Ken Park*, por cuanto solo establecía la prohibición de exhibición a los menores de 16 años y no a los menores de 18 años, debido al contenido del filme: una escena de sexo no simulada que reviste un carácter particularmente crudo y explícito y otras escenas que muestran a adolescentes mezclando sexo y violencia (CE, 4 de febr. de 2004, «*Association Promouvoir*», Rec. 887; JCP Adm. 2004.1286, concl. de Silva; JCP 2004.II.10045, nota Tifine; RRJ 2004.2647, nota V. Le Grand).

En la misma línea, el Consejo de Estado admitió la legalidad de la prohibición a los menores de 18 años del filme *Quand l'embryon part braconner*, por incluir «numerosas escenas de tortura y de sadismo de una gran violencia física y psicológica y presentar una imagen de las relaciones entre géneros basadas en el secuestro, la humillación y el trato degradante del personaje femenino, con una puesta en escena susceptible de herir la sensibilidad de los menores» (CE, 6 de oct. de 2008, *Société Cinéditions*, AJ 2009.544, nota M. Le Roy).

El rigor del control se manifestó igualmente en la anulación, en dos ocasiones, por motivación insuficiente en la forma, de la prohibición únicamente a los menores de 16 años de la película *Anticristo* de Lars von Trier (CE, 25 de nov. de 2009, *Association Promouvoir*, *Association Action pour la dignité humaine*, Rec. 964; AJ 2010. 604, nota M. V.; 29 de jun. de 2012, *Association Promouvoir*, *Association Action pour la dignité humaine*, Rec. 582).

Más recientemente, el juez ha ejercido su control al amparo de las disposiciones del artículo L. 211-1 del Código del Cine y de la Imagen Animada en virtud de cuyos términos puede denegarse el visado de

explotación de una película, o su concesión supeditarse a ciertas condiciones, por razones «*de protección de la infancia y de la juventud o de respeto a la dignidad humana*».

Sobre este fundamento, se anuló una decisión del Ministro de Cultura autorizando el visado de explotación de la película «Saw 3D Capítulo Final» con prohibición para menores de 16 años cuando la película justificaba una prohibición para menores de 18 años, ya que contenía «*gran número de escenas rodadas con mucho realismo mostrando actos repetidos de tortura y de barbarie y representando, de manera particularmente complaciente, los sufrimientos atroces, tanto físicos como psicológicos, de las víctimas atrapadas en trampas puestas por un asesino, donde son incitadas a automutilarse ya sea para escapar a la muerte, o bien para salvar a sus allegados*» (CE, 1 jun 2015, *Association Promouvoir*, dem. n.º 372057).

### 73. SECUESTRO JUDICIAL DE PERIÓDICOS. POLICÍA ADMINISTRATIVA Y POLICÍA JUDICIAL

Consejo de Estado As., 24 de jun. de 1960, *Société Frampar et société France éditions et publications*

(Rec. 412, concl. Heumann; RD publ. 1960.815, concl. Heumann; AJ 1960.1.154, cr. Combarous y Galabert; D. 1960.744, nota Robert; JCP 1960.II.11743, nota Gour; S. 1960.348, nota Ch. Debbasch)

*Sobre la competencia:*

Considerando que con los decretos impugnados en fecha de 29 de dic. de 1956 y de 6 de ene. de 1957, el prefecto de Argel ordenó el secuestro de los ejemplares de los días 30 y 31 de dic. de 1956 y 6 y 7 de ene. de 1957 del periódico «France-Soir»; que, si bien dichos edictos mencionan en sus considerandos el artículo 80 del Código Penal así como el artículo 10 del Código de Enjuiciamiento Criminal y aun cuando, de conformidad con esta última disposición el prefecto informó al Ministerio Fiscal de la ejecución de las medidas así adoptadas y le remitió los autos dentro de las 24 horas siguientes, *el conjunto de las circunstancias de cada uno de estos casos deja patente que los secuestros impugnados no tenían por objeto la comprobación de crímenes o delitos contra la seguridad interior o exterior del Estado y la puesta a disposición judicial de sus autores, sino impedir la difusión en el departamento de Argel de los escritos insertados en los antedichos números del periódico arriba indicado; que en estas condiciones, a pesar de los considerandos de los decretos que los ordenaron y de la remisión de los autos a la Fiscalía, los secuestros judiciales ordenados revisten en realidad el carácter de medidas administrativas;* que, por consiguiente, corresponde a la jurisdicción administrativa resolver la demanda de nulidad por exceso de poder de los decretos recurridos del prefecto de Argel; que, por tanto, las sociedades recurrentes tienen razón en sostener que no procedía que, en la sentencia recurrida, el tribunal administrativo de Argel se declarara incompetente para resolver la demanda interpuesta;

Considerando que el asunto está listo para sentencia, procede pronunciarse inmediatamente sobre la antedicha demanda de las sociedades recurrentes;

*Sobre la legalidad de los decretos impugnados:*

*Sin que sea necesario entrar a examinar los demás fundamentos alegados por las empresas recurrentes en apoyo de sus pretensiones;*

Considerando que resulta de la instrucción que, al ordenar con los decretos impugnados el secuestro de los dos números arriba mencionados del periódico «France-Soir», el prefecto de Argel perseguía como objetivo la prevención de los desórdenes que la difusión de tales escritos podía, según él, provocar en el departamento de Argel; que, para conseguir tal finalidad, el prefecto hubiera podido, si lo hubiera juzgado pertinente, utilizar los poderes que le confería, por delegación del gobernador general de Argelia, la aplicación conjunta de los artículos 1. 12 y 10. 1 del decreto de 17 de marzo de 1956, relativo a las medidas excepcionales de restablecimiento del orden público, protección de las personas y de los bienes y salvaguarda del territorio de Argelia; que, como sostienen las empresas recurrentes, al excluir este procedimiento para recurrir al previsto en el artículo 10 de Código de Enjuiciamiento Criminal –cuyo ámbito de aplicación, como se ha indicado anteriormente, está limitado a los actos necesarios para comprobar crímenes y delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado y poner a los autores de los mismos a disposición judicial–, el prefecto de Argel incurrió en exceso de poder;

*En cuanto a las costas de la primera instancia:*

Considerando que, dadas las circunstancias del caso, procede condenar en costas a Argelia en lo que respecta a la primera instancia;... (Anulación; condena de Argelia en costas de la primera instancia).

## OBSERVACIONES

- 1 Durante la guerra de Argelia, la Administración ordenó en numerosas ocasiones el secuestro de publicaciones impresas y, sobre todo, de periódicos. Sin embargo, se interpusieron muy pocos recursos ante

los tribunales, ya que, según parece, aparte de la ineficacia de sentencias tardías, los interesados desconfiaban de la complejidad y de la incertidumbre de las soluciones jurídicas. De hecho, por paradójico que parezca, la materia apenas había sido objeto de unos cuantos estudios. Por ello, era preciso una aclaración ya que los secuestros judiciales se estaban multiplicando. En el plano doctrinal, el señor Galmot, ponente del Consejo de Estado, hizo balance de la cuestión en un estudio sobre *Le contrôle juridictionnel des saisies d'écrits imprimés* [El control jurisdiccional de los secuestros de escritos impresos] (EDCE 1959. 67). En el plano jurisprudencial, en dos sentencias de 24 de junio de 1960 (*Société Frampar* y *SARL Le Monde*), el Consejo de Estado zanjó cuestiones de principio importantes que hasta ese momento habían sido oscuras y confusas.

Mediante un decreto de 29 de dic. de 1956, el prefecto de Argel había ordenado el secuestro de la edición de *France-Soir* de 30-31 de dic. de 1956; mediante un decreto de 6 de ene. de 1957, siguiendo las instrucciones telegrafadas del Ministro Residente en Argelia, el prefecto de Argel ordenaba el secuestro de las ediciones del 6 y 7 de ene. de *Le Monde*, *France-Soir* y *Paris-Presse*. En ambos casos, la totalidad de la edición destinada a la venta en el departamento de Argel fue confiscada en las instalaciones de la distribuidora de prensa Messageries Hachette en Argel. Estos decretos invocaban el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (que luego se convertiría en el art. 30 del Código Procesal Penal, él mismo derogado por la ley de 4 de ene. de 1993, art. 148), a tenor del cual «los prefectos de los departamentos y el prefecto de policía de París podrán, en caso de urgencia, adoptar personalmente o pedir a los agentes de la policía judicial que adopten todos los actos necesarios para comprobar crímenes y delitos contra la seguridad del Estado y poner a los autores de los mismos a disposición de la autoridad judicial». En el caso en cuestión, se remitían al art. 80 del Código Penal relativo al delito de atentado contra la seguridad exterior del Estado y precisaban que los escritos contenidos en las ediciones confiscadas eran susceptibles de atentar contra la seguridad exterior del Estado. De conformidad con el art. 10 del Código Penal, el prefecto remitió los autos dentro de las 24 horas siguientes al Ministerio Fiscal, absteniéndose éste, no obstante, de entablar cualquier acción.

Seguidamente, dos de los periódicos afectados interpusieron diversas demandas: demandas de indemnización por daños y perjuicios ante la jurisdicción ordinaria, recursos por exceso de poder ante la ju-

jurisdicción administrativa contra los decretos del prefecto de Argel en fecha 29 de dic. de 1956 y 6 de ene. de 1957. Los tribunales civiles del Sena y de Argel desestimaron las primeras por considerar incompetentes a los tribunales ordinarios. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Argel se declaró incompetente por razón de que los actos emitidos al amparo del art. 10 del Código Penal constituían actos de policía judicial cuyo control era competencia de la jurisdicción ordinaria, tras lo cual, los dos periódicos llevaron el asunto ante el Consejo de Estado. El periódico *Le Monde* se limitó a instar la anulación del auto por el que el Tribunal Administrativo de Argel se declaraba incompetente, mientras que *France Soir* solicitó igualmente la anulación de los decretos del prefecto con los que se habían ordenado los secuestros.

I. Para comprender cabalmente el alcance de las sentencias de 24 de jun. de 1960, conviene recordar las soluciones admitidas hasta entonces:

2 a) Si el secuestro judicial constituía una medida de policía administrativa dirigida a garantizar el orden público, sólo era legal si cumplía un doble requisito (CE, 10 de dic. de 1958, *Mezerna*, Rec. 628):

– en primer lugar era preciso que la decisión jurídica de limitar la libertad de prensa estuviera basada en una amenaza de una gravedad suficiente para el orden público, dadas las circunstancias de tiempo y lugar (puede apreciarse aquí una aplicación de la jurisprudencia clásica en materia de policía (CE, 19 mayo 1933, *Benjamin\**, y nuestras obs.; – Secc. 23 de nov. de 1951, *Société nouvelle d'imprimerie, d'éditions et de publicité*, Rec. 553; RD publ. 1951.1098, concl. Létourneur, nota M. Waline);

– en segundo lugar, al ser el secuestro una medida de ejecución de oficio, era necesario que estuviera justificado por la urgencia, si no, sería constitutivo de una vía de hecho (TC, 8 de abr. de 1935, *Action française*, Rec. 1226, concl. Josse).

Si el juez administrativo era competente para pronunciarse sobre la legalidad de un decreto de secuestro (*Mezerna*, citada *ut supra*), sólo los tribunales ordinarios podían conceder la reparación por secuestro ilegal, el cual constituía una vía de hecho, a tenor de la jurisprudencia

anterior a la decisión del Tribunal de Conflictos de 17 de jun. de 2013 en el caso *Bergoend c/ Soc. ERDF Annecy Léman\**.

- 3        b) Por el contrario, cuando el secuestro lo ordenaba el prefecto amparándose en el art. 10 del Código Penal, se consideraba que era constitutivo de una medida de policía judicial (TC, 25 de marzo de 1889, *Darfeuille*, Rec. 412), tanto más cuanto que, al ser remitidos los autos al Ministerio Fiscal, la medida pasaba a formar parte integrante del procedimiento penal (TC, 3 de nov. de 1958, *Blanco*, Rec. 796). Hasta entonces, en el plano teórico se daba por sentada la competencia de la jurisdicción ordinaria, pero sus efectos prácticos eran muy reducidos, al existir «una creencia muy extendida de que es imposible obtener reparación de los daños y perjuicios ocasionados por tales actos» (Galmot, estudio citado *ut supra*; cf. Civ. 23 nov 1956, *Trésor public c/ Giry\**, y nuestras obs.).

En estas condiciones, la Administración tenía siempre la tentación de invocar el artículo 10 ya que de esa manera también se aseguraba una inmunidad de facto: en realidad, casi la totalidad de los secuestros judiciales realizados se basaba en dicha norma.

- 4        II. Precisamente, para evitar tal tentación y establecer un control jurisdiccional más eficaz sobre las medidas de secuestro, el Consejo de Estado sentó una nueva jurisprudencia con las sentencias *Frampar* y *SARL Le Monde*. El Comisario del Gobierno Heumann instó al Consejo de Estado a tener en cuenta no sólo la norma alegada por la Administración: «el aspecto exterior de una medida no refleja necesariamente su realidad profunda, por lo que en ciertos casos conviene, en nuestra opinión, verificar la naturaleza y el objeto de la operación de policía... Si tenía como objeto acreditar una infracción, recabar pruebas de la misma y poner a sus autores a disposición de la justicia, se trata de una medida de policía judicial. En cambio, si pretendía evitar un problema de orden público, estaríamos ante una medida de policía administrativa». En el caso que nos ocupa, a pesar de haberse promulgado al amparo del art. 10, es evidente que los decretos no tenían por objeto acreditar un delito contra la seguridad del Estado y poner a sus autores a disposición de la justicia: ninguna de las conductas imputadas era constitutiva de la menor infracción penal; no se había iniciado ninguna diligencia; el secuestro afectaba a ediciones enteras y no sólo a algunos ejemplares destinados a servir de prueba, etc. Estaba claro que la finalidad perseguida era evitar que se leyeran en el

departamento de Argel unos artículos que la Administración consideraba peligrosos para el orden público.

Teniendo en cuenta estas conclusiones, el Consejo de Estado decidió que «dadas las circunstancias, y pese a la aprobación de los decretos con los que se ordenaron estas medidas y a la remisión de los autos a la Fiscalía, en realidad, los secuestros en cuestión revisten el carácter de medidas administrativas» susceptibles de un recurso por exceso de poder ante la jurisdicción administrativa.

En cuanto al fondo del asunto, el señor Heumann solicitaba al Consejo de Estado que desestimara el recurso interpuesto por la Société Frampar. De hecho, consideraba que las medidas impugnadas podían considerarse válidamente adoptadas en el marco de los poderes especiales conferidos a la Administración en Argelia por la Ley de 16 de marzo de 1956. El Consejo de Estado se negó a aceptar esta sustitución de la base jurídica y censuró la desviación de procedimiento en que había incurrido el prefecto de Argel al ampararse en el art. 10 del Código Penal para obtener un resultado que sólo estaría permitido alcanzar con arreglo a la Ley de 16 de marzo de 1956 (sobre la desviación de procedimiento, v. igualmente nuestras observaciones sobre la sentencia de 26 de nov. de 1875, *Pariset\**).

**III.** Desde 1960 el Consejo de Estado ha tenido varias ocasiones de aplicar los principios de la jurisprudencia *Frampar* y de precisar su alcance:

- 5           a) El juez administrativo aplica rigurosamente el criterio de la finalidad del acto para calificar el secuestro. Ni la remisión de los autos al Ministerio Fiscal ni la ratificación del artículo 30 del Código Procesal Penal (que retomaba el artículo 10 del Código Penal) bastan para dotar al secuestro de naturaleza judicial, como demostró la decisión *Rodes* (CE, 14 dic 1965, Rec. 841; AJ 1966.377, nota Moreau): el prefecto de Guadalupe había ordenado el secuestro del semanario *Le Progrès social*, invocando el art. 30 en su decreto, informando de la medida al Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Seguridad del Estado y remitiendo los autos del caso a dicha autoridad. El Consejo de Estado consideró que, en realidad y pese a dichas circunstancias, el secuestro no había tenido por objeto comprobar si se había cometido un crimen o delito contra la seguridad del Estado y poner a disposición de la justicia a sus autores, sino impedir la difusión del número secuestrado, por lo que la decisión tenía el carácter de una «medida administrativa»

la cual fue anulada por desviación de procedimiento. Del mismo modo, el Consejo de Estado falló que el art. 30 no puede aplicarse a un secuestro que tenga por objeto impedir la difusión de un libro (CE, 20 de dic. de 1967, *Ministre de l'intérieur c/ Fabre-Luce*, Rec. 511).

En las causas *Frampar y Rodes*, el Consejo de Estado estimó que el objeto del secuestro era «manifiesta» o «evidentemente» resultado de las circunstancias del asunto, entre las que figuraba, en concreto, el hecho de que la medida había afectado a la totalidad de la edición y no sólo al pequeño número de ejemplares que bastaría para acreditar la veracidad de los hechos ante el juez penal.

En casos distintos de secuestros de periódicos, la situación de derecho y de hecho puede resultar más compleja como demuestra la decisión de Sección de 10 de febr. de 1984, *Ministre de l'agriculture c/ Société «Les Fils de Henri Ramel»* (Rec. 54 y RFDA 1984. 91, concl. Denoix de Saint Marc; AJ 1984. 403, obs. J. Moreau). En este caso, a raíz de un análisis efectuado por un laboratorio del servicio de la lucha contra el fraude de muestras procedentes de un lote de vinos importados de Italia por una mercantil, la Administración había remitido los autos al Ministerio Fiscal, el cual había abierto un procedimiento de información por infracción de la ley de 1 de ago. de 1905 y, en consecuencia, se había opuesto a la comercialización inmediata de los vinos en cuestión. El Consejo de Estado consideró que tanto el análisis de los vinos como la decisión de prohibir su comercialización formaban parte de un proceso penal de cuyo conocimiento era competente el juez ordinario, pese a que tal procedimiento se hubiera cerrado mediante un auto de sobreseimiento y los controles efectuados por la Administración se encuadraran en el marco de una política encaminada a obstaculizar las importaciones de vinos procedentes de Italia.

- 6 b) En el caso de los secuestros de prensa, que sólo tienen la apariencia de una medida de policía judicial, la jurisdicción administrativa se ha declarado competente para resolver una demanda de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por estas medidas (CE, Secc. 4 de nov. de 1966, *Ministre de l'intérieur c/ société «Le Témoignage Chrétien»*, Rec. 584; v. n.º 115.7). Esta solución no era evidente: el Comisario del Gobierno había propuesto que se admitiera ya sea porque ambas jurisdicciones fueran a la vez competentes para indemnizar a las víctimas por una vía de hecho y para reconocer la ilegalidad que cabía atribuirle desde que se dictó la decisión *Guigon* (TC, 27 de ene. de 1966, Rec. 830; v. n.º 115.6), ya sea porque el juez

administrativo fuera competente para resolver la demanda de indemnización cuando él mismo hubiera anulado el secuestro por exceso de poder. Sin duda, el Consejo de Estado no quiso aceptar ninguna de estas dos soluciones para mantenerse en la línea de los principios generales de reparto de competencias: consideró que el secuestro no constituía, en el caso de autos, una vía de hecho a pesar de no haber tenido ningún carácter de urgencia; la decisión, de carácter implícito en lo que respecta a la cuestión de la competencia, no precisa los motivos en los que se fundamentó el juez administrativo y no permite apreciar su alcance con exactitud. En cuanto al fondo, el Consejo de Estado indemnizó íntegramente las pérdidas provocadas por el secuestro y, además, concedió al editor la suma simbólica de un franco en concepto de reparación del daño moral.

Si bien su fundamento teórico es incierto, esta decisión presenta una doble ventaja desde el punto de vista práctico: simplifica el reparto de competencias, al permitir al mismo juez pronunciarse sobre el recurso de anulación y sobre la acción indemnizatoria; incrementa las probabilidades que tienen las víctimas de secuestros judiciales de obtener una reparación, ya que, en este ámbito, la jurisdicción administrativa se muestra más audaz que la jurisdicción ordinaria.

7

**IV.** Pese a sus vacilaciones iniciales, los tribunales ordinarios terminaron por adoptar los principios de la jurisprudencia *Frampar*, aunque aplicándolos con un espíritu muy diferente. En concreto, tuvieron que pronunciarse sobre el litigio derivado de secuestros de la publicación *Témoignages et Documents* (Tribunal de Gran Instancia del Sena, 23 de dic. de 1959, JCP 1960.II.11586, nota Mimin; – Tribunal Administrativo de Apelación de París, 22 de febr. de 1962, D. 1964.231, nota Maestre), del semanario *France-Observateur* (TGI del Sena, 17 de febr. de 1960 y CA de París, 22 de febr. de 1962, D. 1964.231, nota Maestre; – Civ. 22 de junio de 1965, JCP 1966.II.14545, nota C. Debbasch; – CA de Orleans, 15 de jun. de 1966, JCP 1967.II.15104, nota Debbasch) y del diario *Libération* (TGI del Sena 8 de mayo de 1963, 1964.231, nota Maestre; JCP 1963.II.13394, nota C. Debbasch; CA de París 3 de junio de 1964, D. 1965.98, nota Maestre; JCP 1964.II.13833, nota Debbasch).

Fueron dos las corrientes a las que dio lugar esta jurisprudencia. Por una parte, los tribunales ordinarios se muestran mucho más dispuestos que el Consejo de Estado a admitir que los secuestros de pe-

riódicos son actos de policía judicial, incluso cuando afectan a la totalidad de la edición y tienen manifiestamente la finalidad de impedir su difusión. Por otra parte, sin dejar de lado los principios del derecho público, de conformidad con la jurisprudencia *Giry\**, dictaminaron en estos casos que los secuestros objeto de litigio no constituían ni una falta personal ni una falta de servicio, siendo anulada en la segunda instancia la única sentencia que concedía una indemnización a las víctimas, la dictada el 8 de mayo de 1963 por el Tribunal del Sena; por su parte, los Tribunales de París y de Orleans denegaron toda reparación a los propietarios de los periódicos.

8 V. Estas divergencias de apreciación en los dos órdenes jurisdiccionales ponen de relieve la importancia de la jurisprudencia derivada del caso *Frampar*.

Mediante la *descalificación* de las decisiones que le fueron remitidas, el Consejo de Estado puso de manifiesto el convencimiento expresado por su Comisario del Gobierno de que «el esfuerzo de la jurisdicción administrativa debe encaminarse a conseguir que la realidad prevalezca sobre las apariencias y a restituir a los actos su auténtica naturaleza»; como en la sentencia *Barel\** (CE, As., 28 de mayo de 1954), el juez trató de identificar los motivos reales de un acto, ocultos detrás de los alegados por la Administración. El señor Heumann añadía que «la reprobación de la desviación de procedimiento es un elemento indispensable de moralidad administrativa y de verdad jurídica»; el Consejo de Estado lo ha confirmado anulando los decretos impugnados por el mero motivo de haber sido «camuflados» detrás de un procedimiento judicial.

En la práctica, las sentencias de 24 de jun. de 1960 constituyen una advertencia para la Administración, a la que disuaden de recurrir a los poderes de policía judicial que le reconocen –con fines de policía administrativa– no ya el artículo 30 del Código Procesal Penal, derogado por la ley de 4 de ene. de 1993, sino determinadas normas específicas como el Código Aduanero.

Por último, el contencioso de los secuestros de periódicos ha demostrado que, en ciertos ámbitos, las técnicas del procedimiento contencioso-administrativo permiten garantizar una defensa apropiada de las libertades públicas.

## 74. RESPONSABILIDAD. DAÑO MORAL

Consejo de Estado As., 24 de noviembre de 1961, *Ministre des travaux publics c/ Consorts Letisserand*

(Rec. 661; D. 1962.34, concl. Heumann; S. 1962.82, concl., nota Vignes; AJ 1962.22, cr. Galabert y Gentot; y, 2014.88, nota Botteghi; JCP 1962.II.12425, nota de Luce; RD publ. 1962.330, nota M. Waline)

*En lo que respecta al señor Letisserand (Camille):*

Considerando que, aunque no se acreditó –ni tan siquiera se alegó– que el fallecimiento del señor Letisserand (Paul) hubiera ocasionado al señor Letisserand (Camille) un daño material o le hubiera provocado un quebranto en sus condiciones de existencia, *el dolor moral que supuso para este último la desaparición prematura de su hijo constituye en sí mismo un perjuicio que justifica que se le conceda una indemnización*; que se hará una apreciación exacta de las circunstancias del caso si se le concede por este motivo al señor Letisserand (Camille) una indemnización de 1.000 francos nuevos;... (Anulación: indemnización).

### OBSERVACIONES

- 1 El 3 de mayo de 1955, un camión del Ministerio de Obras Públicas chocó contra una motocicleta conducida por el señor Paul Letisserand, en cuyo asiento trasero iba sentado su hijo de siete años. Los dos pasajeros de la motocicleta resultaron muertos. Fueron interpuestas unas demandas de indemnización contra la Administración, de un lado, por la señora Letisserand actuando tanto en nombre propio como en calidad de tutora de sus tres hijos menores; de otro, por el señor Camille Letisserand, padre y abuelo respectivamente de las víctimas. Si bien el principio mismo de la responsabilidad del Departamento de Allier, por cuenta del cual circulaba el camión de obras públicas, no suscitaba apenas dificultades, no sucedía lo mismo con algunas de las peticiones de indemnización. Sin duda alguna la señora Letisserand

podía demostrar varios daños de carácter material (gastos de reparación de la motocicleta, privación de ingresos familiares, quebrantos en las condiciones de existencia, etc.). En cambio, el padre de la víctima no podía alegar otra cosa que el dolor moral, la pena que le había infligido la muerte prematura de su hijo. ¿Podía concederse una indemnización en dicho concepto? Tal era la cuestión que tenía que resolver la Asamblea Plenaria del Consejo de Estado al pronunciarse sobre este contencioso.

2 I. Tradicionalmente, la jurisprudencia administrativa exige, para que el daño sufrido sea susceptible de reparación, que sea cuantificable en dinero.

A. Ahora bien, el Consejo de Estado acepta desde hace tiempo reparar, además del daño material propiamente dicho, determinados perjuicios inmateriales que le parecen susceptibles de ser valorados en términos monetarios y que constituyen lo que el Comisario del Gobierno Fougère (concl., CE, As., 29 de oct. de 1954, *Bondurand*, Rec. 565; D. 1954.767, nota Laubadère) denominó la «*parte social del patrimonio moral*».

Así es como aceptó reparar, por ejemplo: – el daño estético (CE, As., 11 jul. 1947, *Salgues*, Rec. 315; – Secc., 23 de mar. de 1962, *Caisse régionale de sécurité sociale de Normandie*, Rec. 211, concl. Heumann); – los atentados contra el honor (CE, 8 de dic. de 1948, *Époux Brusteau*, Rec. 465; RD publ. 1949. 228, concl. Chardeau, nota Jèze: el daño causado por menciones difamatorias contenidas en una decisión administrativa), contra la reputación (CE, Secc. 3 de abr. de 1936, *Sudre*, Rec. 452; D. 1936.3.57: perjuicio sufrido por un escultor que había donado a su pueblo natal una fuente que no fue mantenida correctamente y al final tuvo que ser demolida) o contra las convicciones religiosas (CE, 7 mar. 1934, *Abbé Belloncle*, Rec. 309: perjuicio ocasionado a un ministro del culto por tañidos de campanas ordenados ilegalmente por el alcalde).

Así pues, tras haberse negado a reparar el sufrimiento físico (*Pretium doloris*), el Consejo de Estado aceptó indemnizar primero el sufrimiento físico «excepcional» (CE, As. 24 de abr. de 1942 *Morell*, Rec. 136; RD publ. 1943.80, concl. Léonard, nota Bonnard) y, posteriormente, cualquier sufrimiento físico que «por su propia naturaleza, pueda dar derecho a una reparación», es decir, todo sufrimiento que

revista una cierta gravedad (CE, Secc., 6 de jun. de 1958, *Commune de Grigny*, Rec. 323; S. 1958.319 y D. 1958.551, concl. Chardeau; AJ 1958.II.313, cr. Fournier y Combarnous). Lo mismo sucede incluso cuando la víctima queda en estado vegetativo (CE, 24 de nov. de 2004, *Époux Maridet*, Rec. 445; AJ 2005.336, concl. Olson; JCP 2005. II.1282, obs. Rouault).

Por último, con el pretexto de reparar «cualquier tipo de quebranto en las condiciones de existencia» del demandante, el Consejo de Estado había llegado a indemnizar daños morales cercanos al simple dolor moral; de este modo, concedió indemnizaciones a los padres, incluso naturales, de un menor fallecido en un accidente imputable a la Administración, aún cuando la pérdida del niño no les ocasionara ningún perjuicio material (CE, 17 dic. 1948, *Époux Marx*, Rec. 484; RD publ. 1949.232, concl. Gazier, nota Jèze; – 18 nov. 1960, *Savelli*, Rec. 640), o a una joven de quien se sospechaba injustamente que había transmitido una enfermedad venérea, motivo por el cual fue obligada a someterse a un examen médico (CE, Secc., 5 de jul. de 1957, *Département de la Sarthe c/ Delle Artus*, Rec. 454; AJ 1957.II.320, concl. Tricot, y 395, cr. Fournier y Braibant; D. 1958.188, nota Blaevoet).

B. Ahora bien, el Consejo de Estado se ha negado tradicionalmente a ir más lejos e indemnizar abiertamente la «*parte afectiva del patrimonio moral*», esto es, el dolor moral, la pena. Esta exclusión del *Pretium affectionis* se basaba en la afirmación perentoria de que «el dolor moral, al no ser cuantificable en dinero, no constituye un daño susceptible de dar lugar a una reparación». Pese a ser enérgicamente combatido por la jurisdicción administrativa, los tribunales ordinarios ya aceptaban reparar el dolor moral desde finales del siglo XIX y hoy día conceden indemnización no sólo por la ruptura de los lazos afectivos que conlleva la muerte, sino también por la inquietud y la angustia que provoca en los familiares más allegados la lesión o la incapacitación de la víctima o el sufrimiento de un ser querido (Civ. 22 de oct. de 1946, D. 1947.59). La posición del Consejo de Estado suscitaba tantas críticas que en varias ocasiones los tribunales administrativos tomaron la iniciativa de conceder una reparación por el dolor moral ocasionado (Tribunal Administrativo de Lille, 28 de febr. de 1958, *Dame Vve Cousinard*, Rec. 689; AJ 1958.II.105, concl. Delevallé; S. 1958.153 y D. 1958.216, concl.; Tribunal Administrativo de Nantes, 14 de mar. de 1958, *Époux Rigollet*, Rec. 699; Tribunal Adminis-

trativo de Burdeos, 15 de febr. de 1961, *Meunier*, AJ 1961.361, concl. Luce; RA 1961.154, concl., nota Liet-Veaux). El Comisario del Gobierno Fougère, al exponer sus conclusiones en 1954 ante la Asamblea Plenaria del Consejo de Estado en un asunto particularmente doloroso (un joven había perdido a toda su familia en un accidente de coche), pidió insistentemente el abandono de una jurisprudencia cuya debilidad puso de manifiesto. Sin embargo, el Consejo de Estado se limitó a reiterar su afirmación tradicional (CE, As., 29 de oct. de 1954, *Bondurand*, citada *ut supra*).

La doctrina redobló sus críticas contra una jurisprudencia que carecía de justificación: resultaba harto difícil explicar a los justiciables por qué el Consejo de Estado se consideraba incapaz de cuantificar en dinero un perjuicio que los tribunales ordinarios llevaban más de medio siglo reparando. ¿Por qué se había impuesto en un orden jurisdiccional, y no en otro, la idea de que «no se puede poner precio a las lágrimas»? En particular, estas críticas fueron evocadas en los debates parlamentarios que concluyeron con la aprobación de la ley de 31 de dic. de 1957 que trasladó a los tribunales ordinarios los litigios derivados de los accidentes provocados por los vehículos de la Administración.

3

C. También el Comisario del Gobierno Heumann creyó poder hacer un nuevo intento ante la Asamblea Plenaria del Consejo de Estado en el caso *Letisserand*. En primer lugar, demostró que es posible indemnizar el dolor moral. ¿Por qué habría de ser más difícil de evaluar en dinero el dolor moral que el sufrimiento físico? Sin duda alguna, la reparación pecuniaria nunca borraría del todo el atentado contra los sentimientos afectivos, pero «esta imperfección no puede justificar la denegación de cualquier indemnización, ya que más vale una reparación imperfecta que una ausencia total de reparación». Además, añadía el señor Heumann, «no se trata de sustituir en un patrimonio un elemento de valor determinado por una indemnización equivalente... La concesión de una cantidad de dinero sólo tiende a procurar una satisfacción, un alivio, que pueda atenuar, y aun borrar, el sentimiento de pena». Pero tal reparación, ¿no chocaría contra el sentimiento moral? Al Comisario del Gobierno le parecía que no: «un beneficio material puede servir de distracción, mejorar un estado moral o físico conmovido por una perturbación afectiva». Además, no existe ninguna diferencia fundamental entre el dolor moral y el dolor físico: «tanto el uno como el otro reducen la capacidad de resistencia del organismo y

merman la aptitud para el trabajo». Posible y legítimo, el cambio de jurisprudencia era igualmente oportuno: «Al desechar una teoría obsoleta, responderán tras una larga espera a las aspiraciones de la conciencia jurídica y cumplirán así con exactitud la misión del juez consistente en establecer, llegado el momento, la regla de derecho destinada a dar expresión jurídica a una necesidad de orden social».

Esta vez el Consejo de Estado se dejó convencer: «si bien no se ha acreditado –ni tan siquiera alegado– que el fallecimiento del señor Letisserand (Paul) hubiera ocasionado al señor Letisserand (Camille) un daño material o le hubiera provocado un quebranto en sus condiciones de existencia, *el dolor moral que supuso para este último la desaparición prematura de su hijo constituye en sí mismo un perjuicio que justifica que se le conceda una indemnización*».

La sentencia *Letisserand* fue favorablemente acogida por la doctrina en su conjunto (véanse, además de las notas citadas *ut supra*, Luce, *La question du préjudice moral dans la jurisprudence administrative* [La cuestión del daño moral en la jurisprudencia administrativa], JCP 1961.I.1645, y «*Nouvelles réflexions sur la réparation du préjudice moral par le juge administratif*» [Nuevas reflexiones sobre la reparación del daño moral por el juez administrativo], JCP 1962.I.1685; v., no obstante, en sentido contrario, G. Morange, «*À propos d'un revirement de jurisprudence: la réparation de la douleur morale par le Conseil d'État*» [Sobre un cambio radical en la jurisprudencia: la reparación del dolor moral por el Consejo de Estado], D. 1962, cr., p. 15, que estimaba que la «comercialización de los sentimientos choca frontalmente contra los valores fundamentales con los que se identifica la civilización occidental»).

4           II. Con todo, quedaban pendientes algunas cuestiones y ciertas interrogantes.

5           A. En primer lugar, cabe preguntarse si la reparación del dolor moral abarca la del *quebranto provocado en las condiciones de existencia*. A esta primera pregunta, la sentencia *Letisserand* parece dar una respuesta negativa. De un lado, concede al padre de la víctima una indemnización en concepto de dolor moral, dejando así patente que el demandante no ha sufrido ni un perjuicio material ni un quebranto en sus condiciones de existencia. De otro, la señora Letisserand recibe una reparación no sólo por los daños materiales sufridos (reparación

de la motocicleta, pérdida de ingresos, etc.), sino también por los «quebrantos de todo tipo que la desaparición del cabeza de familia ha provocado en la vida familiar», así como los derivados de la muerte de su hijo.

Así pues, los quebrantos en las condiciones de existencia llevan al Consejo de Estado a conceder una indemnización por los cambios en el modo de vida de los demandantes al margen incluso de los daños materiales y del dolor moral (*cf.* CE, 12 de jun. de 1963, *Ministre des travaux publics c/ Dame Féraud*, Rec. 361: reparación de una «molestia física que, si bien no ha impedido (a la recurrente) recuperar su antiguo empleo..., supone sin duda un quebranto en sus condiciones de existencia; la indemnización derivada de dicho quebranto no depende, directa o indirectamente, del importe de los ingresos profesionales de la interesada»; – Secc., 13 de mayo de 1983, *Mme Lefebvre*, Rec. 194; AJ 1983.476, concl. Boyon: indemnización distinta del dolor moral padecido por una madre por el hecho de perder a su hijo y del quebranto en sus condiciones de existencia).

En ocasiones, si el motivo del quebranto en las condiciones de existencia y el del perjuicio moral son distintos, dan lugar a una indemnización indiferenciada, que los cubre globalmente (CE, 9 de jul. de 1969, *Époux Pech*, Rec. 373; RTDSS 1970.81, concl. Morisot; – Secc., 25 de sept. de 1970, *Commune de Batz-sur-mer et Dame Vve Tesson*, Rec. 540; v. n.º 54.2; – 9 de dic. de 1988, *Bazin*, Rec. 1018; D. 1989.SC.348 obs. Moderne y Bon). En otras, el motivo del quebranto en las condiciones de existencia cubre el conjunto de los perjuicios sufridos, incluido el dolor moral (por ejemplo: CE, Secc., 14 de jun. de 1963, *Époux Hébert*, Rec. 364, concl. Méric; D. 1964.326, nota Lalumière – concediendo 25.000 francos en concepto del quebranto en las condiciones de existencia provocado a los padres de un joven de 14 años que resultó muerto en una piscina municipal a raíz de diversas faltas de la Administración).

En ocasiones, el perjuicio moral puede consistir él mismo en el menoscabo de todo tipo en las condiciones de ejercicio de una profesión (CE, As. 22 de oct. de 2010, *Mme Bleitrach*, Rec. 399, concl. Roger-Lacan; v. n.º 38.6). En otras, por último, el dolor moral es objeto de una indemnización independiente, sin consideración del quebranto en las condiciones de existencia (por ejemplo: CE, 10 oct. 2003, *Consorts Cohen*, Rec. 395; AJ 2003.2391, concl. Chauvaux, nota De-guerge). En la actualidad, a menudo se denomina daño afectivo. El

daño moral no es sólo el dolor moral. Puede consistir, por ejemplo, en la imposibilidad de un paciente, por no haber sido informado por un médico o un cirujano de los riesgos que conllevaba una operación quirúrgica, de consentir y prepararse para dicha eventualidad (CE, 24 sep. 2012, *Catala*, Rec. 984; – 10 de oct. de 2012, *M.B et Mme Lemaître*, Rec. 357; AJ 2012.2232, nota Lantero; JCP Adm. 2012.2369, nota Vioujas), o incluso en la inquietud moral derivada del contagio del virus de la hepatitis C (CE, 27 de mayo de 2015, *Cogez*, req. n.º 371697).

También puede ser un sufrimiento moral resultante de un acoso laboral (Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella, 13 de ene. de 2015, *Commune de Cogolin*, n.º 12MA04971) o de un destino que no se corresponde con el rango del interesado (Tribunal Administrativo de Apelación de París, 31 de dic. de 2014, *Office français de protection des réfugiés et apatrides*, n.º 13PA03552).

El perjuicio moral es reparable tanto en caso de responsabilidad sin culpa como de responsabilidad culposa (CE, 27 oct. 2000, *Centre hospitalier de Seclin*, Rec. 478; D. 2001.1196, concl. Chauvaux; AJ 2001.307, nota Deguergue).

- 6 B. El segundo problema parece más delicado: se trata de saber hasta *dónde abarca el daño moral* susceptible de dar lugar a una reparación. En general, no hay ninguna duda en caso de pérdida del cónyuge, del padre o de la madre, de un hijo menor o mayor de edad (véase por ejemplo: Secc., 4 de nov. de 1966, *Département de la Vendée et Consorts Alonzo Hoffmann*, Rec. 587; AJ 1967.35, cr. Lecat y Massot; – Secc., 25 de sept. de 1970, *Commune de Batz-sur-mer et Dame Vve Tesson*, citada *ut supra* – As., 14 de febr. de 1975, *Consorts Vimart*, Rec. 113, concl. Rougevin-Baville; RTDSS 1975.501, nota Moderne), de un hermano o de una hermana, de un abuelo o de un nieto (por ej., CE, 2 de jul. de 1980, *Consorts Pasquier*, Rec. 884).

Es posible hallar casos límites. En sus conclusiones en el caso *Letisserand*, el señor Heumann ya había hecho alusión a la «comedia odiosa» que ciertos demandantes podrían llegar a representar para solicitar una indemnización por un dolor moral que no habrían sentido en absoluto. Por su parte, el señor Morange evocó el caso de una viuda joven a quien la indemnización recibida a raíz de la muerte de su marido le habría permitido casarse en segundas nupcias. Los propios tribunales ordinarios han tenido que limitar los abusos, excluyendo del derecho a la indemnización a los parientes demasiado lejanos o a los simples amigos de la víctima (véase, *sin embargo*, Civ. 16 de ene.

de 1962, S. 1962.281, nota Foulon-Piganiol; JCP 1962.II.12557, nota Esmein: reparación de la pena ocasionada por la muerte de un caballo). El Consejo de Estado hubo de imponer límites análogos y denegar, por ejemplo, cualquier tipo de indemnización en concepto de *Pretium doloris* a una mujer que vivía desde hacía tiempo separada de su marido (CE Secc., 19 de mayo de 1961, *Entreprise de travaux publics Daniel*, Rec. 354), o a una suegra (madre de la esposa o del esposo, CE Secc., 4 de nov. de 1966, *Département de la Vendée et Consorts Alonzo Hoffmann*, citada *ut supra*).

En cambio, si no el daño moral, sí se indemnizó al menos el quebranto en las condiciones de existencia de un padre con cinco hijos que volvió a casarse después de perder a su mujer (CE, 29 de nov. de 1972, *Commune de Saint-Barthélémy-de-Vals*, Rec. 1231), el daño moral sufrido por el padrastro (o segundo marido de la madre) de la víctima, criada por él desde temprana edad (CE, 9 de dic. de 1970, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Époux Lossier*, Rec. 745), el sufrido por la hijastra mayor de la víctima (CE, 23 jun. 1986, *Centre hospitalier spécialisé de Maison-Blanche*, Rec. 720).

En este ámbito no cabe sino recurrir a presunciones, acompañadas de evaluaciones globales aproximadas, para evitar litigios sobre la existencia y la intensidad de la pena alegada. Como dijo el señor Heumann, «se trata de aplicar aquí un método empírico que... permita evitar abusos y también conceder una indemnización acorde con la naturaleza de los lazos familiares alegados por el demandante».

7

C. Por último, falta saber si *la indemnización* del dolor moral se calcula de manera holgada o rigurosa. El fallo *Letisserand* parece decantarse por la segunda hipótesis, ya que el Consejo de Estado limitó la indemnización concedida al padre de la víctima a la cantidad de 1.000 francos, cuando el demandante había solicitado 5.000 francos, un importe que no parecía «*en modo alguno excesivo*» al Comisario del Gobierno (de todas formas estas cantidades no eran significativas habida cuenta de la devaluación monetaria).

En la actualidad, la jurisprudencia concede en concepto de daño moral propiamente dicho cantidades nada desdeñables (v. CE As., 10 de abr. de 1992, *Époux V.\**; – Secc., 3 de nov. de 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, Rec. 412; v. n.º 90.4). El daño moral fue igualmente evaluado por el Consejo de Estado (Sección) en la sentencia de 12 de oct. de 2009, *Mme Chevillard et autres* (Rec. 387; v. n.º 54.5), con ocasión del fallecimiento accidental de un hombre, en 20.000 euros

para la esposa, 15.000 para los hijos de 18 y 21 años de edad respectivamente, 8.000 para la hija mayor, 3.000 para el nieto y 4.000 para los hermanos. Hoy día todavía se conceden indemnizaciones de importes similares (por ejemplo: Tribunal Administrativo de Apelación de Douai, 14 de marzo de 2013, n.º 11DA00700).

Estas evaluaciones pueden ser similares a las concedidas por los tribunales ordinarios en casos análogos, a las que ya no parecen ser sistemáticamente inferiores.

Tras la reforma que supuso la Ley de 31 de dic. de 1987, que otorgó al Consejo de Estado una función de tribunal de casación en litigios de indemnización, éste ya puede decidir por sí mismo el importe de la indemnización (v., no obstante, la sentencia *Mme Chevillard*) sin entrar a examinar las apreciaciones del juez de fondo en la materia (v. nuestras obs. a la sentencia de 2 febr. 1945, *Moineau\**).

## **75. ACTOS DEL GOBIERNO. PODERES ESPECIALES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**

**Consejo de Estado As., 2 de marzo de 1962,  
*Rubin de Servens et autres***

(Rec. 143; JCP 1962.II.12613, concl. Henry; RD publ. 1962.294,  
concl.; AJ 1962.214, cr. Galabert y Gentot; D 1962.109, cr. G  
Morange; JCP 1962.I.1711, cr. Lamarque; RD publ. 1962.288,  
nota Berlia; S. 1962.147, nota Bourdoncle)

Considerando que, con su decisión de fecha 23 de abril de 1961, adoptada previa consulta oficial con el Primer Ministro y con los Presidentes de las Asambleas y previo dictamen del Consejo Constitucional, el Presidente de la República decretó la aplicación del artículo 16 de la Constitución de 4 de octubre de 1958; que esta decisión tiene el carácter de un acto de gobierno cuya legalidad y período de validez no compete al Consejo de Estado apreciar ni controlar; que tal decisión tuvo por efecto conferir al Presidente de la República las facultades necesarias para adoptar todas las medidas requeridas por las circunstancias que la motivaron y, en especial, ejercer el poder legislativo en las materias enumeradas en el artículo 34 de la Constitución y el poder reglamentario en las materias previstas en el artículo 37;

Considerando que el artículo 34 de la Constitución dispone que «la ley establecerá las normas por las que se regirán... el procedimiento penal... la creación de nuevos órdenes jurisdiccionales»; que la decisión impugnada el 3 de mayo de 1961, adoptada previa consulta con el Consejo Constitucional, pretende, de un lado, instaurar un tribunal militar con competencia especial y crear así un orden jurisdiccional en el sentido del antedicho artículo 34 y, de otro, establecer las normas de procedimiento penal por las que deberán regirse las actuaciones ante dicho tribunal; que de ello se deduce que dicha decisión, que contempla materias legislativas y que ha sido adoptada por el Presidente de la República durante el período de aplicación de poderes excepcionales, tiene naturaleza de acto legislativo cuyo conocimiento no compete al juez administrativo;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

1 I. Entre las innovaciones introducidas en el derecho público francés en 1958, el artículo 16 de la Constitución de 4 de octubre de 1958 fue, en su momento, uno de los dispositivos más controvertidos, sobre todo al disponer que «cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales quede interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Asambleas y el Consejo Constitucional»; dicho artículo 16 dividió a la doctrina tanto sobre su significado exacto como sobre su eventual alcance, y fue objeto de interpretaciones claramente opuestas: también se suscitó una cierta curiosidad por conocer la actitud del Consejo de Estado al respecto.

El intento de golpe de estado ocurrido en Argel en la primavera de 1961 dio pie a su aplicación: en efecto, desde el 23 de abril de 1961, el Presidente de la República decidió, una vez realizadas las consultas previstas, recurrir al artículo 16; el golpe fracasó en la noche del 25 al 26 de abril y, a partir del 26, quedaron restablecidas en Argelia las autoridades legales. Ahora bien, el artículo 16 se mantuvo en vigor hasta el 29 de septiembre de 1961, fecha en la que se adoptó la decisión de suspender su aplicación.

Durante este período, el Presidente de la República adoptó numerosas «decisiones» al amparo de las facultades conferidas por el artículo 16. Una de ellas, de fecha 3 de mayo de 1961, cuyo objeto era crear un tribunal militar especial para juzgar a «los autores y cómplices de delitos contra la seguridad del Estado y contra la disciplina de los ejércitos» y establecer las normas procesales por las que se regirían las actuaciones ante dicho tribunal, fue la primera que permitió al alto juez administrativo interpretar el artículo 16 y las decisiones adoptadas al amparo del mismo. Se presentaron dos recursos instando la anulación de dicha decisión, uno de ellos interpuesto por diez oficiales del 1.º Regimiento Extranjero de Paracaidistas (1.º REP) –entre ellos, el señor Rubin de Servens– y el otro por los señores Sabouret, Garat de Nedde y Dupont, todos ellos procesados por el antedicho tribunal y condenados a diversas penas. Estos recursos se articulaban en torno a

tres alegaciones. La primera instaba al juez a declarar que no se cumplían las condiciones previstas en el artículo 16 de fecha 3 de mayo de 1961, momento en que fue adoptada la decisión impugnada, dado que no se percibía ninguna amenaza grave e inmediata tal y como requería el artículo 16 y los poderes públicos constitucionales funcionaban entonces con normalidad; el segundo motivo del recurso se basaba en la violación de los principios generales del Derecho Penal, en particular, la norma según la cual la instrucción de las causas penales debe necesariamente encomendarse a un órgano independiente del poder ejecutivo –principio consagrado por el artículo 68 del Código Procesal Penal (L 31 dic. 1957), el artículo 42 del Código de Justicia Militar e incluso el decreto-ley de 2 de enero de 1959 sobre el Alto Tribunal, pero ignorado por la decisión impugnada, cuyos artículos 8, 9 y 10 encomendaban la instrucción al Ministerio Fiscal; el tercer fundamento era la vulneración del principio de no retroactividad de la ley penal, ya que la decisión de 3 mayo se aplicó a crímenes y delitos cometidos antes de su entrada en vigor, correspondiendo en ese momento a los tribunales militares conocer de los mismos.

La Sala de lo Penal del Tribunal de Casación, que se pronunció sobre el caso el 21 de agosto de 1961 a raíz de la interposición ante el mismo de un recurso extraordinario, declinó examinar la legalidad interna de la decisión recurrida y se limitó a enjuiciar su legalidad externa. En su fallo declara que, dado que el artículo 16 fue aplicado conforme a Derecho, no era posible impugnar la legalidad de la decisión controvertida ante la autoridad judicial ya que la misma se ajustaba a la Constitución; en efecto, el Tribunal señala que se procedió a realizar las consultas previas previstas y que incluso en su dictamen el Consejo Constitucional «constata que se cumplen las condiciones exigidas por la Constitución para la aplicación del artículo 16», rebasando así el mero control de la existencia de la decisión para esbozar un control de la legalidad externa de la misma, por lo demás superfluo (Crim. 21 de ago. de 1961, Fohran, Bull crim 1961.695; v. también Crim. 10 de mayo de 1962, Dovecar y Piegts, JCP 1962.II.12736, nota Michaud).

El Consejo Estado se vio, a su vez, obligado a pronunciarse tanto sobre su propia competencia como sobre la naturaleza de las decisiones adoptadas por el Presidente de la República al amparo del artículo 16. Emitida por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de conformidad con las conclusiones del señor Henry, la sentencia *Rubin de Servens* establece una distinción capital entre, de

un lado, la decisión inicial de aplicar el artículo 16 y, de otro, las decisiones adoptadas al amparo del mismo durante su período de aplicación.

2 II. La decisión inicial de aplicar el artículo 16 de la Constitución reviste, según el Consejo de Estado, «carácter de acto de gobierno», por lo que no le compete «ni apreciar la legalidad ni controlar la duración de su aplicación».

3 A. La Constitución de 1958 confiere al Presidente de la República un cierto número de «poderes propios», que habitualmente ejerce sin el visto bueno ministerial, entre los cuales figuran los definidos por el artículo 16, cuyo origen y significado son objeto de un minucioso análisis por parte del Comisario del Gobierno. El señor Henry señala que no todos los actos realizados al amparo de estos poderes propios admiten necesariamente la calificación de actos de gobierno: de este modo, el Consejo de Estado sería competente para conocer, por ejemplo, sobre la legalidad del sistema de ascenso del personal jurisdiccional, el cual es aprobado unilateralmente por el Presidente de la República; de otro, el Comisario del Gobierno recuerda que, si bien el Consejo de Estado se declara hoy incompetente para conocer de la decisión de denegar una medida de gracia, lo que constituye otro «poder propio» del Presidente de la República, ello obedece a que tal acto pertenece al ámbito judicial de la ejecución de penas, pero no porque constituya un acto de gobierno (CE 28 de marzo de 1947, Gombert, Rec. 138; v n.º 3.2). Así pues, no todas las decisiones adoptadas por el Presidente de la República en el ejercicio de sus poderes propios constituyen actos de gobierno. Ahora bien, algunos de estos poderes tienen que ver con las relaciones entre el Parlamento y el gobierno y, por ello, evidentemente, su ejercicio no es susceptible de ser recurrido ante el juez, quien no dudará en calificar de actos de gobierno los actos emitidos al amparo de estos poderes: este es el caso de los poderes que confiere el artículo 16 al Presidente de la República. A este respecto, la sentencia *Rubin de Servens* aporta una solución que difícilmente podría refutarse: en la medida en que la decisión de recurrir al artículo 16 genera de inmediato una confusión orgánica de poderes en beneficio del Presidente de la República, altera *ipso facto* el reparto de competencias entre los poderes constitucionales, y se halla dentro del ámbito de aplicación clásico del concepto de acto de gobierno (v. CE 19 de febr. de 1875, *Prince Napoléon*\* y nuestras obs.).

Conviene destacar el hecho de que, en este caso, el Consejo de Estado empleara el término «acto de gobierno», que tan renuente era a utilizar y que hasta entonces sólo se había visto en la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos (TC 12 de febr. de 1953, *Secrétaire du comité d'entreprise de la SNCASE*, Rec. 585; – 24 de jun. de 1954, Baraban, Rec. 712). Quizás deba verse en este fallo una voluntad de reafirmar la existencia de un concepto al que se ha opuesto la doctrina en tanto que teoría original, dentro de un marco institucional propicio a tal renovación (v. también CE, As., 19 de oct. de 1962, Brocas, Rec. 553; v. n.º 3.4).

Pese a vedarse así entrar a apreciar la legalidad interna de la decisión de 23 de abr. de 1961 y a examinar el fondo del asunto, el Consejo de Estado señala, no obstante, que la decisión fue adoptada «previa consulta oficial con el Primer Ministro y los Presidentes de las Asambleas y previo dictamen del Consejo Constitucional», indicando así, tal y como hizo el Tribunal de Casación, su deseo de controlar su legalidad externa. Con todo, hay que puntualizar que se trata a lo sumo de constatar la existencia de la decisión y que es preciso señalar los límites de tal control: efectivamente, el Consejo de Estado no aprecia si las circunstancias fácticas permitían recurrir al artículo 16, ni si realmente se cumplían las condiciones previstas en dicho artículo para su aplicación; por lo demás, la simple constatación de la legalidad formal de la decisión no es una garantía muy eficaz: «todo control *a posteriori*» por parte del Consejo de Estado «sería o bien inútil –si la decisión de aplicar el artículo 16 es conforme a la Constitución– o bien irrisoria –si no lo es–». En este último caso, estaríamos «en presencia de un golpe de estado que el Parlamento no habría podido evitar y sería demasiado tarde para condenarlo» (concl. Henry).

4

B. Las mismas consideraciones llevaron al Consejo de Estado a decidir, como había propuesto el Comisario del Gobierno, que tampoco procedía controlar la duración de la aplicación del artículo 16. De este modo, el Consejo de Estado se negó a examinar el motivo del recurso basado en la prórroga, considerada abusiva por los recurrentes, de la aplicación del artículo 16, excluyendo así de antemano su competencia para apreciar la decisión con que el Presidente de la República pone fin a la aplicación de dicha disposición. Sin embargo, el Alto Tribunal no tuvo ocasión de decir que esta decisión tenía carácter de acto de gobierno y, en su jurisprudencia posterior, sólo se precisó que la decisión del 29 de sept. de 1961 estaba fuera de su control debido a

su naturaleza legislativa, al tener también carácter legislativo las propias decisiones que mantenía en vigor (CE 13 de nov. de 1964, Livet, Rec. 534; D 1965.668, nota Demichel; JCP 1965.II.14286, nota Langavant; AJ 1965.365, nota A.H.).

- 5 C. Estas precisiones permiten constatar que, contrariamente a lo expuesto en ciertos comentarios doctrinales sobre el artículo 16, formulados en 1958, el Consejo de Estado descarta la idea de una posible aplicación en este ámbito de su jurisprudencia en materia de circunstancias excepcionales. En realidad, si tal hubiera sido el caso, el Consejo de Estado habría controlado no sólo la existencia de una situación susceptible de justificar la aplicación del artículo 16 (es decir, si efectivamente se cumplían las condiciones previstas en el artículo 16), sino también la realidad de la persistencia de dichas circunstancias hasta la fecha en que dejara de aplicarse el artículo 16; del mismo modo, habría negado todo valor a las decisiones mantenidas en vigor con posterioridad a dicha fecha (v. CE, As., 16 de abr. de 1948, *Laugier*, Rec. 161; v. n.º 30.3; – Secc., 7 de ene. de 1955, *Andriamisera*, Rec. 13; RJPUF 1955.859, concl. Mosset; RD publ. 1955.709, nota Waline; v. – 28 de jun. de 1918, *Heyriès\** y nuestras obs.).

III. Contrariamente a la decisión de recurrir al artículo 16, las decisiones tomadas por el Presidente de la República durante la aplicación del artículo 16 y al amparo del mismo no constituyen actos de gobierno; el Consejo de Estado no podía fallar de otra manera, so pena de retomar la teoría del móvil político, abandonada a raíz de la decisión *Prince Napoléon\**. Las conclusiones del Comisario del Gobierno aclaran oportunamente los motivos y las modalidades del control jurisdiccional cuyos límites fueron así definidos en la sentencia *Rubin de Servens*.

- 6 A. El Consejo de Estado adoptó una solución intermedia; aunque con respecto al artículo 16 se negó a ejercer el control que le corresponde ejercer –sin duda de manera indulgente pero en su plenitud– en el marco de su teoría de las circunstancias excepcionales, también descartó la teoría según la cual la lógica de las instituciones exigía que todas las decisiones adoptadas en virtud del artículo 16 quedaran excluidas de todo control en calidad de actos de gobierno. Al proceder así, el Alto Tribunal estaba adoptando aquí su actitud tradicional respecto a las decisiones tomadas por una autoridad en beneficio de la

cual se produce momentáneamente una confusión de poderes. Ahora bien, en el caso de las decisiones adoptadas al amparo del artículo 16, al igual que en los supuestos de confusión de poderes que ya se habían planteado en el pasado, se trata de decisiones cuya apariencia formal es siempre la misma, a pesar de que sean o puedan ser de naturaleza totalmente diversa. Así, entre el 23 de abr. y el 29 de sept. de 1961, el Presidente de la República adoptó medidas relacionadas con diversos ámbitos: creación de tribunales, modificación del procedimiento penal, suspensión de la inamovilidad de los jueces en activo, decisiones que permiten la suspensión o destitución de ciertos funcionarios o militares o la modificación de las normas de ascenso dentro del ejército, decisiones que prevén la prohibición de ciertas publicaciones periódicas o que restringen las libertades individuales. Como venía haciendo tradicionalmente cuando se producía una confusión de los poderes legislativo y ejecutivo en manos de una misma autoridad, el Consejo de Estado distingue, entre las decisiones adoptadas, aquellas que tienen una naturaleza legislativa y aquellas que tienen una naturaleza reglamentaria; ya había adoptado esta decisión, por ejemplo, con respecto a los decretos del Primer Imperio (30 de jul. de 1880, *Brousse*, concl. Chantegrellet, Rec. 704), a los del Príncipe-Presidente después del golpe de estado de 2 de dic. de 1851 (28 de nov. de 1873, *Élections de Maisons-Alfort*, Rec 882) y a los del gobierno de Defensa Nacional en 1870 (28 de marzo de 1885, *Languellier*, Rec. 389, concl. Gomel). En el presente caso, su tarea viene facilitada por el reparto instituido por los artículos 34 y 37 de la Constitución entre materias legislativas y materias reglamentarias.

- 7 B. 1.º) El Consejo de Estado se considera incompetente para apreciar la legalidad de una decisión presidencial relativa a las materias enumeradas en el art. 34 de la Constitución, porque tales decisiones tienen necesariamente valor legislativo y no pueden ser objeto de recurso salvo, desde la modificación constitucional de 23 de julio de 2008, en los casos en que se plantee una cuestión previa de constitucionalidad.

Así pues, el Consejo de Estado se declaró incompetente para apreciar la validez de la decisión de 3 de mayo de 1961 nada más constatar que la misma tenía indudablemente carácter legislativo por cuanto creaba un órgano jurisdiccional nuevo «en el sentido del artículo 34» y promulgaba reglas especiales de procedimiento penal: en efecto, el

artículo 34 de la Constitución dispone que la ley fijará las normas referentes a estas dos cuestiones.

La solución de la sentencia *Rubin de Servens* fue posteriormente aplicada en varias ocasiones, declarándose el Consejo de Estado incompetente para enjuiciar la legalidad de decisiones consideradas de naturaleza legislativa tales como: la decisión de 24 de abril de 1961 por la que se habilitaba al Ministro de Interior a tomar medidas restrictivas de las libertades individuales (CE 13 nov 1964, *Livet*, citada *ut supra* n.º 76. 4); la decisión de 27 de abr. de 1961 por la que se autorizaba a los Ministros de Interior y de Información a prohibir mediante decreto las publicaciones que contuvieran informaciones consideradas secretas (CE, Secc., 22 de abr. de 1966, *Société Union africaine de presse*, Rec. 276; JCP 1966.II.14805, concl. Galmot, nota R. Drago); e incluso la decisión de 29 de sept. de 1961 por la que se mantenía en vigor hasta el 15 de jul. de 1962 la antedicha decisión de 24 de abril de 1961, por ser ésta de naturaleza legislativa (CE 13 nov. 1964, *Livet*, citada *ut supra*).

El único control que el juez administrativo acepta ejercer sobre las decisiones de carácter legislativo adoptadas al amparo del artículo 16 de la Constitución es el de la existencia y de la entrada en vigor de la decisión, de conformidad con su jurisprudencia tradicional (CE 22 de febr. de 1946, *Botton*, Rec. 58; S. 1946. 356, nota P. H; – As., 1 de jul. de 1960, *Fédération nationale des organismes de sécurité sociale et Fradin*, Rec. 441; v. n.º 17.5).

Así pues, el alcance del control que el Consejo de Estado ejerce sobre las decisiones de naturaleza legislativa adoptadas en aplicación del artículo 16 es bastante restringido. Ello impide, en particular, que el juez pueda censurar la vulneración por tales decisiones de los principios generales del Derecho. Asimismo, el juez tampoco podría apreciar la observación por dichas decisiones de los límites establecidos por el propio artículo 16, conforme a los cuales las medidas adoptadas por el Presidente de la República deben «inspirarse en la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales los medios necesarios para cumplir su misión a la mayor brevedad». Es más: aun cuando las decisiones adoptadas al amparo del artículo 16 vulneraran disposiciones expresas de la Constitución (p. ej., la inamovilidad de los órganos jurisdiccionales de Argelia) seguirían estando exentas del control del Consejo de Estado, salvo la interposición por el mismo, a instancia de

parte, de una cuestión prioritaria de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional.

- 8 2.º) En cambio, sí están sometidas al control del juez del exceso de poder las decisiones que adopta el Presidente de la República en su calidad de autoridad reguladora en el marco del «desdoblamiento funcional» instituido por el artículo 16. Esta solución fue justificada por el señor Henry en función de una concepción estricta de la distribución de competencias entre la ley y el reglamento que había prevalecido hasta que el Consejo Constitucional decidió que la intrusión del legislador en el ámbito reglamentario no era contrario a la Constitución (n.º 82-143 DC, 30 jul. 1982, Rec. 57). Sea como fuere, para justificar el control de las decisiones presidenciales adoptadas en materia reglamentaria, el Comisario del Gobierno esgrimió que la decisión de 29 de sept. de 1961 mantenía en vigor ciertas decisiones adoptadas durante el período de aplicación del artículo 16, pero bajo reserva expresa de «lo que pudiera ser decidido por la ley»: es decir, en su opinión, la ley solo podía modificar normas de carácter legislativo, por lo que las decisiones de naturaleza reglamentaria escaparían a todo control si el juez del exceso de poder se declaraba incompetente para conocer de su legalidad.

Sin embargo, la jurisprudencia relativa a este período de aplicación del artículo 16 no ofrece ningún ejemplo de decisión presidencial de naturaleza reglamentaria sometida al control del juez, ya que las decisiones adoptadas fueron en su mayor parte de carácter legislativo. Con todo, cabe pensar que el Consejo de Estado ejercería, sobre tal tipo de decisiones, un control inspirado en aquel que ejerce en el marco de su teoría de las circunstancias excepcionales. Asimismo, para evitar que una decisión presidencial que incluyera a la vez disposiciones legislativas y disposiciones reglamentarias fuera considerada legislativa y, en cuanto tal, estuviera dotada de inmunidad jurisdiccional, lo más probable es que el juez distinguiera entre unas y otras y ejerciera su control de legalidad sobre las disposiciones que tuvieran naturaleza reglamentaria.

- 9 3.º) De este modo, en realidad, es más probable que los actos individuales de ejecución de las decisiones adoptadas al amparo del artículo 16, de naturaleza tanto legislativa como reglamentaria, sean controlados más eficazmente por el juez del exceso de poder. No obstante, es preciso subrayar que su legalidad se aprecia en relación con la decisión presidencial que le sirve de fundamento, ya que el Consejo de

Estado no ha hecho todavía ninguna interpretación susceptible de ampliar cabalmente el alcance de su control. Por consiguiente, el juez considerará necesariamente de carácter legal la medida individual que vulnera una disposición de naturaleza legislativa o un principio general del Derecho que pretenda precisamente modificar o soslayar la decisión que le sirve de fundamento; de hecho, una actitud inversa le habría llevado a censurar indirectamente la decisión de la que el acto impugnado no es sino su aplicación, aun cuando en estas condiciones tal decisión tuviera necesariamente carácter legislativo (CE 13 de nov. de 1964, *Livet*, citada *ut supra* n.º 76.4; – Secc., 22 de abr. de 1966, *Société Union africaine de presse*, citada *ut supra* n.º 76.7). Por el contrario, si de lo dispuesto en la decisión presidencial se deduce que la medida individual adoptada para aplicarla entraña una violación de una norma legal o de un principio general del Derecho que dicha decisión no pretendía soslayar, el juez anulará la medida por ilegal. Este caso se presentó a propósito de un decreto de 10 de oct. de 1961 que había suspendido temporalmente a un militar en aplicación de la decisión de 7 de jun. de 1961 que establecía tales medidas contra el personal militar, fuera cual fuera su grado, «sin perjuicio de la existencia de disposiciones legales o reglamentarias contrarias»: el Consejo de Estado anuló este decreto por ilegal, al haberse emitido sin permitir previamente al interesado conocer su expediente, ya que las circunstancias existentes a la fecha de emisión del decreto no justificaban la omisión de tal formalidad y la decisión de 7 de junio no excluía expresamente la observación de dicho trámite; el Alto Tribunal se basó aquí en el control que ejerce en el marco de la teoría de las circunstancias excepcionales (CE, As., 23 de oct. de 1964, *d’Oriano*, Rec. 486; v. n.º 30.8).

- 10** Por último, en varias ocasiones, el Consejo de Estado se vio obligado a restringir aún más el alcance real de su control jurisdiccional, al estimar que las circunstancias de la época justificaban una interpretación amplia de las decisiones adoptadas al amparo del artículo 16. De este modo solventó una dificultad sobre la que no se había pronunciado en el fallo *d’Oriano*: una decisión de 8 de junio de 1961, idéntica a la anteriormente citada de 7 de junio (o casi, ya que no afectaba a militares, sino a los funcionarios de los servicios de policía), establecía en efecto la suspensión especial o la separación del cuerpo de estos funcionarios «habida cuenta de las circunstancias que habían justificado la aplicación del art. 16 de la Constitución». Ahora bien, lejos de

limitarse a utilizar esas atribuciones contra los funcionarios que no habían demostrado su lealtad en tales circunstancias, el Ministro del Interior se creyó facultado para aplicarlas también a los funcionarios cuyo desempeño era manifiestamente «inferior al exigido por su puesto», a los «mediocres» o «ausentes con excesiva frecuencia» por «abusar reiteradamente de las bajas por enfermedad» e incluso contra los alcohólicos (circular a los prefectos de 16 de junio de 1961). El Consejo de Estado pudo así conocer de una resolución del Ministro de Interior de 4 de sept. de 1961 en virtud de la cual se suspendía temporalmente a un funcionario que se hallaba de baja, en el mes de abr. de 1961, por convalecencia tras la extirpación de un riñón. Contrariamente a la interpretación dada por el Comisario del Gobierno Kahn (y a la del señor Michel Bernard en sus conclusiones en el asunto *d'Oriano*), el Consejo de Estado estimó que la interpretación amplia del Ministro estaba justificada con respecto a los funcionarios «cuyo comportamiento general o cuya capacidad profesional o física no le parecían otorgar las garantías suficientes para, llegado el caso, hacer frente con la eficacia necesaria, a problemas de naturaleza idéntica a los que habían alterado el orden público durante el mes de abr. de 1961» (CE, As., 13 de jul. de 1965, *Gauthier*, Rec. 436; AJ 1965.466, cr. Puybasset y Puissochet). En este mismo sentido, al examinar resoluciones ministeriales y prefecturales emitidas al amparo de una decisión presidencial de 27 de abril de 1961, cuyo artículo 1 autorizaba unas medidas de prohibición contra aquellos escritos «que difundieran informaciones secretas de carácter militar y administrativo», el Consejo de Estado consideró que esta disposición debía «interpretarse teniendo en cuenta los acontecimientos de la época y las circunstancias locales»; declaró legales las medidas de prohibición y de secuestro tomadas en aplicación de esta decisión, descartando así la interpretación según la cual tal decisión habría tenido como único fin el relacionado con la difusión de secretos protegidos por la ley penal y estimando que realmente contemplaba «la divulgación de informaciones que el gobierno quería evitar que se hicieran públicas debido a las consecuencias que su divulgación podría tener en el orden público o a las dificultades que podría generar en la ejecución de la política gubernamental» (CE, Secc., 22 abr. 1966, *Société Union africaine de presse*, citada *ut supra* n.º 76.7).

En definitiva, el conjunto de las decisiones del Consejo de Estado ponen de manifiesto su constante preocupación por conciliar y preser-

var, en la medida de lo posible, el amplio margen de acción que otorga el artículo 16 de la Constitución, de un lado, con el principio del control de la legalidad, de otro. A este respecto, no podemos dejar de señalar que la jurisprudencia inaugurada por la sentencia *Rubin de Servens* permitió, al aplicar los principios tradicionales a una situación nueva, establecer un cierto equilibrio entre exigencias aparentemente contradictorias.

**76. RECURSO POR EXCESO DE PODER.  
DECRETOS-LEGISLATIVOS  
DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.  
CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES.  
PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**

**Consejo de Estado As., 19 de octubre de 1962, Canal,  
Robin y Godot**

(Rec. 552; AJ 1962.612, cr. Laubadère; JCP 1963.II.13068, nota C. Debbasch; RA 1962.623, nota Liet-Veaux; Mélanges Genevois, p. 617, art. Labetoulle; Comité de historia del Consejo de Estado y de la Jurisdicción Administrativa, Conférences «Vincent Wright», vol. 1 p. 263, art. Ducamin; AJ 2014.90, nota Gentot)

*Sobre el motivo de inadmisión opuesto por el Ministro de Justicia y el Ministro de los Ejércitos: – Considerando que el art. 2 de la ley de 13 abr. de 1962, aprobada por el pueblo francés en referéndum, autoriza al Presidente de la República «a disponer, mediante decreto-legislativo o, en su caso, decreto del Consejo de Ministros, cualesquiera medidas legislativas o reglamentarias relativas a la aplicación de las declaraciones gubernamentales de 19 marzo de 1962»; que del tenor literal de dicha norma se deduce que su finalidad no fue la de habilitar al Presidente de la República para ejercer el poder legislativo por sí mismo, sino sólo la de autorizarlo para usar excepcionalmente su poder reglamentario para adoptar, mediante decreto-ley, medidas que normalmente competen al legislador, dentro del marco y de los límites que allí se precisan; que de ahí se desprende que el decreto-legislativo recurrido de 1 jun. de 1962, adoptado en aplicación del artículo 2 de la ley de 13 abr. de 1962, conserva el carácter de un acto administrativo y, en cuanto tal, es susceptible de ser impugnado ante el Consejo de Estado por la vía del recurso por exceso de poder;*

Sobre la admisibilidad de la intervención de los señores Bonnefous, Lafay, Plait, Jager y André; – Considerando que los señores Bonnefous, Lafay, Plait, Jager y André tienen interés en la anulación del decreto-legislativo impugnado y que, por consiguiente, se admite su intervención;

*Sobre las conclusiones de la demanda instando la anulación del decreto-legislativo de 1 de jun. de 1962 que instituye un Tribunal Militar de Justicia;*

*Sin que sea necesario pronunciarse sobre los demás motivos de la demanda:*

– Considerando que, si bien el antedicho art. 2 de la ley de 13 abr. de 1962 otorga al Presidente de la República amplios poderes con vistas a adoptar cualesquiera medidas legislativas con respecto a las declaraciones gubernamentales de 19 marzo de 1962 relativas a Argelia y pese a que tales medidas podían suponer, en particular, la institución de una jurisdicción especial encargada de juzgar a los autores de los delitos y de las infracciones conexas cometidos en relación con los acontecimientos de Argelia, *se desprende del tenor literal de la antedicha disposición legal, al igual que del objeto de la misma, que la organización y el funcionamiento de tal jurisdicción no puede vulnerar legalmente los derechos y las garantías esenciales de la defensa salvo en la medida en que, dadas las circunstancias de la época, fuera indispensable para garantizar la aplicación de las declaraciones gubernamentales de 19 marzo de 1962;*

– *Considerando que de la instrucción no se desprende que la creación de tal jurisdicción de excepción fuera necesaria para la aplicación de las declaraciones gubernamentales de 19 marzo de 1962, teniendo en cuenta la importancia y la gravedad de las conculcaciones que el decreto-legislativo impugnado hace de los principios generales del Derecho penal, en concreto, en lo referente al procedimiento en él previsto y a la exclusión de cualquier vía de recurso; que, por ello, está fundada la alegación de los recurrentes de que el antedicho decreto-legislativo, que excede los límites de la delegación realizada por el artículo 2 de la ley de 13 abril de 1962, está viciado de ilegalidad; que, por consiguiente, procede pronunciar su anulación;... (Anulación).*

## OBSERVACIONES

- I.** Los principios sancionados por los «acuerdos» concluidos en Evian y las «declaraciones gubernamentales» de 19 marzo de 1962 por medio de las cuales se hicieron públicos los términos de los mismos

fueron aprobados por el pueblo francés en referéndum el día 8 de abril de 1962. La norma sometida a referéndum, convertida en ley de 13 abril 1962, en su artículo 2 autorizaba al Presidente de la República «a disponer, mediante decretos-legislativos o, en su caso, decretos del Consejo de Ministros, cualesquiera medidas legislativas o reglamentarias relativas a la aplicación de las declaraciones gubernamentales de 19 marzo de 1962»; Entre las medidas adoptadas por el Presidente de la República al amparo de esta disposición figuraba en particular un decreto-legislativo de 1 de jun. de 1962 que creaba y regulaba un «Tribunal Militar de Justicia», una jurisdicción de excepción que venía a sustituir al Alto Tribunal Militar creado mediante una decisión adoptada al amparo del artículo 16 de la Constitución y encargado de juzgar a los autores y cómplices de ciertas infracciones cometidas en relación con los acontecimientos de Argelia.

Condenado a muerte por dicho Tribunal Militar de Justicia el 17 de sept. de 1962, el señor Canal interpuso ante el juez administrativo, al mismo tiempo que los señores Robin y Godot que habían sido igualmente condenados, un recurso de anulación contra el decreto-legislativo de 1 de junio de 1962; a este recurso se sumaron, alegando el despojo del poder legislativo, cinco senadores cuya intervención fue admitida por el Consejo de Estado. Según ciertas informaciones, la ejecución del señor Canal estaba prevista para el 20 de oct. de 1962 y el Consejo de Estado dictó su «veredicto» la misma víspera. La sentencia *Canal*, emitida por la Asamblea Plenaria de la Sala de lo Contencioso-Administrativo sobre las conclusiones contrarias del Comisario del Gobierno Chardeau, tuvo una gran repercusión en su momento: en efecto, la Alta Asamblea anuló el decreto-legislativo recurrido. El razonamiento seguido por el juez se analiza en dos etapas sucesivas: en primer lugar, se afirma que el decreto-legislativo sigue siendo un acto administrativo susceptible, en cuanto tal, de ser anulado por el juez del exceso de poder; seguidamente, se establece que, en el caso de autos, procedía anular el decreto-legislativo por no excusar las circunstancias de su adopción las graves vulneraciones que hace de los principios fundamentales.

- 2      **II.** En primer lugar, la sentencia *Canal* establece claramente el principio según el cual los decretos-legislativos que la ley de 13 abr. de 1962 autorizaba al Presidente de la República a dictar, dentro de los límites que la misma norma establecía, conservan su carácter de actos

administrativos y pueden, por tanto, ser impugnados ante el juez del exceso de poder.

Esta solución no es más que la aplicación de los principios establecidos desde hace más de medio siglo por la jurisprudencia y sistemáticamente reiterados desde que el Consejo de Estado abandonó la teoría de la «delegación legislativa». En efecto, a partir de 1907, el juez dejó de considerar que, en caso de delegación legislativa, el acto realizado por la autoridad que recibe la delegación tiene el mismo carácter que el realizado por la autoridad delegante (v. nuestras obs. sobre CE 6 de dic. de 1907, *Chemins de fer de l'Est\**); los actos adoptados por la autoridad administrativa al amparo de una delegación legislativa siguen siendo, por tanto, actos administrativos. Esta jurisprudencia se aplicó sobre todo a los decretos-legislativos de la III República (CE, As., 25 de jun. de 1937, *Union des véhicules industriels*, Rec. 619; RD publ. 1937.501, concl. Renaudin, nota Jèze; S. 1937.397, nota P. de F. R.; D 1937.333, nota Rolland) y a los decretos dictados al amparo de la habilitación legislativa durante la IV República (CE, As., 15 de jul. de 1954, *Société des Établissements Mulsant*, Rec. 481; v. n.º 17.3; – As., 16 de marzo de 1956, *Garrigou*, Rec. 121; v. n.º 17.3). Durante la V República, se aplica la misma solución a los decretos-leyes adoptados al amparo de la habilitación legislativa del artículo 38 de la Constitución, al menos antes de su convalidación por el parlamento (CE, As., 24 de nov. de 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec. 658; v. n.º 58.1). Sólo escapan al control jurisdiccional por vía de acción los actos emitidos por la autoridad a la que la Constitución confiere el poder legislativo o una autoridad a favor de la cual la Constitución ha previsto una transferencia de la competencia legislativa; en el primer caso, se trata de leyes en sentido estricto, parlamentarias o referendarias; en el segundo, se trata de decisiones de naturaleza legislativa tomadas por el poder ejecutivo durante un período de tiempo limitado, tales como los decretos-leyes dictados durante el período transitorio establecido por el artículo 92 de la Constitución (CE, Secc., 12 de febr. de 1960, *Société Eky*, Rec. 101; v. n.º 8.4) o las decisiones sobre materias reservadas a la ley tomadas por el Presidente de la República en aplicación del artículo 16 de la Constitución (CE, As., 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens\**).

- 3 En el caso que nos ocupa, el Consejo de Estado consideró que no podía estimarse que el poder ejecutivo hubiera actuado en calidad de órgano legislativo. La sentencia no es muy explícita sobre los motivos

que llevaron al Alto Tribunal a dicha conclusión; se limita a indicar «que de su tenor literal se desprende» que la ley de 13 de abr. de 1962 sólo autorizaba al Presidente de la República a usar excepcionalmente su poder reglamentario, dentro de un marco y de unos límites precisos, para adoptar medidas de carácter legislativo, pero sin que dicha ley le habilitara en absoluto para ejercer el poder legislativo él mismo.

Llamó fuertemente la atención del Consejo de Estado el parecido existente entre decretos-legislativos como los dictados el 1 de jun. de 1962 y los que podían adoptarse al amparo de la habilitación del Parlamento prevista en el art. 38 de la Constitución. Así se explicaría que el Alto Tribunal aplicara a las primeras el régimen jurídico al que sometía a las segundas. En realidad, estas dos categorías de decretos-legislativos presentan una cierta analogía: el establecimiento, por la ley de habilitación de 13 de abr. de 1962, tanto de un motivo (adoptar medidas de carácter legislativo definido por el art. 34 de la Constitución), como de un plazo (hasta la implementación de la organización política que «eventualmente surja» del referéndum de autodeterminación previsto) y de un objetivo (la aplicación de las declaraciones gubernamentales de 19 marzo 1962) son modalidades comparables a las previstas en el art. 38 de la Constitución y sirven de argumento para aplicar el mismo régimen jurídico en los dos supuestos. El Consejo de Estado estimó que, a falta de una disposición constitucional expresa a dicho respecto, no es posible suponer que existe una auténtica transferencia de la competencia legislativa similar a las previstas en los artículos 16 y 92 de la Constitución, por lo que en el caso de autos sólo puede tratarse de una delegación comparable a la del artículo 38; de este modo, al menos se salvaguarda el reparto de competencias y el control del juez constituye una garantía apreciable. Al hacer una interpretación estricta, el Consejo de Estado considera que el hecho de que el Presidente de la República pueda promulgar «cualesquiera medidas legislativas» no supone que las mismas tengan fuerza de ley, sino simplemente que pueden regular asuntos reservados a la ley. La falta de disposiciones relativas a la convalidación de las medidas ordenadas por el Presidente de la República al amparo de la ley de 13 abr. de 1962 no debería invalidar la solución de la sentencia *Canal* so pretexto de que la analogía deba hacerse, no con el artículo 38 de la Constitución, que prevé una ratificación, sino con los artículos 16 o 92, que disponen un auténtico trasvase de competencias y no prevén convalidación alguna. Precisamente, el principal interés de la jurisprudencia sobre el ar-

título 38 es que permite, hasta la convalidación, un control por el juez administrativo de los actos adoptados por el ejecutivo al amparo de la habilitación prevista en dicha disposición. La decisión *Canal* aplica el mismo principio y, por ende, garantiza el control del juez hasta que se produzca una eventual convalidación parlamentaria que, si bien no está prevista, como en el caso que nos ocupa, no por ello está excluida, ya que el Parlamento puede proceder a ello cuando lo estime pertinente: de hecho, esta decisión tuvo como efecto animar al gobierno a solicitar al Parlamento la aprobación de un texto legal que otorgaba fuerza de ley a los decretos-ley promulgados al amparo de la ley de 13 de abr. de 1962, provocando así la adopción de un texto equivalente a una convalidación (ley de 15 de ene. de 1963, v. *infra*). En otras palabras, la decisión *Canal* no hizo más que aplicar a los decretos-legislativos dictados al amparo de una delegación referendaria el régimen aplicado a los adoptados en virtud de una delegación parlamentaria.

**III.** Inspirado siempre por los principios que desde hace mucho tiempo rigen su jurisprudencia, el Consejo de Estado determinó seguidamente, sopesando los diferentes elementos que intervenían en el asunto, que las modalidades de la delegación contenida en la ley de 13 abr. de 1962 no permitían la creación de un Tribunal Militar de Justicia como el constituido el 1 de jun. de 1962 y, por consiguiente, anuló el decreto-legislativo impugnado.

- 4 A. El Consejo de Estado examina en primer lugar los términos de la ley de 13 de abr. de 1962 y, en particular, los límites a los que somete la delegación que confiere. Constata así que se han otorgado poderes muy amplios al Presidente de la República, ya que puede incluso emitir decretos-legislativos para regular asuntos reservados a la ley; ahora bien, la ley de 13 de abr. de 1962 también establece límites imperativos. El Consejo de Estado destaca que el Presidente de la República sólo puede ejercer estos poderes con un objetivo preciso, ya que, en efecto, se le han otorgado exclusivamente para la aplicación de las declaraciones gubernamentales de 19 de marzo de 1962. El Alto Tribunal aprecia que cabe considerar en sí «la creación de una jurisdicción especial encargada de juzgar a los autores de delitos e infracciones conexas cometidos en relación con los eventos de Argelia» como un medio para alcanzar dicho objetivo.

Ahora bien, según los principios sentados por la decisión *Syndicat général des ingénieurs-conseils*\* (CE, Secc., 26 de jun. de 1959) y

aplicados en concreto a los decretos-legislativos adoptados al amparo del artículo 38 de la Constitución (CE, As., 24 de nov. de 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec. 658, v. n.º 58.1), todo poder reglamentario está obligado a respetar los principios generales del Derecho si no quiere enfrentarse a la censura del juez, y se sabe que, tratándose de los principios generales del Derecho Penal y de los derechos de la defensa, el juez administrativo se muestra especialmente alerta (v. CE, Secc., 5 de mayo de 1944, *Dame Vve Trompier-Gravier\** y nuestras obs.). En el presente caso, según el Consejo de Estado, el decreto-legislativo de 1 de jun. de 1962 conculcaba gravemente dichos principios «en particular, en lo concerniente al procedimiento previsto en la misma y a la exclusión de cualquier vía de recurso»: en efecto, su artículo 10 excluía cualquier recurso «contra las decisiones del Tribunal Militar de Justicia, de su presidente o de su ministerio fiscal» al tiempo que, en virtud de su artículo 11, el mero hecho de que los autores de las infracciones definidas en el artículo 1 fueran sometidos al Tribunal Militar de Justicia entrañaba de pleno derecho la inhibición de las jurisdicciones civiles o militares, interrumpiendo si fuera preciso las actuaciones realizadas. Con todo, pese a admitir que la creación de una jurisdicción de excepción entraba dentro del ámbito de los poderes delegados en el Presidente de la República por la ley de 13 de abr. de 1962, el Consejo de Estado no acepta las vulneraciones de los principios generales del Derecho realizadas por el decreto-legislativo de 1 de jun. de 1962.

- 5 B. Ahora bien, existe un supuesto en el que tal ilegalidad no hubiera sido suficiente para que se fallara la nulidad: en el marco de la teoría de las circunstancias excepcionales, el Consejo de Estado ha admitido tradicionalmente que puedan cometerse ciertas ilegalidades sin que las mismas lleven al juez a declarar la nulidad de las actuaciones (v. nuestras obs. a CE 28 de jun. de 1918, *Heyriès\**). Aun así, para ello será necesario que se cumplan ciertos requisitos como, por ejemplo, que a la autoridad administrativa le resulte imposible actuar dentro de la ley por razón de las circunstancias existentes (CE, As., 16 de abr. de 1948, *Laugier*, Rec. 161; v. n.º 30.3). En el presente caso, el Consejo de Estado se sitúa claramente en el marco de esta teoría, ya que en su decisión hace referencia a las «circunstancias de la época». No obstante, tras indicar sin ambages que las graves ilegalidades contenidas en el decreto-legislativo de 1 de jun. de 1962 podrían haber sido excusadas si hubieran resultado indispensables para que, en dichas circuns-

tancias, se alcanzara el objetivo fijado –la aplicación de las declaraciones gubernamentales de 19 marzo–, el Consejo de Estado constata que las circunstancias no justificaban vulneraciones tan graves y que dicho objetivo podría haberse logrado sin que las mismas se hubieran cometido. En consecuencia, el Consejo de Estado anuló el decreto-legislativo de 1 de jun. de 1962.

- 6 **IV.** Emitido en un clima de fuerte crispación política, el fallo *Canal* no dejó de tener una repercusión inusual: al anular un decreto-legislativo del Presidente de la República en un ámbito particularmente objeto de polémica, y ello a pocos días del referéndum del 28 de oct. de 1962 sobre la elección del Presidente de la República por sufragio universal directo, la sentencia fue considerada como la adopción de una postura política y explotada como tal en la campaña electoral. Sin embargo, nada indica que la decisión del Consejo de Estado se viera influida por estas pasiones políticas; el Consejo de Estado se mantuvo fiel a los principios tradicionales de su jurisprudencia. La apreciación que hace de las circunstancias de la época es sin duda mucho más estricta que la que efectuó en las graves circunstancias de la guerra de 1914-1918, pero en los últimos treinta años la jurisprudencia había evolucionado en dicho sentido.

En consonancia con estas reacciones, la decisión *Canal* tuvo también consecuencias jurídicas: para evitar que la sentencia tuviera cualquier aplicación práctica y para impedir el control jurisdiccional de los decretos-legislativos adoptados al amparo del artículo 2 de la ley de 13 de abr. de 1962, el gobierno incluyó en su proyecto de ley relativo al Tribunal de Seguridad del Estado, sometiéndola previamente a la aprobación del Parlamento, una disposición (art. 50 de la ley de 15 de ene. de 1963) por la que se establece que dichos decretos-legislativos «tienen y conservarán fuerza de ley a partir de su publicación», permitiendo así al Tribunal Militar de Justicia seguir conociendo de los asuntos sometidos al mismo. Se ha señalado anteriormente que esta disposición puede ser vista como una convalidación, confirmando así la analogía establecida con el mecanismo del art. 38 de la Constitución.

- 7 Pasado el tiempo y a la vista de la jurisprudencia del Consejo Constitucional en materia de leyes de convalidación (*n.º 80-119 DC*, 22 de jul. de 1980, Rec. 46; AJ 1980.602, nota Carcassonne; RD publ. 1980.1658, nota Favoreu; D. 1981.IR.257, obs. L. Hamon; JCP 1981.II.19603, nota Nguyen Quoc Vinh; RA 1980.497, obs. Bien-

venu y Rials; RA 1981.33, obs. de Villiers; Gaz Pal 1981 Doct 1.93, com. Plouvin), cabe afirmar que el hecho de que el legislador dotara de fuerza de ley al decreto-legislativo de 1 de jun. de 1962, incluso después de haber sido anulado por el Consejo de Estado, supuso una vulneración del principio constitucional de la separación de poderes. De hecho, en opinión del juez constitucional, «no compete ni al legislador, ni al gobierno censurar las decisiones de los órganos jurisdiccionales» (decisión n.º 80-119 DC citada *ut supra*). Según el juez constitucional, la validación por la ley del acto administrativo anulado por una resolución judicial, que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, equivale a una censura de la actividad jurisdiccional (*cfr. a contrario, n.º 87-228 DC, 26 de jun. de 1987, Rec. 38, cons. 8*).

## 77. CONVENIOS INTERNACIONALES. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS

Consejo de Estado As., 30 de marzo de 1966,  
*Compagnie générale d'énergie radio-électrique*

(Rec. 257; RD publ. 1966.774, concl. Michel Bernard y 955, nota M. Waline; AJ 1966.350, cr. Puissochet y Lecat; D. 1966.582, nota Lachaume; JCP 1967.II.15000, nota Dehaussy)

Considerando que, para solicitar al Estado francés la reparación del perjuicio causado tanto por la privación de uso de los locales incautados por el ejército de ocupación como por el lucro cesante sufrido como consecuencia de la misma, la *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* se basa, en primer lugar, en las disposiciones de la ley de 30 de abr. de 1946, relativa a las reclamaciones nacidas con ocasión de las incautaciones alemanas en materia de alojamiento y de acantonamiento;

Considerando que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.º de dicha ley, «corresponde al prefecto resolver las reclamaciones a las que dé lugar la evaluación de las indemnizaciones por las incautaciones realizadas con vistas al alojamiento y al acantonamiento de las tropas alemanas»; del tenor literal de este mismo artículo se deduce que la antedicha ley sólo obligó al Estado francés a hacerse cargo de las indemnizaciones debidas por motivo de las incautaciones realizadas para satisfacer las necesidades de alojamiento o de acantonamiento de las tropas alemanas; que se ha acreditado que la incautación en 1940 por la potencia ocupante de los locales e instalaciones técnicas de la estación de radiodifusión «Poste Parisien», de la que era propietaria la *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, no fue realizada con dicha finalidad; que, en consecuencia, la ley de 30 de abr. De 1946 no confiere a la empresa recurrente ningún derecho a solicitar indemnización alguna al Estado francés;

Considerando, en segundo lugar, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 53 del anexo a la Convención de La Haya de 18 de oct. de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, «... Todos los medios destinados... a la trasmisión de noticias... pueden ser tomados,

aunque pertenezcan a particulares, pero deberán ser restituidos, y la indemnización se fijará cuando se restablezca la paz»; que la empresa recurrente sostiene que las condiciones de ejercicio de sus derechos como acreedor que el antedicho art. 53 le reconoce frente a la potencia ocupante han resultado modificadas en detrimento suyo debido al acuerdo, firmado en París el 14 de ene. de 1946, relativo a las reparaciones que habrán de percibirse de Alemania y a la constitución de una agencia interaliada de reparaciones y, sobre todo, al acuerdo sobre la deuda externa alemana firmado en Londres el 27 de febr. de 1953 entre los gobiernos aliados y la República Federal de Alemania, cuyo artículo 5.2, aplaza «hasta la resolución definitiva del problema de las reparaciones, el examen de las deudas que ocasionó la Segunda Guerra Mundial a los países que estuvieron en guerra con Alemania o fueron ocupados por ella... y a los nacionales de estos países frente al Reich...»; que, en consecuencia, dicha compañía afirma tener derecho al pago de una indemnización con cargo al Estado francés debido al perjuicio resultante de la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas que ha supuesto para ella la firma por el gobierno francés de acuerdos internacionales que obstaculizan o retrasan la satisfacción de su deuda;

Considerando que el Estado sólo está obligado a asumir su responsabilidad, sobre la base *del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, para garantizar la reparación de perjuicios ocasionados como consecuencia de convenios firmados por Francia con otros Estados, y debidamente incorporados al orden jurídico interno, a condición de que, por una parte, ni el propio convenio ni la ley que eventualmente haya autorizado su ratificación puedan interpretarse en el sentido de que excluyen todo tipo de indemnización y, por otra, de que el perjuicio cuya reparación se solicite sea de una gravedad considerable y presente un carácter especial;*

Considerando que de la instrucción se desprende que esta última condición no se cumplía en este caso; que habida cuenta, en efecto, de la generalidad de los acuerdos anteriormente citados y del número de nacionales franceses que han sido víctimas de daños análogos al perjuicio alegado por la compañía recurrente, no puede considerarse que dicho perjuicio presente un carácter especial susceptible de comprometer la responsabilidad objetiva del Estado frente a dicha compañía;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que la sociedad recurrente carece de fundamento para afirmar que, mediante las sen-

tencias recurridas, el Tribunal Administrativo de París desestimó injustamente su demanda de indemnización;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 I. La *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* era propietaria de los locales e instalaciones de radiodifusión de la emisora «Poste Parisien», que fueron utilizados por los alemanes durante toda la ocupación. Después de la guerra, dicha compañía solicitó al Estado francés una indemnización como reparación del perjuicio que le había ocasionado la privación del uso de los locales incautados por el ejército de ocupación y el cese de la explotación de sus instalaciones. Al no haber podido obtener satisfacción, interpuso una demanda ante el tribunal administrativo y, seguidamente, en apelación, un recurso ante el Consejo de Estado.

Ante este último, la *Compagnie* invocaba dos motivos: el primero, fundado en una ley de 30 de abr. de 1946 que obligaba al Estado francés a hacerse cargo de las «indemnizaciones por las incautaciones realizadas con vistas al alojamiento y al acantonamiento de las tropas alemanas», podía desestimarse de plano, ya que era evidente que la incautación de la emisora «Poste Parisien» en 1940 no había tenido este carácter. El segundo motivo, por el contrario, planteaba serias dificultades.

En el anexo al Convenio de La Haya de 18 de oct. de 1907, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, se establecía que «... Todos los medios destinados... a la trasmisión de noticias... pueden ser tomados, aunque pertenezcan a particulares, pero deberán ser restituidos, y la indemnización se fijará cuando se restablezca la paz». Esta disposición reconocía a la *Compagnie* unos derechos como acreedor de Alemania al término de la guerra. Ahora bien, los acuerdos firmados entre los Aliados y la República Federal de Alemania en 1946 y 1953 habían aplazado, «hasta la resolución definitiva del problema de las reparaciones, el examen de las deudas, surgidas de la Segunda Guerra Mundial entre los países que habían estado en guerra con Alemania o habían sido ocupados por ella... y los nacionales de estos países frente al Reich». La *Compagnie* afirmaba tener derecho al pago de una indemnización con cargo al Estado francés, debido al perjuicio resultante de la vulneración del principio de igualdad ante las cargas

públicas que había supuesto para ella la firma por el gobierno francés de acuerdos internacionales que impedían hasta una fecha indeterminada cualquier reclamación del pago de su deuda al Estado alemán.

2 II. Así pues, el Consejo de Estado se vio obligado a pronunciarse sobre el problema de principio de la responsabilidad del Estado francés por el perjuicio que ocasionaban a los particulares los convenios internacionales de los que era parte.

La jurisprudencia tradicional daba a este problema una respuesta basada en la teoría de los actos de gobierno (sobre este concepto, v. CE 19 de febr. de 1875, *Prince Napoléon\**): la firma por Francia de un acuerdo internacional y las condiciones en que se ha aplicado el mismo «forman parte de las relaciones de Francia con una potencia extranjera» y, por tanto, «no pueden servir de fundamento para la interposición de una acción contenciosa ante el Consejo de Estado» (CE 1 jun. 1951, *Société des étains et wolfram du Tonkin*, Rec. 312; RJPUF 1951.254, nota JDV), ni por la vía del exceso de poder ni de la responsabilidad; esta jurisprudencia no era sino una aplicación concreta del principio más general según el cual el conjunto de los actos que forman parte de las relaciones internacionales de Francia constituyen actos de gobierno que están exentos de todo control jurisdiccional (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Prince Napoléon\**, citada *ut supra*).

Con todo, el Comisario del Gobierno Michel Bernard se preguntó si «seguían existiendo razones para denegar sistemáticamente cualquier reparación a las personas que sufren perjuicios como consecuencia de un convenio internacional».

En primer lugar, es evidente que «la teoría de los actos de gobierno ha sufrido profundos cambios en los últimos veinte años». Si bien antiguamente se consideraba que la misma era una «reminiscencia de la razón de Estado» (Gros) y carecía de justificación jurídica, hoy día son muchos los autores que piensan que esta teoría «no es sólo una excepción a las reglas normales de competencia, sino que constituye la aplicación misma de estas reglas».

Sólo así se explica la incompetencia del juez administrativo con respecto a la actividad diplomática del Estado francés: por mero el hecho de que dicha actividad se desarrolla en el marco internacional y está sometida al Derecho Internacional; ahora bien, la incompetencia cesa cuando dicha actividad «tiene consecuencias sobre el ordenamiento jurídico interno y no pone en peligro la apreciación de

la forma en que el Estado maneja las relaciones exteriores de la nación».

A esta primera evolución vino a sumarse una segunda, a saber, la convergencia del régimen jurídico de los convenios internacionales debidamente ratificados y publicados con el de las leyes. Las Constituciones de 1946 y 1958 confieren a estos convenios fuerza de ley e incluso preeminencia sobre la ley (Constitución de 1958, art. 55: «Los convenios o acuerdos debidamente ratificados o aprobados son aplicables desde su publicación, y tienen un rango superior al de las leyes»). De hecho, el juez administrativo ha extraído ya varias consecuencias de este principio. En el ámbito de los recursos por exceso de poder, el motivo basado en la violación de un convenio es admitido con la misma consideración que el fundado en una infracción de la ley (CE, As., 30 de mayo de 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. 291; v. n.º 3.8). En el ámbito de la responsabilidad contractual, el Consejo de Estado dictaminó que la estipulación del contrato suscrito entre la SNCF y el Estado, que establecía una indemnización a favor de la SNCF por las reducciones de tarifas que le serían impuestas por «vía legislativa o reglamentaria», era igualmente aplicable a la reducción de tarifas resultante de convenios debidamente ratificados y publicados, ya que los mismos habían «adquirido fuerza de ley y, por consiguiente, se imponen a la SNCF en las mismas condiciones que los actos que emanan exclusivamente de las autoridades francesas» (CE, Secc., 22 de dic. de 1961, *Société nationale des chemins de fer français*, Rec. 738, concl. Combarrous; AJ 1962.16, cr. Galabert y Gentot; RD publ. 1962.646, cr. R.M. Chevallier).

El Comisario del Gobierno Michel Bernard proponía que esta equiparación de los convenios internacionales a las leyes se ampliara de la responsabilidad contractual a la responsabilidad extracontractual.

Una vez admitido que una demanda de reparación de los daños ocasionados por un convenio internacional debidamente ratificado y publicado no podía desestimarse por incompetencia en aplicación de la teoría de los actos de gobierno, no quedaba más que buscar cuál debía ser el régimen de responsabilidad aplicable en cuanto al fondo a este tipo de daños.

El Comisario del Gobierno apuntó que, en virtud de la jurisprudencia *La Fleurette\** (CE, As., 14 de ene. de 1938, *La Fleurette\**), tal y como quedó configurada en sentencias posteriores, y sobre todo en el fallo *Ministre de l'intérieur c/ Bovero* (CE, Secc., 25 de ene. de 1963,

Rec. 53; v. n.º 47.3), en ciertas condiciones, el perjuicio resultante de una ley puede dar derecho a una reparación con cargo al Estado a tenor del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. El señor Bernard propuso al Consejo de Estado simple y llanamente ampliar el régimen de la responsabilidad por daños ocasionados por la ley, elaborado por la jurisprudencia *La Fleurette*\*, a la responsabilidad derivada de los perjuicios ocasionados por convenios internacionales con fuerza de ley.

**III.** El Consejo de Estado admitió en todos sus puntos la propuesta de su Comisario.

**3** a) En primer lugar, la sentencia establece el principio, totalmente innovador, de que «el Estado puede incurrir en responsabilidad civil a tenor del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas y con objeto de asegurar la reparación de los perjuicios ocasionados por convenios suscritos por Francia y otros Estados y debidamente incorporados al orden jurídico interno».

b) Ahora bien, somete la reparación a dos condiciones:

– en primer lugar, será necesario que «ni el propio convenio ni la ley que eventualmente haya autorizado su ratificación puedan interpretarse en el sentido de que excluyen todo tipo de indemnización»;

– en segundo lugar, es preciso que «el perjuicio cuya reparación se solicita sea de una gravedad suficiente y presente un carácter especial».

En el caso que nos ocupa, el Consejo de Estado puso de manifiesto que un número elevado de nacionales franceses habían sido víctimas de daños análogos al alegado por la sociedad recurrente, por lo que no podía considerarse que dicho daño presentara el carácter especial requerido. En consecuencia, se desestimó la demanda de la sociedad.

**IV.** La sentencia *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* es importante por varias razones; con todo, es preciso matizar su alcance.

**4** a) En cuanto a la responsabilidad del Estado, al asimilar el convenio internacional a la ley interna, el Consejo de Estado confirma los principios consagrados en la Constitución en lo que respecta a las relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno. Conviene subrayar que esta asimilación sólo es aplicable, en principio, a los conve-

nios internacionales «debidamente incorporados al ordenamiento jurídico nacional», es decir, debidamente ratificados (o aprobados) y publicados (CE, Secc., 13 de jul. de 1979, *SA Compagnie de participations de recherches et d'exploitations pétrolières*, Rec. 319; AJ 1980.371, concl. Bacquet).

Ahora bien, el Consejo de Estado atenuó el alcance de esta exigencia al admitir que el Estado pueda verse obligado a asumir su responsabilidad para garantizar la reparación de perjuicios nacidos de convenios concluidos entre Francia y otros Estados que «han *entrado en vigor en el orden interno*», aun cuando la regularidad de su incorporación al ordenamiento jurídico nacional pueda prestarse a discusión por faltar la autorización del Parlamento, en los casos en que tal aprobación sea requerida con arreglo al art. 53 de la Constitución (CE 29 de dic. de 2004, *M. Almayrac et autres*, Rec. 465; RFDA 2005.586, concl. Stahl; AJ 2005.427, cr. Landais y Lenica; JCP AdM 2005.1109, nota Rouault). Además, se ha admitido que puede solicitarse una reparación alegando daños ocasionados no sólo por un convenio internacional, sino también por «*una norma consuetudinaria que reconozca a los Estados inmunidad de jurisdicción para ciertos actos que realizan en el extranjero*» (CE 4 de oct. de 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 boulevard Flandrin*, Rec. 297, JCP 2000. II.10387, nota Faupin; RGDIP 2000.263, nota Poirat; – Secc., 14 de oct. de 2011, *Mme Saleh et autres*, Rec. 473, concl. Roger-Lacan; RFDA 2012.46, concl.; DA 2011, n.º 101, nota F. Melleray; AJ 2011.2482, nota Broyelle; RD publ. 2012.491, com. M. Pauliat).

- 5) b) La sentencia de 30 de marzo de 1966 es también importante en lo que respecta a la teoría de los actos de gobierno. Indudablemente, los convenios internacionales no son en sí mismos actos de gobierno, ya que en ellos participan dos o varios Estados y no uno solo. Pero los actos que concurren para su incorporación al ordenamiento jurídico interno tienen en su mayor parte carácter de acto de gobierno en el estado actual de la jurisprudencia (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia *Prince Napoléon\**). Sin embargo, con la sentencia *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, el juez administrativo, aun sin poder pronunciarse sobre la legalidad de ciertas decisiones adoptadas en el ámbito de las relaciones internacionales, abre la vía a una indemnización de sus consecuencias dañosas sobre el fundamento del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. La evolución que se vislumbra parece continuar circunscrita únicamente a los con-

venios internacionales incorporados al ordenamiento jurídico interno. Por su parte, los acuerdos no ratificados (o aprobados) o no publicados y los demás actos diplomáticos, siguen escapando al control de los tribunales administrativos, tanto en el plano de la indemnización como en el de la anulación. Las conclusiones del Comisario del Gobierno Michel Bernard son perfectamente claras sobre este punto, si bien no es posible descartar que posteriormente sean incluidos.

- 6 c) Desde el punto de vista práctico, el requisito de las dos condiciones (gravedad y especialidad), tomadas de la jurisprudencia en materia de responsabilidad por el hecho de las leyes como resultado de la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas, hace prever que efectivamente serán raros los casos en los que se condene al Estado. El Comisario del Gobierno era consciente de ello cuando señaló que el legislador interviene en los casos más graves, como sucedió por ejemplo en la reubicación y la indemnización de los franceses repatriados de ultramar. Por lo demás, dado que la mayor parte de los convenios internacionales afectan a gran número de personas, el requisito de la especialidad se cumplirá únicamente en casos excepcionales.

La jurisprudencia posterior a 1966 confirmó efectivamente que la responsabilidad del Estado como consecuencia de un convenio internacional solo se ve comprometida en un número limitado de casos.

Sobre el fundamento del principio de igualdad ante las cargas públicas, se reconoció una indemnización a los propietarios de una vivienda que, en virtud del acuerdo de sede diplomática firmado entre Francia y la UNESCO, les había impedido hacer valer sus derechos ante los tribunales contra el delegado permanente de Honduras en la UNESCO a quien habían arrendado dicha vivienda en París. El Consejo de Estado determinó que ni el acuerdo de sede diplomática, ni la ley que autorizó su ratificación pretendía excluir todo tipo de indemnización y que el arrendamiento se había concluido en una fecha en la que los propietarios no podían prever que su arrendatario gozaría posteriormente de inmunidad diplomática (CE Secc., 29 de oct. de 1976, *Ministre des affaires étrangères c/ Consorts Burgat*, Rec. 452; RD publ. 1977.213, concl. Massot; AJ 1977.30, cr. Nauwelaers y Fabius; JCP 1977.II.18606, nota Julien-Laferrière; D. 1978.77, nota Vier y Lamoureux).

Una solución análoga se adoptó en relación con el perjuicio sufrido por una asalariada, empleada por el representante del sultanato de Omán ante la UNESCO, que no había podido obtener el pago de atra-

sos salariales de su empleador debido a la inmunidad de ejecución de que gozaba este último en virtud del acuerdo de sede diplomática (CE 11 de febr. de 2011, *Melle Susilawati*, Rec. 36; RFDA 2011.573, concl. Roger-Lacan; AJ 2011.906, nota Belrhali-Bernard; JCP AdM 2011.2103, nota Pacteau; DA 2011, n.º 42, nota F. Melleray; RD publ. 2012.491, com. M. Pauliat), así como por varios empleados que no habían podido obtener el pago de atrasos salariales y de diversas sumas en concepto de indemnización por despido que les debía su empleador, el Embajador de Kuwait, quien se prevalecía de su inmunidad de ejecución de los Estados reconocida por el Derecho internacional consuetudinario (CE, Secc., 14 oct. 2011, *Mme Saleh et autres*, *ut supra* n.º 78.4).

Al verse en la necesidad de pronunciarse sobre una demanda presentada por unos pilotos despedidos ilegalmente por la Compagnie Air Afrique, el Consejo de Estado estimó que el acuerdo bajo la forma de intercambio de cartas firmado el 13 de jul. de 1989 entre Francia y Costa de Marfil, por el que se modificaba el acuerdo de cooperación entre ambos países de 24 de abril de 1961, había tenido como efecto privar a los demandantes de una posibilidad real y seria de obtener de manera definitiva de los tribunales franceses la indemnización a que tenían derecho por despido improcedente. Después de haber interpretado que el acuerdo no contemplaba la exclusión de cualquier tipo de reparación y constatado que el perjuicio ocasionado era grave y especial, condenó al Estado a abonar a los pilotos las cantidades que solicitaban y que les habían adjudicado la Magistratura de Trabajo a la que habían recurrido antes de que se invocara el acuerdo internacional (CE 29 de dic. de 2004, *M. Almayrac et autres*, *ut supra* n.º 78.4).

En otros casos, el Consejo de Estado rechazó la demanda de indemnización bien por falta de nexo de causalidad entre la aplicación del convenio internacional y el perjuicio alegado (CE 1 de jun. de 1984, *Ministre des relations extérieures c/ Tizon et Millet*, Rec. 194; D 1986.IR.34 obs. Moderne; RFDA 1985.117, nota Bon), bien por falta de especialidad en el perjuicio (CE 26 de marzo de 2003 *Santinacci*, Rec. 151; JCP AdM 2003.591, nota Jean-Pierre: denegación de indemnización del perjuicio resultante de la minoración de una pensión de jubilación denominada en francos de la cooperación financiera en África Central –francos CFA– debido a la devaluación de esta moneda, decidida por el comité monetario encargado de ejecutar un convenio de 23 de nov. de 1972 firmado por los Estados

miembros del Banco de los Estados de África Central y la República Francesa).

7

d) A nivel teórico, la sentencia de 30 de marzo de 1966 confirma la tendencia del Consejo de Estado a separar de alguna forma la indemnización de las consecuencias perjudiciales y el acto o la actividad de valoración de su legalidad. La jurisprudencia no sólo admite cada vez más frecuentemente que la responsabilidad de la Administración pueda verse comprometida de forma objetiva (v. nuestras obs. a CE 28 de marzo de 1919, *Regnault-Desrozières\**), sino que también la teoría de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas permite al juez administrativo otorgar una reparación de los daños ocasionados por una decisión que él mismo ha reconocido que se ajusta totalmente a Derecho, tanto si es una decisión individual (CE 30 de marzo de 1923, *Couitéas\**; – Secc., 15 de febr. de 1961, *Werquin*, Rec. 118; v. n.º 38.7) como si es una decisión reglamentaria (CE, Secc., 22 de febr. de 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. 113; v. n.º 38.7), o bien de un acto cuya legalidad le resulta imposible determinar, como por ejemplo una ley (*La Fleurette\**, citada *ut supra*) o actualmente un convenio internacional incorporado al ordenamiento jurídico interno. La sentencia de 30 de marzo de 1966 marca una etapa importante en esta evolución que sin duda no ha terminado todavía, habida cuenta del lugar cada vez más destacado que ocupan los compromisos internacionales.

V. Para concluir, indicaremos que el régimen jurisprudencial de la responsabilidad objetiva del Estado debido a la norma consuetudinaria de la inmunidad de ejecución ha sido considerada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando entraña un perjuicio anormal y especial, como una vía de recurso interna válida que debe ser agotada antes de recurrir al mismo (TEDH 13 ene. 2015, *NML Capital Ltd*, n.º 23242/12). De esta forma, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha visto consagrada en el ámbito internacional.

## 78. COMPETENCIA. ACTO ADMINISTRATIVO. SERVICIOS PÚBLICOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES

**Tribunal de Conflictos (TC), 15 de enero de 1968, *Compagnie Air France c/ Époux Barbier***

(Rec. 789, concl. Kahn; Dr. ouvr. 1969.177, concl., nota Boitel;  
RD publ. 1968.893, nota M. Waline y 1969.142, concl.;  
AJ 1968.225, cr. Massot y Dewost; CJEG 1969.J.525, nota A.C.;  
D 1969.202, nota J.-M. Auby; Dr. soc. 1969.51, nota J. Savatier)

*Considerando que si bien es cierto que la Compagnie Air France, encargada de la explotación de los transportes aéreos, es una sociedad anónima, es decir, una persona jurídica de derecho privado y que, por ende, corresponde exclusivamente a los tribunales de la jurisdicción ordinaria pronunciarse sobre el fondo de los pleitos individuales que conciernen a los agentes no funcionarios de dicha empresa, lo que no obsta para que los tribunales administrativos sigan siendo competentes para examinar, por la vía de la cuestión prejudicial, la legalidad de los reglamentos adoptados por el consejo de administración ya que, al afectar a la organización de un servicio público, tienen carácter administrativo; que a tenor del Decreto n.º 50.835, de 1 de jun. de 1950, y del art. 143 del Código de la Aviación Civil y Comercial entonces en vigor, el personal de la Compagnie Air France estaba sometido a un estatuto reglamentario, adoptado por el consejo de administración y aprobado por el Ministro de Aviación Civil y Comercial y por el Ministro de Economía; que, por consiguiente, en aplicación de dichas disposiciones, en conjunción con lo dispuesto en el artículo 31 del Libro 1.º del Código de Trabajo, las condiciones de trabajo de este personal no se regulan por convenio colectivo;*

*Considerando que el reglamento, aprobado el 20 de abr. de 1959, en el marco de las prescripciones arriba analizadas, por la empresa nacional Air France para fijar las condiciones de trabajo de la tripulación de los vuelos comerciales, incluye, concretamente en su artículo 72 –que dispone que el matrimonio de las azafatas conlleva el cese de su relación laboral con la compañía–, disposiciones que pueden entenderse como elementos de la organización del servicio públi-*

co explotado; que estas disposiciones confieren a dicho acto en su integridad el carácter de acto administrativo, haciendo que los tribunales administrativos sean competentes para apreciar su legalidad;... (se declara competentes a los tribunales administrativos).

## OBSERVACIONES

- 1 En 1959, la *Compagnie Air France* incorporó al reglamento de su personal disposiciones nuevas referentes a las azafatas. Hasta entonces, la compañía solo contrataba para el puesto de azafata a mujeres solteras, viudas o divorciadas; era pues necesario determinar si el matrimonio de las azafatas durante su carrera supondría la pérdida del empleo; para evitar cualquier controversia, la empresa precisó, en el reglamento de 20 de abr. de 1959 relativo a las condiciones de trabajo y de remuneración de la tripulación de los vuelos comerciales, que «el matrimonio conlleva el cese de la relación laboral de las azafatas. Con la única excepción del reembolso de los gastos de formación, cuyo período de exigibilidad es reducido en este caso, el matrimonio de las azafatas produce los mismos efectos que los previstos para la resolución del contrato de trabajo por parte del trabajador». Una azafata que había sido contratada antes de que se promulgara el reglamento de 1959 y que se casó, estando éste ya vigente, fue despedida en aplicación de estas nuevas disposiciones. La azafata despedida y su marido demandaron a la compañía ante el Tribunal de Primera Instancia del Sena para reclamarle el pago de la indemnización por despido improcedente; el tribunal rechazó su pretensión; en cambio, el Tribunal de Apelación accedió a su petición al estimar que la cláusula de despido en caso de matrimonio no era aplicable a las azafatas contratadas antes de la aprobación del antedicho reglamento, y que además dicha disposición era «absolutamente nula» por «atentar contra un derecho fundamental de la personalidad» y las «buenas costumbres», y constituir un «fraude de ley» (Tribunal de Apelación de París 30 de abr. de 1963, S. 1963.179, nota Toulemon; D 1963.428, nota Rouast). La *Compagnie Air France* recurrió esta sentencia ante el Tribunal de Casación el cual, al considerar que se planteaba un problema serio de competencia respecto a la naturaleza del reglamento objeto de litigio, remitió la causa al Tribunal de Conflictos en aplicación del Decreto de 25 de jul. de 1960 (Civ. 7 de jun. de 1967, Bull. civ. IV, 387). Se trata de un nue-

vo ejemplo de los problemas surgidos por la diversificación de la actividad del Estado, y de las soluciones que la jurisprudencia tuvo que hallar para adaptarse a ello (v. CE, As., 13 de mayo de 1938, *Caisse primaire «Aide et Protection»\** y 31 de jul. de 1942, *Monpeurt\**, con nuestras obs.).

- 2 De conformidad con las conclusiones del Comisario del Gobierno Kahn, el Tribunal de Conflictos consideró que el reglamento tenía carácter de acto administrativo y que, por consiguiente, los tribunales administrativos eran los únicos competentes para pronunciarse sobre su legalidad. En primer lugar, el Comisario del Gobierno había afirmado que ni el carácter de persona jurídica de derecho privado de *la Compagnie Air France* ni la circunstancia de que gestionara un servicio público industrial o comercial, impedían tal solución: *«la ley o el acto de concesión pueden otorgar prerrogativas de poder público a personas jurídicas de derecho privado, y no hay razón alguna para que dicha facultad le sea denegada porque el servicio tenga un carácter industrial o comercial... Para la aplicación de los principios, se concederán más fácilmente prerrogativas de poder público a personas encargadas de la gestión de un servicio administrativo (porque la gestión de tal servicio es en sí una prerrogativa de poder público), del mismo modo que se les concederán más fácilmente a personas jurídicas de derecho público (cuya función normal es ejercer de prerrogativas de este tipo); pero, con respecto a los propios principios, dado que dichas prerrogativas son compatibles con la naturaleza industrial del servicio y que son igualmente compatibles con la naturaleza privada del organismo encargado de su prestación, no cabe concebir que la suma de estas dos compatibilidades pueda convertirse en una incompatibilidad... En principio, nada impide que, en ciertas condiciones, se reconozca carácter de actos administrativos a decisiones adoptadas por órganos de una personas jurídica de derecho privado encargada de la gestión de un servicio público industrial o comercial»*. A continuación, el Comisario del Gobierno precisaba el alcance de esta proposición: el carácter administrativo de los reglamentos adoptados por tales órganos solo se reconocerá *«en la medida y dentro de los límites en que hayan sido expresamente habilitados para tomar unilateralmente decisiones obligatorias»*, y únicamente para *«los elementos de la organización del servicio público»*, entre los cuales figura el reglamento del personal. Estas conclusiones, próximas a los términos del fallo, permiten precisar el alcance de la nueva jurisprudencia, la

cual, si bien es cierto que pudo ser confirmada expresamente más adelante (vgr. TC 17 de abr. de 2000, *Collet et autres c/ Air France*, Rec. 760; AJ 2000.410, cr. Guyomar y Collin), se vio igualmente limitada por dos sentencias del Tribunal de Conflictos de 15 de dic. de 2008, *Voisin c/ RATP*; *Kim c/ Établissement français du sang* (Rec. 563; RJEP marzo de 2009, p. 33, concl. de Silva; AJ 2009.365, cr. Liéber y Botteghi). El fallo establece un vínculo entre la organización del servicio público y el acto administrativo reglamentario (I); reconoce nexos entre el acto administrativo y el servicio público industrial y comercial (II).

### 3 I. *El vínculo entre la organización del servicio público y el acto administrativo reglamentario es doble.*

A. En primer lugar, *los actos que afectan a la organización del servicio público son actos administrativos*, cuya fiscalización compete únicamente a la jurisdicción administrativa.

Esto nunca había planteado dificultades con respecto a los actos que emanan de personas públicas. La sentencia *Époux Barbier* lo reconoce explícitamente para los actos adoptados por personas privadas.

La sentencia *Monpeurt\** ya había admitido que las decisiones adoptadas por organismos encargados de la prestación de un servicio público constituyen actos administrativos, por cuanto son adoptados dentro de la esfera de sus atribuciones.

La sentencia *Barbier* innova en dos puntos: de un lado, la persona que ha adoptado el reglamento en cuestión es una empresa en sentido estricto, que está constituida bajo el régimen de las sociedades anónimas y explota una actividad industrial y comercial; de otro, es el hecho de que dicho reglamento «incluya... disposiciones que aparecen como elementos de la organización del servicio explotado» y «que estas disposiciones confieran a dicho acto en su integridad un carácter de acto administrativo, lo que hace que los tribunales administrativos sean competentes para enjuiciar su legalidad». La presencia de ciertas disposiciones que afectan a la organización del servicio público (concretamente, en este caso, la cláusula relativa al matrimonio de las azafatas) otorga al reglamento, en su conjunto, un carácter administrativo. Mediante las dos sentencias arriba citadas de 15 de dic. de 2008 (*Voisin c/ RATP* y *Kim c/ Établissement français du sang*), el Tribunal de Conflictos restringió a este punto la solución del fallo *Époux Barbier* con respecto a los convenios colectivos o convenios de empresa con-

cluidos por establecimientos públicos industriales y comerciales en aplicación de los artículos L. 2233-1 y 2 del Código de Trabajo: toda impugnación de los mismos «compete a los tribunales ordinarios, salvo estipulación legal en contrario y excepto en el caso de que la impugnación atañe a disposiciones... que regulen la organización del servicio público». Éstas no confieren a estos convenios en su conjunto un carácter administrativo: constituyen un núcleo aislado que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La distinción entre las diversas disposiciones de un mismo acto no se plantea cuando éste, por sí solo, «afecta a la organización misma del servicio público»: tal fue el caso de la resolución del consejo de administración de France Télévisions de suprimir la publicidad en la televisión (CE 11 de febr. de 2010, *Mme Borvo et autres*, Rec. 18; RFDA 2010.776, concl. Thiellay, nota Sudres; AJ 2010.670, cr. Liéber y Botteghi; RJEP mayo 2010.1, nota Labetoulle).

- 4 B. En segundo lugar, el acto administrativo que afecta a la organización del servicio público es un acto reglamentario.

La sentencia *Époux Barbier* no tuvo que posicionarse sobre este punto. Las disposiciones que regulaban el estatuto del personal de Air France se presentaban ellas mismas como un reglamento. La cuestión que se planteaba no era tanto si era un acto reglamentario, sino más bien, y en primer lugar, si era un acto administrativo.

Aquí se hallaba invertido el orden de los factores: cabe atribuir a un acto carácter administrativo; pero queda aún por saber si es o no reglamentario. Sucede que el criterio de la organización del servicio público se considera determinante tanto del carácter administrativo del acto como de su carácter reglamentario (CE 12 de nov. de 1990, *Malher*, Rec. 321; AJ 1991.332, nota Hecquard-Théron; Dr. ouvr. 1991.340, nota Saramito). Sucede también que sólo se aplica para reconocer el carácter reglamentario (vgr.: CE, Secc., 13 de jun. de 1969, *Commune de Clefcy*, Rec. 308: edicto por el que se instituye una comisión sindical para que se encargue de gestionar los bienes indivisos de varios municipios).

- 5 Incluso cuando la organización de un servicio público es objeto, no de un acto administrativo unilateral, sino de un convenio (CE 14 de ene. de 1998, *Syndicat départemental Interco 35 CFDT*, AJ 1999.164, nota Petit; DA 1998, n.º 231, obs. J.C.B.), aquellas «estipulaciones que regulan la organización misma del servicio público prestado tienen un carácter reglamentario» (CE, Secc., 18 de marzo de 1977, *Chambre de*

*commerce de La Rochelle*, Rec. 153, concl. Massot). Así se explica que los terceros puedan no sólo invocarlos para fundamentar un recurso por exceso de poder (misma sentencia), sino también ahora para recurrirlos (CE, As., 10 de jul. de 1996, *Cayzeele*, Rec. 274; v. nuestras obs. sobre las sentencias CE 4 de abr. de 2014, *Département de Tarn-et-Garonne\** y 21 de dic. de 1906, *Croix-deSeguey-Tivoli\**). Aunque permita identificar el acto administrativo o el acto reglamentario, el concepto de organización del servicio público puede plantear ciertas dificultades de interpretación: en ciertos casos, puede haber duda de si una medida afecta, o no, a la organización del servicio público. Según la sentencia del Tribunal de Conflictos de 15 de dic. de 2008, ello no sucede con «las disposiciones que... tienen... por objeto la determinación de las condiciones de empleo, de formación profesional y de trabajo, así como de las garantías sociales de las plantillas...». Esto restringe sensiblemente el alcance de la jurisprudencia *Époux Barbier*.

**6**      **II.** Esta sentencia ilustra asimismo las relaciones que pueden establecerse entre *acto administrativo* y *servicio público industrial y comercial*.

La sentencia *Époux Barbier* puede sorprendernos por dos razones.

En primer lugar, amplía el concepto de acto administrativo a decisiones de organismos que pertenecen a la esfera del derecho privado por su forma y al sector industrial y comercial por su objeto. Sin duda alguna, cabe pensar que cuando el legislador encomendó a los tribunales administrativos enjuiciar los recursos por exceso de poder interpuestos contra los actos de las diversas autoridades administrativas, no pensó que algún día esta competencia se extendería a las resoluciones del consejo de administración de una sociedad anónima de transportes.

Seguidamente, la sentencia aplica el derecho público a servicios públicos industriales y comerciales, en principio sujetos al derecho privado y a la competencia de los tribunales ordinarios en virtud de la jurisprudencia *Bac d'Eloka\** (TC 22 de ene. de 1921), y a un litigio concerniente a sus agentes, considerados como personal de derecho privado desde la sentencia *Robert Lafrégeyre\** (CE 26 de ene. de 1923), aunque sin cuestionar dicha jurisprudencia (v. nuestras obs. sobre estas dos sentencias).

Sólo hace aparecer el carácter irreductible del acto administrativo, incluso con respecto a servicios públicos industriales y comerciales.

A dicho efecto, es preciso distinguir entre los actos adoptados por *autoridades administrativas ajenas a dichos servicios* (A) y los que son adoptados por los *órganos encargados de gestionarlos* (B).

- 7 A. Los actos adoptados por *autoridades administrativas ajenas al servicio público industrial y comercial* son siempre administrativos, aun cuando se refieran a dicho servicio, y con independencia de que tengan carácter reglamentario o individual.

Así pues, los actos generales, referentes al estatuto de los agentes de los servicios públicos industriales y comerciales, dictados por el jefe del gobierno o un ministro siempre se considerarán reglamentos administrativos (vgr.: CE, Secc., 12 de jul. de 1955, *Fédération nationale des cadres des transports*, Rec. 427; – As., 2 de jul. de 1993, *Syndicat Fédération SUD des PTT*, Rec. 191; AJ 93.823, nota Salon).

Lo mismo sucede con los actos individuales y, en términos más generales, no reglamentarios. Evidentemente, los decretos de nombramiento de directivos de empresas públicas son siempre actos administrativos, al igual que otras medidas similares (p. ej., CE Secc., 24 de mayo de 1968, *Dame Bechu*, Rec. 332: decisión del consejo médico de la aeronáutica con respecto a las azafatas; TC 2 de jul. de 1979, *Commissariat à l'énergie atomique c/ Syndicat CGT-FO du centre d'études nucléaires de Saclay*, Rec. 568; Dr. soc. 1980.21, nota Moderne: decisión de un inspector de trabajo relativa a las elecciones de delegados de personal).

- 8 B. La naturaleza de los actos emitidos por los *órganos encargados del servicio público industrial y comercial* dependerá de su objeto.

1.º) Si se refieren a *la organización del servicio público*, tendrán la misma calificación, sea cual sea su naturaleza, privada o pública, de la institución que los adopta: son actos administrativos reglamentarios.

En cuanto a los actos emitidos por *órganos privados*, la solución resulta expresamente del fallo *Époux Barbier*, que se vio confirmado por la sentencia del Consejo de Estado (As.) de 12 de abr. de 2013, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines* (Rec. 94; v. n.º 59.4) donde se admite que los directivos de un organismo de derecho privado responsable de un servicio público (en el caso de autos, los directivos de Électricité de France) al igual que los de una entidad pública (como era antaño EDF) adopten las medidas necesarias para asegurar el buen funcionamiento del servicio público (en este caso, la limitación del

derecho de huelga de los agentes de las centrales nucleares de producción de electricidad), y se reconoce su carácter reglamentario. En cambio, los reglamentos que no afectan a la organización del servicio público no son actos administrativos. Esto es lo que había fallado el Tribunal de Conflictos a propósito del régimen de jubilación del personal de la SNCF, a la sazón sociedad de derecho privado, por no constituir «un elemento de la organización del servicio público concedido»\* (TC 12 de jun. de 1961, *Rolland c/ SNCF*, Rec. 866; AJ 1961.606, cr. Galabert y Gentot).

En cuanto a los *órganos públicos* (entidades públicas industriales y comerciales), la jurisprudencia había reconocido, incluso antes de la sentencia *Époux Barbier*, el carácter administrativo de sus reglamentos sin considerar su relación con la organización del servicio público. Sin embargo, actualmente otorga especial relevancia a esta relación. Tal es el caso de una sentencia de 26 de jun. de 1989, *Association «Études et consommation CFDT»* (Rec. 544; CJEG 1990.180, nota Lachaume): el Consejo de Estado considera que las tarifas adoptadas por la dirección de la SNCF (que había recibido de la ley de 30 de dic. de 1982 el *status* de entidad pública industrial y comercial), al afectar a la organización del servicio público, presentan un carácter administrativo: el razonamiento es el mismo que en la época en que la SNCF era todavía una empresa privada\* (TC 26 de oct. de 1981, *Grostin c/ SNCF*, Rec. 656).

«Por el contrario, los tribunales ordinarios serán competentes para resolver los litigios cuando la decisión de reorganización no afecte directamente al servicio público en cuestión», tanto si emana de una entidad pública industrial y comercial como de una sociedad de derecho privado\* (Soc. 10 de jul. de 2013, *Société RTE EDF Transport*, Bull. civ. V., n.º 187).

- 9 2.º) Las *medidas individuales*, y más generalmente no reglamentarias, en ningún caso serán actos administrativos, por lo que quedan fuera del ámbito de competencia del juez administrativo.

En principio, tal sería el caso de todos los actos que conciernen a *los usuarios*: \*(CE 21 de abr. de 1961, *Dame Vve Agnesi*, Rec. 253; v. n.º 15.3; – 20 de ene. de 1988, *SCI «La Colline»*, Rec. 21; v. n.º 35.3:\* denegación de conexión al servicio municipal de suministro de agua o de alcantarillado; – 26 de jun. de 1989, *Association «Études et consommation CFDT»*, citada *ut supra*:\* aplicación de tarifas de servicio a uno de sus usuarios).

Las medidas adoptadas con respecto a los *agents* del servicio, salvo excepciones, no constituyen actos administrativos; el juez administrativo es incompetente para conocer de las mismas. El Consejo de Estado había fallado en dicho sentido algunos días antes de la sentencia *Époux Barbier* (Secc. 15 de dic. de 1967, *Level*, Rec. 501; v. n.º 37.2) con ocasión de un recurso interpuesto contra el despido por el Presidente de la Cámara de Comercio de París de un operador de grúa de los servicios portuarios de Gennevilliers, teniendo tales servicios un carácter industrial y comercial. El Tribunal de Conflictos no cuestionó en modo alguno tal solución en la sentencia *Époux Barbier*\* (vgr. TC 7 de jun. de 1982, *Préfet de Paris c/ Conseil de prud'hommes de Paris*, Rec. 562: aplicación individual de las disposiciones estatutarias relativas a los agentes de la ORTF).

Ahora bien, si con motivo de un litigio sobre estas medidas individuales, se suscita la cuestión de la ilegalidad de un acto administrativo reglamentario, la única jurisdicción competente para conocer del asunto será la administrativa. Esto es lo que permitió al Consejo de Estado declarar ilegales: – la cláusula del reglamento interno de Air France que reservaba al personal de los vuelos comerciales masculino la posibilidad de prolongar su actividad en vuelo más allá de los 50 años de edad y hasta los 55 años\* (CE, Secc., 6 de febr. de 1981, *Melle Baudet*, Rec. 53; AJ 1981.261, concl. Dondoux); – las disposiciones de reglamentos aplicables al personal de SNCF, que establecían sanciones pecuniarias (CE, As., 1 jul. 1988, *Billard et Volle*, Rec. 268; v. n.º 83.15), que descontaban de los días de vacaciones los días de ausencia para formación de los magistrados de los tribunales de conciliación (CE 18 ene. 2012, *Virmont*, Rec. 1; AJ 2012.1467, nota Arois), que incluían medidas discriminatorias contra los huelguistas en materia de promoción (CE 12 nov. 1990, *Malher*, citada *ut supra*), que conculcaban los principios generales del Derecho del trabajo aplicables a las empresas públicas y que no son incompatibles con las necesidades de la misión de servicio público encomendada a la SNCF.

## 79. ACTOS ADMINISTRATIVOS. DIRECTIVAS. LÍNEAS DIRECTRICES

**Consejo de Estado Secc., 11 de diciembre de 1970, *Crédit foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader***

(Rec. 750, concl. Bertrand; AJ 1971.196, cr. H.T.C; D 1971.674, nota Loschak; JCP 1972.II.17232, nota Fromont; RD publ. 1971.1224, nota M. Waline)

Considerando que el decreto de 26 de oct. de 1945, por el que se promulga el Reglamento de Administración Pública relativo al Fondo Nacional de Mejora de la Vivienda, encomienda a una comisión nacional y, en determinadas circunstancias, a comisiones departamentales de mejora de la vivienda, la aplicación de las disponibilidades del Fondo Nacional; que el art. 5 de la resolución de 27 de abr. de 1946 del Ministro de Reconstrucción y Urbanismo, adoptada al amparo del art. 7 del antedicho Reglamento de Administración Pública, precisa que incumbe a cada comisión «siguiendo las directivas y bajo el control de la Comisión Nacional, apreciar, en función de las necesidades regionales o locales, tanto desde el punto de vista económico como social, el grado de utilidad de las obras a las que cabe otorgar la ayuda financiera del Fondo Nacional»;

Considerando que para denegar la subvención mencionada en el art. 6 del Reglamento General de 27 de abr. de 1946, la Comisión Nacional se remitió a las normas contenidas en una de sus propias directivas, mediante las cuales pretendía definir orientaciones generales para dirigir las intervenciones del fondo sin renunciar a ejercer su poder de apreciación, ni limitar el de las comisiones departamentales, ni establecer condiciones nuevas para la concesión de las subvenciones en cuestión; que la señorita Gaupillat y la señora Ader no alegan particularidad alguna en su situación con respecto a las normas antes mencionadas, ni ninguna consideración de interés general que justifique la no aplicación a su caso de dichas normas y cuyo examen hubiera sido omitido por la Comisión Nacional; que tampoco alegan que la directiva en cuestión ignorara los fines para los que fue constituido el Fondo Nacional de Mejora de la Vivienda; que, en estas condiciones, la remisión a tales directivas no hacía que la decisión denegatoria incurriera

en error de derecho; que *Crédit foncier de France*, gestora del antedicho Fondo en virtud del artículo 292 del Código de Urbanismo y Vivienda tiene, por tanto, razón al sostener que el Tribunal Administrativo de París anuló injustamente mediante la sentencia recurrida la decisión de la Comisión Nacional;... (Anulación de la sentencia; desestimación de la demanda de la señorita Gaupillat y de la señora Ader; condena en costas de estas últimas).

## OBSERVACIONES

- 1 En un decreto de 26 de oct. de 1945 se establecía que la aplicación de las disponibilidades financieras del Fondo Nacional de Mejora de la Vivienda (sustituido más tarde por la Agencia Nacional de la Vivienda) la realizaría una comisión nacional y comisiones departamentales y se remitía, para la determinación de las condiciones de asignación y de abono de la ayuda financiera, a un reglamento general emitido por el Ministro de Reconstrucción; dicho reglamento, adoptado mediante una resolución de 27 de abr. de 1946, precisaba que incumbiría a cada comisión departamental, «siguiendo las directivas y bajo el control de la Comisión Nacional, apreciar, en función de las necesidades regionales o locales, tanto desde el punto de vista económico como social, el grado de utilidad de las obras a las que puede asignarse la ayuda financiera del Fondo Nacional»; De este modo, las condiciones de concesión de la ayuda se definieron en sucesivas directivas de la Comisión Nacional en función de las disponibilidades del Fondo, de la renta de los propietarios y de la naturaleza de las obras. Precisamente, en aplicación de una de estas directivas, la Comisión Nacional, mediante resolución de 2 de oct. de 1964, sólo concedió a la señorita Gaupillat y a la señora Ader un préstamo para restaurar su casa y les denegó la subvención solicitada. Las interesadas recurrieron la resolución denegatoria ante el Tribunal Administrativo de París, el cual anuló la resolución debido a que la directiva en cuestión había subordinado la concesión de las subvenciones a una condición más estricta que las que estaban previstas en el reglamento en vigor y no había podido aportar una base legal para la resolución impugnada, que, por consiguiente, adolecía de un error de derecho. La entidad *Crédit foncier de France*, encargada de la gestión del Fondo Nacional de Mejora de la Vivienda, apeló la sentencia del Tribunal Administrativo de

París ante el Consejo de Estado, el cual admitió que la Comisión Nacional estaba facultada para definir mediante *directivas* las normas por las que se regiría la adopción de las decisiones del Fondo.

La solución se explica en función de todo un *contexto* (I), pero exige precisiones sobre el *status* del acto así reconocido (II).

- 2 I. El *contexto* está vinculado con la cuestión, a la que aludió el Comisario del Gobierno Bertrand, «de saber qué valor debe reconocerse a las circulares, instrucciones o directivas, en virtud de las cuales una autoridad administrativa, que tiene conferidos poderes discrecionales para adoptar decisiones individuales, somete ella misma el ejercicio de dicho poder a normas de fondo».

La cuestión no era enteramente nueva (A), pero sí se planteaba en términos nuevos (B).

A. En el marco de la jurisprudencia relativa a las *circulares*, el Consejo de Estado ya había tenido que cuestionar en numerosas ocasiones en el pasado el valor jurídico de aquellas circulares a través de las cuales un ministro establece, para su propio uso o el de sus subordinados, la doctrina que se ha de seguir en la resolución de los casos individuales.

El problema no es fácil de solventar. Si bien el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y la necesidad de dotar de coherencia a la acción administrativa justifican que se establezcan de antemano, de una manera general, las condiciones en las que serán adoptados los actos individuales, no es posible, en cambio, ni ignorar el principio según el cual la Administración debe proceder a un examen particular de cada uno de los casos sobre los que debe pronunciarse, ni reconocer al ministro un poder reglamentario que, de no mediar una disposición expresa, no ostenta más que en el marco de la jurisprudencia *Jamart\** (v. nuestras obs. sobre CE 7 de febr. de 1936, *Jamart\**).

Para conciliar estas exigencias contradictorias, el Consejo de Estado (Secc.) ya había admitido que una circular del Ministro de Defensa precisara, a efectos del ascenso discrecional de oficiales, los principios en los que debía inspirarse a la hora de examinar los casos individuales, pero a condición de que no se considerase vinculado por dichas directivas y de que cada situación particular fuera examinada de forma separada (Secc. 13 de jul. de 1962, *Arnaud*, Rec. 474; AJ 1962.545, cr. Galabert y Gentot).

- 3 B. En *materia de intervencionismo económico*, al realizarse por la vía de incentivos, sobre todo mediante la concesión de ventajas vinculadas a determinadas operaciones, era imperativo permitir a la Administración fijar de antemano y dar a conocer a los interesados los criterios objetivos en los que se basarían sus decisiones. Como señaló el Comisario del Gobierno, tal definición es «indispensable tanto para garantizar la igualdad de los candidatos y evitar discriminaciones arbitrarias entre ellos, como para mantener... la coherencia de la acción administrativa, e incluso dejar paso a las perspectivas abiertas por la informática».

La jurisprudencia *Arnaud* se ajustaba mal a estas exigencias. De un lado, las decisiones individuales adoptadas exclusivamente en base a criterios objetivos fijados de antemano deberían ser anuladas bien por incompetencia del autor de la directiva bien por desconocimiento de la regla del examen individual, lo que equivalía a excluir cualquier doctrina administrativa. De otro, «el control de la legalidad por la jurisdicción administrativa, que debe ser aquí más vigilante por cuanto las decisiones tienen una mayor incidencia sobre la vida misma del país, corre el riesgo de hallarse fuera de lugar y privado de toda eficacia»: en efecto, ¿de qué serviría que el Consejo de Estado hubiera reconocido al juez, en virtud de la sentencia *Maison Genestal* (CE, Secc., 26 ene. 1968, Rec. 62, concl. Bertrand; v. n.º 66.6), el poder de exigir a la Administración que le ilustre sobre los motivos de hecho y de derecho que la llevaron a adoptar su decisión si ésta debe ser automáticamente anulada por error de derecho cada vez que dichos motivos consisten en la aplicación de criterios objetivos fijados de antemano?

Para remediar esta situación, habría sido necesario reconocer un poder reglamentario a los ministros, e incluso a otras autoridades u organismos investidos de un poder discrecional de decisión. A pesar del gran empeño puesto en 1969 por la Comisaria del Gobierno, la señora Questiaux, el Consejo de Estado se negó a emprender esta vía debido a los obstáculos constitucionales que conlleva una ampliación tan importante –y que no podría quedar restringida al ámbito económico– del poder reglamentario (CE, Secc., 23 de mayo de 1969, *Société Distillerie Brabant et Cie*, Rec. 264, concl. Questiaux; v. n.º 45.5).

- 4 El señor Bertrand decidió, pues, explorar otra vía para resolver el problema. Inspirándose en una solución admitida por las jurisprudencias belga e italiana, propuso «admitir de una manera general que los

*motivos de una decisión individual pudieran consistir legalmente en una referencia a la doctrina que la Administración se había dado y que, una vez aplicada, debe serlo a todas las situaciones similares, so pena de conculcación de la regla de no discriminación»; ahora bien, esta solución debe supeditarse a una doble condición «que las directivas invocadas, a las que naturalmente se ampliaría el control ejercido por el juez sobre los fundamentos de las decisiones individuales, sean conformes a los fines perseguidos por el legislador o la autoridad reglamentaria, y que excluyan aquellas excepciones justificadas por circunstancias particulares cuya existencia la Administración sigue estando obligada a buscar en cada caso». Esta construcción no aboca a conferir a las normas enunciadas por la Administración un valor reglamentario, no conduce a «crear una categoría nueva de actos administrativos, inferior en cierto modo al reglamento ya que, en definitiva, se limita a hacer de las directivas una especie de codificación de los motivos susceptibles de ser invocados por la autoridad administrativa, siendo el valor de las normas enunciadas únicamente reconocido en el ámbito de la fundamentación de las decisiones individuales».*

De conformidad con estas conclusiones, el Consejo de Estado decidió que la denegación de la subvención por la Comisión Nacional a las demandantes no adolecía de un error de derecho únicamente por estar basada en normas contenidas en una directiva. La sentencia se ocupa de establecer los límites de la directiva y de su aplicación.

- 5 II. Actualmente, siguiendo una recomendación del Consejo de Estado en su estudio sobre *Le droit souple* [derecho indicativo, sin fuerza vinculante] (2013, p. 141), para no correr el riesgo de que se confundan con las directivas de la Unión Europea, la palabra «directiva» ha sido sustituida por la expresión «líneas directrices» (CE 19 de sept. de 2014, *Jousselin*, Rec. 272; AJ 2014.2262, concl. Dumortier; – Secc., 4 febr. 2015, *Ministre de l'intérieur c/ Cortes Ortiz*, RFDA 2015. 471, concl. Bourgeois Machureau; AJ 2015.443, cr. Lessi y L. Dutheillet de Lamothe; DA jun. de 2015, n.º 38, p. 26, nota Eveillard), que había sido ya utilizada por el Tribunal de Justicia de la UE cuando admitió que «la Comisión puede imponerse unas orientaciones para el ejercicio de sus facultades de apreciación mediante actos como líneas directrices..., en la medida en que contengan normas indicativas acerca de la orientación que debe seguir la citada Institución y no se separen de las normas del Tratado» (TJCE 5 de oct. de 2000, *Alemania c/ Comisión*, asunto C 288/96; – 22 de marzo

de 2001, *Francia c/ Comisión*, caso C 17/99). De este modo, permite distinguirlas también de las «directivas» cuya adopción está a veces prevista en los textos en el ejercicio del poder reglamentario del gobierno (por ej., las directivas de ordenación territorial y desarrollo sostenible previstas en el art. L. 1131 del Código de Urbanismo), y de aquellas que, con esta denominación, son circulares, de carácter imperativo, o no (v. nuestras obs. en CE 18 de dic. de 2002, *Mme Duvignères\**). A la inversa, puede suceder que, bajo la denominación de «circular», hallemos auténticas directivas-líneas directrices (CE 18 de nov. de 1977, *Entreprise Marchand*, Rec. 442, concl. Franc; AJ 1978.654, nota Mesnard).

Su rango fue precisado tanto en lo que concierne a su adopción (A) como a su alcance (B); las distingue de las «orientaciones generales» (C).

- 6 A. Para su adopción, la sentencia del Consejo de Estado (Secc.) de 4 de febr. de 2015, *Ministre de l'intérieur c/ Cortes Ortiz* aporta, «en aquellos casos en que un texto legal disponga la concesión de un beneficio sin haber definido todos los requisitos que permiten determinar a quién asignarla entre todas aquellas personas con derecho a solicitarla», una aclaración que sin duda permite ir más allá y cubrir todos los supuestos en los que un texto atribuya a la Administración la facultad de adoptar medidas individuales según una apreciación discrecional sin que disponga en dicha materia de un poder reglamentario.

«La autoridad competente puede supervisar la acción de la Administración con la finalidad de garantizar la coherencia»: puede hacerlo tanto para sí misma como para los servicios que dependan de ella (en este sentido, véase, anteriormente CE 29 de jul. de 1994, *Ministre de l'éducation nationale c/ Époux Gentilhomme*, Rec. 371). Puede tratarse no sólo de una autoridad situada dentro de la jerarquía administrativa de derecho común, como de un ministro, sino también de una autoridad especial, por ejemplo una comisión nacional bajo cuyo control actúan comisiones departamentales (*Crédit foncier de France*). Un organismo consultivo debe también poder supervisar su propia acción (CE 27 de oct. de 1972, *Ministre de la santé publique et de la sécurité sociale c/ Delle Ecarlat*, Rec. 682; RDSS 1972.542, nota Moderne), por ejemplo, con respecto a las propuestas de nombramiento que le incumbe presentar (CE, Secc., 10 de marzo de 2006, *Carre Pierrat*, Rec. 136; v. n.º 64.3).

La autoridad competente puede establecer «*por medio de líneas directrices... criterios que permitan aplicar el texto en cuestión*». Pero no podrá «*establecer ninguna condición nueva*» con respecto al mismo (*Delle Ecarlat*, citado *ut supra*; CE 14 dic. 1988, SA «*Gibert Marine*», Rec. 444; AJ 1989.266, nota J.B. Auby), ni tampoco ignorar los fines perseguidos (CE 20 de ene. de 1971, *Union départementale des sociétés mutualistes du Jura*, Rec. 45; D. 1971.673, nota Loschak; JCP 1972.47132, nota Fromont), ni vulnerar los principios generales del Derecho (CE, Secc., 29 de jun. de 1973, *Société Géa*, Rec. 453; AJ 1973.587, cr. Franc y Boyon y 589, nota Vier; D. 1974.141, nota Durupty; RD publ. 1974.547, nota M. Waline), ni, por último, vincular la facultad de apreciación particular de la autoridad competente para adoptar las decisiones individuales de aplicación. En este sentido, las líneas directrices, como las directivas, no tienen carácter reglamentario. La sentencia *Société Géa* exime a las directivas de la obligación de publicación. La ley de 17 de jul. de 1978 trastocó la solución (artículo 7 en su versión modificada por el decreto-ley de 6 de jun. de 2005) al exigir la publicación periódica tanto de las directivas, como de las instrucciones, circulares y otros documentos análogos. Desde entonces, cuando se publican líneas directrices, los interesados pueden hacerlas valer, como precisó la sentencia de 4 de febr. de 2015, *Min. de l'intérieur c/ Cortes Ortiz*, citada *ut supra*.

7 B. Así pues, pese a no ser actos reglamentarios, se les reconoce una fuerza de aplicabilidad y de oponibilidad que produce efectos. Al remitirse a los criterios que establecen, la autoridad administrativa que adopta la decisión individual no incurre en error de derecho cuando aplica el texto al que las mismas remiten: la sentencia *Crédit foncier de France* delimitó claramente la diferencia de la solución adoptada con respecto a la que prevaleció en la sentencia *Distillerie Brabant*, habiendo la Administración en esta última invocado un reglamento que no está facultada a adoptar (v. también, entre otras, las sentencias arriba citadas *Entreprise Marchand* y *Gibert Marine*). Por lo general, las líneas directrices deben ser aplicadas: al contrario que las orientaciones generales definidas para las medidas de favor (*infra*), los interesados pueden hacerlas valer para impugnar decisiones que se apartan de las mismas.

Pero pueden, e incluso deben, ser ignoradas cuando así proceda. La sentencia de 4 de febr. de 2015 lo permite, e incluso obliga a ello, en el caso de las líneas directrices, como hizo la jurisprudencia ante-

rior con las directivas, en dos series de casos en los que invierte el orden con respecto a aquélla.

En primer lugar, determinados motivos de interés general pueden conducir a su no aplicación. Motivos que no se definen con mayor precisión, pero que, aun pudiendo ser modificados, tienen que ser objetivos.

En segundo lugar, «*la apreciación particular de cada situación*» puede llevar también a una decisión distinta de la que implicarían las líneas directrices. A este respecto, como se deducía de las sentencias sobre las directivas (*Ecarlat, Géa, Gibert Marine*) posteriores al fallo *Crédit foncier de France*, subsiste la obligación de examinar cada expediente. No debe aplicarse una solución diferente de la prevista en las líneas directrices salvo que así lo exija la diferencia de situación que presenta.

Los motivos de interés general y la diferencia de situación son las dos consideraciones que limitan el alcance del principio de igualdad (v. nuestras obs. a la sentencia CE 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire*\*). Aun cuando no proceda tenerlas en cuenta, las líneas directrices deben seguirse y su aplicación garantiza así la igualdad entre las personas cubiertas por el texto que desarrollan.

De este modo, el alcance que se les reconoce no anula la cuestión de si pueden ser impugnadas, no sólo por la vía de la excepción cuando se hace aplicación de las mismas, sino también directamente por la vía del recurso por exceso de poder. El Consejo de Estado contestó de forma negativa con respecto a las directivas (CE 3 de mayo de 2004, *Comité antiamiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, Rec. 193; JCP Adm. 2004.1466, nota Benoit). La sentencia de 4 de febrero de 2015, citada *ut supra*, no toma una posición con respecto a las líneas directrices.

- 8 C. Va más allá de las líneas directrices al distinguir las de las «orientaciones generales» que una autoridad define para la concesión de «medidas de favor». El Tribunal Administrativo de Apelación de Lyon había establecido ya esta distinción (2 de oct. de 2014, *Mme Lila; M. Dema; M. Houaiji*, RFDA 2014.1039, concl. Lévy Ben Cheton).

Las medidas de favor son decisiones con respecto a las cuales los interesados no tienen ningún derecho. No pueden invocarlas para impugnar medidas que se aparten de las mismas. Por consiguiente, no tienen ninguna fuerza de aplicabilidad ni de oponibilidad. Solo constituye para la administración un instrumento cómodo al que ajustarse.

Así, mediante la combinación de la jurisprudencia *Crédit foncier de France* y de la jurisprudencia *Mme Duvignères*\* es posible distinguir entre cuatro tipos de disposiciones generales:

- las disposiciones reglamentarias, cuyo contenido se impone;
- las circulares imperativas, cuyas disposiciones bien reglamentarias bien interpretativas también se imponen;
- las líneas directrices, que se aplican salvo que motivos de interés general o la apreciación particular de cada situación indique lo contrario;
- las orientaciones generales, relativas a la concesión de medidas de favor, de las que no dimanen ni derechos ni obligaciones.

Naturalmente, todas ellas deberán ser conformes a la legalidad vigente, ya que no podrán aplicarse si no son legales.

## 80. EXPROPIACIÓN. CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA. CONTROL DEL JUEZ DEL EXCESO DE PODER

**Consejo de Estado As., 28 de mayo de 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville Nouvelle Est»***

(Rec. 409, concl. Braibant; AJ 1971.404, cr. Labetoulle y Cabanes y 463, concl.; RA 1971.422, concl.; CJEG 1972.J.38, nota Virole; D. 1972.194, nota Lemasurier; JCP 1971.II.16873, nota Homont; RD publ. 1972.454, nota M. Waline)

Considerando que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 del Decreto n.º 59-701 de 6 de junio de 1959, por el que se promulga el Reglamento de Administración Pública relativo al Procedimiento de Audiencia Previa a la Declaración de Utilidad Pública, a la determinación de las parcelas que han de expropiarse y a la resolución de transferibilidad: «el expropiante dirige al prefecto para que lo someta a examen un expediente que ha de incluir obligatoriamente: I. Cuando la declaración de utilidad pública se solicita con vistas a la realización de trabajos o de obras: 1.º Una nota explicativa indicando, entre otras cosas, el objeto de la operación; 2.º El plano de ubicación; 3.º El plan general de los trabajos; 4.º Las características principales de las obras más importantes; 5.º Una estimación somera de los gastos. – II. Cuando la declaración de utilidad pública se solicita con vistas a la adquisición de inmuebles: 1.º Una nota explicativa indicando, entre otras cosas, el objeto de la operación; 2.º El plano de ubicación; 3.º El perímetro que delimita los inmuebles que han de expropiarse; 4.º Una valoración de las adquisiciones que han de realizarse»;

Considerando que estas disposiciones distinguen, en lo referente a la constitución del expediente sometido a la audiencia previa a la declaración de utilidad pública, por una parte, en su párrafo 1.º, el supuesto en que la expropiación tenga por objeto la ejecución de trabajos o de obras, y por otra, en su párrafo 2.º, el caso en que la expropiación sólo tenga por objeto la adquisición de inmuebles;

Considerando que si la creación de una nueva ciudad conlleva normalmente, de una parte, la adquisición de terrenos y, de otra, la ejecución de trabajos y de obras por parte de la entidad pública llamada a adquirir dichos terrenos, la Administración puede limitarse a proceder, en un primer momento, a la mera adquisición de los terrenos, en lugar de acometer simultáneamente las dos operaciones, cuando resulte que a la fecha de la apertura de la audiencia previa a la declaración de utilidad pública, el estudio del programa de los trabajos y las obras no presenta un desarrollo suficiente debido a la falta de los elementos necesarios; que en un supuesto así el expediente de audiencia podría incluir únicamente los documentos exigidos en el párrafo II del art. 1 del Decreto de 6 de jun. de 1959;

Considerando que de los documentos que obran en el expediente se deduce que a fecha de 23 de septiembre de 1967, en la que fue adoptada la resolución del prefecto por la que se abría la audiencia exigida con vistas a la declaración de utilidad pública de la adquisición de los inmuebles necesarios para la creación de la ciudad nueva Est de Lille, la Administración solo disponía de un primer boceto del esquema del sector de ordenamiento y de urbanismo aplicable a la nueva ciudad; que, en concreto, ni los establecimientos universitarios que debía albergar, ni la red vial destinada a servirla habían sido objeto de estudios precisos en cuanto a su implantación y características; que, por tanto, la Administración no estaba en situación de presentar en la fecha arriba indicada un plan general de los trabajos así como de las características de las obras más importantes; que, por consiguiente, podía, como lo hizo, limitarse a proceder a la mera adquisición de los terrenos necesarios y, por ende, era del todo conforme a Derecho incluir en el expediente de audiencia previa a la declaración de utilidad pública sólo los documentos exigidos en el párrafo II del art. 1 del antedicho Decreto de 6 de jun. de 1959;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que el Tribunal Administrativo incurrió en error al basarse en la ausencia en el expediente de audiencia de ciertos documentos exigidos en el párrafo I del art. 1 de dicho decreto para anular, por fundarse en un procedimiento irregular, la antedicha resolución del Ministro de Infraestructuras y Vivienda;

Considerando, no obstante, que incumbe al Consejo de Estado, al habersele remitido el conjunto del litigio por el efecto devolutivo de la apelación, examinar los otros motivos alegados por la Federación de

Afectados por el Proyecto denominado Ciudad Nueva Este (*Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville Nouvelle Est*);

*En cuanto a la competencia del Ministro de Infraestructuras y Vivienda para declarar la utilidad pública de la operación:*

Considerando que a tenor de lo dispuesto en el art. 2 del Decreto-Ley de 23 de octubre de 1958 y en el art. 1 del Decreto n.º 59- 680, de 19 de mayo de 1959, el Ministro de Infraestructuras y Vivienda era competente para declarar de utilidad pública la adquisición de los terrenos necesarios para la creación de la ciudad nueva habida cuenta de que contaba con el dictamen favorable del comisario relator; que, si bien, de acuerdo con el art. 1 del Decreto de 19 de mayo de 1959, la construcción de una autopista debe, en todos los casos, ser declarada de utilidad pública mediante decreto en Consejo de Estado, el motivo alegado de que tal vía de circulación figura en los planos elaborados para la ciudad nueva carece de fundamento de hecho; que, si bien una parte de los terrenos que han de adquirirse está destinada a establecimientos de enseñanza superior, en ninguna disposición legal o reglamentaria se establece que la resolución por la que se declara tal adquisición de utilidad pública deba estar firmada por el Ministro de Educación Nacional;

*En cuanto al trámite de audiencia:*

Considerando que el art. 2 del Decreto de 6 junio 1959, a cuyo tenor «El prefecto designa mediante resolución un comisario relator o una comisión de audiencia», deja a la discreción de dicha autoridad elegir una u otra fórmula; que, por consiguiente, la *Fédération* recurrente carece de fundamento para sostener que debería haberse nombrado una comisión habida cuenta de la importancia de la operación;

Considerando que de cuanto obra en autos se deduce que fueron respetadas las prescripciones del art. 2 del Decreto de 6 de junio de 1959 relativas a la publicidad de la resolución ordenando la audiencia; que en ninguna disposición legal o reglamentaria se prevé que el dictamen del comisario relator que, con arreglo a los art. 8 y 20 de dicho Decreto, es entregado al prefecto o al subprefecto, deba comunicarse a las personas afectadas por el procedimiento de expropiación;

Considerando que de los elementos que obran en el expediente se desprende igualmente que, como sostiene la *Fédération* recurrente, la estimación del coste de las adquisiciones inmobiliarias incorporada al expediente de audiencia adolecía de una inexactitud grave;

*En cuanto a la utilidad de la operación:*

*Considerando que una operación puede ser legalmente declarada de utilidad pública sólo si la injerencia en la propiedad privada, el coste económico y eventualmente los inconvenientes de orden social que conlleva no son excesivos a la vista del interés que presenta;*

Considerando que de los documentos incorporados a autos se deduce que el expediente de ordenación de la zona a la que afecta la declaración de utilidad pública ha sido concebido de tal manera que los edificios universitarios que deben ser ubicados en ella no estén separados de los sectores reservados a viviendas; que la Administración justifica haberse visto obligada, para asegurar tal ordenación, a englobar en esta zona un cierto número de parcelas que albergan construcciones que deberán ser derribadas; que, en estas condiciones, y habida cuenta de la importancia del proyecto en su conjunto, la circunstancia de que para su ejecución deban desaparecer un centenar de edificios de viviendas no basta para privar a la operación de su carácter de utilidad pública;

*En cuanto a la desviación de poder:*

Considerando que la desviación de poder alegada no ha sido demostrada;... (Anulación de la sentencia; desestimación de la demanda).

## OBSERVACIONES

En 1966 el gobierno decidió llevar a cabo una «experiencia de urbanismo» en Lille: con el doble objetivo de «sacar a la enseñanza superior del centro de la ciudad donde ya no tenía cabida» y de «reintegrar a los estudiantes a la ciudad», construyendo con ocasión de un programa universitario un nuevo recinto urbano, asumió un proyecto de creación, al este de Lille, de un complejo universitario destinado a albergar a más de treinta mil estudiantes y de una ciudad nueva de veinticinco mil habitantes. El proyecto, que afectaba a quinientas hectáreas y cuyo coste había sido estimado en mil millones de francos, entrañaba la

expropiación y el derribo de doscientas viviendas algunas de las cuales acababan de ser construidas en virtud de una licencia de obras concedida el año anterior. Ante las fuertes protestas que provocó esta intención de los servicios del Ministerio de Infraestructuras de derribar viviendas modestas construidas recientemente con su permiso, la Administración modificó su proyecto a fin de reducir a 88 el número de viviendas que habrían de ser demolidas; en cambio, descartó la solución que le había propuesto una asociación de defensa y que consistía, con vistas a evitar también el derribo de esas 88 viviendas, en desplazar el eje vial nortesur previsto en el proyecto. Tras ser finalmente declarada la operación de utilidad pública mediante una resolución del Ministro de Infraestructuras y Vivienda con fecha de 3 de abr. de 1968, la asociación de defensa impugnó tal resolución ante el juez del exceso de poder. Junto a otros motivos diversos de procedimiento y de fondo, la asociación sostenía que la destrucción de un centenar de viviendas, que podría evitarse con un trazado diferente de la autovía, constituía un precio demasiado elevado para la operación proyectada: en opinión de la *Fédération de défense*, esto privaba a la operación de utilidad pública y obligaba a la anulación de la resolución de 3 de abr. de 1968.

- 1 I. Evidentemente, ésta no fue la primera vez que se planteaba ante Consejo de Estado el problema del control por el juez del exceso de poder de la declaración de utilidad pública en el marco de una expropiación. Tradicionalmente, el juez administrativo verificaba si la operación se correspondía con un fin de utilidad pública, pero se negaba a examinar el contenido concreto del proyecto y, sobre todo, la elección de las parcelas que habían de ser expropiadas. Así, por ejemplo, con motivo de una expropiación con vistas a construir una autopista, el juez se limitaba a comprobar que la construcción de la autopista era en sí misma —e independientemente de las características propias del proyecto en cuestión— de utilidad pública, pero, una vez hecho esto, se negaba a examinar el trazado elegido por la Administración (30 de jun. de 1961, *Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur*, Rec. 452; D. 1961.663, concl. Kahn, nota Josse; AJ 1961.646, concl.). Del mismo modo, una vez constatado que la creación de un aeropuerto era en sí «una operación susceptible de ser legalmente declarada de utilidad pública», el Consejo de Estado se negaba a enjuiciar su pertinencia y subrayaba que «no podían ser válidamente invocadas ante el juez del exceso de poder las circunstancias alegadas por la parte recu-

rente de que la operación pretendida por el ayuntamiento de l' Aigle no estaba suficientemente justificada por las necesidades de la población, ni en términos de transporte aéreo, ni de práctica de deportes aeronáuticos» (CE 13 mayo 1964, *Malby et Bedouet*, AJ 1965.35, nota Laporte). Asimismo, en este mismo sentido, tras comprobar que «las operaciones... de construcción... de viviendas necesarias para la realización de una zona de urbanización prioritaria pueden ser legalmente objeto de una declaración de utilidad pública», el Consejo de Estado indicaba que «las críticas de la parte recurrente consistentes sobre todo en la elección de los terrenos y la ubicación prevista para las obras tienen que ver con la oportunidad de las operaciones previstas y, por ende, no procede su impugnación ante el juez administrativo» (CE 27 febr. 1970, *Chenu*, Rec. 148). El examen minucioso de la operación proyectada se limitaba a permitir al juez detectar una eventual desviación de poder (por ej., CE 4 de marzo de 1964, *Dame Vve Borderie*, Rec. 157: creación de un centro ecuestre municipal destinado en realidad a permitir la instalación de un club hípico privado).

2

**II.** Conforme a la distinción clásica entre control de la calificación jurídica de los hechos y fiscalización de la oportunidad (v. nuestras obs. a CE 4 de abr. de 1914, *Gomel\**), esta jurisprudencia debía conducir en la práctica a una reducción considerable de la fiscalización del juez administrativo desde el momento en que, al concebirse de manera cada vez más amplia la noción de utilidad pública, cualquier operación que tuviera alguna relación, por leve que fuera, con el interés general sería considerada de ahora en adelante como de utilidad pública (vgr. CE, As., 20 de dic. de 1938, *Cambieri*, Rec. 962; D. 1939.3.15, concl. Josse: construcción de un albergue juvenil; – 12 de abr. de 1967, *Société nouvelle des entreprises d'hôtels*, Rec. 154: construcción de un hotel y de un casino en Niza). Esta restricción del control jurisdiccional de la utilidad pública de las operaciones de expropiación era tanto más deplorable por cuanto, al mismo tiempo, estas operaciones estaban sufriendo un cambio progresivo. Las expropiaciones aisladas de algunas parcelas rurales, con el objetivo de construir escuelas o mejorar el trazado de una carretera, se han visto seguidas por grandes operaciones urbanísticas o de construcción de autopistas que afectan al mismo tiempo a cientos de propiedades, y que algunas veces conllevan la demolición de numerosos edificios de viviendas.

Además, la expropiación puede realizarse en beneficio, no ya sólo de una entidad pública, sino de una sociedad de economía mixta o incluso, en el caso de ciertas operaciones urbanísticas, de una promotora privada. La distinción entre intereses públicos e intereses privados se difumina, al poder satisfacer el interés general en ciertos casos por intermedio de la satisfacción de intereses puramente privados (cf. CE 20 de jul. de 1971, *Ville de Sochaux*, Rec. 561; AJ 1972.227, nota Homont: «si bien con el desvío de la carretera en cuestión, la sociedad de automóviles Peugeot obtiene una ventaja directa y evidente, el interés general se verá satisfecho si se atienden al mismo tiempo las necesidades de la circulación general de vehículos y las exigencias de desarrollo de un complejo industrial que desempeña un papel esencial en la economía regional»).

Como señaló el Comisario del Gobierno Braibant, «la situación se ve así modificada y a veces incluso invertida: ya no están solamente, de un lado, el poder público y el interés general y, de otro, la propiedad privada; cada vez es más frecuente que detrás de expropiantes y expropiados se hallen intereses públicos diversos; e incluso puede suceder que los intereses privados que se beneficiarán de la operación pesen más en el proceso de toma de decisiones que los intereses públicos, a los cuales incluso podría perjudicar. Por consiguiente, no es posible limitarse a la cuestión de saber si la operación presenta en sí misma una utilidad pública. Es necesario, además, sopesar sus ventajas e inconvenientes, su coste y su rendimiento, o bien, como dirían los economistas, su desutilidad y su utilidad».

- 3 Por ello, tampoco sorprende que, incluso antes de que se adoptara la decisión comentada, el Consejo de Estado hubiera aceptado a veces ir más allá de su control tradicional de la utilidad pública *in abstracto* para examinar la conformidad con el interés general de la operación que se pretendía llevar a cabo. Fue así como admitió la utilidad pública de la ampliación del hipódromo de Cagnes-sur-Mer habida cuenta de que esta operación tenía «como finalidad contribuir al desarrollo económico y turístico de los municipios de Niza y de Cagnes-sur-Mer» (CE 10 de febr. de 1958, *Bô*, Rec. 918; AJ 1958.II.128, nota J. G.). Incluso admitió la renovación de un islote de inmuebles en el centro de Firminy sin limitarse a constatar que la renovación urbana constituía en sí misma una operación de utilidad pública, sino que además valoró el hecho de que esta renovación pudiera «gracias sobre todo a la creación de espacios y de emplazamientos reservados al esta-

cionamiento que actualmente escasean, permitir un mejor uso del centro de la ciudad de Firminy» (CE 27 de mayo de 1964, *Groupement de défense de l'îlot de Firminy-centre*, Rec. 299; AJ 1964.432, concl. Rigaud; RD publ. 1965.264, nota M. Waline).

En el asunto denominado «*boues rouges de Cassis*», el Consejo de Estado tampoco se limitó a comprobar que la construcción de una canalización destinada al transporte de residuos químicos de una fábrica de Compagnie Péchiney y su evacuación en la bahía de Cassis pertenecía a una categoría de obras que la propia ley declaraba de utilidad pública; insistió en señalar «que el vertido de residuos debe efectuarse en una fosa marina de al menos mil metros de profundidad a más de siete kilómetros de la costa... (y) que de los documentos que obran en autos no se deduce que... dicho vertido pueda ser susceptible de atentar contra la salud pública o contra la fauna y flora submarinas o poner en peligro el desarrollo económico y turístico de las zonas costeras; que, por consiguiente, la parte recurrente no tienen razón en sostener que los riesgos graves para el interés general que entrañaría la ejecución de la obra proyectada tendrían como efecto que la declaración de utilidad pudiera tacharse de ilegal» (CE 15 de marzo de 1968, *Commune de Cassis*, Rec. 189). En el mismo orden de ideas, el Consejo de Estado ha insistido en la obligación de hacer constar en el expediente del trámite de audiencia de una expropiación una estimación sumaria de los gastos que «permita a todos los interesados asegurarse de que los trabajos o las obras, habida cuenta de su coste total real, conforme pueda razonablemente apreciarse en el momento del trámite de audiencia, tienen un carácter de utilidad pública» (CE, As., 23 de ene. de 1970, *Époux Neel*, Rec. 44, concl. Baudouin; AJ 1970.298, nota Homont).

- 4 Esta es la evolución que el señor Braibant propuso al Consejo de Estado realizar a su vez decidiendo que, en cada caso, la utilidad pública se apreciara teniendo en cuenta el conjunto de ventajas e inconvenientes de la operación. A dicho efecto, el juez debería lógicamente tener en cuenta, en primer lugar, el coste económico de la operación: «determinado proyecto, válido a la escala de una región o de una gran ciudad, quizá deje de serlo en un municipio pequeño para el que representaría una carga demasiado pesada». Ahora bien, además del aspecto financiero, convendría igualmente tomar en consideración el coste social de la operación: \* «En un momento en el que se habla mucho... del medio ambiente y de la calidad de vida, es preciso evitar que pro-

yectos que, aun siendo útiles, agravan la contaminación o destruyen una parte del patrimonio natural y cultural del país; es grande la tentación de sacrificar la tranquilidad de los habitantes de un barrio periférico en aras de la construcción de un aeropuerto, el bosque de Fontainebleau por una autopista, o los pabellones de Baltard por una estación de metro. Es importante que, en cada caso, se sopesen con cuidado los pros y los contras, y que la utilidad pública de la operación no enmascare su potencial nocividad pública».

En el caso de autos, añadía el Comisario del Gobierno, la destrucción de un centenar de viviendas se compensaba con la construcción de un eje vial central de un conjunto que comprende una ciudad nueva de veinte mil habitantes y un complejo universitario con capacidad para treinta mil estudiantes: «la importancia de esta operación debe contrarrestar el número de viviendas que se va a destruir; ciertamente, no sería razonable desalojar a cien familias para realojar a cincuenta; es ya mucho más normal destruir cien viviendas en el caso de una operación que debe permitir construir varios miles de ellas». Sin duda, hubiera podido desplazarse el eje vial, como había pedido la federación demandante, pero entonces se habría separado al complejo universitario del resto de la ciudad, cuando precisamente se pretendía lo contrario.

De conformidad con estas conclusiones, la sala de lo contencioso propuso como principio que «una operación no pueda ser legalmente declarada de utilidad pública salvo que las injerencias en la propiedad privada, el coste económico y eventualmente los inconvenientes de orden social que conlleve no sean excesivos a la vista del interés que presente», y decidió que en el caso en cuestión, «habida cuenta de la importancia del conjunto del proyecto, el hecho de que... desaparezca un centenar de viviendas no basta para privar a la operación de su carácter de utilidad pública».

**III.** Desde el fallo *Ville Nouvelle Est*, el control del juez del exceso de poder de la utilidad pública de una operación ha sido precisado en varias direcciones.

- 5           a) En la apreciación de las ventajas e inconvenientes de la operación, el Consejo de Estado ha hecho que se tome en consideración «la vulneración de otros intereses públicos» que pueda resultar de la operación. En un fallo de la Asamblea de 20 de oct. de 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption* (Rec. 657, concl. Morisot; RD

publ. 1973.843, concl.; AJ 1972.576, cr. Cabanes y Léger; JCP 1973. II.17470, nota B. Odent; CJEG 1973.J.60, nota Virole), el Consejo de Estado tuvo, en efecto, que pronunciarse sobre la utilidad pública de la construcción de la autopista norte de Niza destinada a conectar Provenza con Italia rodeando la zona metropolitana de Niza, así como sobre la de las obras destinadas a enlazar esta autopista con la red viaria urbana de Niza mediante una carretera de enlace y un distribuidor vial. Ahora bien, esta operación amenazaba al hospital psiquiátrico Sainte Marie, un centro privado que atendía prácticamente él solo, al no existir ningún hospital público de este tipo en el departamento, todas las necesidades de éste último en materia de tratamiento de enfermedades mentales: la propia autopista conllevaría la destrucción de un edificio de ochenta camas; la carretera de conexión transcurriría cerca del hospital e impediría cualquier proyecto de ampliación; el distribuidor vial implicaría la demolición de un refectorio y privaría al hospital de sus espacios verdes y de su aparcamiento. Así pues, la operación no sólo enfrentaba el interés público con intereses privados, sino también suponía un conflicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. Normalmente, incumbe a la Administración mediar en un caso así de conflicto entre intereses públicos; pero el Comisario del Gobierno Morisot propuso al Consejo de Estado incluir en su control de la utilidad pública el equilibrio realizado entre ambos; esta ampliación de la facultad de control era tanto más necesaria en este caso por cuanto, como subrayaba Morisot, el Ministro de Salud Pública no había sido consultado con respecto a la operación y en el curso del proceso incluso había dado a conocer su oposición. El Comisario del Gobierno instó igualmente al Consejo de Estado a «denegar el reconocimiento de utilidad pública a una operación que, sea cual sea su interés, vulnera gravemente otro interés público importante». El Consejo de Estado siguió la recomendación de su Comisario del Gobierno y procedió a un arbitraje matizado entre los dos intereses públicos en cuestión: la demolición de un edificio con ochenta camas no le pareció un inconveniente excesivo comparado con la ventaja esperada de la conexión por autopista en el norte de la zona metropolitana de Niza; no obstante, se sacrificó la construcción de la carretera de conexión y del distribuidor vial a pesar del interés de estas obras para la circulación, ya que habría creado alrededor del hospital una zona de circulación intensa y, por ende, de ruido, y le habría privado de sus espacios verdes y de cualquier posibilidad de ampliación.

Así pues, el decreto de declaración de utilidad pública fue anulado en lo que a la construcción de la carretera de conexión y del distribuidor vial se refería: era la primera vez que la jurisprudencia *Ville Nouvelle Est* conducía a la anulación de una declaración de utilidad pública. Así pues, se sentó el principio de que «una operación no puede ser legalmente declarada de utilidad pública a menos que la injerencia en la propiedad privada, el coste económico y eventualmente los inconvenientes de orden social o la vulneración *de otros intereses públicos* que conlleva no sean excesivos a la vista del interés que presenta». La fórmula del fallo *Ville Nouvelle Est* completada por la sentencia *Sainte-Marie de l'Assomption* se ha repetido desde entonces en numerosas sentencias.

- 6) b) Dentro de la lógica del examen concreto de la utilidad pública, el juez administrativo se ha visto llamado a ejercer un control sobre la elección de la ubicación de la operación proyectada. La cuestión se le planteó de una manera precisa al Consejo de Estado en un asunto juzgado el 22 de febr. de 1974 por la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo, *Adam* (Rec. 145; RD publ. 1975.486, concl. Gentot; D. 1974.430, nota Gilli; JCP 1975.II.18064, nota B. Odent; RD publ. 1974.1780, nota M. Waline; AJ 1974.197, cr. Franc y Boyon; AJPI 1974.430, nota Hostiou y Girod; CJEG 1974.211, nota Virole). La Administración, que había elegido inicialmente para la autopista que conecta Freyming con Estrasburgo un trazado que transcurría por el valle del Zorn, un corredor natural por donde ya pasaban la carretera nacional, la vía del tren y el canal del Marna al Rin, al final optó por un trazado más al norte, a través de las colinas que dominan el valle. Los recurrentes cuestionaban la utilidad pública de este nuevo trazado que rompía una zona agrícola muy productiva, mientras que su paso por el valle, sin duda más costoso por los movimientos de tierra que requería, no obstante, habría evitado el corte del espacio agrícola. El Comisario del Gobierno Gentot admitió que es «imposible sopesar las ventajas y los inconvenientes de la construcción de una carretera o de una autopista haciendo abstracción de su trazado». Naturalmente, sólo teniendo en cuenta la futura implantación de la obra en cuestión puede el juez apreciar la importancia o la gravedad de las injerencias cometidas en las propiedades privadas; del mismo modo que el coste de la operación puede variar sensiblemente... según se elija una ubicación u otra y, tratándose de una autopista, un trazado u otro. Así pues, escoger un trazado no es en absoluto una cuestión de oportunidad para la Ad-

ministración; la decisión que tome a este respecto constituye un elemento de la legalidad de la operación». Ahora bien, la apreciación por la Administración se convierte en un asunto de pura oportunidad cuando elige entre dos o más trazados todos ellos de utilidad pública: «siempre estará ahí el hecho de que –como añadía, en efecto, el señor Gentot– la autoridad competente no está en absoluto obligada a elegir el mejor trazado posible, por lo que habiendo varios trazados posibles sin que ninguno de ellos ponga en entredicho la utilidad pública de la obra proyectada, la Administración debe tener discreción a la hora de elegir. Así pues, el tribunal no tiene por qué indagar... cuál de los dos trazados es de mayor utilidad pública...; entre dos decisiones legales el gobierno puede elegir de manera discrecional en todos los casos». En el caso de autos, tanto el trazado por las colinas como el que discurre por el valle podían ser igualmente considerados de utilidad pública; el señor Gentot no ocultaba que pudiera lamentarse el trazado finalmente elegido pero precisaba que «estos lamentos sólo afectan a la oportunidad de la decisión adoptada, no a su legalidad». De conformidad con estas conclusiones, la sentencia se limitó a examinar si el trazado por las colinas, elegido por la Administración, era de utilidad pública sin indagar si el que discurría por el valle habría presentado más ventajas o menos inconvenientes.

Aun cuando la tendencia de la jurisprudencia más reciente es la de ir más allá en el control (CE 28 de marzo de 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil, du Poitou et de Migne-Auxances*, Rec. 967; BJCL n.º 5/11, p. 338, concl. Guyomar; AJ 2011.2417, nota Xenou), dicho control se centra en las ventajas e inconvenientes del trazado elegido por la Administración, sin constreñirla a elegir el trazado que depararía la utilidad pública óptima.

7

c) Antes incluso de que el control consistiera en un análisis costes-beneficios, la jurisprudencia daba pruebas de un mayor rigor en la apreciación de la utilidad de la adquisición de terrenos vía expropiación. El Consejo de Estado se empleaba a fondo para verificar que la entidad pública expropiante no tuviera ella misma terrenos que le permitieran realizar en condiciones similares la operación proyectada (CE 20 de nov. de 1974, *Époux Thony*, Rec. 1009; RA 1975.373, concl. Labetoulle). A propósito de la ampliación de los servicios municipales de la ciudad de Sceaux, el juez administrativo consideró que la posesión por la ciudad de un jardín adyacente a los edificios del ayuntamiento no le permitía llevar a cabo la operación proyectada en

condiciones equivalentes (CE, Secc., 29 de jun. de 1979, *Malardel*, Rec. 294, concl. Dondoux; AJ 1979.10.20 cr. Robineau y Feffer; D 1979.IR.516, obs. Bon; RD publ. 1980.1167, nota M. Waline; CJEG 1981.4, nota P.L.). En sentido inverso, el juez anuló la declaración de utilidad pública de un ayuntamiento nuevo de un municipio rural habida cuenta de que este mismo municipio era propietario de varias parcelas que le permitían ejecutar su proyecto en condiciones equivalentes (CE 3 abr. 1987, *Consorts Métayer et Époux Lacour*, Rec. 121; v. n.º 4.8).

Con todo, el Consejo de Estado no ha llegado al extremo de admitir que el hecho de que un sitio ya sea objeto de protección a tenor de la ley de 2 de mayo de 1930 o del Código de Urbanismo sea un impedimento para que su adquisición en aras de la conservación del litoral pueda ser declarada de utilidad pública (CE 12 de abr. de 1995, *Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres*, Rec. 162, AJ 1995.660, nota Hostiou; LPA 1995, n.º 86, nota Rouvillois; RJ env. 1995.477, nota Inserguet-Brisset).

8 d) Del análisis costes-beneficios se extrajeron otras consecuencias. En cuanto a los beneficios, una vez admitida la utilidad pública, no procede impugnar la operación en cuestión alegando el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas (CE 9 de dic. de 1994, *Association des riverains de l'autoroute A 12*, Rec. 542; AJ 1995.153, concl. Fratacci). Basándose en que el control ejercido en el marco del análisis costes-beneficios responde a las exigencias del art. 17 de la Declaración de 1789, el Consejo de Estado falló que no procedía remitir al Consejo Constitucional una cuestión previa de constitucionalidad sobre las disposiciones del Código de Expropiación relativas al concepto de declaración de utilidad pública (CE 17 de oct. de 2013, *Collectif des élus qui doutent de la pertinence de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes*; AJ 2013.2550, nota Hostiou).

9 e) Desde la reforma del procedimiento contencioso-administrativo, introducida por la ley de 31 de dic. de 1987, el Consejo de Estado, cuando debe pronunciarse en calidad de juez de casación sobre una sentencia del Tribunal Administrativo de Apelación relativa a la legalidad de un acto declarativo de utilidad pública, ejerce un control sobre la calificación jurídica del concepto de utilidad pública \*(CE Sec. 3 de jul. de 1998, *Mme Salva-Couderc*, Rec. 297; RFDA 1999.112, concl. Hubert, nota Bourrel; AJ 1998.792, cr. Raynaud y Fombeur; D. 1999.101, nota Hostiou).

**10** f) Por último, al remitirse a los art. 1 y 5 de la Carta del Medio Ambiente (*cf.* nuestras obs. sobre CE, As., 3 de oct. de 2008, *Commune d'Annecy\**), así como al art. L 110-1 del Código del Medio Ambiente, el Consejo de Estado falló, de un lado, que el «*principio de precaución*» se aplica en caso de riesgo de perjuicio grave e irreversible al medio ambiente o de atentado medioambiental susceptible de dañar gravemente la salud, y, de otro, que una operación que incumple las exigencias derivadas del principio de precaución no puede ser legalmente declarada de utilidad pública (CE, As., 12 de abr. de 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, Rec. 60, concl. Lallet; RFDA 2013.610, concl. 1061, nota Canedo-Paris; AJ 2013.1046, cr. Domino y Bretonneau; DA 2013, n.º 60, nota F. Le Bot; Constitutions 2013.261, nota Carpentier; RJEP jun. 2013, p. 38, concl.; Dr. env. 2013.344, nota Deharbe; JCP Adm. 2013.2273, nota Charmeil; Constr-Urb. 2013, n.º 83, nota Coutan; RTDE 2013.880, obs. Ritleng).

**11** En consecuencia, se han definido las responsabilidades que incumben a la autoridad administrativa y al juez.

Incumbe al Estado, cuando tiene que pronunciarse sobre una solicitud de declaración de utilidad pública de un determinado proyecto:

- indagar si existen elementos fundados cuya naturaleza pueda acreditar la existencia de riesgos de perjuicios graves e irreversibles para el medio ambiente o de atentado medioambiental susceptible de dañar gravemente la salud, que justifique, a pesar de las incertidumbres subsistentes en cuanto a su realidad y alcance, a la vista de los conocimientos científicos del momento, la aplicación del principio de precaución;

- en caso afirmativo, velar por que se pongan en marcha procedimientos de evaluación de los riesgos identificados por las autoridades públicas o bajo la supervisión de las mismas;

- comprobar que, habida cuenta, de un lado, de la plausibilidad y de la gravedad del riesgo, y, de otro, del interés de la operación, las medidas de precaución que incluye la operación para evitar la materialización del daño no resulten ni insuficientes, ni excesivas.

Corresponde al juez, a la vista de la argumentación ante él planteada, verificar que está justificada la aplicación del principio de precaución y, seguidamente, cerciorarse de la realidad de los procedi-

mientos de evaluación de riesgos puestos en marcha y de la ausencia de errores de apreciación manifiestos en la elección de las medidas de precaución. Dicho control debe efectuarse con antelación al de la utilidad pública de la operación. Además, en el supuesto de que un proyecto entrañe riesgos potenciales que justifiquen la aplicación del principio de precaución, la apreciación del juez de la utilidad pública de la operación proyectada en el marco del análisis costes-beneficios deberá realizarse teniendo en cuenta, a título de inconvenientes de orden social del proyecto, dichos riesgos de daños tal y como estén previstos en las medidas de precaución aprobadas, así como los inconvenientes adicionales que puedan derivarse de estas medidas y, a título de coste económico, el coste de tales medidas.

Así pues, el principio de precaución ha quedado incorporado a la teoría del análisis costes-beneficios.

**12**            **IV.** Antes de la irrupción del principio de precaución, las anulaciones pronunciadas por el juez administrativo en base a la teoría del análisis costes-beneficios habían sido relativamente poco numerosas.

*a)* Con frecuencia afectaban a operaciones de alcance limitado: adquisición de un palacete privado con vistas al «desahogo» provisional de la Escuela Nacional de Caminos (CE 27 de jul. de 1979, *Delle Drexel-Dahlgren*, Rec. 349; D. 1979.538, nota Richer) o de interés municipal: creación de un aeródromo de categoría D en el territorio de un municipio de unos mil habitantes a cincuenta kilómetros de Poitiers (Secc., 26 de oct. de 1973, *Grassin*, Rec. 598; AJ 1974.34, concl. Antoine Bernard, nota JK; AJ 1973.586, cr. Franc y Boyon); acondicionamiento de un camino municipal que ocasionaría a los vecinos colindantes molestias desproporcionadas a la vista del interés de la operación (Secc., 4 de oct. de 1974, *Grimaldi*, Rec. 465; AJ 1975.128, cr. Franc y Boyon); parcelación municipal excesivamente gravosa para el medio ambiente teniendo en cuenta el interés de la operación (CE 9 de dic. de 1977, *Ministre de l'équipement c/Weber*, Rec. 497; RJ env. 1978.181, nota Flauss); realización de una operación turística en un paraje protegido, atentando gravemente contra el medio ambiente (CE 26 de marzo de 1980, *Premier ministre c/Veuve Beau de Loménie*, Rec. 171); construcción de viviendas sociales que impide la ampliación de un hotel que presentaba un interés económico y turístico para el municipio (CE 20 de febr. de 1987, *Commune de Lozane*, Rec. 67; D. 1989.126, nota Sté-

fanski; RFDA 1987.533, nota Pacteau; JCP 1988.II.20.982, nota Hervouet); realización de un carril bici que cortaba en dos una importante explotación hortícola (CE 27 de mayo de 1987, *Ville de Villeneuve-Tolosane*, Rec. 770); edificación de una plaza con árboles en un municipio que ya tenía muchos espacios verdes (CE 25 de nov. de 1988, Époux Pérez, Rec. 428; AJ 1989.198, nota J.-B. Auby; D. 1990.258, nota Philippe); rectificación mínima del perímetro de un parque municipal que tenía como consecuencia la demolición de un edificio de uso residencial (CE 22 de febr. de 1993, *Ville de Courbevoie c/ Consorts Sanse*, Rec. 821; D. 1994. SC/268, obs. Bon); ensanchamiento de una calle para facilitar el acceso a un cruce que no presentaba un interés general suficiente para compensar las injerencias en la propiedad privada (CE 7 de oct. de 1994, *Commune de Saint Étienne*, Rec. 982); acondicionamiento de un carril de adelantamiento en una carretera nacional destinado a suprimir un cruce peligroso pero que, en ausencia de un plan global, empeora la circulación de otras vías provocando un peligro permanente y aumentando las molestias para la población local (CE 19 de marzo de 2003, *M. Ferrand*, Rec. 816; BJCL 2003.340, concl. Guyomar, nota Degoffé); adquisición por una mancomunidad de municipios de parcelas para conectar dos polígonos industriales sin que estuviera demostrada la utilidad de la operación (CE 2 de oct. de 2006, *SCI Les Fournels*, Rec. 906; AJ 2006.2123, concl. Águila).

Sin embargo, el Consejo de Estado anuló la declaración de utilidad pública de un proyecto de autopistas para conectar las ciudades de Annemasse y Thonon-les-Bains, sin perspectiva de desarrollo más allá de esta urbe, cuando ambas ciudades estaban ya conectadas por carretera y el coste del proyecto era particularmente elevado para la escasa intensidad del tráfico esperado (CE, As., 28 de marzo de 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne*, Rec. 121; RFDA 1997.740, concl. Denis-Linton, nota Rouvillos; JCP 1997. II.22.909, nota Iacono; RD publ. 1997.1433, nota J. Waline).

También anuló la declaración de utilidad pública del proyecto de presa de la Trézence debido a su escasa utilidad a la vista de los objetivos expuestos, mientras que el coste de la operación y los daños que ésta era susceptible de ocasionar eran elevados (CE 22 de oct. de 2003, *Association SOS Rivières et environnement*, Rec. 417; AJ 2004.1193, nota Hostiou).

De igual modo fue anulada la declaración de utilidad pública relativa al establecimiento de las servidumbres necesarias para la reali-

zación de un proyecto de línea eléctrica a 400 kV que discurriría por un paraje protegido de las hoces del Verdon, debido a que el grave atentado al medio ambiente que suponía anulaba el interés público de la operación (CE 10 de jul. de 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon*, Rec. 332; RJEP 2006.456, concl. Verot, nota Pilate; CJFI ene.-febr. de 2007, p. 39, com. Mouton y Sanvée; JCP Adm. 2006.1256, nota Billet; RDI 2006.367, nota Fonbaustier; RFDA 2006.990, nota Delhoste).

- 13**            *b)* Ahora bien, en la mayoría de los casos, y en lo que respecta a las operaciones con un alcance significativo a nivel regional y *a fortiori* nacional, el Consejo de Estado ha considerado que el análisis costes-beneficios no era negativo: ampliación del campo de maniobras y de tiro de Fontevraud (CE 1 de jun. de 1973, *Abraham*, Rec. 394 y CE As. 7 marzo 1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud*, Rec. 179; AJ 1976.208, nota Hostiou); ampliación del campo militar del Larzac (CE, As., 5 de marzo de 1976, *Tarlier*, Rec. 130; JCP 1977.II.18650, nota Truchet; AJ 1976.253, nota Colson); construcción de la línea de tren de alta velocidad París-Norte (CE 3 de dic. de 1990, *Ville d'Amiens*, Rec. 345; LPA 19 de jun. de 1991, nota Morand-Deville); ampliación de la capacidad de tratamiento de combustible nuclear del centro de la Hogue (CE 10 de dic. de 1982, *Comité régional d'information et de lutte antinucléaire de Basse-Normandie*, Rec. 416); construcción de la autopista A 14 entre Orgeval y Nanterre (CE, As., 3 de marzo de 1993, *Commune de Saint-Germain-en-Laye*, Rec. 54; CJEG 1993.360, concl. Sanson; AJ 1993.340, cr. Maugüé y Touvet; RFDA 1994.310, nota Morand-Deville; D. 1995.335, nota Fines); obras para reforzar la conexión entre las redes de transporte de electricidad francesas y españolas (CE, As., 29 de abr. de 1994, *Association Unimate 65*, Rec. 203; CJEG 1994.443, concl. Frydman; AJ 1994.367, cr. Maugüé y Touvet); realización del puente-canal que rodea el municipio de Péronne al oeste del actual canal del Norte, que se enmarca dentro de la perspectiva de un canal Sena-Norte de Europa (CE 23 de oct. de 2009, *Normand*, BJCL, n.º 11/09, p. 764, concl. Bourgeois-Machureau, obs. Poujade) y la del aeródromo de Notre-Dame-des-Landes (CE 31 de jul. de 2009, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes*, rec. n.º 314955).

- 14 c) La asimetría observada no debe llevar a inferir que la jurisprudencia *Ville Nouvelle Est*, interesante en teoría, sea ineficaz en la práctica. Por una parte, fue objeto de una amplia difusión entre los servicios locales por medio de circulares ministeriales y la Sección de Obras Públicas del Consejo de Estado se remite a ella cada vez que es consultada con respecto a los proyectos de declaraciones de utilidad pública realizadas vía decreto. Por otra, en ciertos casos, la Administración se ha comprometido a poner en marcha medidas encaminadas a paliar los inconvenientes ecológicos o sociales de sus proyectos; a veces este compromiso se ha plasmado en forma de un «aviso» incorporado a la declaración de utilidad pública, que el juez tiene en cuenta a la hora de aplicar la jurisprudencia *Ville Nouvelle Est*.
- 15 V. Cabe señalar, para terminar, que la teoría del análisis costes-beneficios se ha ampliado a otros ámbitos distintos de la expropiación: las excepciones a los planes urbanísticos (CE, As., 18 de jul. de 1973, *Ville de Limoges*, Rec. 530; RD publ. 1974.559, concl. Rougevin-Baville; D. 1975.49, nota Collignon; JCP 1973. II. 17575, nota Liet-Veaux; RD publ. 1974.259, nota M. Waline; AJ 1973.480, cr. Cabanes y Léger); la decisión del prefecto de hacer constar un proyecto de interés general en un plan de ocupación de suelos municipales (CE, Secc., 30 de oct. de 1992, *Ministre des affaires étrangères et Secrétaire d'État aux grands travaux c/ Association de sauvegarde du site Alma Champ de Mars*, Rec. 384; AJ 1992.821, concl. Lamy, nota Jegouzo); las servidumbres necesarias para la instalación de la una línea eléctrica (CE, As., 24 de ene. de 1975, *Gorlier y Bonifay*, Rec. 54; CJEG 1975.191, concl. Rougevin-Baville y nota Carron; AJ 1975.128, cr. Franc y Boyon); la aprobación de un plan de servidumbres aeronáuticas (CE 5 de mayo de 1993, *Association de défense des riverains de l'aéroport de Deauville-Saint-Gatien*, Rec. 1057); la creación de una zona de protección alrededor de un paraje declarado parque natural (CE, Secc., 8 de jul. de 1977, *Dame Rié et autres*; AJ 1977.620, cr. Nauwelaers y O. Dutheillet de Lamothe) –aunque no la declaración en sí del paraje, que está sujeta al control normal de la calificación jurídica de los hechos (CE, As., 12 de mayo de 1975, *Dame Ebri et autres*, Rec. 280; AJ 1975.314, concl. G. Guillaume) o la de un bosque de protección, que está sujeto a un control análogo (CE 22 de oct. de 2003, *Commune de Saint Étienne*, Rec. 982);

## ■ JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

Junto al concepto de error manifiesto de apreciación, establecido en 1961, y de la jurisprudencia sobre las directivas, adoptada en 1970, la teoría del análisis costes-beneficios se revela, pues, como uno de los instrumentos que el Consejo de Estado ha forjado en el período contemporáneo para reforzar su control sobre el poder discrecional de la Administración.

## **81. AUTORIZACIÓN DE DESPIDO DE REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. CONTROL DEL JUEZ DEL EXCESO DE PODER**

**Consejo de Estado As., 5 de mayo de 1976, *Société  
d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et  
ministre de l'agriculture c/ M. Bernette***

(Rec. 232; Dr. soc. 1976. 345, concl. Dondoux, nota Venezia;  
AJ 1976.304, cr. Nauwelaers y Fabius; D. 1976.563, nota Sinay;  
JCP 1976.II.18429, nota Machelon; Gaz. Pal. 1976.2 doct. 520 cr.  
Moderne; Dr. ouvr. 1976.425, cr. Cohen) \*

Considerando que a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de 16 de abr. de 1946 «cualquier despido de un delegado de personal titular o suplente, previsto por la dirección, deberá someterse obligatoriamente al consentimiento del comité de empresa. En caso de desacuerdo, el despido solo podrá realizarse mediante decisión del Inspector del Trabajo del que dependa el establecimiento»; que las mismas garantías se establecen en el artículo 22 del Decreto-Legislativo de 22 de febr. de 1945, modificado por el de 7 de ene. de 1959, para los miembros titulares o suplentes de los comités de empresa y a los antiguos miembros de estos comités durante los seis meses siguientes al vencimiento de su mandato; que el artículo 4 del Decreto de 7 de ene. de 1959 precisa que el Ministro de Trabajo puede anular o reformar la decisión del Inspector; que estas disposiciones legales y reglamentarias fueron finalmente ampliadas a los trabajadores por cuenta ajena de las profesiones agrícolas, entre los cuales figuran los agentes de las sociedades de ordenación territorial y de establecimiento rural, y las atribuciones que estas sociedades confieren a los inspectores y al Ministro de Trabajo, otorgadas, en lo que a estos trabajadores se refiere, a los inspectores de las leyes sociales en agricultura y al Ministro de Agricultura en virtud del Decreto de 7 de marzo de 1959 y de la Ley de 21 de dic. de 1971;

*Considerando que en virtud de estas disposiciones, los trabajadores a los que legalmente se han conferido tales funciones representativas gozan, en interés del conjunto de los trabajadores a los que representan, de una protección excepcional; que, cuando se contem-*

*pla el despido de uno de estos empleados, dicho despido no puede estar relacionado con las funciones representativas normalmente ejercidas ni con la afiliación sindical del empleado en cuestión; que, en el supuesto de que la solicitud de despido se base en un comportamiento doloso del empleado, corresponde al Inspector de Trabajo o al Inspector de las Leyes Sociales en Agricultura competente y, en su caso, al ministro correspondiente indagar, bajo supervisión del juez del exceso de poder, si los hechos imputados al trabajador son de una gravedad suficiente como para justificar su despido habida cuenta del conjunto de reglas aplicables al contrato de trabajo del interesado y de las exigencias propias de la ejecución normal del mandato del que está investido; que, por otra parte, para denegar la autorización solicitada, la autoridad administrativa está facultada para apoyarse en motivos de interés general en el marco de su poder de apreciación de la oportunidad, en el bien entendido, no obstante, de que no haga una injerencia excesiva en ninguno de los dos intereses en juego;*

Considerando que el señor Bernette, jefe del servicio departamental de Allier de la *Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne*, fue despedido el 26 de oct. de 1973 siendo delegado de personal y habiendo dejado de ser miembro del comité de empresa desde hacía menos de seis meses; que este despido, que no contaba con el consentimiento del comité de empresa, fue autorizado el 1 de oct. de 1973 mediante una decisión del Ministro de Agricultura anulando, previo recurso de alzada del empleador, la denegación decidida por el Inspector de las Leyes Sociales en Agricultura; que la decisión de autorización se basaba en que el señor Bernette habría cometido, en el ejercicio de su actividad profesional, faltas graves que justificaban su despido; que de la instrucción se desprende que las faltas imputadas al señor Bernette no revestían un carácter suficientemente grave para justificar la decisión del Ministro de Agricultura de autorizar su despido; que no procede que el ministro, para fundar legalmente su decisión, invoque la misión de servicio público de las sociedades de ordenación territorial y establecimiento rural;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que la *Société d'aménagement foncier et d'établissement rural* y el ministro de Agricultura carecen de base para sostener que el Tribunal Administrativo de Clermont-Ferrand anuló indebidamente la decisión que autorizaba el despido del señor Bernette;... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

1 I. Desde la «Liberación», el legislador había creado y reforzado un régimen de protección para los representantes de los trabajadores dentro de las empresas. El Decreto-Legislativo de 22 de febrero de 1945 establecía que el despido de un miembro de un comité de empresa estaría sujeto al acuerdo del comité y, en caso de desacuerdo, a la autorización del Inspector de Trabajo. Estaban previstas disposiciones análogas para los representantes de los trabajadores (Ley de 16 de abr. de 1946), los representantes sindicales en el comité de empresa (Ley de 18 de jun. de 1966), los delegados sindicales (Ley de 27 de dic. de 1968), los miembros de los comités de seguridad y salud. Esta materia en su conjunto está actualmente refundida en la Ley de Instituciones Representativas de los Trabajadores, de 28 de oct. de 1982, cuyas disposiciones han sido incorporadas al Código de Trabajo.

Una autoridad administrativa, el Inspector de Trabajo, interviene igualmente en los conflictos de derecho privado entre los empleadores y algunos de sus empleados. Su decisión puede recurrirse en alzada ante el Ministro de Trabajo. Naturalmente, estas decisiones están sujetas al control del juez administrativo. El alcance de este control fue el que sufrió un cambio profundo con la decisión *SAFER d'Auvergne contre Bernette*. El señor Bernette era delegado de personal en la *Société d'aménagement foncier et d'établissement rural* (SAFER) de Auvernia, después de haber sido miembro de su comité de empresa. Las SAFER son sociedades sin ánimo de lucro que tienen encomendada una misión de servicio público: «adquirir tierras o explotaciones agrícolas» y enajenarlas de nuevo una vez saneadas, a fin de «mejorar las estructuras agrarias, incrementar la superficie de ciertas explotaciones agrícolas y facilitar el cultivo de la tierra y la instalación de agricultores» (art. 15, Ley de 5 de ago. de 1960). El señor Bernette debía aplicar esta política en su calidad de Jefe de un servicio departamental de la SAFER de Auvernia y sus superiores le imputaban esencialmente que hubiera permitido que se realizara en su servicio una operación marcadamente deficitaria. La dirección entendía que este motivo, junto con algunas otras imputaciones más antiguas y menos serias, justificaba su despido; el comité de empresa denegó su consentimiento y el Inspector de las Leyes Sociales en Agricultura, su autorización; resolviendo en recurso de alzada, el Ministro de Agricultura dio satisfacción al empleador, pero su decisión fue anulada mediante sentencia del

Tribunal Administrativo de Clermont-Ferrand cuya sentencia fue confirmada en segunda instancia. El Consejo de Estado estimó efectivamente que las faltas imputadas al señor Bernette no eran suficientemente graves para justificar que se autorizase su despido.

Antes de llegar a dicha conclusión en este asunto, el Consejo de Estado formuló, en un considerando de principio, la teoría de la intervención de la autoridad administrativa y del control del juez del exceso de poder, en materia de protección de los representantes de los trabajadores:

– el despido «no debe estar relacionado con las funciones de representación normalmente ejercidas ni con la afiliación sindical del interesado», e incumbe evidentemente a la Administración garantizar dichos extremos, bajo control del juez;

- en caso de despido disciplinario, la Administración debe indagar si los hechos imputados al empleado son de una gravedad suficiente como para justificarlo, y el juez ejerce enteramente el control sobre esta cualificación;

- aun cuando las faltas cometidas por el interesado sean susceptibles de justificar el despido, la Administración puede denegar su autorización basándose en «motivos de interés general en el marco de su poder de apreciación de la oportunidad, en el bien entendido, no obstante, de que no se haga una injerencia excesiva en ninguno de los dos intereses en juego».

Estos dos últimos puntos suponen innovaciones importantes y dotan de interés a esta decisión.

- 2        **II.** Los textos que subordinaban el despido de los trabajadores protegidos a una autorización administrativa en caso de desacuerdo del comité de empresa no precisaban en qué casos y en qué circunstancias el despido resultaba procedente y podía concederse la autorización. Esta es la razón por la que, en un primer tiempo, el Consejo de Estado consideró, a pesar de las conclusiones en contrario del Comisario del Gobierno Guionin, que la apreciación de los hechos era, en esta materia, una cuestión de pura oportunidad, por lo que escapaba al control del juez (CE, Secc., 12 de nov. de 1949, *Société nancéienne d'alimentation*, Rec. 483; JCP 1950.II.5909, concl. Guionin, nota B. H.). Seguidamente, aceptó introducir en este control el del error de apreciación manifiesto, en consonancia con su jurisprudencia general (por ej., 10 de jun.

de 1966, *Ministre du travail c/ Bisson*, Rec. 387). Por otra parte, había fallado que incluso en el caso de que el empleado hubiera cometido una falta grave y de que su despido no guardara relación alguna con su mandato electivo, el ministro podía denegar la autorización por «motivos de interés general» cuya apreciación «no es susceptible de ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa» (As., 29 de marzo de 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, Rec. 215, concl. Vught; AJ 1968. 335, cr. Massot y Dewost).

- 3 Este control tan restrictivo había incitado a la sala de lo social del Tribunal de Casación a admitir la posibilidad de que el empleador acudiera directamente a los tribunales ordinarios para que se pronunciaran sobre la resolución del contrato de trabajo de un empleado protegido, sin pedir la autorización prevista en la normativa e incluso en los casos en que dicha autorización fuera denegada (cinco sentencias de 21 de febr. de 1952, Bull. civ. III, 104-107). Pero después de 20 años de controversias, el Tribunal de Casación abandonó la fórmula de la resolución judicial del contrato de trabajo en dos fallos, actualmente denominados «sentencias *Perrier*» debido a que afectaban a empleados de la sociedad que comercializa el agua mineral Perrier (21 de jun. de 1974, *Castagné et autres c/ Epry*, D. 1974.593 y JCP 1974.II.17801, concl. Touffait). Según la primera de estas sentencias, «las disposiciones legales, que someten al consentimiento previo del comité de empresa o a la decisión conforme del Inspector de Trabajo el despido de empleados legalmente investidos de funciones representativas, han instituido, en beneficio de dichos trabajadores, y en interés del conjunto de los trabajadores a los que representan, una protección excepcional y exorbitante del derecho común que prohíbe al empleador perseguir por otros medios la resolución del contrato de trabajo».

El Consejo de Estado se inspiró en esta fórmula para dictar su sentencia *SAFER d'Auvergne c/ Bernette*, que es la continuación directa, si no consecuencia, de las sentencias *Perrier*. En efecto, desde el momento en que los tribunales ordinarios renunciaron a ejercer su control sobre el despido de trabajadores protegidos, excluyendo la posibilidad de la resolución judicial del contrato de trabajo, se planteaba nuevamente el problema del control por los tribunales administrativos de las decisiones del Inspector de Trabajo.

- 4 Tras recordar esta «renuncia» del juez ordinario, el Comisario del Gobierno expuso las modalidades conforme a las cuales debía reforzarse el control del juez administrativo en dos niveles. En lo que con-

cierne a los hechos justificativos del despido, el control del juez administrativo debía ejercerse sobre su calificación jurídica, ya sea que la medida estuviera fundada en faltas cometidas por el empleado o en motivos económicos relacionados con la situación de la empresa. En este punto el Consejo de Estado siguió las conclusiones del Comisario del Gobierno. Pero incluso en caso de despido procedente, la Administración puede denegar su autorización por motivos «de interés general», pudiendo éstos obedecer, por ejemplo, a una voluntad de apaciguamiento social y de preocupación por no dejar que se desarrolle en una empresa un clima de represión, por lo que el Comisario del Gobierno propuso igualmente al Consejo de Estado ampliar su control a estos motivos. Fue seguido en este principio pero con modalidades diferentes de las avanzadas por el Comisario del Gobierno, que efectivamente había señalado su preferencia por una solución análoga a la que había elegido en materia de denegación de una licencia a una película y que se basa en la búsqueda de una conciliación de los intereses generales con las libertades públicas en cuestión (CE, As., 24 de ene. de 1975, *Ministre de l'information c/ société Rome-Paris Films*, Rec. 57; v. n.º 75.7); el Consejo de Estado se inspiró más bien en la teoría del análisis costes-beneficios que había adoptado para aumentar su control sobre las operaciones de expropiación (As. 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est*\*): la Administración tiene discreción para decidir «en el bien entendido, no obstante, de que no haya una injerencia excesiva en ninguno de los dos intereses en juego»; se trata no tanto de conciliar los intereses como de sopesarlos, con un margen de discreción, ejerciéndose el control sólo sobre lo que es excesivo y anormal; se trata pues de una nueva aplicación del que se denominó «principio de proporcionalidad».

III. La jurisprudencia *Bernette* ha sido aplicada, precisada y desarrollada en una serie de decisiones.

A. Tratándose del despido por falta, el Consejo de Estado se ha visto obligado, no sólo a precisar los conceptos de falta de gravedad suficiente y de motivos de interés general susceptibles de justificar la denegación de autorización, sino también a ejercer su control de legalidad sobre elementos que no estaban contemplados en origen.

1.º) En cuanto al concepto de falta de gravedad suficiente, es posible distinguir, como sugiere la redacción de la sentencia *Bernette*,

la falta en el cumplimiento del contrato de trabajo y la relacionada con el ejercicio del mandato representativo.

5 a) Se ha considerado que constituían una falta en la ejecución del contrato de trabajo de suficiente gravedad para justificar legalmente la autorización del despido: las injurias públicas graves dirigidas por un delegado sindical a un jefe de fabricación y al delegado general de la empresa (CE 23 de nov. de 1977, *Société Gallice*, Rec. 499); una descortesía hacia el empleador (CE 19 de oct. de 1988, *Société d'exploitation des magasins utilitaires Monoprix*, Rec. 351; LQJ 2-4 mayo 1989, nota *Moderne*) o hacia un tercero (CE 7 de dic. de 1990, *Centre d'aide par le travail Chanteclerc*, Rec 355; AJ 1991.120, cr. Honorat y Schwartz); hechos repetidos constitutivos de acoso sexual (CE 15 de oct. de 2014, *Société Gefco*, Rec. 829) o incluso un acto de violencia deliberado contra un trabajador (CE 27 de marzo de 2015 *Gonçalves*, req. n° 368855). Por el contrario, no revisten gravedad suficiente los retrasos o ausencias irregulares (CE 6 de marzo de 1987, *Société «Les terreaux de France»*, Rec. 977; AJ 1987.613, obs. Prétot), las negligencias cometidas en la verificación de aparatos (CE 26 de mayo de 1989, SA de télécommunications, LQJ 27 de ene. de 1990, nota *Moderne*) o un acto de descortesía aislado y de alcance irrisorio (CE 11 de febr. de 1998, SA des Monoprix, Rec. 53). La oposición del trabajador protegido a un *cambio en sus condiciones de trabajo* es objeto de una jurisprudencia matizada. Si bien, en principio, tal oposición es considerada falta, no por ello el empleador está exento de solicitar la autorización de despido al Inspector de Trabajo. En este caso, la autoridad administrativa debe, después de haberse asegurado de que la medida contemplada no constituye en realidad una *modificación* del contrato de trabajo del interesado, apreciar si la oposición del trabajador constituye una falta de gravedad suficiente para justificar la autorización solicitada (CE 7 de dic. de 2009, *Société Autogrill Côte France*, Rec. 979, Dr. soc. 2010.306, concl. Struillou).

6 b) La gravedad de las faltas ligadas al ejercicio del mandato de trabajador protegido es objeto de una apreciación que es función del peso de las circunstancias.

Cuando un delegado sindical participa activamente en la distribución de panfletos durante una manifestación organizada delante del domicilio social de su empresa, conteniendo estos documentos imputaciones graves e injuriosas contra su gerente, así como afirmaciones

dirigidas a denigrar a esta empresa frente a sus clientes, este comportamiento, que no puede considerarse como propio del «ejercicio normal» de sus funciones representativas, es constitutivo de una falta suficientemente grave como para justificar su despido (CE 17 de jun. de 1979, *SARL Soviali*, Rec. 905). Tampoco puede considerarse dentro del ejercicio normal de las funciones de delegado de personal la parada, en el transcurso de un conflicto colectivo, de un equipo que funcionaba gracias a empleados que no habían secundado la huelga (CE 1 de abr. de 1992, *Moreau*, Rec. 148; Dr. soc. 1992.689, concl. Kessler; AJ 1992.338, cr. Maugüé et Schwartz; Dr. soc. 1993.51, com. M. Ray). La solución inversa prevaleció en el caso de un trabajador protegido «que desempeñó una función de moderador» durante un conflicto social, contribuyendo con su participación en las discusiones con el director retenido en su oficina, a que estos sucesos no «degeneraran en actos de violencia o de saqueo» (CE 17 de jun. de 1979, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, Rec. 289; D. 1980.337, nota Jeammaud). Tampoco fue considerada como constitutiva de falta de suficiente gravedad la participación de un trabajador protegido en un piquete de huelga que no coartaba realmente la libertad de trabajo del personal no huelguista (CE 2 de febr. de 1996, *Société Établissements Crocquet*, Rec. 26). El hecho de que el interesado utilice el crédito horario, del que dispone para ejercer sus funciones de representación, para dedicarse a actividades no relacionadas con su mandato representativo no constituye un incumplimiento grave (CE 22 de febr. de 1989, *Société Aliments Piéto*, Rec. 966; LQJ 6 de jun. de 1989, nota Moderne). La solución es diferente para un simple exceso en las horas de delegación (CE 26 de mayo de 1989, *SA de télécommunications*, citada *supra* n.º 82.5). Si bien una descortesía con respecto a otros trabajadores se considera una falta de suficiente gravedad (CE 25 de abr. de 1984, *Le Goff*, Rec. 762; LPA 16 de jul. de 1984, nota Moderne), no sucede lo mismo con anomalías de importancia menor en la gestión de las cuentas del comité de empresa no constitutivas de malversación de fondos (CE 12 de jul. de 1989, *Société «Contrôle Mesure Régulation»*, LQJ 27 de ene. de 1990, nota Moderne). Una acción del trabajador protegido realizada al margen de la ejecución de su contrato de trabajo no puede motivar un despido por falta, salvo que resulte en un incumplimiento por el interesado de una obligación dimanante de dicho contrato. Así, el hecho de que un trabajador contratado como chófer cometa, *en el marco de su vida privada*, una infracción susceptible de

entrañar la retirada del permiso de conducir, no puede considerarse como un incumplimiento por el interesado de sus obligaciones contractuales frente al empleador (CE 15 de dic. de 2010, *Renault*, Rec. 508). Tampoco constituye un tal incumplimiento el hecho de que el trabajador aporte un documento falso en el que figuren los datos legales de la empresa, *en el marco de un pleito de orden privado* con la comunidad de propietarios de su inmueble (CE 5 de dic. de 2011, *Société A. O. N. conseil et courtage*, Rec. 1182).

7

c) Aun cuando se constate una falta de suficiente gravedad, la Administración puede denegar la autorización de despido por motivos de interés general, en el bien entendido, no obstante, de que no se haga una injerencia excesiva en ninguno de los intereses en juego. El control del juez administrativo se ejerce sobre cada una de estas dos apreciaciones. Los motivos de interés general susceptibles de ser invocados están a menudo relacionados con la preocupación por preservar la paz social y evitar trastornos importantes en el orden público. Después de algunas dudas, el Consejo de Estado admitió que se tuviera en cuenta la preocupación por mantener una presencia sindical en el seno de la empresa (CE 9 de oct. de 1987, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Société Corning France*, Rec. 308; AJ 1987.729, cr. Azibert y de Boisdeffre; JCP 1988.II.20964, nota Moderne), o incluso de un establecimiento de una empresa (CE Sec. 11 de febr. de 2005, *Marcel*, Rec. 56, concl. Olléon, AJ 2005.656, cr. Landais y Lenica). Por el contrario, no procede que la Administración invoque su interés en que se ponga fin a una huelga que se había organizado con la única finalidad de protestar contra una sentencia mediante la cual se anulaban denegaciones anteriores de autorización de despidos, habiendo estimado el Consejo de Estado que en tal caso se produciría una vulneración de la cosa juzgada (CE 25 de febr. de 1987, *Ministre du travail c/ Société Carnaud emballage*, Rec. 75; JCP 1987. II.20848, nota Moderne). La apreciación del carácter excesivo, o no, de la injerencia en los intereses en juego depende también de las circunstancias. Se consideró ilegal la denegación del despido de tres trabajadores protegidos de la empresa de automóviles Citroën que habían cometido personal y activamente unas vías de hecho en los centros de trabajo (CE 9 de oct. de 1987, *Ghazi*, Rec. 309; AJ 1987.729, cr. Azibert y de Boisdeffre). Posteriormente, el Consejo de Estado llegó incluso a estimar que tales hechos eran constitutivos de una ofensa al honor susceptible de impedir la aplicación de una ley de amnistía

(CE, Secc., 6 de ene. de 1989, *Société automobiles Citroën*, Rec. 5). En sentido inverso, no se consideró como injerencia excesiva en los intereses de la empresa la denegación del despido por motivos de interés general en el supuesto de que los trabajadores protegidos hubieran, en el exterior de la empresa, cometido atentados contra los bienes (CE 9 de oct. 1987, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Société Corning France*, citado *ut supra*).

2.º) El control efectuado por el juez administrativo no se limita a la apreciación de la falta alegada y de sus implicaciones. Es susceptible de tomar en consideración otros elementos.

8 a) Además de la calificación jurídica de los hechos, el juez administrativo controla si, al pronunciarse sobre una solicitud de autorización, la Administración cometió un error de Derecho (CE, As., 3 de marzo de 1978, *Soubourou*, Rec. 114; Dr. soc. 1978.51, concl. Dondoux; D. 1978.610, nota Jeammaud). Con motivo de un despido fundado en la negativa del interesado a aceptar un cambio de atribución, el Consejo de Estado falló que tal cambio era efectivamente consecuencia de una medida general de reorganización que debería haberse sometido al comité de empresa y consideró que, al estimar el Inspector de Trabajo que tal consulta no era legalmente vinculante y autorizar el despido, había cometido un error de Derecho. Más generalmente, se ha tenido en cuenta el conjunto de normas aplicables al contrato de trabajo (CE 1 de abr. de 1992, *Moreau*, citada *ut supra* n.º 82.6).

9 b) El control puede versar directamente sobre la regularidad del procedimiento de autorización del despido. La empresa que presenta una solicitud en este sentido debe poner al Inspector de Trabajo en situación de poder apreciar la gravedad de los hechos imputados al interesado, habida cuenta de las exigencias propias del mandato del trabajador protegido (CE 22 de jul. de 1992, *Cirelli*; Dr. soc. 1993.49, concl. de Froment). La indagación que debe realizar el Inspector de Trabajo implica que el trabajador tenga conocimiento del conjunto de los documentos presentados por el empleador con arreglo a modalidades que garanticen, si fuera necesario, los derechos de terceros (CE, Secc., 24 de nov. de 2006, *Mme Rodríguez*, Rec. 481; Dr. soc. 2007.25, concl. Struillou; LPA 7 de jun. de 2007, nota Reneaud). El juez controlará si se han realizado las consultas legalmente requeridas (CE, Secc., 18 de mayo de 1979, *Société Thomson Medical Telco*, Rec. 217;

AJ 1979, n.º 7 y 8.27, cr. O. Dutheillet de Lamothe y Robineau; Gaz. Pal. 1980.1.59, nota Moderne). De este modo, la irregularidad de la consulta del comité de empresa en el marco de una autorización de despido viciará de ilegalidad la autorización dada por el Inspector de Trabajo (CE 3 de oct. de 2008, *UPC France*, Dr. ouvr. 2009.95, concl. Struillou). El control abarca a la regularidad de un procedimiento disciplinario definido por un convenio o acuerdo colectivo de trabajo (CE 21 de mayo de 2008, *Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement c/ Rahir*, Rec. 183; Dr. soc. 2008.851, concl. Struillou).

- 10 c) Por último, el Consejo de Estado tuvo que precisar cómo se articulan los poderes respectivos del Inspector de Trabajo y del Ministro. Dictaminó que, en el caso de que el inspector rechazara la autorización del despido, la decisión así tomada, que ha generado derechos a favor del trabajador interesado, sólo puede ser anulada o corregida por el ministro por motivos de legalidad, habida cuenta de las circunstancias de hecho y de derecho existentes a la fecha en que se pronunció el Inspector de Trabajo (CE, Secc., 6 de jul. de 1990, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Mattei*, Rec. 205; AJ 1991.230, nota Belloubet-Frier; D 1991.SC.147, obs. Frossard). La autoridad administrativa competente «*debe tener en cuenta el conjunto de mandatos ostentados por el trabajador*» (CE 27 de marzo de 2015, *Société Établissements Cuny*, req. n.º 366166).

B. La jurisprudencia *Bernette* ha registrado igualmente una ampliación con respecto a su ámbito de aplicación inicial.

- 11 1.º) En un primer momento, el Consejo de Estado amplió los principios de la sentencia *Bernette* a la autorización para despedir a trabajadores protegidos por motivos económicos. Tal autorización está igualmente condicionada por dos requisitos acumulativos: el despido debe estar desprovisto de cualquier relación con las funciones de representación normalmente ejercidas o con la afiliación sindical (*cf.* por ejemplo, CE 29 marzo 1989, *Société Pradeau et Morin*, Rec. 100; LQJ 29 jun. 1989, nota Moderne); y, además, debe estar justificado por la situación de la empresa. En este caso «corresponderá al Inspector de Trabajo y, en su defecto, al ministro, investigar, bajo el control del juez del exceso de poder, si la situación de la empresa justifica el despido del trabajador, teniendo en cuenta sobre todo las necesidades de reducciones de plantilla previstas y la posibilidad de reasignar al trabajador

a otro puesto en la empresa» (CE, Secc., 18 de febr. de 1977, *Abellan*, Rec. 97; Dr. soc. 1977.166, concl. Dondoux; AJ 1977.248, cr. Nauwe-laers y Fabius; Dr. ouvr. 1977 concl., nota Cohen; Gaz. Pal. 1977.2.509, nota Moderne).

En dicha investigación del motivo real del despido, el juez concederá una importancia muy especial al problema de la reasignación del interesado. Así, en el caso *Abellan*, el Consejo de Estado anuló la autorización basándose sobre todo en el hecho de que una oferta de reasignación hecha al interesado se hubiera ulteriormente retirado sin que hubiera elementos nuevos que lo justificaran. En tales condiciones, el juez estimó que «el proyecto de despido estaba relacionado con el ejercicio de su mandato».

El Consejo de Estado precisó posteriormente que las disposiciones del reglamento interno de la empresa fijando el orden de los despidos por motivos económicos eran aplicables a los trabajadores protegidos (CE 20 de dic. de 1985, *Société Bostik*, Rec. 794; Dr. soc. 1986.467, concl. Delon).

Incluso en el caso de que la empresa esté siendo objeto de un procedimiento de liquidación judicial, debe investigarse la posibilidad de reasignación del trabajador protegido (CE 30 de oct. de 1995 *Soret*, Rec. 1064; LPA 1995, n.º 150, concl. Arrighi de Casanova). En el caso de una sociedad perteneciente a un grupo, la obligación de reasignación se amplía a las empresas de este grupo, aun cuando tengan su domicilio social fuera de Francia (CE 4 de febr. de 2004, *Société Owens Corning Fiberglass France*, Rec. 25).

12 2.º) Por lo demás, el juez administrativo ha admitido que la protección de que gozan los representantes de los trabajadores puede ampliarse aplicando cláusulas de convenios colectivos más favorables que las disposiciones del Código de Trabajo (CE, As., 30 de oct. de 1980, *Ministre du travail et Consortium viticole et vinicole de Bourgogne*, Rec. 404; Dr. soc. 1981. 158, concl. M. A. Latournerie; AJ 1980.643, cr. Feffer y Pinault).

Asimismo, la protección de que gozan los representantes de los trabajadores subsiste durante un período de suspensión del contrato de trabajo provocada por una situación de desempleo parcial de los mismos (CE 13 de nov. de 1987, *Fonderies et aciéries électriques de Feurs*, Rec. 369; Dr. soc. 1988.120, concl. Robineau; JCP 1988. II.21013, nota Moderne). No se ve afectada por la circunstancia de que el interesado acepte beneficiarse de un convenio de conversión (CE 3

de mayo de 1993, *Di Chiaro*, Rec 1067; AJ 1993.828 nota Prétot). Asimismo, la protección se mantiene durante un nuevo período de seis meses a partir de la reintegración en la empresa del trabajador protegido cuyo mandato hubiera expirado (CE 13 de mayo de 1992, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle et Association «Ateliers de la Couronnerie» c/ Bourrelier*, Rec. 200; Dr. soc. 1992.693, concl. de Froment).

- 13** 3.º) Al reexaminar una jurisprudencia anterior contraria, el Consejo de Estado transpuso los principios de la sentencia *Bernette* al despido de médicos de empresa. Así, cuando se contemple el despido de uno de estos médicos, la Administración deberá asegurarse, bajo control del juez del exceso de poder, de que «no guarde relación alguna con el ejercicio normal por el interesado de sus funciones de médico de empresa» (CE 5 de febr. de 1988, *Boutillon*, Rec. 44; Dr. soc. 1988.449, concl. Robineau; JCP 1988.II.21151, nota Moderne).
- 14** 4.º) Los principios de la jurisprudencia *Bernette* son aplicables al caso en que, como sucedió en France Télécom, un funcionario se halle investido de un mandato representativo que ejerce, en virtud de la ley, en interés tanto de agentes de derecho público como de trabajadores de derecho privado (CE 24 de febr. de 2011, *Laupretre*, Rec. 61, concl. Botteghi).
- 15** 5.º) En muchos supuestos donde el despido del trabajador protegido se basa en una consideración que a primera vista parece objetiva, el Consejo de Estado aplica, mediante adaptaciones más o menos importantes, los principios sentados por la sentencia *Bernette*. Ya se trate de un despido por finalización de obra (CE, Secc., 11 de febr. de 1983, *Société générale d'entreprises pour les travaux publics*, Rec. 142; Dr. soc. 1983.623, concl. Stirn), por cese de actividad de la empresa (CE 8 de abr. de 2013, *Schintu*, AJ 2013.769), por incapacidad física del interesado (CE 20 de nov. de 2013, *Mme Capbern*, Rec. 298; RJS febr. 2014.71, nota Struillou; Dr. soc. 2014.25, concl. Dumortier y 129, nota Mouly) o por cumplir la edad límite prevista en el convenio colectivo (CE 26 de oct. de 2011, *Société Total*, Rec. 1180), la Administración deberá asegurarse tanto de la regularidad del procedimiento seguido (CE 7 de oct. de 2009, *Halimi*, Rec. 572; Dr. soc. 2010.168, concl. Struillou) como de la realidad del motivo alegado por el empleador para justificar la medida, así como de que la misma no esté ligada al ejercicio normal del mandato representativo o sindical. En caso de que el despido esté motivado por ausencias repe-

tidas debido a enfermedad, la autorización solo podrá concederse cuando «las ausencias del interesado son de una importancia suficiente» para justificarla «habida cuenta del conjunto de normas aplicables al contrato de trabajo y de las condiciones de funcionamiento de la empresa» (CE 6 de marzo de 1987, «*Les terreaux de France*», citada *ut supra* n.º 82. 5). Incluso en el caso de despido de un trabajador protegido por falta de los títulos profesionales que motivaron su contratación, la Administración debe verificar la realidad del fraude alegado por el empleador (CE 18 de nov. de 1988, *Asociation laïque pour l'éducation et la formation professionnelle des adolescents*, Rec. 411; LQJ 30 de mayo de 1989, nota Moderne).

Se imponen exigencias particulares en los casos en los que el empleador alegue «*pérdida de confianza*» en el trabajador protegido. Ésta nunca constituirá por sí misma un motivo susceptible de fundamentar una autorización de despido. En tales casos, la Administración deberá comprobar, bajo control del juez, si los elementos vinculados al comportamiento del interesado, sin caracterizar la existencia de una falta, pero que hacen imposible según el empleador la continuación del contrato de trabajo, presentan un carácter objetivo y si, debido al elevado nivel de las responsabilidades ejercidas por el trabajador, pueden, habida cuenta del conjunto de normas aplicables al contrato de trabajo y teniendo en cuenta las injerencias susceptibles de producirse en el funcionamiento de la empresa, justificar legalmente la concesión de una autorización de despido (CE, Secc., 21 de dic. de 2001, *Baumgarth*, Rec. 669; CJEG 2002.370, concl. Prada-Bordenave).

**16** 6.º) Cuando adolece de ilegalidad, la autorización para despedir a un trabajador protegido constituye una falta susceptible de hacer incurrir en responsabilidad al poder público, sea cual sea la responsabilidad en la que pudiera haber incurrido el empleador frente al trabajador (CE, Secc., 9 de jun. de 1995, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ Lesprit*, Rec. 239; AJ 1995.745, concl. Arrighi de Casanova).

**17** C. Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 31 de dic. de 1987 el Consejo de Estado, mediante fallos de Sección de 11 de jun. de 1999, siguiendo las conclusiones del Comisario del Gobierno Bachelier (Rec. 1999 p. 180 y RFDA 2000.1332), precisó el control que ejerce en la materia en calidad de juez de casación. Le incumbe verificar, en cuanto a la cualificación jurídica, que los hechos imputados al trabajador protegido sean de suficiente gravedad como para jus-

tificar el despido (Sec 11 de jun. de 1999, *Mme Chicard*, Rec 198; AJ 1999.840, cr. Fombeur y Guyomar). Se ha adoptado un control de la misma naturaleza con respecto a la realidad del motivo económico alegado por el empleador que llevó a la amortización del puesto de trabajo ocupado por el trabajador protegido (Secc. 11 de jun. de 1999, *M. Prouvost*, Rec. 179).

- 18** D. A tenor de lo dispuesto en la Ley n° 2000-597, de 30 de jun. de 2000, relativa al procedimiento de urgencia ante las jurisdicciones administrativas (*cf.* nuestras obs. a CE, Secc., 18 de ene. de 2001, *Commune de Venelles\**), el Consejo de Estado ha estimado que una decisión de denegación de la autorización para despedir a un trabajador protegido, debido a hechos de acoso moral, era susceptible de vulnerar una libertad fundamental y de permitir la aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa sobre el procedimiento de urgencia referente a la libertad (CE 4 de oct. de 2004, *Société Mona Lisa investissements*, Rec. 362; AJ 2004.2457, nota Favier; JCP Adm. 2004.1480 y JCP E 2004.1863, nota Waquet).

- 19** IV. Este conjunto de decisiones constituye una excelente ilustración del concepto de «política jurisprudencial». En un mismo movimiento, el Consejo de Estado reforzó su control jurisdiccional sobre una potestad que anteriormente se consideraba discrecional y amplió el ámbito de aplicación del derecho público sobre las relaciones entre empleadores y trabajadores. Esta jurisprudencia ha llevado la acción del juez administrativo al corazón mismo de la empresa, a las tensiones entre patronos y empleados y a la situación económica y social.

## **82. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. DERECHO A UNA VIDA FAMILIAR NORMAL**

**Consejo de Estado As., 8 de diciembre de 1978,  
*Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés  
(GISTI), CFDT et CGT***

(Rec. 493; Dr. soc. 1979.57, concl. Dondoux; AJ 1979(3)38, cr. O. Dutheillet de Lamothe y Robineau; D 1979.661, nota L. Hamon; D. 1979.IR.94, obs. P. Delvolvé; Dr. ouvr. 1979.1, nota Bonnechère; AJ 2014.95, nota Fournier)

Considerando que las demandas del GISTI (Grupo de Información y de Apoyo a los Trabajadores Inmigrantes), de la CFDT (Confederación Francesa Democrática del Trabajo) y de la CGT (Confederación General del Trabajo) van dirigidas contra el Decreto de 10 de nov. de 1977; que procede unificarlas para que sean objeto de una misma decisión;

*Sobre la admisibilidad de las demandas:*

Considerando que la defensa de los intereses materiales y morales de los trabajadores extranjeros responde al objeto de la Asociación y de las organizaciones sindicales demandantes; que el Ministro de Trabajo y Participación no tiene razón al sostener que los demandantes no justifican un interés suficiente para solicitar la anulación del decreto impugnado;

*Sobre la legalidad del decreto impugnado:*

*Sin que sea necesario entrar a examinar el resto de los motivos de las demandas:*

Considerando que el Decreto de 29 de abr. de 1976, relativo a las condiciones de entrada y de residencia en Francia de los miembros de las familias de extranjeros con permiso de residencia en Francia, determina de forma limitativa y sin perjuicio de los compromisos internacionales de Francia, los motivos por los que puede denegarse la entrada en territorio francés o la concesión de un permiso de residencia al

cónyuge y a los hijos menores de 18 años de un extranjero con permiso de residencia con el que pretenden convivir; que el decreto impugnado de 10 de nov. de 1977 suspende, durante un período de tres años, las admisiones en Francia contempladas por estas disposiciones, pero precisa que las disposiciones del Decreto de 29 de abr. de 1976 seguirán siendo aplicables a los miembros de la familia que soliciten su acceso al mercado de trabajo; que el decreto impugnado tiene, por tanto, por efecto prohibir la entrada al territorio francés a los miembros de la familia de los extranjeros titulares de permisos de residencia, a menos que los mismos renuncien a ocupar un empleo;

*Considerando que resulta de los principios generales del Derecho y, en concreto, del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946 al cual se remite la Constitución de 4 de octubre de 1958, que los extranjeros que residen legalmente en Francia tienen, al igual que los nacionales, el derecho a llevar una vida familiar normal; que este derecho conlleva, en particular, la facultad, de dichos extranjeros de volver a reunirse en su país de residencia con su cónyuge y sus hijos menores de edad; que, si bien corresponde al gobierno, bajo el control del juez del exceso de poder, y sin perjuicio de los compromisos internacionales de Francia, definir las condiciones de ejercicio de este derecho a fin de conciliar el principio con las necesidades derivadas del orden público y de la protección social de los extranjeros y de sus familias, dicho gobierno no puede prohibir con una medida general que ocupen un puesto de trabajo los miembros de las familias de los residentes extranjeros; que el decreto impugnado es, por tanto, ilegal y debe en consecuencia ser anulado;... (Anulación).*

## OBSERVACIONES

- 1 El gobierno había instituido, mediante el Decreto de 29 de abr. de 1976, una reglamentación liberal de residencia en Francia de los miembros de la familia inmediata de los trabajadores extranjeros legalmente autorizados para residir en Francia, a los que no se podía denegar la entrada al territorio francés o la concesión de un permiso de residencia, salvo por unos motivos estrictamente tasados, entre los cuales figuraba la duración de la residencia en Francia del cabeza de familia, la inexistencia de recursos suficientes, las condiciones de vivienda y

las necesidades de orden público. Las familias de los inmigrantes gozaban así de un auténtico derecho de residencia. Ahora bien, dieciocho meses más tarde, por motivos fundados en la situación del empleo, un Decreto de 10 de nov. de 1977 suspendió por un periodo de tres años la aplicación del Decreto de 1976, salvo en el caso de los miembros de la familia de los extranjeros residentes en Francia que no solicitaran su acceso al mercado laboral.

Este decreto que tenía, pues, por efecto prohibir la llegada a Francia de los miembros de la familia de un extranjero titular de un permiso de residencia, a menos que renunciaran a ocupar un puesto de trabajo, fue impugnado por el Grupo de Información y Apoyo a los Trabajadores Inmigrantes (GISTI), que posteriormente se convertirá en el Grupo de Información y de Apoyo a los Inmigrantes, al igual que por la CFDT y la CGT. Los recurrentes alegaban, en particular, como motivo para impugnar el decreto, la violación de uno de los principios proclamados por el Preámbulo de la Constitución de 1946 en su décimo párrafo, según el cual: «La nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo».

I. Por consiguiente, el Consejo de Estado se vio en la necesidad de indagar, por retomar la expresión del Comisario del Gobierno Dondoux, «si del conjunto del derecho público y, en particular, del Preámbulo de la Constitución de 1946 podía inferirse un principio general que suponía el reconocimiento del derecho a una vida familiar normal y que incluía, entre otros, el derecho a la reagrupación familiar y si este principio había sido vulnerado por el decreto impugnado».

2.
  1. Sobre la existencia de un principio general del Derecho que entrañaba el reconocimiento del derecho a una vida familiar normal, el Comisario del Gobierno no albergaba duda alguna. En efecto, estimaba que, en el Preámbulo de la Constitución de 1946, se proclamaba un mínimo de derechos con respecto a la familia y se instaba al Consejo de Estado a admitir que «en virtud del Preámbulo existe un principio que está relacionado con la existencia misma de la familia y que reconoce a todo individuo el derecho a llevar, en especial, mediante la creación de una familia y conviviendo con ella, una existencia y una vida familiar normales». El señor Dondoux señalaba, además, que este principio general del Derecho podía igualmente deducirse de otras disposiciones escritas: de un lado, de ciertos convenios internacionales suscri-

tos por Francia, como la Carta Social Europea, por ejemplo, que reconocen el derecho a la reagrupación familiar, y, de otro, del conjunto de la legislación francesa relativa a la familia, contenido esencialmente en el Código Civil y en el Código de la Familia, que se esfuerza por proteger y garantizar el desarrollo de la familia y de la ayuda social.

Por último, ponía de manifiesto que dicho principio general del Derecho no puede circunscribirse exclusivamente a los nacionales franceses: «En su esencia, el Preámbulo tiene un alcance mucho más amplio. Fiel a la tradición que llevó en su tiempo a declarar solemnemente los Derechos Humanos y no solamente los de los ciudadanos, proclama principios que, en cuanto a sus beneficiarios, trascienden en general el marco de nuestras fronteras». Sumándose a las opiniones de su comisario, el Consejo de Estado admitió la existencia «tanto para los extranjeros que residen legalmente en Francia, como para los nacionales», del derecho a «llevar una vida familiar normal». Y dedujo este principio «de los principios generales del Derecho y, en concreto, del Preámbulo de la Constitución de 1946 al cual se remite la Constitución de 1958».

Este enfoque jurídico puede parecer nuevo; en efecto, hasta entonces el juez administrativo se había limitado a afirmar la existencia de un principio general del Derecho, independientemente de que el mismo estuviera vinculado con una norma escrita: había afirmado, por ejemplo, que «la facultad que se reconoce a los jueces de pronunciar medidas conminatorias con vistas a la ejecución tanto de sus decisiones como de las medidas que las anteceden tiene el carácter de un principio general del Derecho» (CE, As., 10 de mayo de 1974, *Barre et Honnet*, Rec. 276; v. n.º 61.7), o incluso que el «principio general de la publicidad de las deliberaciones judiciales impone que éstas se desarrollen en un lugar abierto al público» (CE 16 de ene. de 1976, *Dreyfus*, Rec. 46). En la decisión *GISTI*, el Consejo de Estado, al referirse a los «principios generales del Derecho», parece haber admitido expresamente la existencia de un cuerpo autónomo de normas superiores, de las que de alguna manera el juez extrae un principio general de carácter particular. Ahora bien, este principio puede hallar un apoyo en disposiciones escritas, como, en este caso, en el Preámbulo de la Constitución de 1946. Pero estas disposiciones escritas sólo representan un apoyo a la expresión de principios generales cuya existencia es incluso anterior al derecho escrito. El contenido del principio afirmado por la decisión *GISTI* refleja esta autonomía de los principios generales del

Derecho. La actuación del juez administrativo es, por tanto, original con respecto a la del Consejo Constitucional que, en el marco del control de constitucionalidad de las leyes, vela por que el legislador respete el párrafo décimo del Preámbulo de la Constitución de 1946, al que se remite el Preámbulo de la Constitución de 1958 (decisión n.º 93-325 DC, 13 de ago. de 1993, Rec. 224; RFDC 1995.583, nota Favoreu; RFDA 1993.871 nota Genevois, GDCC, n.º 32, que consagra el derecho constitucional a una vida familiar normal). En realidad, en su decisión, el Consejo de Estado no retomó la expresión «desarrollo de la familia» contenida en el Preámbulo de la Constitución de 1946 ni tampoco la de «reagrupación familiar», que figura en ciertos convenios internacionales, sino que consagró de manera pretoriana la existencia de un derecho más amplio, el de «llevar una vida familiar normal que conlleva, *en particular*, la facultad, para los extranjeros, de hacer venir a vivir con ellos a sus cónyuges y a sus hijos menores de edad». De este modo, el principio general del Derecho reconocido por el Consejo de Estado va más allá del derecho a la unidad y a la reagrupación familiar. Conlleva otros aspectos, sobre los cuales la decisión guarda silencio, pero entre los cuales podría citarse el derecho de la familia a las condiciones materiales elementales necesarias para su desarrollo.

- 3           2. Una vez afirmado este principio, convenía determinar en qué medida había sido conculcado por el decreto impugnado. La sentencia anuncia que «corresponde al gobierno, bajo el control del juez del exceso de poder, y sin perjuicio de los compromisos internacionales de Francia, definir las condiciones de ejercicio del derecho a una vida familiar normal a fin de conciliar el principio con las necesidades derivadas del orden público y de la protección social de los extranjeros y de su familia». Tratándose del derecho a llevar una vida familiar normal, el Consejo de Estado destacó, en primer lugar, que al haberse comprometido Francia a través de acuerdos bilaterales o multilaterales, a facilitar la reagrupación familiar de los extranjeros autorizados a establecerse en su territorio, tales compromisos impedían en todo caso que el gobierno suspendiera, por vía reglamentaria, el derecho que tienen estos extranjeros a que su familia venga a vivir con ellos. Ahora bien, el Consejo de Estado admitió, al mismo tiempo, que el derecho a la reagrupación familiar tiene límites y que debe conciliarse con los intereses generales a los que podría vulnerar. Estos intereses generales, conforme fueron expresados en la decisión, son de dos tipos: de un lado, el orden público, que podría justificar que el gobierno se oponga

a que vengan a Francia los miembros de la familia de un extranjero legalmente residente si ello es susceptible de comprometer, por ejemplo, la seguridad o la salud pública; de otro, «la protección social del extranjero y de su familia», noción poco explícita, detrás de la cual subyace sin duda la idea de que la familia «reagrupada» debe, a fin de poder vivir en condiciones «normales», tener garantizado un mínimo de bienes materiales, como por ejemplo recursos suficientes o una vivienda adecuada. El Consejo de Estado estimó que, al ir más allá de estos límites y prohibir de forma general el acceso a un puesto de trabajo de los miembros de las familias de los extranjeros, el Decreto de 10 de nov. de 1977 había restringido excesivamente el alcance del derecho a la reagrupación familiar.

- 4 Tanto en sus premisas como en su conclusión, la sentencia *GISTI* se inspira directamente en un dictamen emitido por el Consejo de Estado el 27 de oct. de 1977 sobre el proyecto del decreto impugnado. Para oponerse a este texto, la Asamblea General lo había examinado «teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas que se derivan, en lo que respecta a la reagrupación en Francia de las familias extranjeras, de la aplicación del principio general de nuestro Derecho, que reconoce a todo individuo el derecho a la vida familiar»; había precisado que «los extranjeros que tienen permiso de residencia en Francia tienen un derecho fundamental, como los nacionales, a llevar una vida familiar normal. En particular, este derecho incluye la facultad de hacer que vengan a vivir con el residente legal en Francia tanto su cónyuge como sus hijos menores de edad. No hay más límites a este derecho aparte de los que imponen, dadas las circunstancias de tiempo y lugar, las exigencias de orden público y la protección social de los extranjeros y de sus familias»; de ahí deducía que sería ilegal «prohibir de una manera general y absoluta el acceso al mercado de trabajo en Francia a los miembros de las familias extranjeras que se han reunido o planean reunirse, en el marco del procedimiento de reagrupación familiar, con un extranjero ya establecido en nuestro territorio».

Al no ser vinculante, el gobierno tenía derecho, como hizo, a no seguir dicho dictamen, aun exponiéndose así a que se anulara. Al no haber sido hecho público en su momento, el Comisario del Gobierno no pudo hacer un balance del dictamen en sus conclusiones. Pero la Asamblea de lo Contencioso retomó su tenor general e incluso ciertas fórmulas. Este ejemplo demuestra, a la vez, cómo utiliza el Consejo de Estado en su función consultiva la teoría de los principios generales

del Derecho y cómo sus sentencias pueden a veces retomar y confirmar sus dictámenes.

**II.** La decisión *GISTI* ha tenido ramificaciones importantes. En primer lugar, hay que relacionarla con la jurisprudencia administrativa referente a la «situación jurídica de los extranjeros» que ha contribuido, bajo el efecto combinado de la acción del juez y de los tratados internacionales, a asegurar a los no nacionales un mínimo de garantías y de protección. Por lo demás, la decisión *GISTI* es sintomática del reconocimiento por el juez administrativo de principios generales del Derecho de carácter social.

1.º) En su jurisprudencia relativa a los extranjeros, el Consejo de Estado ha manifestado claramente su interés por paliar el carácter a menudo precario de la situación de los no nacionales que residen en Francia.

5           a) En primer lugar, ha condenado en varias ocasiones la política restrictiva frente a la inmigración aplicada en el marco de simples circulares. En concreto, anuló por incompetencia las circulares Marcellin-Fontanet de 24 de ene. y de 23 de febr. de 1972 que restringían las posibilidades de acceso de los extranjeros al permiso de residencia y de trabajo (CE 13 de ene. de 1975, *Da Silva et Confédération française démocratique du travail*, Rec. 16; Dr. soc. 1975.273, concl. Don-doux; D 1975.784, nota Julien-Laferrière; JCP 1976.II.18325, nota Pellet; AJ 1975.258, nota André). Por el mismo motivo, declaró ilegal el régimen denominado «de ayuda al retorno del inmigrante» que había sido instituida mediante una simple nota de servicio emitida a comienzos del año 1977 (CE 24 de nov. de 1978, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et pour la paix*, Rec. 464; Dr. ouvr. 1979, 1, nota Bonnechère). Otras veces censura las disposiciones de las circulares que desarrollan leyes y reglamentos (CE 27 sep 1985, *GISTI*, Rec. 260; -27 sep 1985, *GISTI*, Rec. 267). En particular, sobre este fundamento se anuló una circular que imponía a los extranjeros un visado de salida (CE 22 mayo 1992, *GISTI*, Rec. 669; RFDA 1993.567, concl. Abraham).

6           b) El Consejo de Estado admitió luego que si los extranjeros, considerados aisladamente, no tienen propiamente derecho a la residencia ni al trabajo y están sometidos, en ambos aspectos, a un régimen de autorización, no obstante, sí tienen derecho a solicitar acceso a

la residencia y al trabajo y dicha solicitud debe ser objeto de un examen individual (*Da Silva*, citada *ut supra*; 24 de febr. de 1984, *Ministre de l'intérieur c/ Bouriah*, Rec. 88). Lo mismo cabe decir, en particular, de la expedición de la tarjeta de comerciante extranjero (Secc. 10 de jul. de 1987, *Lachger*, Rec. 252 y *Abarchich*, Rec. 253; RFDA 1989.186, concl. de Clausade; AJ 1987.585, cr. Azibert y de Boisdeffre). Si bien es posible justificar legalmente la denegación del permiso de residencia por motivos basados en necesidades de orden público y en el interés de la defensa nacional (CE 22 de jul. de 1977, *Mytteis-Hager*, Rec. 366; JDI 1978.71, nota Ruzié), el juez administrativo ha ampliado progresivamente su control en la materia e incluso ejerce, en el estado actual de su jurisprudencia, un control normal, que incluye incluso la determinación de si la presencia del interesado en Francia constituye una amenaza para el orden público (CE, Secc., 17 de oct. de 2003, *Bouhsane*, Rec. 413; v. n.º 27.7).

7

c) La normativa en materia de extranjería ha evolucionado, volviéndose más protectora con la situación de los interesados como resultado de los convenios internacionales.

En el caso de los refugiados políticos, el Consejo de Estado, haciéndose eco del conjunto de las disposiciones de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y de la Ley de 25 de julio de 1952 por la que se creó la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y Apátridas, ha sentado como norma general que de estos textos «se deriva la necesidad de que todo extranjero que solicite el reconocimiento de su condición de refugiado esté en principio autorizado a permanecer provisionalmente en territorio francés hasta que se resuelva su solicitud» (CE, As., 13 de dic. de 1991, *Nkodia*, Rec. 439; de la misma fecha, As. *Préfet de l'Hérault c/ Dakoury*, Rec. 440; RFDA 1992.90 y RUDH 1992.117, concl. Abraham; AJ 1992.114, cr. Maugüé y Schwartz; D. 1992.447, nota Julien Laferrière; Rev. crit. DIP 1992.455, nota Crépeau).

Además, partiendo de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, se han inferido unos principios generales del Derecho que se refieren específicamente a los refugiados políticos, entre ellos, el reconocimiento de esta condición a los miembros de su familia (CE, As., 2 de dic. de 1994, *Mme Agyepong*, Rec. 523, concl. Denis-Linton, RFDA 1995.86, concl.; AJ 1994.915, cr. Touvet y Stahl).

Estos principios no implican, sin embargo, que se reconozca el *status* de refugiado, por extensión, a los ascendientes de los interesa-

dos (CE [dictamen] 30 de nov. de 2013, *M. Fall et Mme Diongue épouse Fall*, Rec. 292; AJ 2013.2564, concl. Domino). La calidad de refugiado se amplió considerablemente a fin de incluir en la misma a personas amenazadas de sufrir una ablación en su país de origen (CE, As., 21 de dic. de 2012, *Mme Fofana*, Rec. 429, concl. Crépey; RFDA 2013.565, concl.; AJ 2013.465, cr. Domino y Bretonneau; JCP 2013.357, nota Brice-Delajoux) o que justifiquen haber sido objeto de amenazas por haberse negado a someterse a la ablación (CE, As., 21 de dic. de 2012, *Mme Fofana*, Rec 418, concl. citada *ut supra*; de la misma fecha, *Office français de protection des réfugiés et apatrides*, RFDA 2013.565, concl.; AJ 2013.465, cr. citada *ut supra*; misma publicación, 2013.476, nota Julien-Laferrière, JCP Adm. 2013.2229, nota Marti).

El Consejo de Estado reconoció asimismo que todos los extranjeros pueden hacer valer lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, que reconoce el derecho de todo individuo al respeto de su vida familiar, entrando este derecho en contradicción con la denegación tanto de un permiso de residencia (CE, Secc., 10 de abr. de 1992, *Marzini*, Rec. 154), como de un visado (CE, Secc., 10 de abr. de 1992, *Aykan*, Rec. 152; AJ 1992.332, cr. Maugüé y Schwartz; RA 1992.416, nota Ruiz-Fabri – sobre estas dos sentencias, RFDA 1993.541, concl. Denis-Linton; *cf también* CE, Secc. (dictamen) 30 nov 1998, *Berrad*, Rec. 451, RFDA 1999.511, concl. Lamy, nota Guettier; DA marzo de 1999, n.º 19, nota Traoré; Rev. crit. DIP 1999.504, nota Guimezanes; JCP 2001.II.10579, nota Njimbam).

El convenio internacional toma aquí el relevo del principio general del Derecho deducido por el juez.

- 8 d) En cualquier caso, sobre el mero fundamento de la jurisprudencia *GISTI*, las familias de los extranjeros afincados en Francia tienen derecho a la reagrupación familiar, dentro de los límites que establezca, en función de sus respectivas competencias, el gobierno, bajo el control del juez administrativo (CE 26 de sept. de 1986, *GISTI*, Rec. 219; D 1987. SC/ 192, obs. Llorens; AJ 1987.54 nota Richer), o el legislador, bajo el control del Consejo Constitucional (n.º 2006-539 DC, 20 de jul. de 2006, Rec. 79; LPA 3 de ago. de 2006, nota Schoettl), sin perjuicio del control que ejerce el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las medidas de armonización adoptadas en el ámbito comunitario (TJCE 27 de jun. de 2006, *Parlamento Europeo*

*c/ Consejo de la Unión Europea; AJ 2006.2285, nota Burgorgue Larsen; RTDE 2006.673, nota Masson).*

Ahora bien, ello no obsta para que el extranjero esté obligado a *respetar el procedimiento* de reagrupación familiar, ya que, de lo contrario, se colocaría en una situación de irregularidad que podría justificar la adopción de una medida de expulsión (CE, Secc., 28 de dic. de 2009, *Mme Boudaa, épouse Azzi*, Rec. 530; JCP 2010.231, nota Ferran y Slama; JCP Adm. 2010.2090, nota Gbelé-Bélé).

Con todo, ciertos procedimientos seguidos en el ámbito nacional han sido criticados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por no reunir las garantías de flexibilidad, celeridad y efectividad requeridas para asegurar *in concreto* el respeto del derecho garantizado por el artículo 8 del Convenio (TEDH 10 de jul. de 2014, *Tanda-Muzinga*; de la misma fecha, *Mugenzi*, de la misma fecha, *Senigo Longue et autres*; AJ 2014.1463).

- 9 e) El derecho a una vida familiar normal no es el único derecho que pueden hacer valer los extranjeros. En efecto, el Consejo de Estado falló, en aplicación del principio general de igualdad, que los extranjeros no podían, por el mero hecho de su nacionalidad, verse privados de una prestación de asistencia social (CE 30 de jun. de 1989, *Ville de Paris et bureau d'aide sociale de Paris c/ Lévy*, Rec. 157; v. n.º 4.8). Esta jurisprudencia se vio completada en el plano constitucional (n.º 89-269 DC, 22 de ene. de 1990, RFDA 1990.406, nota Genevois; AJ 1970.471, nota Benoît-Rohmer; Dr. soc. 1990.352, nota Prétot; RDSS 1990.437, nota Prétot).

También se han visto censuradas por el Consejo de Estado, en base a su vulneración del principio de igualdad, las disposiciones reglamentarias que denegaban a los extranjeros no comunitarios (o asimilados) la calidad de elector y de elegible en las elecciones a los colegios profesionales (CE, As., 31 de mayo de 2006, *GISTI*, Rec. 268; RFDA 2006.1194, concl. Casas; AJ 2006.1830, cr. Landais y Lenica).

La circular de 5 de ago. de 2010, cuyo objeto era el desalojo prioritario de los campamentos ilegales de romaníes, fue anulada al haberse considerado que el respeto del derecho de propiedad y la salvaguarda del orden público no autorizaban al Ministro del Interior «a poner en marcha, *vulnerando el principio de igualdad* ante la ley, una política de desalojo de campamentos ilegales dirigida especialmente contra algunos de sus ocupantes *por razón de su origen étnico*» (CE 7 de abr. de 2011, *Association SOS Racisme-Touche pas à mon pote*, Rec. 155;

AJ 2011.1438, nota Bailleul). El gobierno no puede excluir de manera general a los extranjeros no comunitarios del acceso a las funciones de maestro de enseñanza privada con contrato \* (CE 16 de jul. de 2014, *Association «Sauvons l'Université!» et autres*, Rec. 695).

10 f) Una vez se les ha autorizado a residir y trabajar en territorio francés, los interesados no pueden ser objeto de una medida de expulsión salvo por motivos de orden público.

11 Las condiciones en las que la Administración recurre al procedimiento de urgencia absoluta, permitiéndole dicho procedimiento adoptar una medida de expulsión sin que el interesado pueda siquiera hacer valer su defensa, fueron muy pronto objeto de un control normal. La jurisprudencia pone de manifiesto la voluntad del juez de limitar el uso de este procedimiento de excepción (CE, As., 18 de jun. de 1976, *Moussa Konaté*, Rec. 321; AJ 1976.582, concl. Genevois; D 1977.40, nota Pacteau; – As. 11 de oct. de 1991, *Ministre de l'intérieur c/ Diouri*, Rec. 1126; RFDA 1991.978, concl. de Saint-Pulgent; AJ 1991.890, cr. Maugué y Schwartz).

12 El Consejo de Estado vela igualmente por que las órdenes de expulsión estén motivadas tal y como exige la ley de 11 de jul. de 1979 (Sec. 24 de jul. de 1981, *Belasri*, Rec. 322; AJ 1981.473, cr. Tiberghien y Lasserre), aun cuando hayan sido adoptadas siguiendo el procedimiento de urgencia absoluta (CE, Secc., 13 ene 1988, *Albina*, Rec. 5; AJ 1988.225, concl. Schrameck).

El control de legalidad interna sobre los motivos de una orden de expulsión ha cobrado intensidad progresivamente. A partir de 1975, se restringió a la necesidad de determinar si la presencia del extranjero representa una amenaza grave para el orden público (CE 3 de febr. de 1975, *Ministre de l'intérieur c/ Pardov*, Rec. 83; AJ 1975.131, cr. Franc y Boyon). En este marco, se ha considerado que las infracciones penales cometidas por un extranjero no pueden constituir por sí solas un motivo legal para la aplicación de una medida de expulsión, y no eximen a ninguna autoridad competente de la obligación de examinar si la presencia del interesado en territorio francés es susceptible de suponer una amenaza para el orden público (CE, As., 21 de ene. de 1977, *Ministre de l'intérieur c/ Dridi*, Rec. 38; Gaz. Pal. 1977.1.340, concl. Genevois; AJ 1977.133, cr. Nauwelaers y Fabius; D. 1977.527, nota Julien-Laferrière). Un incumplimiento de la neutralidad política por parte de un extranjero no puede justificar su expulsión, salvo que su presencia constituya una amenaza para el orden público (CE, As., 13

de mayo de 1977, *Perregaux*, Rec. 216; AJ 1977.363, cr. Nauwelaers y Fabius; JCP 1979.II.19213, nota Legrand; Rev Ad. Est. France 1978, n.º 9, 85, nota Flauss; RD publ. 1978.253, nota Robert; Gaz. Pal. 1978.2.405, nota Moderne). Se ha estimado igualmente que la simple tenencia de documentos falsos no constituye por sí sola una amenaza para el orden público (CE, As., 8 de dic. de 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Benouaret*, Rec. 502; D. 1979.339, concl. Hagelsteen). En materia de protección de los extranjeros, se entró en una nueva fase al fallar el Consejo de Estado, como había hecho antes el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias *Berrehab* de 21 de jun. de 1988 y *Moustaquim* de 18 de febr. de 1991) que la Administración debe aplicar el artículo 8 del Convenio (derecho al respeto de la vida familiar) cuando insta a un extranjero a salir del territorio nacional. El juez administrativo ejerce sobre este punto un control de proporcionalidad entre la medida que atenta contra el derecho a la vida familiar y el interés público, control que absorbe, pues, el control restringido que versa sobre la amenaza al orden público (CE, As., 19 de abr. de 1991, *Belgacem*, Rec. 152; de la misma fecha, As., *Mme Babas*, Rec. 162; Rec. 152, RFDA 1991.497, RGDIP 1991.800 y RUDH 1991.242, concl. Abraham; AJ 1991.551, nota Julien Laferrrière; RA 1991.239, nota Ruiz-Fabri; JCP 1991.II.21757, nota Nguyen Van Tuong; Rev. crit. DIP 1991.677, nota Turpin; Cah. dr. eur. 1991.549, nota Nguyen Van Tuong).

- 13** Esta evolución ha culminado lógicamente con la obligación que tiene el juez del exceso de poder, ante el que se interpone un recurso contra una orden de expulsión, de ejercer un control normal sobre la existencia de una «amenaza grave» contra el orden público, punto sobre el cual el juez de casación ejerce por su parte el control de la calificación jurídica (CE 12 de febr. de 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Diarra Barane*, Rec. 30; v. nuestras obs. sobre CE 2 de febr. de 1945, *Moineau\**). En el marco del control normal, el juez puede verse abocado a realizar apreciaciones delicadas, especialmente en el caso de una medida de expulsión dictada contra un nacional de la Unión Europea que sólo es posible cuando existe una «amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad francesa». Tal exigencia fue admitida a propósito de la expulsión de militantes de Greenpeace que habían entrado por la fuerza en el recinto de una central nuclear (Tribunal Administrativo de Apelación de Nancy 19 de febr. de 2015, *Muller*; AJ 2015.1271, concl. Fabret).

- 14 g) El control del juez abarca igualmente las medidas de ejecución de la decisión de expulsión. De este modo, el extranjero puede impugnar ante la jurisdicción administrativa la decisión de ejecución de una orden de expulsión cuando en ella se le impone un país de destino determinado (CE, As., 6 de nov. de 1987, *Buayi*, Rec. 348; RFDA 1988.86, concl. Vigouroux; AJ 1987.713, cr. Azibert y de Boisdeffre; Rev. crit. DIP 1988.523, concl., nota Turpin; LPA 1988, n.º 109, nota Morand-Deville; – 1 de dic. de 1997, *Kechemir*, Rec. 457).

El Consejo de Estado ha interpretado las disposiciones legales que sólo autorizan la expulsión de un extranjero que padece una enfermedad grave, cuando dicha persona pueda efectivamente recibir un tratamiento apropiado en el país del que es originario, en el sentido de que obliga a la Administración a comprobar las condiciones concretas de acceso del interesado a dicho tratamiento (CE, Secc., 7 de abr. de 2010, *Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire*, Rec. 96; AJ 2010.881, cr. Liéber y Botteghi; JCP 2010.673, nota Guimezanes; RTDH 2011.325, nota Afroukh). Ahora bien, el legislador limitó la prohibición de expulsión del extranjero enfermo al caso «de ausencia» de un tratamiento adecuado para la patología que sufre, sin que ello implique una censura por parte del juez constitucional (CC n.º 2011- 631 DC, 9 de jun. de 2011, Rec. 252).

- 15 h) La jurisprudencia precisó que la anulación por exceso de poder de una orden de expulsión tiene como consecuencia la reactivación del permiso de residencia anulado por dicha orden, desde la fecha de promulgación de esta última hasta la fecha de vencimiento del permiso (CE, Secc., 4 de nov. de 1994, *Al Joujo*, Rec. 492; AJ 1995.231, concl. Abraham). También ha precisado que, en caso de anulación de una orden de traslado a la frontera, incumbirá a la Administración, no sólo proporcionar al interesado una autorización provisional de residencia, sino también pronunciarse sobre su derecho a un permiso de residencia (CE, Secc., 22 de febr. de 2002, *Dieng*, Rec. 54; RFDA 2003.1080, concl. Chauvaux; AJ 2002.415, cr. Guyomar y Collin; RD publ. 2003.441, nota Guettier; GACA, n.º 70). En cuanto a las obligaciones que pesan sobre la Administración en caso de anulación de la negativa de concesión provisional del estatus de refugiado, éstas dependerán del motivo de la anulación (CE, Secc. [dictamen] 30 de dic. de 2013, *Mme Okosun*, Rec. 342, concl. Domino; RFDA 2014.76, concl.; AJ 2014.222, cr. Bretonneau y Lessi; JCP 2014.94, obs. Erstein).

16

2.º) El principio general del Derecho ratificado por la sentencia *GISTI* debe asimismo equipararse con otros principios generales del Derecho cuya existencia ha sido consagrada por el juez en materia social.

El juez administrativo, mediante la promulgación o el reconocimiento de estos principios, trata de proteger a ciertas categorías de trabajadores o de personas que, debido a la existencia de lagunas legales o reglamentarias, se hallan privadas de garantías elementales que el juez considera aplicables a toda persona, ya que dichas garantías traducen el estado mínimo de derecho al que ha llegado la sociedad en un momento dado. Por ejemplo, el Consejo de Estado ha admitido que el principio general del Derecho, en el que «se inspira» el Código de Trabajo y según el cual «un empleador no puede, salvo en contados casos, despedir a una trabajadora embarazada», es de aplicación en el caso de las mujeres que trabajan en los servicios públicos, «salvo cuando lo impida alguna de las necesidades propias de estos servicios» (CE, As., 8 de jun. de 1973, *Dame Peynet*, Rec. 406, concl. S. Grévisse; AJ 1973.587, cr. Franc y Boyon; JCP 1975.II.17957, nota Saint-Jours). En el caso que nos ocupa, y más allá del caso de la señora Peynet, auxiliar de enfermería en una entidad territorial, se planteaba el problema de los agentes no titulares de su plaza que trabajan para el Estado, las colectividades territoriales y sus entidades, constituyendo estos agentes, según la expresión de la Comisaria del Gobierno, señora Grévisse, «una tercera categoría de trabajadores que se han quedado al margen de las grandes corrientes legislativas que han hecho progresar las garantías de los funcionarios y la protección de los trabajadores, y a los que no se reconoce ciertos derechos sociales considerados como elementales». Sin embargo, el Consejo de Estado no fue tan lejos como le sugería su Comisaria del Gobierno, que proponía consagrar la existencia de un principio según el cual, siempre que las necesidades propias del servicio no lo impidan y no exista ninguna disposición legal que lo prohíba expresamente, los agentes de las colectividades locales y de los organismos públicos deben beneficiarse, sea cual fuere la naturaleza jurídica del vínculo que les une a su empleador, de unos derechos al menos equivalentes a los que la legislación laboral reconoce al conjunto de los trabajadores por cuenta ajena.

Al no haber adoptado esta solución, sin duda porque temía reconocer un principio cuyas aplicaciones prácticas totales no podían ser medidas con precisión, el Consejo de Estado tuvo posteriormente que

preguntarse, caso por caso, si tal o cual disposición del Código de Trabajo constituía una regla aplicable solo a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación o, por el contrario, se inspiraba en un principio general del Derecho aplicable a todos los trabajadores. Durante varios años, después de la decisión *Peynet*, el Consejo de Estado manifestó una cierta reticencia a utilizar la técnica de los principios generales del Derecho en el ámbito social: se negó así a erigir en principio general el derecho a una indemnización compensatoria de las vacaciones pagadas (CE 6 de marzo de 1981, *Briand*, Rec. 122); lo mismo hizo con las disposiciones del Código de Trabajo que prohibían al empleador contratar a personal sustituto en caso de conflictos colectivos de trabajo (CE, As., 18 de ene. de 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, Rec. 30; v. n.º 59.13); negándose a aplicar, por último, al igual que hizo el Tribunal de Casación, el principio derivado de su decisión de 1973 al despido de una becaria (CE 26 de mayo de 1982, *Mme Caius*, Rec. 188; Soc. 30 mar 1971, Bull. civ. V., 229).

- 17 Ahora bien, y cuando ya cabía pensar que la jurisprudencia sentada por la sentencia *Peynet* estaba agotada, el Consejo de Estado, en la línea exacta de esta decisión, reconoció a agentes no titulares de una plaza en un municipio el derecho a percibir, en virtud «de un principio general del Derecho, aplicable a cualquier trabajador y en el que se inspira el artículo L. 141-2 del Código de Trabajo» una remuneración mínima que, en ausencia de disposiciones más favorables, «no podría ser inferior al salario mínimo interprofesional de crecimiento» (CE, Secc., 23 de abr. de 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou*, Rec. 152, concl. Labetoulle; AJ 1982.440, cr. Tiberghien y Lasserre; D. 1983.8, nota J.-B. Auby). El Comisario del Gobierno había señalado, en sus conclusiones sobre este caso, la reticencia manifestada por el juez a crear principios generales en materia social, lo cual se explicaría por la dificultad para aplicar en esta materia una «teoría concebida sobre todo para dotar de valor normativo a principios abstractos hasta entonces latentes en la conciencia jurídica» cuando, por el contrario, el derecho social se caracteriza por la naturaleza «concreta, evolutiva y a menudo detallista de sus disposiciones» al igual que «por sus repercusiones económicas y financieras». Estimaba difícil, si no imposible, solventar el problema complejo de la remuneración de los agentes no titulares una plaza en la administración del Estado y las colectividades locales por la simple afirmación pretoriana de un principio general del

Derecho. En efecto, ¿cómo se podía resolver el caso de los agentes que trabajan a tiempo parcial, calcular sus horas «efectivas» de trabajo, tener en cuenta las remuneraciones en especie que perciben? Esta dificultad no desanimó al Consejo de Estado. Su decisión atrevida y de una oportunidad indiscutible es tanto más interesante por cuanto que consagra un principio general cuyo respeto concreto exige el establecimiento, por la autoridad competente, de modalidades de aplicación prácticas.

- 18 El juez administrativo consagró igualmente, como principio general, el principio en virtud del cual la nación garantiza a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo (CE, Secc., 6 de jun. de 1986, *Fédération des fonctionnaires agents et ouvriers de la fonction publique*, Rec. 158; Dr. soc. 1986.725, concl. Massot; AJ 1986.421, cr. Azibert y de Boisdeffre; D. 1986.IR.354, obs. Llorens; RDSS 1987.124, obs. Moneger), la prohibición en el Derecho del Trabajo de las multas y sanciones pecuniarias infligidas por el empleador (CE, As., 1 de jul. de 1988, *Billard et Volle*, Rec. 268; Dr. soc. 1988.775, concl. Van Ruybeke y 512, nota Lachaume; AJ 1988.592, cr. Azibert y de Boisdeffre; RA 1989.136, nota Pertek; JCP 1989.II.21252, nota Saint-Jours), la prohibición hecha al empleador de dictar medidas discriminatorias en materia de remuneraciones y de prestaciones sociales (CE 12 de nov. de 1990, *Malher*, Rec. 321; AJ 1991.332, obs. Hecquard-Théron; Dr. ouvr. 1991.340, nota Saramito; D. 1992. SC. 159, obs. Chelle y Prétot), la prohibición de rescindir el contrato de trabajo de un trabajador debido a su situación familiar (CE 27 de marzo de 2000, *Mme Brodbeck*, Rec. 129; JCP 2000.II.10428, concl. Boissard), el principio que obliga a intentar reubicar en otro puesto a un trabajador que ya no está físicamente capacitado para cumplir sus funciones (CE 26 de oct. de 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, Rec. 319; AJ 2002.1294, concl. Piveteau, nota de Montecler), el principio que subordina la modificación de los elementos esenciales del contrato de trabajo al acuerdo entre las partes (CE, As., 29 de jun. de 2001, *Berton*, Rec. 296; Dr. soc. 2001.948, concl. Boissard; AJ 2001.648, cr. Guyomar y Collin; CJEG 2002.84, concl., nota Maggi-Germain), el principio de la independencia de los Inspectores de Trabajo (CE 9 de oct. de 1996, *Union nationale CGT des affaires sociales*, Rec. 383; RD publ. 1997.894, concl. Maugué; RGDIP 1997.714, nota Alland), el principio según el cual los gastos en que incurre un trabajador por las necesidades de su actividad profesional y en interés

■ JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

de su empleador deben ser soportados en la medida en que se deriven de una obligación concreta (CE 17 de jun. de 2014, *Société Électricité Réseau Distribution France (ERDF) et autres*, Rec. 504; AJ 2014.1963, nota Seurot).

El reconocimiento de principios generales del Derecho en materia social permite así extender el ámbito de aplicación de una protección establecida por una norma a categorías de personas cuya situación marginal les había situado fuera del ámbito de aplicación de estas disposiciones protectoras.

### 83. PROCEDIMIENTO-PODERES DEL JUEZ. ÓRDENES CONMINATORIAS-MULTA COERCITIVA

Consejo de Estado Secc., 17 de mayo de 1985, *Mme Menneret*

(Rec. 149, concl. Pauti; RFDA 1985.842, concl.; AJ 1985.399, cr. Hubac y Schoettl; D. 1985.583, nota J.-M Auby; JCP 1985. II.20448, nota Morand-Deviller; RA 1985.467, nota Pacteau)

Considerando que el artículo 2 de la ley de 16 de jul. de 1980 establece: «En caso de no ejecución de una decisión emitida por un tribunal administrativo, el Consejo de Estado podrá, incluso de oficio, pronunciar una multa coercitiva contra las personas jurídicas de derecho público para asegurar la ejecución de dicha decisión»;

Considerando que, mediante su sentencia de 1 de febr. de 1977, el Tribunal Administrativo de Limoges anuló la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Maisonnais-sur-Tardoire de fecha 17 de sept. de 1971 autorizando al alcalde a no proceder a la inscripción del nombre del señor Saumon, «muerto por Francia», en el monumento a los caídos del municipio, debido a que dicha resolución había anulado ilegalmente el acuerdo de 10 de jul. de 1971 por el que se había decidido dicha inscripción y, por tanto, era generadora de derechos;

Considerando que a fecha de la presente decisión, el Pleno del Ayuntamiento no ha adoptado las medidas pertinentes para asegurar la ejecución de la sentencia de 1 de febr. de 1977; que, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, procede imponer al municipio, al no haber éste justificado que la ejecución se produjo dentro del plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente decisión, una multa coercitiva de 200 francos por día hasta la fecha en la que la sentencia antes mencionada haya sido ejecutada;... (dispositivo en dicho sentido).

#### OBSERVACIONES

- 1 La señora *Menneret* quería conseguir la rehabilitación del nombre de su padre, el señor Saumon, que había resultado muerto en la Liberación en circunstancias poco claras. A raíz de su petición, el Pleno del

Ayuntamiento de Maisonnais-sur-Tardoire decidió, mediante una resolución de fecha 10 de jul. de 1971, inscribir el nombre del señor Saumon, «muerto por Francia», en el monumento a los caídos del municipio. En virtud de un nuevo acuerdo, adoptado el 17 de sept. de 1971, se autorizó al alcalde a no proceder a dicha inscripción. El Tribunal Administrativo de Limoges, mediante sentencia de 1 de febr. de 1977, anuló este segundo acuerdo por haber revocado ilegalmente la primera resolución, que era generadora de derechos (v. nuestras obs. sobre CE 26 de oct. de 2001, *Ternon\**). Para respetar la autoridad de cosa juzgada, el municipio tendría que haber procedido a la inscripción (v. nuestras obs. sobre la sentencia CE 26 de dic. de 1925, *Rodière\**). Sin embargo, el ayuntamiento de Maisonnais-sur-Tardoire no hizo nada, a pesar de los requerimientos de la señora Menneret, que acabó por interponer una demanda ante el Consejo de Estado (al amparo de la Ley de 16 de jul. de 1980, que, además de las disposiciones relativas a la ejecución de las sentencias que condenaban a la Administración al pago de una cantidad de dinero, permite imponer multas coercitivas contra la Administración), para que condenara al municipio a una multa coercitiva de 200 francos por día hasta la ejecución de la sentencia.

Mediante su fallo de 17 de mayo de 1985 el Consejo de Estado accedió a la solicitud de la señora Menneret. Ya había condenado a la Administración a una multa coercitiva en un fallo, no publicado, de las subsecciones reunidas, de 6 de jul. de 1984, *Melle Geneviève Henry*. La sentencia *Mme Menneret*, adoptada en Sección, proporciona una relevancia particular a la solución.

Anteriormente, el Consejo de Estado había pronunciado unas condenas acompañadas de multa coercitiva contra partes privadas (I); para que la solución se hiciera extensible a la Administración fue necesaria la intervención del legislador (II).

### **I. Órdenes conminatorias y multas coercitivas al margen de las disposiciones legales.**

- 2 Durante mucho tiempo, el Consejo de Estado se negó a dictar órdenes conminatorias acompañadas de multa coercitiva contra una persona, fuera ésta quien fuere. Un fallo de Sección, de 27 de ene. de 1933, *Le Loir* (Rec. 136; S. 1933.3.132, concl. Detton; D. 1934.3.68, concl.) fue particularmente claro al respecto.

Esta jurisprudencia se fundaba sobre dos ideas: las órdenes conminatorias contra la Administración constituirían una injerencia en el funcionamiento de los servicios públicos, algo vedado tanto a los tribunales ordinarios como a los administrativos; las órdenes conminatorias contra particulares no son necesarias ya que la Administración dispone de poderes suficientes frente a ellos para conseguir sus fines.

3 La segunda idea resultó ser falsa: hay casos –excepcionales ciertamente– en los que la Administración se halla inerte frente a *personas privadas*, y especialmente frente a aquellas con las que celebra contratos.

El caso *Office public d'HLM du département de la Seine* juzgado por el Consejo de Estado (Secc.) el 13 de jul. de 1956 (Rec. 338, concl. Chardeau; AJ 1956.II.312, concl. y 398, cr. Fournier y Braibant; RD publ. 1957.296, nota M, Waline) es prueba de ello. Un empresario, encargado de las obras de construcción de unos bloques de viviendas de protección oficial («HLM»), que se hallaba inmerso en un procedimiento de liquidación judicial y por cuenta y riesgo del cual se había concluido un nuevo contrato para la terminación de las obras, había hecho retirar de la obra los moldes que servían para la producción de paneles prefabricados especialmente concebidos para la construcción de estos pisos, a raíz de lo cual quedó paralizada la ejecución de las obras. La oficina de vivienda de protección oficial solicitó la adopción de medidas provisionales, primero ante el Tribunal Administrativo de París y luego ante Consejo de Estado, para que se ordenara al empresario so pena de multa coercitiva la restitución de los moldes. El Consejo de Estado accedió a dicha solicitud por considerar «*que, si bien no incumbe al juez administrativo intervenir en la gestión del servicio público dictando, bajo apercibimiento de sanciones pecuniarias, órdenes conminatorias a quienes han contratado con la Administración, cuando ésta dispone frente a tales contratistas de los poderes necesarios para asegurar el cumplimiento del contrato público, no ocurre lo mismo cuando la Administración no puede usar medios coercitivos frente a los mismos y necesita una decisión jurisdiccional; en tal caso, el juez del contrato tiene derecho a dictar, frente al contratista de la Administración, una condena a cumplir con su obligación bajo apercibimiento de multa coercitiva; asimismo, en caso de urgencia, el juez del proceso de urgencia podrá, sin perjuicio del principal, ordenar al contratista bajo apercibimiento de multa coercitiva, la adopción de*

*cualquier medida necesaria para asegurar la continuidad del servicio público en el marco de las obligaciones previstas en el contrato».*

Esta solución es aún más notable por cuanto reconoce al juez administrativo el poder de dictar contra las partes privadas órdenes conminatorias bajo apercibimiento de multa coercitiva no sólo cuando entra a conocer del fondo del asunto sino también, en caso de urgencia, cuando se solicitan medidas provisionales o cautelares. Cabe aplicarla en el marco del proceso cautelar definido actualmente en el artículo L. 521-3 del Código de Justicia Administrativa (CJA) (CE 29 de jul. de 2002, *Centre hospitalier d'Armentières*, Rec. 307; BJCP 2002, n.º 25, p. 470, concl. Collin; AJ 2002.1451, nota J.-D. Dreyfus; JCP 2003.II.10002, nota Zarka; v. nuestras obs. en CE 18 ene 2001, *Commune de Venelles\** y 5 de marzo de 2001, *Sáez\**).

Al Consejo de Estado le resultaba más fácil modificar su jurisprudencia en este supuesto por cuanto, desde hacía tiempo, ya se había dotado de amplios poderes en materia contractual; es así como puede, en lugar de la Administración, imponer sanciones a los contratistas (CE 26 de dic. de 1924, *Compagnie du chemin de fer métropolitain*, Rec. 1065; S. 1925.3.25, nota Hauriou) o decidir que la rescisión acordada por la entidad pública «surtirá plenos efectos» (CE, Secc., 20 de abr. de 1956, *Ville de Nice*, Rec. 162; RD publ. 1956.582, concl. Long; AJ 1956.II.266, nota P. Weil). Sólo tenía que dar un paso más para que se reconociera la facultad de dar órdenes a los contratistas de la Administración acompañadas de sanciones pecuniarias, justamente el paso que dio con la sentencia *Office public d'HLM*.

- 4 Pero fue más allá cuando se reconoció este poder frente a cualesquiera personas privadas que se hallaran en una situación de derecho público con la Administración, no solo en virtud de un contrato administrativo (CE, As. 26 de febr. de 1965, *Société du vélodrome du Parc des princes*, Rec. 133; v. n.º 24.2), sino también en virtud de cualquier otro motivo. En particular, ordenó, con apercibimiento de multa coercitiva si era preciso, el desalojo de personas que ocupaban indebidamente bienes de dominio público (CE Secc., 25 de mayo de 1960, *Dame Barbey*, Rec. 222, concl. Heumann), e incluso bienes de dominio privado (CE, As. 3 marzo 1978, *Lecoq*, Rec. 116; AJ 1978.581, concl. Labetoulle, nota F. de B.), la suspensión de obras realizadas sin licencia (CE, Secc., 25 de ene. de 1980, *Société des terrassements mécaniques et Mariani*, Rec. 49; AJ 1980.615, concl. Rougevin-Baville), la comunicación a la Administración de los documentos necesarios

para el ejercicio de su control (CE, Secc., 9 de jul. de 1997, *Agence nationale pour la participation des employeurs à l'effort de construction*, Rec. 299; AJ 1997.701, concl. Arrighi de Casanova).

Ahora bien, la facultad de dictar órdenes conminatorias bajo apercibimiento de multa coercitiva del juez administrativo no puede exceder los límites del poder de la propia Administración. Cuando ésta dispone de los medios jurídicos que le permiten hacer cumplir las obligaciones que incumben a un particular, la Administración no puede renunciar a los mismos y solicitar al juez que tome en su lugar las medidas necesarias. Este principio, expresado desde hace tiempo (CE 30 de mayo de 1913, *Préfet de l'Eure*, Rec. 583; S. 1915.39, nota Hauriou) se vio reafirmado en la sentencia *Office public d'HLM de la Seine* y sigue de actualidad.

- 5 Por el contrario, el Consejo de Estado se ha negado siempre a admitir su facultad para dictar órdenes conminatorias contra la Administración: «no figura entre las competencias del juez administrativo dictar órdenes conminatorias contra una autoridad administrativa» (CE 4 de febr. de 1976, *Elissonde*, Rec. 1069), «tampoco corresponde al juez administrativo dictar órdenes conminatorias contra la Administración» (CE 3 de abr. de 1987, *Consorts Heugel*, Rec. 119; AJ 1987.534, concl. Hubac). La fórmula englobaba no sólo a los órganos públicos sino también a los órganos de derecho privado encargados de una misión de servicio público y dotados de prerrogativas propias de los poderes públicos (v. nuestras obs. sobre CE 31 de jul. de 1942, *Monpeurt\**; CE 4 de nov. de 1983, *Noulard*, Rec. 451; AJ 1984.531, cr. Schoettl y Hubac). Este es el principio que llevó al Consejo de Estado a negarse a ordenar la suspensión provisional de una decisión denegatoria (CE, As., 23 de ene. de 1970, *Ministre d'État chargé des affaires sociales c/ Amoros*, Rec. 51; v. n.º 100.3).

Pero el principio se halla superado en dos series de casos.

- 6 De un lado, deja de ser válido ante los tribunales ordinarios cuando éstos son competentes con respecto a la Administración: pueden dictar órdenes conminatorias contra ella y condenarla bajo apercibimiento de multa coercitiva. Así sucede sobre todo en el caso de la vía de hecho (TC 17 de jun. de 1948, *Manufacture de velours et peluches et Société Velvétia*, Rec. 513; D 1948.377, nota P. L. J.; JCP 1948. II.4437, nota George; RD publ. 1948.541, nota M. Waline) y también en otras hipótesis, en concreto, cuando se condena a la Administración a pagar una cantidad de dinero (TC 19 de marzo de 2007, *Mme Madi*,

Rec. 594; RD publ. 2008.293, nota Seyfritz). El Consejo de Estado ha reconocido igualmente, sin el apoyo de un texto normativo, que los tribunales administrativos pueden dictar órdenes conminatorias contra la Administración en el marco de la instrucción de un caso (v. nuestras obs. sobre CE 28 de mayo de 1954, *Barel\**). De otro, la ley le otorgó tal poder con respecto al fondo del asunto.

## II. Órdenes conminatorias y multas coercitivas en virtud de disposiciones legales.

7 El legislador francés terminó por permitir al juez administrativo, cuando le corresponde tomar una decisión que obliga a la Administración a adoptar una medida de ejecución, poner en marcha sus poderes de emitir órdenes conminatorias bajo apercibimiento de multa coercitiva. Le fueron reconocidos en dos tiempos.

La Ley de 16 de jul. de 1980, relativa a las multas coercitivas en materia administrativa y a la ejecución de sentencias por las personas jurídicas de derecho público, permitió al Consejo de Estado, «en caso de no ejecución de una decisión dictada por un tribunal administrativo», «imponer una multa coercitiva a las personas jurídicas de derecho público u organismos de derecho privado encargados de la gestión de un servicio público para asegurar la ejecución de dicha decisión» (art. 2). La sentencia *Mme Menneret* se dictó al amparo de esta ley.

La ley de 8 de febr. de 1995, relativa a la organización de las jurisdicciones y al procedimiento civil, penal y administrativo amplió la facultad de dictar órdenes conminatorias bajo apercibimiento de multa coercitiva de los tribunales administrativos, de los tribunales administrativos de apelación y del Consejo de Estado a la vez, al incorporar a la Ley de 1980 el artículo 6-1 y al Código de los Tribunales Administrativos y de los Tribunales Administrativos de Apelación los artículos L. 8-2 a L. 8-4. Actualmente, estas disposiciones se recogen en los artículos L. 911-1 y siguientes del Código de Justicia Administrativa. Con vistas a garantizar la ejecución de sus resoluciones, confieren al Consejo de Estado, a los tribunales administrativos y a los tribunales administrativos de apelación (aunque no a los tribunales administrativos especiales) poderes para dictar órdenes conminatorias bajo apercibimiento de multa coercitiva contra personas jurídicas de derecho público y organismos de derecho privado encargados de la gestión de un servicio público.

8 Estos poderes pueden ejercerse *en dos fases*: en la misma decisión que resuelve un recurso o después de dicha decisión (v. por ej., CE 23 de marzo de 2015, *Mme Veysset*, citada *infra*).

La innovación más importante de la ley de 1995 fue reconocer la posibilidad de *prescripción*, a petición de parte, de la medida de ejecución que implica necesariamente una sentencia, y la *incorporación*, en la misma decisión, de esta orden conminatoria *con multa coercitiva* —es decir, la condena a pagar una cierta cantidad de dinero por día de retraso.

Normalmente, la parte interesada deberá recurrir al tribunal que resolvió inicialmente el caso para solicitar que ordene a la Administración llevar a cabo la ejecución. Pero, de otro lado, en caso de apelación, será la jurisdicción de apelación (normalmente, el Tribunal Administrativo de Apelación y, en ciertos casos, el Consejo de Estado) la competente para resolver la petición. Por otra parte, el Tribunal Administrativo y el Tribunal Administrativo de Apelación están facultados para remitir la demanda al Consejo de Estado. Por último, el Consejo de Estado es el único competente para la ejecución no sólo de sus propias sentencias sino también, en su caso, de las decisiones emitidas por jurisdicciones administrativas especializadas, es decir otros tribunales administrativos y los tribunales administrativos de apelación, como por ejemplo la comisión departamental de ayuda social (CE, Secc., 5 de mayo de 1995, *Mme Berthaux*, Rec. 200; AJ 1995.653, nota Muller; DA 1995.457, nota C. M.; JCP 1995.II.22453, nota Breton).

Si las demandas se presentan y se enjuician con arreglo al procedimiento contencioso, su examen es más administrativo que contencioso. En el Consejo de Estado, la Sección de Informes y Estudios lleva a cabo las diligencias necesarias. A la hora de elegir la solución se acude más a la persuasión que a la coerción.

Sólo cuando fracasan estas diligencias se procede a dictar la sentencia o la resolución ordenando, en su caso bajo apercibimiento de multa coercitiva, la medida que implica necesariamente la ejecución de la decisión anteriormente emitida. Esto es lo que sucedió en el caso *Mme Menneret*.

9 El *alcance* de la facultad de dictar órdenes conminatorias con apercibimiento de multa coercitiva, ya precisado en la ley de 1980, quedó todavía más claro con la ley de 1995.

El contencioso de la orden conminatoria es un contencioso administrativo de plena jurisdicción.

Su carácter administrativo es tan evidente que no hay necesidad de insistir en él. Ahora bien, en ciertos casos, la ejecución del fallo de un tribunal administrativo puede entrañar aspectos judiciales, que excluyen el ejercicio del poder de dictar órdenes conminatorias de los tribunales administrativos, como ha indicado el Consejo de Estado (Secc.) en un dictamen contencioso de 13 de marzo de 1998, *Mme Vindevogel* (Rec. 78; AJ 1998.408, cr. Raynaud y Fombeur): el juez administrativo «*no es competente para ordenar la restitución de una cantidad que debe correr a cargo del usuario y que constituye la remuneración de las prestaciones de un servicio público industrial y comercial*» (v. nuestras obs. sobre TC 22 de ene. de 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain\**).

Cuando es competente, debe «*comportarse siempre como un juez de plena jurisdicción, incluso cuando en el propio litigio principal sobre el que se ha incoado la demanda de orden conminatoria compete al contencioso del exceso de poder*» (R. Abraham, concl. CE 4 de jul. de 1997, *Époux Bourezak*, RFDA 1997.815). En consecuencia, debe «*pronunciarse sobre estas conclusiones teniendo en cuenta la situación de derecho y de hecho existente a la fecha de su decisión*» (misma sentencia, Rec. 278; AJ 1997.584, cr. Chauvaux y Girardot, y 2014.109, nota Chauvaux; RD publ. 1998.271, nota Wachsmann; – Secc. [dictamen] 30 de nov. de 1998, *Berrad*, Rec. 451; RFDA 1999.511, concl. Lamy, nota Guettier; DA marzo de 1999, p. 19, nota Traoré).

El juez administrativo puede precisar ulteriormente el alcance de las medidas de ejecución que ha ordenado o dictar otras sin poder cuestionar las que ya hayan sido emitidas anteriormente, ni ignorar la autoridad de los motivos y del dispositivo de la decisión jurisdiccional cuya ejecución le ha sido solicitada (CE 23 de marzo de 2015, *Mme Veyssset*, BJCL 2015.401, concl. Crépey, nota Fort).

- 10** Debe apreciar «*si, a la vista de esta situación de hecho o de derecho, sigue pareciendo que la ejecución de la sentencia de la primera o segunda instancia requiere necesariamente una medida de ejecución*»; solo en caso afirmativo «*incumbirá al juez instarla a la autoridad competente*» (*Berrad*, citada *ut supra*). El juez deberá tener en cuenta todos los intereses presentes (*cf.* la redacción de las sentencias *Commune de Clans* y *Commune de Valmeinier*, citadas *infra*) para determinar la medida que deba tomarse.

La sentencia en primera o segunda instancia, aun cuando anule el acto impugnado, «*no implica necesariamente*» por sí misma que se adopte una medida determinada (CE 7 de abr. de 1995, *Grekos*, Rec. 159: la anulación de la denegación de renovar el contrato a un profesor asociado no implica necesariamente la renovación), o bien, un cambio en las circunstancias de hecho o de derecho, «*tampoco implica necesariamente la adopción de una decisión en un sentido determinado*» (CE 4 de jul. de 1997, *Leveau*, Rec. 282; RFDA 1997.819, concl. Stahl; AJ 1997.584, cr. Chauvaux y Girardot: aun cuando se anule la denegación de asignar un despacho a un concejal minoritario, ya no procede ordenar que se le asigne cuando después de unas nuevas elecciones, el interesado ya no está en minoría).

Otras veces, el comienzo de ejecución emprendido por la Administración hace innecesario recurrir al poder conminatorio.

En ocasiones, la inercia de la Administración justifica una orden conminatoria pero sin necesidad de que vaya acompañada de una multa coercitiva (por. ej., *Époux Bourezak*).

En otras, en cambio, su resistencia es tal que requiere a la vez de una orden conminatoria y de una multa coercitiva (vgr.: *Mme Menneret*). En estos casos, la multa coercitiva se emite con carácter provisional, y se liquida después de la realización efectiva de la ejecución.

Cuando se ordena una medida de ejecución, es posible que el juez se vea instado a precisar su alcance en caso de obscuridad o de ambigüedad pero nunca podrá ponerla en entredicho (CE 29 de jun. de 2011, *SCI La Lauzière*, Rec. 308; AJ 2011.2147, nota Revert).

La jurisprudencia ilustra no sólo la variedad de soluciones sino también su aplicación en ámbitos de importancia diversa y en asuntos a veces sensibles.

De esta manera, se ha ordenado: la adopción de decretos (CE, Secc., 26 de jul. de 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, Rec. 293, concl. Maugüé; RFDA 1996.768, concl.; 30 de dic. de 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire*, Rec. 616; AJ 2010. 389, nota Casssia); a raíz de la anulación de un acto separable de un contrato, se ha recurrido al juez del contrato para que éste declarara su nulidad (v. nuestras obs. sobre CE 4 de abr. de 2014, *Département de Tarn-et-Garonne\**); la suspensión de la ejecución de obras dirigidas a constituir un edificio público, incluso demoliendo elementos ya realizados parcialmente (CE, Secc., 14 de oct. de 2011, *Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes*,

Rec. 490; RJEP abr 2012.27, concl. Legras; AJ 2011.2147, cr. Stahl y Domino; DA dic 2011.41, nota Eveillard; JCP Adm. 2011.2297, nota Dunyach, y 2365, nota Manson; RD publ. 2013.79, nota J. Petit) o totalmente; el desmantelamiento de una línea eléctrica (CE, Secc., 29 de ene. de 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, Rec. 21, concl. Maugüé; RFDA 2003.477, concl., nota Lavialle; AJ 2003.784, nota Sablière; DA abr 2003, nota Maugüé; JCP 2003.II.10118, nota Noël; JCP Adm. 2003.1342, nota Dufau; LPA 21 de mayo de 2003, nota Bougrab). En estos tres casos, por medio del poder conminatorio, se llega a resquebrajar los tres flancos de resistencia del juez, derivándose éstos tanto de la autonomía del poder reglamentario, o de la del contencioso contractual, como del principio de intangibilidad de la obra pública. El poder conminatorio contribuye así, no solo a asegurar la ejecución de las decisiones de los tribunales administrativos, sino también a la evolución del fondo mismo del Derecho Administrativo.

- 11** Su reconocimiento ha animado al juez administrativo, sin llegar a emitir una orden conminatoria contra la Administración, porque ésta no le había sido expresamente solicitada, a indicar las obligaciones dimanantes de su resolución. Puede precisarlas en la motivación, y en el dispositivo no solo anular la decisión impugnada, sino además añadir que esta «anulación entraña las obligaciones enunciadas en la motivación».

Esta fórmula se introduce por primera vez en la sentencia del Consejo de Estado (Secc.) de 25 de jun. de 2001, *Société à objet sportif «Toulouse Football Club»* (Rec. 281; LPA 28 de sept. de 2001, concl. de Silva; AJ 2001.887, nota Simon; RFDA 2003.47, nota Duval; RRJ 2003.1513, nota Blanco), a propósito de la organización de los partidos de la Liga Nacional de Fútbol. Fue retomada posteriormente, por ejemplo, para borrar, a raíz de las leyes de amnistía o de decisiones de rehabilitación, las condenas, sanciones etc. que figuran en registros públicos (CE 5 de marzo de 2003, *Titran*, Rec. 113; AJ 2003.1008, nota Damarey; RRJ 2003.1513, art. Blanco).

Sin ser retomada en el dispositivo, al no pronunciar éste anulación, en los motivos pueden indicarse las medidas que la Administración ha de adoptar dentro de un plazo razonable, bajo apercibimiento de que al no hacerlo cometería una ilegalidad (así a propósito del pacto civil de solidaridad (CE, As., 28 de jun. de 2002, *Villemain*, Rec. 229;

v. n.º 40.4). Formalmente, no hay orden conminatoria pero, en cuanto al fondo, la solución es equivalente.

12

La utilización del poder conminatorio no suele ser necesaria cuando la sentencia en primera o segunda instancia condena a una persona pública a pagar una cantidad de dinero a otra persona. Si no es posible recurrir a las vías de ejecución de derecho común (Civ 1.º 21 de dic. de 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières c/ Société Lloyd Continental*, Bull. civ. I, n.º 348, p. 249; RFDA 1988.771, concl. Charbonnier, nota Pacteau; CJEG 1988 J. nota Richer; JCP 1989. II.21189, nota Nicod; RTD civ. 1989.145, obs. Perrot), la ley de 16 de jul. de 1980, retomada en el art. L. 911-9 CJA, establece procedimientos que constituyen vías de ejecución administrativas que permiten hacer pagar a las entidades públicas condenadas a abonar una cantidad de dinero en virtud de una resolución jurisdiccional (administrativa o judicial) que ha adquirido fuerza de cosa juzgada y que fija el importe de la misma.

La entidad pública condenada debe proceder a emitir la orden o el libramiento de la cantidad debida dentro de un plazo que es normalmente de cuatro meses a partir de la notificación de la resolución. Su inercia puede ser vencida mediante modalidades que varían en según se trate del Estado o de otra entidad pública.

Cuando se trata del Estado, el justiciable puede dirigir un requerimiento de pago al habilitado, que deberá ser atendido a la presentación de la resolución jurisdiccional revestida de la fórmula ejecutoria.

Si es una entidad territorial o un organismo público, el justiciable puede dirigirse a la autoridad de control (en concreto, al prefecto) para que proceda de oficio al libramiento del gasto, después de haber creado, en su caso, los recursos necesarios.

Mediante la sentencia de 18 de nov. de 2005, *Société fermière de Campoloro* (Rec. 515; BJCL 2006.43, concl. N. Boulouis, obs. Touvet; JCP Adm. 2005.1385, concl.; AJ 2006.137, cr. Landais y Lenica, y 2007.1218, art. Cassia; DA marzo 2006.33, nota Guettier; JCP 2006. II.10044, nota Moustier y Béatrix; RFDA 2006.341, nota Bon), el Consejo de Estado (Secc.) precisó las medidas que el prefecto puede adoptar en el ejercicio de su poder de sustitución, después de que sea desatendido un requerimiento de pago emitido a una entidad territorial: entre otras cosas, puede suponer la venta de bienes pertenecientes a la colectividad territorial que no sean necesarios para el buen funcionamiento de los servicios públicos de su cargo; en caso de abstención

o de negligencia del prefecto, el acreedor tiene derecho a demandar al Estado por falta grave en el ejercicio del poder de tutela (v. nuestras obs. sobre CE 29 de marzo de 1946, *Caisse départementale d'Assurances sociales de Meurthe-et-Moselle\**), o, en el supuesto de que el prefecto haya podido declinar legalmente la adopción de ciertas medidas, por el carácter anormal y especial del perjuicio sufrido, en base al principio de igualdad ante las cargas públicas (v. nuestras obs. sobre CE 30 de nov. de 1923, *Couitéas\**).

De ahora en adelante, esta solución debería permitir evitar condenas como las emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Campoloro por violación del derecho a un juicio justo (26 de sept. de 2006, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro*, caso 57516/00, D. 2007.545, nota Hugon), y garantizar plenamente el respeto de este derecho, del que forma parte la ejecución de la cosa juzgada (TEDH 19 de marzo de 1997, *Hornsby c/ Grèce*, Rec. 495; AJ 1997.986, obs. Flauss; D. 1988.74, nota Fricero; JCP 1997.II.22949, nota Dugrip y Sudre; RTD civ. 1997.1009, nota Marguénaud; GACEDH 343).

## 84. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. DERECHOS DE LA DEFENSA

**Consejo Constitucional, 23 de enero de 1987, n.º 86-224 DC, *Ley que transfiere a la jurisdicción ordinaria el contencioso de las decisiones del Consejo de la Competencia***

(Rec. 8; AJ 1987.345, nota J. Chevallier; JCP 1987.II.20854, nota Sestier; LPA 12 de febr. de 1987, nota Sélinsky; Gaz. Pal. 1987 Doct. 1.209, com. M. Lepage-Jessua; RFDA 1987.287, nota Genevois; RFDA 1987.301, nota Favoreu; RD publ. 1987.1341, nota Y. Gaudemet; D. 1988.117, nota F. Luchaire; RA 1988.29, nota Sorel)

*El Consejo Constitucional,*

[...]

*Sobre el procedimiento legislativo:*

[...]

12. Considerando que la ley sometida a examen del Consejo Constitucional modifica los artículos 12 y 15 del Decreto-Legislativo de 1 de dic. de 1986 adoptado, en el marco de lo dispuesto por el artículo 38 de la Constitución, al amparo de la ley de 2 de jul. de 1986, pese a que esta última autorizaba al gobierno a regular mediante decreto-legislativo en una fecha posterior a la de la fecha en que fue votada la ley examinada;

13. Considerando que el artículo 41 de la Constitución dispone lo siguiente: «El gobierno puede alegar improcedencia cuando, en el curso del procedimiento legislativo, estime que una proposición o una enmienda no entra en el ámbito de la ley o es contraria a la delegación concedida en virtud del artículo 38. En caso de desacuerdo entre el gobierno y el Presidente de la Asamblea correspondiente, el Consejo Constitucional, a instancias de cualquiera de ellos, establecerá lo que proceda en el plazo de ocho días»;

14. Considerando que en el curso del debate parlamentario del proyecto de ley que dio lugar a la ley objeto de examen, el gobierno no alegó improcedencia como hubiera podido hacer; que, por ende, el procedimiento legislativo seguido no vulnera la Constitución;

*Sobre la transferencia a la jurisdicción ordinaria del control de las decisiones del Consejo de la Competencia:*

15. *Considerando que las disposiciones de los artículos 10 y 13 de la ley de fecha 16 y 24 de ago. de 1790 y del Decreto de 16 de Fructidor del Año III, que sentaron en su generalidad el principio de la división de poderes entre las autoridades de las jurisdicciones administrativa y judicial, no tienen en sí mismas valor constitucional; que, no obstante, de conformidad con la concepción francesa de la división de poderes, figura entre los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República» el principio según el cual, a excepción de las materias reservadas por su naturaleza a la jurisdicción ordinaria, compete en última instancia a la jurisdicción administrativa la anulación o la reforma de las decisiones adoptadas, en el ejercicio de las prerrogativas de poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos sujetos a su autoridad o control;*

16. *Considerando que, al poner en práctica este principio, cuando la aplicación de una ley o de un reglamento específico podría originar diversas controversias contenciosas que han de repartirse, según las normas habituales de la competencia, entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción administrativa, es potestad del legislador, en aras de una buena administración de la justicia, unificar las normas de la competencia jurisdiccional en el seno del orden jurisdiccional más apropiado;*

17. Considerando que, si bien es cierto que el Consejo de la Competencia, en tanto organismo administrativo, está llamado a desempeñar una función importante en la aplicación de ciertas normas relativas al derecho de la competencia, incumbe también al juez penal reprimir las prácticas contrarias a la libre competencia sin perjuicio de otras infracciones que entran dentro del ámbito de aplicación del derecho de la competencia; que, por varios motivos, corresponde al juez civil o mercantil conocer de las demandas de responsabilidad o nulidad fundadas en el derecho de la competencia; que la ley examinada

tiende a unificar bajo la autoridad del Tribunal de Casación el conjunto de este contencioso específico y así evitar o suprimir cualquier divergencia que pueda surgir en la aplicación e interpretación del derecho de la competencia;

18. Considerando, por tanto, que esta ordenación precisa y limitada de las normas de competencia jurisdiccional, justificada por las necesidades de una buena administración de la justicia, no vulnera el principio fundamental anteriormente analizado conforme está reconocido en las leyes de la República;

19. Considerando, empero, que la ley remitida al Consejo Constitucional tiene por efecto privar a los justiciables de una de las garantías esenciales para su defensa;

20. Considerando, en efecto, que en el tercer párrafo del artículo 15 del Decreto-Legislativo de 1 de dic. de 1986 se dispone que el recurso interpuesto contra una decisión del Consejo de la Competencia «no tendrá efecto suspensivo»; que esta disposición no hubiera impedido que, de conformidad con el artículo 48 del Decreto-Legislativo n.º 45-1708, de 31 de jul. de 1945, y del Decreto n.º 63-766, de 30 de jul. de 1963, el Consejo de Estado pudiera, a instancias de la parte recurrente, acordar la suspensión provisional de la ejecución de la decisión impugnada, si su ejecución es susceptible de ocasionar consecuencias difícilmente reparables y si los motivos alegados en el recurso parecen serios y suficientes para justificar la anulación de la decisión recurrida;

21. Considerando, por el contrario, que el Tribunal de Apelación de París, que sustituye en virtud de la ley actualmente examinada al Consejo de Estado, ante el que se interpuso un recurso contra una decisión del Consejo de la Competencia, no puede decretar la suspensión provisional de la ejecución; que, en efecto, la ley ha dejado en vigor en su integridad el tercer párrafo del artículo 15 del Decreto-Ley de 1 de dic. de 1986 y no ha conferido al Tribunal de Apelación el poder de aplazar la ejecución de una decisión de carácter no jurisdiccional objeto de un recurso al que se niega todo efecto suspensivo, y ello sea cual sea la gravedad de las consecuencias de la ejecución de la decisión y la seriedad de los motivos alegados contra ella;

22. *Considerando que, habida cuenta de la naturaleza no jurisdiccional del Consejo de la Competencia, del alcance de las órdenes conminatorias y de la gravedad de las sanciones pecuniarias que éste puede imponer, el derecho del que goza el justiciable que interpone un recurso contra una decisión de dicho organismo a solicitar y obtener, en*

*su caso, la suspensión provisional de la ejecución de la decisión recurrida constituye una garantía esencial de los derechos de la defensa;*

23. Considerando, en consecuencia, que las disposiciones del artículo 2 de la ley objeto de examen no son conformes a la Constitución; que, al no poderse separar de éstas las disposiciones del artículo 1, procede declarar la inconstitucionalidad de la ley en su conjunto;

*Sobre las disposiciones del Decreto-Legislativo de 1 de dic. de 1986:*

24. Considerando que, en principio, no está excluido que la ratificación de la totalidad o de una parte de las disposiciones de uno de los decretos-legislativos previstos en el artículo 38 de la Constitución pueda resultar de una ley que, sin tener dicha ratificación por objeto directo, la implica necesariamente; que, al someterse al control del Consejo Constitucional una ley de esta naturaleza, le corresponde decidir si la ley conlleva efectivamente la ratificación de la totalidad o de una parte de las disposiciones del decreto-legislativo en cuestión y, en caso afirmativo, si las disposiciones a las que la ratificación confiere valor legal son, o no, conformes a la Constitución;

25. Considerando, empero, que en este caso la declaración de no conformidad con la Constitución, que por las razones anteriormente expuestas debe pronunciarse contra la ley objeto del presente examen, priva de todo efecto a la misma; que, por consiguiente, de todos modos, el Decreto-Ley de 1 de dic. de 1986 es y seguirá siendo en su totalidad, hasta que se apruebe una ley convalidándolo, una norma de carácter reglamentario cuya validez jurídica no puede ser enjuiciada por el Consejo Constitucional;

Decide:

*Artículo primero.* La ley que transfiere a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las decisiones del Consejo de la Competencia es contraria a la Constitución.

## OBSERVACIONES

- 1 A pesar de emanar del Consejo Constitucional y no de una jurisdicción administrativa, la decisión de 23 de ene. de 1987 es primordialmente de interés para la jurisprudencia administrativa.

Una ley de 2 de jul. de 1986 habilitaba al gobierno a modificar o derogar, mediante decreto-ley y en las condiciones previstas en el artículo 38 de la Constitución, «ciertas disposiciones de la legislación económica relativas a los precios y a la competencia» con vistas a definir «un nuevo derecho de la competencia». Sobre esta base, el Decreto-Ley de 1 de dic. de 1986 creó, en particular, un organismo administrativo, el Consejo de la Competencia, dotándolo de importantes poderes en todo lo relacionado con la represión de las prácticas contrarias a la libre competencia. En particular, este Consejo de la Competencia tiene el poder de imponer sanciones pecuniarias. En su redacción inicial, el decreto-ley disponía que las decisiones del Consejo de la Competencia podían ser objeto de un recurso de plena jurisdicción ante el Consejo de Estado interpuesto por la empresa sancionada o el Ministro de Economía.

Pero, poco después de la publicación del decreto-ley, a iniciativa de varios diputados, el Parlamento aprobó una ley otorgando competencia al Tribunal de Apelación de París para conocer de las decisiones del Consejo de la Competencia. Ahora bien, nada más ser votada y antes de su promulgación, esta ley fue recurrida por más de sesenta diputados ante el Consejo Constitucional, alegando que vulneraba tanto el principio de separación de poderes consagrado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como de las disposiciones de la ley de fecha 16 y 24 de ago. de 1790 sobre la organización judicial.

El mayor interés de la decisión dictada por el Consejo Constitucional radica en la respuesta dada a esta argumentación, aunque su importancia también estriba en la aplicación que hace del principio de los derechos de la defensa.

**I.** La respuesta dada por el Consejo Constitucional a la argumentación de los diputados que interpusieron el recuso ante él se articula en torno a cuatro puntos.

- 2** **A.** El punto de partida del razonamiento del juez constitucional consistió en afirmar que «las disposiciones de los artículos 10 y 13 de la ley de fecha 16 y 24 de agosto de 1790 y del Decreto de 16 de Fructidor del año III, que sentaron en su generalidad el principio de separación de los poderes ejecutivo y judicial, no tienen valor constitucional en sí mismas».

Así pues, se niega que el principio de la separación de poderes pueda tener valor constitucional, al menos «en su generalidad». Esto implica que este principio no es necesariamente un corolario del principio de separación de poderes proclamado en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y cuyo valor constitucional había sido anteriormente reconocido por el Consejo Constitucional (cf. n.º 79-104 DC, 23 de mayo de 1979, Rec. 27; RD publ. 1979.1695, nota Favoreu; D. 1981.IR.363, obs. L. Hamon).

La prohibición impuesta a los tribunales ordinarios de perturbar las operaciones de los cuerpos administrativos o de conocer los actos de la Administración deriva de textos que tienen formalmente valor legislativo (artículo 13 de la ley de fecha 16-24 de agosto de 1790 y Decreto de 16 de Fructidor del Año III). Así pues, estos textos no tienen en sí mismos valor constitucional. Como mucho, pueden ser origen de una tradición legislativa que permite deducir un principio fundamental reconocido por las leyes de la República en el sentido que ha dado a este concepto el Preámbulo de la Constitución de 1946, al que remite el Preámbulo de la Constitución de 1958.

3

B. La segunda motivación del fallo del Consejo Constitucional se sitúa precisamente en esta perspectiva. En efecto, para el Consejo Constitucional, «de conformidad con la concepción francesa de la separación de poderes, figura entre los *“principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”* aquél según el cual, a excepción de las materias reservadas por su naturaleza a la autoridad judicial, compete en última instancia a la jurisdicción administrativa la anulación o la modificación de las decisiones adoptadas, en el ejercicio de las prerrogativas de poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las entidades territoriales de la República o los organismos públicos sujetos a su autoridad o control».

Esta motivación evidencia tanto el fundamento constitucional de la competencia de la jurisdicción administrativa como el alcance que reviste en el plano constitucional dicha competencia.

1.º) El fundamento constitucional de la competencia del juez administrativo procede de una doble relación.

En primer lugar, se hace referencia «a la concepción francesa de la separación de poderes». El juez constitucional constata aquí el hecho de que si bien es cierto que la separación de los poderes ejecutivo y judicial no es necesariamente consecuencia de la separación de po-

deres, sí existe en la tradición jurídica francesa una filiación entre ambas nociones. Es justamente la referencia a dicha tradición lo que ha permitido al Consejo Constitucional relacionar la competencia del juez administrativo de control de la legalidad de los actos administrativos con los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República». Hallamos un concepto semejante en el Preámbulo de la Constitución de 1946, en virtud del cual el pueblo francés reafirmó «solemnemente los derechos y las libertades del Hombre y del Ciudadano consagrados por la Declaración de Derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República».

Desde 1956, la jurisprudencia del Consejo de Estado hizo figurar entre dichos principios la libertad de asociación (CE, As., 11 de jul. de 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Rec. 317; AJ 1956.II.400, cr. Fournier y Braibant). Por su parte, y antes incluso de su decisión de 23 de ene. de 1987, el Consejo Constitucional colocó especialmente, entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, no sólo la libertad de asociación (decisión *n.º 71-44 DC*, 16 jul. 1971, Rec. 29), sino también la libertad de enseñanza (*n.º 77-87 DC*, 23 nov. 1977, Rec. 42), el principio de los derechos de la defensa (*n.º 76-70 DC*, 2 dic. 1976, Rec. 39), la independencia de la jurisdicción administrativa, que la decisión *n.º 80-119 DC de 22 de julio de 1980* (Rec. 46) conecta con las disposiciones de la Ley de 24 de mayo de 1872 que sustituyeron la justicia retenida por la justicia delegada, así como el principio de la independencia de los profesores de enseñanza superior (*n.º 83-165 DC*, 20 ene 1984, Rec. 30).

De este modo, el principio fundamental reconocido por las leyes de la República se presenta como un principio esencial sentado por el legislador republicano, que se refiere al ejercicio de los derechos y de las libertades y que se ha aplicado con una constancia suficiente en la legislación anterior a la Constitución de 27 de oct. de 1946. La jurisprudencia posterior ha admitido que tal principio puede estar igualmente relacionado con «la soberanía nacional» o con «la organización de los poderes públicos» (*cfr.* nuestras obs. sobre la sentencia *Koné\**).

No cabe duda de que, en la perspectiva trazada por la jurisprudencia constitucional, la existencia misma de una jurisdicción administrativa competente para anular los actos ilegales de los poderes públicos constituye una garantía para la defensa de los derechos y libertades de las personas.

2.º) La decisión precisa el contenido del principio que sienta. A este respecto, cabe destacar dos puntos.

De un lado, la decisión pone de manifiesto las «materias que están reservadas por su naturaleza a la autoridad judicial». Hay aquí una remisión global a las reglas de reparto de competencias entre los dos órdenes jurisdiccionales que tradicionalmente dan prioridad a la competencia de los tribunales ordinarios en los ámbitos relacionados con las libertades individuales, el derecho de propiedad, el estado y la capacidad de las personas, así como el funcionamiento de los servicios judiciales. Para el Consejo de Estado, la protección de la vida privada no entra «naturalmente» dentro de la competencia exclusiva de los tribunales ordinarios (CE 27 abr. 2011, *Fedida et autres*, Rec. 176).

De otro, y más fundamentalmente, la decisión identifica el ámbito de competencia específica de la jurisdicción administrativa con la ayuda de criterios orgánicos y formales. Corresponde a la jurisdicción administrativa, en virtud de un principio de valor constitucional, pronunciarse exclusivamente sobre los recursos contenciosos que tienden a la anulación o a la modificación de las decisiones adoptadas «por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos sujetos a su autoridad o control» (criterio orgánico) «en el ejercicio de prerrogativas de poder público» (criterio formal).

Ahora bien, la primacía que se otorga a los criterios orgánicos y formales no implica que estos últimos deban desempeñar una función exclusiva en el reparto de competencias. El análisis que hace el Consejo Constitucional se sitúa únicamente en un plano constitucional, sin excluir en absoluto que otros criterios de competencia, como la noción de servicio público, puedan tener aplicación fuera de la idea de poder público.

- 4 C. Una vez afirmada como principio de valor constitucional, la existencia misma de la jurisdicción administrativa y su competencia propia, el Consejo Constitucional reconoce al legislador la posibilidad de regular los perfiles del principio. Es lo que se indica en la decisión en los siguientes términos: «Cuando la aplicación de una ley o de un reglamento específico podría originar diversas controversias contenciosas que han de repartirse, según las normas habituales de la competencia, entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción administrativa, es potestad del legislador, en aras de una buena administración de la

justicia, unificar las normas de la competencia jurisdiccional en el seno del orden jurisdiccional más apropiado». Se trata de una potestad del legislador, no de una obligación (*n.º 2010-71 QPC, 26 nov. 2010, Rec. 343*).

- 5 D. Este elemento de flexibilidad se ha aplicado en el caso del control de las decisiones adoptadas por el Consejo de la Competencia. Sin duda, este organismo es de naturaleza administrativa y sus decisiones se analizan jurídicamente como decisiones de carácter administrativo que constituyen el ejercicio de prerrogativas exorbitantes del derecho común.

Ahora bien, como ha señalado el Consejo Constitucional, las prácticas contrarias a la competencia susceptibles de ser sancionadas por el Consejo de la Competencia, contra la empresa autora de las mismas, tienen o pueden tener prolongaciones judiciales ya que en el plano civil resultarán nulas (*cf.* art. 9 del Decreto-Ley de 1 de dic. de 1986) y constituirán una infracción penal por parte de la persona física que, fraudulentamente, desempeñó una función personal y determinante en su concepción, organización o perpetración (*cf.* art. 17).

El Consejo Constitucional ha estimado que, en estas condiciones, no es contrario al principio fundamental sentado por su decisión, una ordenación «precisa y limitada» de las reglas de competencia jurisdiccional que se vería justificada por las necesidades de una buena administración de la justicia.

- 6 II. Aun admitiendo, en el caso que nos ocupa, que la transferencia de competencia realizada por la ley no era inconstitucional, el Consejo Constitucional declaró el texto sometido a su examen contrario a la Constitución por violar los derechos de la defensa.

El principio de los derechos de la defensa fue sentado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en calidad de principio general del Derecho (*v.* nuestras obs. sobre la sentencia *Dame Vve Trompier-Gravier\**). En materia administrativa, dicho principio supone que la Administración no podrá adoptar una medida individual de una cierta gravedad, basada en la apreciación de una situación personal, sin oír previamente a la persona susceptible de verse perjudicada en sus intereses morales o materiales por dicha medida, salvo que ésta sea de naturaleza policial. En caso de recurso jurisdiccional, los derechos de la defensa se expresan a través del principio del carácter contradictorio del procedimiento (*v.* sentencia *Téry\**).

En su calidad de principio general del Derecho para el juez administrativo, el principio de los derechos de la defensa fue considerado por el Consejo Constitucional, en un primer estadio de su jurisprudencia, como un principio fundamental reconocido por las leyes de la República que tiene por este motivo valor constitucional.

No fue hasta más tarde cuando, con ocasión de su decisión n.º 2006-535, de *30 de marzo de 2006*, Rec. 50, se asoció dicho principio al artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre (v. n.º 51.10). En su origen, el ámbito de aplicación del principio era el mismo en la jurisprudencia constitucional y en la jurisprudencia administrativa (CC n.º 72-75 L, *21 de dic. de 1972*, Rec. 36: en materia contenciosa; CC n.º 77-83 DC, *20 jul. 1977*, Rec. 39 y n.º 80-117 DC, *22 de jul. de 1980*, Rec. 42: en materia administrativa no contenciosa). A la vista de las reglas así deducidas, no parecen criticables ni los poderes reconocidos al Consejo de la Competencia ni las vías de recurso contra sus decisiones. La imposición de una sanción por el Consejo de la Competencia no puede tener lugar sin el respeto de los derechos de la defensa. El ejercicio de un recurso contra las decisiones de este organismo da lugar a un procedimiento contradictorio.

Ahora bien, dada la magnitud de las sanciones que puede imponer el Consejo de la Competencia (multas que pueden llegar hasta 5% del volumen de negocio o 10 millones de francos si el infractor no es una empresa), el Consejo Constitucional ha estimado que el principio de los derechos de la defensa hacía necesaria la institución de un procedimiento de suspensión provisional de la ejecución de las decisiones del Consejo de la Competencia. Si bien existe un procedimiento similar ante el Consejo de Estado, tal no era el caso ante el Tribunal de Apelación de París en el supuesto previsto por la ley sometida al examen del juez constitucional, razón por la cual fue declarada inconstitucional. Con posterioridad a la decisión, una ley de 6 de jul. de 1987 confirió competencia al Tribunal de Apelación de París, aunque esta vez instituyendo ante dicho tribunal un procedimiento de suspensión provisional de la ejecución de las decisiones del Consejo de la Competencia.

**III.** La posición adoptada por el Consejo Constitucional sobre el problema del reparto de competencias entre los dos órdenes jurisdiccionales ha tenido dos repercusiones importantes.

7

A. Se planteó la cuestión de saber hasta dónde se extendía la competencia del Consejo de la Competencia y del Tribunal de Apelación

de París con respecto a las personas públicas. El cambio por la ciudad de Pamiers de la empresa encargada de la gestión del servicio público municipal de distribución de agua potable fue el origen de un contencioso que permitió dar respuesta a esta cuestión. La *Société d'exploitation et de distribution d'eau* (SAEDE), que se encargaba de este servicio en el marco de un contrato de gestión, impugnó la resolución del pleno del ayuntamiento por la que se encomendaba mediante un contrato de arrendamiento dicho servicio a la *Société lyonnaise des eaux*, por medio de dos acciones: una ante el Tribunal Administrativo de Toulouse y otra ante el Consejo de la Competencia. Ante este último se pedía, de un lado, la adopción de medidas cautelares y, de otro, la anulación del contrato de arrendamiento suscrito entre la ciudad de Pamiers y *Société lyonnaise des eaux*. El Consejo de la Competencia estimó que no figuraba entre sus competencias conocer de las resoluciones de un pleno municipal por el que se decidía formalizar un contrato de arrendamiento. Dicha decisión no tenía, en efecto, el carácter de un acto de producción, distribución o servicio incluido en el ámbito de aplicación de las disposiciones del artículo 53 del Decreto-Ley de 1 de diciembre de 1986, que establecía el campo de aplicación de dicha norma.

En cuanto a las medidas cautelares, mediante sentencia de 30 de jun. de 1988, el Tribunal de Apelación de París decidió, por el contrario, restablecer el contrato que vinculaba a SAEDE con la ciudad de Pamiers, suscitando una gran controversia doctrinal (*cf.*: París Sala Primera, 30 de jun. de 1988, Gaz. Pal. 1988.2.656, notas Richer y Marchi; AJ 1988.744, nota Bazex; LPA 20 de jul. de 1988, obs. Sélinisky; RFDA 1989.80, nota Chapus; *cf.*: también los estudios de la señora Boutard-Labarde, Gaz. Pal. 1988, Doct. 2733; Llorens y Soler-Couteaux, D. 1989, cr. 67 y P. Bouzat, RTD com. 1989.167).

Al elevarse posteriormente el conflicto ante el Tribunal de Conflictos, éste se pronunció a favor de la competencia administrativa en su sentencia de 6 de jun. de 1989, *Préfet de la région Île-de-France*, Rec. 293, dictada de conformidad con las conclusiones del Comisario del Gobierno Stirn (RFDA 1989.457 y Gaz. Pal. 1989.2.582) y que fue profusamente comentada por la doctrina (AJ 1989.431, cr. Honorat y Baptiste; AJ 1989.467, nota Bazex; JCP 1990.II.21395 nota Terneyre; Juris. PTT, n.º 18 p. 71 nota Courtois; RD publ. 1989.1780, nota Y. Gaudemet; D 1990. SC/101, obs. Gavalda y Lucas de Leyssac).

Para al Alto Tribunal, del artículo 53 del Decreto-Ley de 1 de dic. de 1986 se desprende que las reglas ahí definidas no se aplican a las

personas públicas «en tanto en cuanto no desarrollen actividades de producción, distribución y servicio». Ahora bien, según la decisión, quedan fuera del ámbito de aplicación de estas disposiciones tanto «la organización del servicio público de distribución de agua a la que precede el ayuntamiento», como «el acto jurídico de restitución de la ejecución de este servicio» que no es, en sí mismo, «susceptible de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado». Por consiguiente, «incumbe solo a las jurisdicciones del orden interesado», es decir, del orden administrativo, comprobar la validez del acto de restitución del servicio a la vista de las disposiciones del artículo 9 del decreto-ley que sancionan con nulidad los contratos que tienen por objeto una práctica prohibida. Tal y como destacaba en sus conclusiones el Comisario del Gobierno Stirn, la competencia judicial cesa cuando las personas públicas «hacen uso de las prerrogativas de poder público de que disponen para el desempeño de sus misiones de servicio público».

- 8 El Tribunal de Conflictos confirmó más tarde su posición a propósito del ejercicio por la Liga Nacional de Fútbol de prerrogativas de poder público (TC 4 de nov. de 1996, *Société Datasport c/ Ligue nationale de football*, Rec. 552; JCP 1997.II.22802, concl. Arrighi de Casanova; AJ 1997.203, cr. Chauvaux y Girardot), así como del uso hecho por el organismo «Aéroports de Paris» de prerrogativas de poder público para la gestión del dominio público afectado al mismo (TC 18 de oct. de 1999, *Aéroports de Paris*, Rec. 469, concl. Schwartz; JCP 2000.II.10143 y CJEG 2000.18, concl.; AJ 1999.996, cr. Guyomar y Collin, y 1029, nota Bazex; RFDA 2000.567, nota Laidié; LPA 27 abr 2000, nota Guedj).

Esta última solución deberá sin duda ser objeto de un reexamen debido a la transformación del organismo «Aéroports de Paris» en sociedad anónima y a la recalificación del dominio público afectado al mismo en virtud de una ley de 20 de abr. de 2005, sin que se haya suprimido, no obstante, el servicio público aeroportuario.

Sea como fuere, el derecho de la competencia no puede ser aplicado sin matices a los servicios públicos. La Sala de lo Mercantil del Tribunal de Casación lo recordó en una sentencia de 12 de dic. de 1995 (Bull. IV, n.º 301, p. 276; v. n.º 95.6), que anuló una sentencia del Tribunal de Apelación de París en la que se había considerado como un abuso de posición dominante el hecho de que *Météorologie nationale* se negara a remitir los mensajes de asistencia meteorológica a la nave-

gación aérea destinados a los pilotos, a una sociedad que pretendía utilizarlos en el mercado de la información meteorológica dirigido al gran público.

- 9 B. Por su parte, el Consejo Constitucional tuvo ocasión de aplicar varias veces los principios sentados en la decisión de 23 de ene. de 1987 y, en particular, a propósito de una ley relativa a las condiciones de entrada y residencia de extranjeros en Francia, que dio lugar a la decisión *n.º 89- 261 DC de 28 de jul. de 1989* (Rec. 81; RFDA 1989. 621, nota Genevois; AJ 1989. 619, nota J. Chevallier; D 1990. 161, nota Prétot).

La ley sometida al examen del juez constitucional había otorgado competencia al Tribunal de Gran Instancia para anular las órdenes en virtud de las cuales el prefecto ordenaba expulsar a los extranjeros en situación irregular. El Consejo Constitucional, retomando los principios que él mismo había sentado en su decisión de 23 de ene. de 1987 censuró esta atribución de competencia sobre el fundamento de que, al tratarse del uso por una autoridad que ejercía el poder ejecutivo o por uno de sus agentes de prerrogativas de poder público, los recursos tendentes a la anulación de las decisiones administrativas referentes a la entrada y estancia en Francia de extranjeros son competencia de la jurisdicción administrativa.

## 85. REGLAMENTOS ILEGALES. DEROGACIÓN. DIRECTIVAS COMUNITARIAS

Consejo de Estado As., 3 de febrero de 1989,  
*Compagnie Alitalia*

(Rec. 44; RFDA 1989.391, concl. Chahid-Nourai, notas Beaud y Dubouis; AJ 1989.387, nota Fouquet, y 2014.99, nota Guyomar y Collin; RTDE 1989.509, nota Vergès)

*Considerando que la autoridad competente ante la que se presenta una solicitud de derogación de un reglamento ilegal está obligada a pronunciarse sobre dicha solicitud, ya sea declarando que el reglamento era ilegal desde la fecha de su publicación, o bien que la ilegalidad sobrevino después como resultado de circunstancias de derecho o de hecho posteriores a dicha fecha; que con arreglo a las disposiciones del artículo 3 del Decreto de 28 de nov. de 1983 sobre las relaciones entre la Administración y los usuarios, que se inspiran en dicho principio, la compañía Alitalia solicitó el 2 de ago. de 1985 al Primer Ministro la derogación del artículo 1 del Decreto n.º 67-604, de 27 de jul. de 1967, codificado en el artículo 230 del Anexo II del Código General Tributario, y de los artículos 25 y 26 del Decreto n.º 79-1163, de 29 de dic. de 1979, codificados en los artículos 236 y 238 del Anexo II del Código General Tributario, alegando que sus disposiciones, en cuanto al primero, ya no serían, total o parcialmente, compatibles con los objetivos definidos por la Sexta Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas y, en cuanto a los segundos, serían contrarias a dichos objetivos; que el Primer Ministro no respondió a dicha solicitud en el plazo de cuatro meses, hecho que se interpreta como una decisión implícita de denegación, siendo ésta recurrida por la compañía Alitalia por exceso de poder dentro del plazo establecido para los recursos contenciosos;*

*Considerando que resulta claramente de las disposiciones del artículo 189 del Tratado de 25 de marzo de 1957 que las directivas del Consejo de la Comunidades Económicas Europeas son vinculantes para los Estados miembros «en cuanto al resultado que ha de conseguirse»; que si bien es cierto que, para conseguir este resultado, las autoridades nacionales que están obligadas a adaptar sus leyes y reglamentos a las directivas que reciben, siguen siendo las únicas com-*

*petentes para decidir de qué forma dar ejecución a dichas directivas y para fijar ellas mismas, bajo el control de los tribunales nacionales, los medios adecuados para que generen sus efectos en el derecho interno, no estando legalmente autorizadas dichas autoridades, una vez hayan vencido los plazos acordados, para mantener las disposiciones reglamentarias que ya no sean compatibles con los objetivos definidos por las directivas de que se trate, ni para dictar disposiciones reglamentarias que sean contrarias a dichos objetivos;*

Considerando que si bien las disposiciones del artículo 230 del Anexo II del Código General Tributario, al igual que las de los artículos 236 y 238 del mismo anexo, fueron promulgadas al amparo del párrafo primero del artículo 273 del Código General Tributario, puesto en vigor por la ley de 6 de ene. de 1966, la demanda de la compañía Alitalia no tiene por objeto, contrariamente a lo que sostiene el Primer Ministro, solicitar al juez administrativo que examine la conformidad de una ley nacional con respecto a los objetivos contenidos en una directiva, sino que tiende únicamente a instarle a que controle la compatibilidad con respecto a dichos objetivos de las decisiones adoptadas por el poder reglamentario, sobre la base de una habilitación legislativa, de tal modo que la directiva en cuestión surta efecto en el Derecho interno;

Considerando que de cuanto antecede se desprende que el Primer Ministro declinó ilegalmente, dentro de los límites arriba precisados, pronunciarse sobre la demanda de la compañía Alitalia instando la derogación del artículo 1 del Decreto de 27 de jul. de 1967 y de los artículos 25 y 26 del Decreto de 29 de dic. de 1979;... (anulación de la decisión impugnada en tanto que dicha decisión deniega la derogación: – del artículo 1 del Decreto de 27 de jul. de 1967; – del artículo 25 del Decreto de 29 de dic. de 1979; – del artículo 26 del mismo decreto; desestimación de las demás pretensiones).

## OBSERVACIONES

- 1 El Código General Tributario (artículos 230, 236 y 238 del Anexo II), en disposiciones derivadas respectivamente las primeras de un Decreto de 27 de jul. de 1967 y las otras dos de un Decreto de 29 de dic. de 1979, limitaba la posibilidad de deducción del impuesto sobre el valor añadido.

Ahora bien, la Sexta Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia del impuesto sobre sociedades, aprobada el 17 de mayo de 1977, preveía la deducción del IVA en concepto de bienes entregados y servicios prestados al sujeto pasivo en el marco de sus actividades profesionales, y restringía el número de exclusiones del derecho de deducción que podía establecerse en la normativas nacionales. Imponía, además, a los Estados miembros la obligación de adaptar antes del 1 de ene. de 1978 su régimen de IVA a sus propias disposiciones. La Novena Directiva, de 26 de jun. de 1978, amplió dicho plazo hasta el 1 de ene. de 1979.

Posteriormente a esta fecha, la administración tributaria francesa denegó a la compañía Alitalia, al igual que a otras compañías aéreas, amparándose en disposiciones del Código General Tributario, el reembolso del IVA en concepto de servicios prestados a pasajeros en tránsito. Tras lo cual, Alitalia inició un procedimiento contencioso fiscal.

También utilizó otra vía, amparándose en el artículo 3 del Decreto de 28 de nov. de 1983 sobre las relaciones entre la Administración y sus usuarios, que dispone lo siguiente: «la autoridad competente tendrá que pronunciarse sobre cualquier demanda instando la derogación de un reglamento ilegal, o bien porque dicho reglamento fuera ilegal desde la fecha de su publicación, o porque su ilegalidad fuera resultado de circunstancias de derecho o de hecho posteriores a dicha fecha».

Alegando que los artículos 230 y 238 del Anexo II del CGI eran ilegales con arreglo a las directivas comunitarias, la compañía solicitó al Primer Ministro su derogación. El silencio del Primer Ministro durante cuatro meses con respecto a dicha solicitud equivalía a una decisión desestimatoria. Ésta es la decisión que la compañía recurre ante el Consejo de Estado por la vía del recurso por exceso de poder.

Este caso suscitaba dos cuestiones: la de la obligación que incumbe a la Administración de pronunciarse sobre una demanda de derogación de un reglamento ilegal; así como la obligación de la Administración de aplicar las directivas comunitarias.

- 2 La solución dada a la segunda cuestión contribuyó a reforzar la autoridad de las directivas (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Mme Perreux\** de 30 de oct. de 2009). Pudo darse gracias a la respuesta aportada a la primera, donde se reconocía *la obligación que incumbe a la Administración de pronunciarse sobre una demanda de derogación*

de un reglamento ilegal. Tras varios *precedentes* (I), fue objeto de un *principio* (II) y luego de una ampliación (III).

I. Los *precedentes* fueron primeramente jurisprudenciales y llegaron por vía reglamentaria.

A. El Consejo de Estado ya había admitido, en la sentencia *Despujol\** de 10 de ene. de 1930, que en caso de *cambio en las circunstancias* que habían motivado un reglamento, cualquier interesado podía solicitar a su autor que lo modificara o lo derogara y, en caso de denegación, podía recurrir al juez del exceso de poder; la jurisprudencia posterior precisaría y matizaría el contenido y el alcance de esta solución (v. nuestras obs.).

También se plantea la obligación de derogar un reglamento cuando éste es *ilegal desde el momento de su firma*.

Esta ilegalidad no se sanciona solamente mediante una anulación pronunciada por el juez del exceso de poder. El Consejo de Estado reconoció, hace tiempo, que la excepción de ilegalidad contra los reglamentos es perpetua (CE 24 de ene. de 1902, *Avezard*, Rec. 44) y, más recientemente, que la Administración debe abstenerse de oficio de aplicar un reglamento ilegal (CE, Secc., 14 de nov. de 1958, *Ponard*, Rec. 554) y, *a fortiori*, que no comete ninguna ilegalidad no aplicándolo (CE, Secc., 3 de ene. de 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, Rec. 10). Con todo, esto no significa que la declaración de ilegalidad tenga por efecto hacer desaparecer el reglamento objeto de la misma (CE, Secc., 28 de abr. de 2014, *Anschling*, Rec. 96; v. n° 57.7).

De ahí el interés en reconocer el derecho de los administrados a solicitar la derogación y el deber de la Administración de atender su solicitud.

3 No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a este asunto no ha sido del todo clara. Primero consideró que la Administración no estaba obligada, una vez vencido el plazo del recurso, a derogar un reglamento ilegal (Secc. 6 de nov. de 1959, *Coopérative laitière de Belfort*, Rec. 581). Seguidamente, falló «que el autor de un reglamento ilegal o su superior jerárquico, ante el que se interponga una solicitud instando la derogación de dicho reglamento, está obligado a responder a la misma» (12 de mayo de 1976, *Leboucher y Tardon*, Rec. 246; AJ 1977.261, nota Ceoara; CJEG 1976.167, nota Virole). Sin embargo, una sentencia de Sección de 30 de ene. de 1981,

*Ministre du travail et de la participation c/ Société Afrique France Europe transaction* (Rec. 32, concl. Hagelsteen; AJ 1981.245, cr. Feffer y Pinault; D. 1981.IR.277 obs. P. D.; D. 1982.37, nota J.-M. Auby; Dr. ouvr. 1981.265, nota Loschak) limitó el alcance de esta fórmula: los administrados no tienen derecho a instar la derogación del reglamento una vez vencido el plazo del recurso. Así pues, fue la consideración de dicho plazo lo que llevo al Consejo de Estado a excluir la obligación de atender una solicitud de derogación de un reglamento ilegal *ab initio*.

Cabe observar una cierta contradicción: la excepción de ilegalidad contra un reglamento es perpetua, la obligación de derogarlo, no; la ilegalidad de un reglamento debido a un cambio de circunstancias obliga a la Administración a satisfacer una solicitud de derogación, su ilegalidad inicial impone esta obligación solo si la demanda se presenta dentro del plazo del recurso.

- 4 B. El Decreto de 28 de nov. de 1983 quiso cambiar esta jurisprudencia al obligar a la Administración a responder, *sin condición de plazo*, a cualquier solicitud de derogación de un reglamento ilegal, tanto si dicha ilegalidad se aprecia *ab initio* como si sobrevino después como resultado de un cambio de circunstancias.

Dicho decreto, adoptado en Consejo de Ministros, planteaba él mismo un problema de legalidad: el Presidente de la República, en el ejercicio de su poder reglamentario, ¿puede imponer tal obligación? La cuestión se desdoblaba.

El decreto se refiere a cualquier autoridad competente, sin distinción, y, por consiguiente, tanto a los órganos de las colectividades locales como a los de la administración central del Estado. Ahora bien, a tenor del artículo 34 de la Constitución, «los principios fundamentales de la libre administración de las colectividades locales» solo pueden determinarse por ley.

En términos más generales, ¿puede el poder reglamentario cuestionar una solución sentada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, siendo el Consejo de Estado quien controla el ejercicio del poder reglamentario (v. nuestras obs. sobre la sentencia CE 26 de jun. de 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*\*)?

El caso *Alitalia* permitió al Comisario del Gobierno, señor Chahid-Nourai, plantear la cuestión ante la asamblea de lo contencioso, y a ésta resolverla mediante el reconocimiento de un auténtico principio.

5           **II.** La sentencia usa casi los mismos términos que el artículo 3 del Decreto de 28 de nov. de 1983. Pero los eleva al nivel de un *principio* cuyo contenido debe ser precisado.

A. Evidentemente, no es la primera vez que el Consejo de Estado reconoce la existencia de un principio: la fórmula de los principios generales de Derecho se utiliza desde hace mucho tiempo (v. nuestra obs. sobre la sentencia 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire\**).

Se observará que la sentencia *Alitalia* habla, no de principio general del Derecho, como hacen otras sentencias (por ej., CE 26 de jun. de 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils\**), sino de principio a secas. Con todo, la característica de un principio, general o no, es siempre la misma: se impone independientemente de que exista una norma y, de existir ésta, por encima de ella.

Un ejemplo peculiar de tal principio es la manera en que se reconoce el principio de la obligación de atender una demanda de derogación de un reglamento ilegal. En primer lugar, la sentencia formula el principio, para seguidamente considerar que las disposiciones del artículo 3 del Decreto de 28 de nov. de 1983 están inspiradas en el mismo. Al ser el principio anterior al decreto, esta norma no hace sino recordarlo. Aquí el razonamiento es inverso al que llevó, en otros ámbitos, a reconocer la existencia de principios a partir de textos.

La formulación del principio permite al mismo tiempo determinar su valor. Es cierto que en la sentencia no se indica expresamente, pero su redacción lo implica necesariamente. El propio uso de la palabra «principio» no es fortuito: si la sentencia hubiera hablado de «norma», la norma expresada solo habría tenido un valor normativo; sin embargo, un principio se sitúa en un nivel más elevado (el Comisario del Gobierno reconocía expresamente su valor legislativo).

Si las disposiciones del decreto hubieran contradicho una norma superior al mismo, habrían sido ilegales. Al no hacer sino retomar un principio preexistente, las disposiciones son legales; incluso podría decirse que son superfluas, ya que no añaden nada al estado del Derecho preexistente. Por lo demás, el Decreto de 28 de nov. de 1983 está actualmente derogado.

6           B. La afirmación del principio no dejaba de ser necesaria habida cuenta de las incertidumbres e incluso contradicciones observadas en la jurisprudencia anterior.

De ahora en adelante, la obligación de dar curso a una demanda de derogación de un *reglamento* ilegal no plantea duda alguna. Según la sentencia, se impone:

- a propósito de la derogación (es decir, la supresión del acto para el futuro), no de la revocación (es decir, su supresión retroactiva) (v. nuestras obs. sobre la sentencia de 26 de oct. de 2001, *Ternon\**);
- si se ha formulado una solicitud ante la Administración; no está escrito que ésta tenga obligación de derogar espontáneamente un reglamento ilegal; pero sí puede derogar *motu proprio* cualquier reglamento, sin que importe que sea legal o ilegal;
- si el reglamento es ilegal, pero sin que pueda determinarse que dicha ilegalidad afecta al reglamento desde su firma, o bien se debe a un cambio de circunstancia;
- sin consideración de plazo: la demanda puede y debe ser presentada en todo momento (en cambio, la demanda de revocación, al igual que la propia revocación, está sujeta a plazo; v. *Ternon\**).

7 **III.** La sentencia *Alitalia* se vio prolongada por la jurisprudencia y la legislación.

A. En primer lugar, se precisó su alcance con respecto a los *actos reglamentarios*. El Consejo de Estado sólo ha considerado admisibles los recursos contra denegaciones de derogación de reglamentos ilegales cuando los demandantes «acrediten... un interés que les legitime para instar la anulación de la decisión denegatoria» (As. 20 de dic. de 1995, *Mme Vedel et M Jannot*, Rec. 440; CJEG 1996.215 y RFDA 1996.313, concl. Delarue; AJ 1996.124, cr. Stahl y Chauvaux).

Se plantean dos dudas cuando se producen cambios con posterioridad a la aprobación del reglamento. La primera está relacionada con el efecto de la derogación, expresa o implícita, del reglamento litigioso por la autoridad que lo había emitido, con posterioridad a la interposición de una demanda dirigida contra la denegación de su derogación. Mediante la sentencia de 5 de oct. de 2007, *Ordre des avocats du barreau d'Evreux* (Rec. 411; AJ 2008.64, nota Houillon; D. A. dic. de 2007, p. 20, nota F. Melleray; JCP 2007.I.214, § 8, nota Plessix; L. P. A. 9 de jun. de 2008, nota Claeys), el Consejo de Estado (Secc.) respondió que, en principio, la solicitud deja de tener objeto, salvo «cuando esa misma autoridad retome, en un nuevo reglamento, las disposiciones que deroga, sin modificarlas o introduciendo solo modifica-

ciones puramente formales»: esta reserva permite evitar las maniobras de la Administración.

La autoridad competente para derogar el reglamento suele ser la que lo adoptó inicialmente. Pero también puede ser otra, bien porque la autoridad inicial ya no sea competente, bien porque la modificación de las reglas de competencia la haya sustituido por una autoridad nueva (CE, Secc., 30 de sept. de 2005, *Ilouane*, Rec. 402; v. n.º 102.6).

8 La sentencia CE, Secc., 30 de nov. de 1990 (*Association «Les Verts»*, Rec. 339; RFDA 1991.571, concl. Pochard; AJ 1991.114, cr. Honorat y Schwartz 2014.101, nota Touvet) amplió los principios de la sentencia *Alitalia* a los *actos no reglamentarios*: «*cualquier persona interesada podrá solicitar a la autoridad competente la derogación de una decisión ilegal no reglamentaria que no haya creado derechos, si esta decisión se ha convertido en ilegal a raíz de cambios en las circunstancias de hecho o de derecho posteriores a su aprobación*». La fórmula, retomada en la sentencia de 24 de oct. de 2012, *Commune de Saint-Ouen* (DA abr 2013, p. 22, nota Eddazi), no es exactamente idéntica a la de la sentencia *Alitalia* para los actos reglamentarios:

- sólo contempla el caso de una decisión devenida ilegal a raíz de un cambio en las circunstancias, no de una decisión ilegal desde su origen;

- se aplica únicamente a decisiones que no generan derechos: los derechos adquiridos no pueden ser puestos en entredicho (CE 30 de jun. de 2006, *Société Neuf Télécom*, Rec. 309; AJ 2006.1703, nota P. J., y 1720, nota Sée; JCP 2007.II.10177, nota Chaminade; RJEP 2007.162, nota Fontaine y Weigel).

En segundo lugar, el cambio de circunstancias que muy a menudo es lo que convierte en ilegal al reglamento inicial (v. nuestras obs. a la sentencia *Despujol\** de 10 ene 1930), puede, a la inversa, hacer legal un reglamento que no lo era originalmente: en tal supuesto, la autoridad competente «no estaría obligada a estimar» una demanda de derogación (CE 10 de oct. de 2013, *Fédération française de gymnastique*, Rec. 251; AJ 2014.213, cr. Bretonneau y Lessi; DA abr. de 2014, p. 35, nota Mauger; JCP Adm. 2014.2166, nota Baumard).

Así, cuando se le interpone una solicitud instando la derogación o la revocación de una decisión generadora de derechos ilegal, la auto-

ridad competente solo podrá admitir dicha solicitud si no ha vencido el plazo de revocación (CE 21 de ene. de 1991, *Pain*, Rec. 692).

En cambio, debe admitir la solicitud de derogación de un acto no reglamentario (individual o no), ya sea, porque dicho acto sea ilegal desde su origen, si la solicitud se presenta dentro del plazo de revocación, o bien, cuando este acto deviene ilegal a raíz de un cambio de circunstancias, si no ha generado derechos, sin sujeción a plazo.

- 9 B. El legislador amplió la jurisprudencia *Alitalia* incorporando el artículo 16-1 a la Ley de 12 de abr. de 2000, sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas, cuya redacción actual es como sigue: «*La autoridad competente estará obligada, de oficio o a instancia de una persona interesada, a derogar expresamente cualquier reglamento ilegal o sin objeto, tanto si dicha situación existe desde la publicación del reglamento como si la misma resulta de circunstancias de hecho o de derecho posteriores a esta fecha*». Este texto comporta tres innovaciones:

– la obligación de derogar se impone no sólo en caso de solicitud de una persona interesada, sino también de oficio en ausencia de solicitud;

– la obligación de derogar afecta no sólo a los reglamentos ilegales sino también a los que no tienen objeto, cuya identificación no es fácil y cuya denegación de derogación podrían constituir una ilegalidad aun cuando los reglamentos sean legales;

– la situación que conduce a la ilegalidad o a la ausencia de objeto se aprecia a la fecha de publicación del reglamento, mientras que normalmente la legalidad de un acto se aprecia en la fecha de su firma.

Con todo, la jurisprudencia *Alitalia* no se ve cuestionada en lo sustancial.

## 86. TRATADOS INTERNACIONALES. SUPREMACÍA SOBRE LA LEY

**Consejo de Estado As., 20 de octubre de 1989, *Nicolo***

(Rec. 190, concl. Frydman; concl., JCP 1989.II.21371, RFDA 1989.812, RTDE 1989.771, RGDIP 1989.1041, Rev. crit. DIP 1990.125; RUDH 1989.262; Gaz. Pal. 12-14 nov. 1989, obs. Chabanol; RJF 1989.656, nota; AJ 1989, cr. Honorat y Baptiste, 756, y nota Simon, 788; RFDA 1989.824, nota Genevois, 993, nota Favoreu, 1000, nota Dubouis; RFDA 1990.267 obs. Ruzié; LPA 15 nov. 1989, nota Gruber, 11 dic 1989, com. Lebreton, 7 feb 1990, com. Flauss; JCP 1990. I.3429, com. Calvet; Vie jud. 29 ene. – 4 feb 1990, com. Foyer; RTDE 1989.787, nota Isaac; D. 1990, cr. Kovar, 57, y nota Sabourin, J. 135; JDI, 1990.5 cr. Dehaussy; RGDIP 1990.91, nota J. Boulouis, Rev. crit. DIP 1990.139, nota Lagarde; Rev. Marché commun, 1990.384, nota Lachaume; RD publ. 1990.801, nota Touchard; AFDI 1989.91, com. Rambaud; RFDA 2014.985, art. Labetoulle; AJ 2014.100, nota Long)

*Vista la Constitución, en concreto, su artículo 55; el Tratado de 25 de marzo 1957, de fundación de la Comunidad Económica Europea; la Ley n.º 77-729, de 7 de jul. de 1977; el Código Electoral; el Decreto-Legislativo n.º 45-1708, de 31 de jul. de 1945, el Decreto n.º 53934, de 30 de sept. de 1953, y la Ley n.º 87-1127, de 31 de dic. de 1987; [...]*

Considerando que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley n.º 77-729, de 7 de jul. de 1977, sobre la elección de los representantes a la Asamblea de las Comunidades Europeas «el territorio de la República forma una circunscripción única» para la elección de los representantes franceses en el Parlamento Europeo; que, en virtud de esta disposición legal, interpretada conjuntamente con lo previsto en los artículos 2 y 72 de la Constitución de 4 de oct. de 1958, de la que resulta que los departamentos y territorios de ultramar forman parte integral de la República Francesa, dichos departamentos y territorios están necesariamente incluidos en la circunscripción única dentro de la cual se procede a la elección de los representantes de Francia en el Parlamento Europeo;

Considerando que con arreglo a los términos del artículo 227-1 del Tratado de fecha 25 de marzo de 1957 por el que se instituye la Comunidad Económica Europea: «El presente tratado se aplica... a la República Francesa»; *que las normas anteriormente mencionadas, definidas por la Ley de 7 de jul. de 1977, no son incompatibles con las claras estipulaciones del antedicho artículo 227-1 del Tratado de Roma;*

Considerando que de cuanto antecede se deduce que las personas que tienen, en virtud de las disposiciones del Capítulo I del Título I del Libro 1.º del Código Electoral, la calidad de electores en los departamentos y territorios de ultramar tienen también dicha calidad para la elección de los representantes en el Parlamento Europeo; que son igualmente elegibles, en virtud de las disposiciones del artículo LO 127 del Código Electoral, también aplicable a la elección al Parlamento Europeo en virtud del artículo 5 de la antedicha ley de 7 de jul. de 1977; que, por consiguiente, el señor Nicolo no tiene fundamento para sostener ni que la participación de los ciudadanos franceses de los departamentos y territorios de ultramar en la elección de los representantes en el Parlamento Europeo, ni que la presencia de ciertos de entre ellos en las listas de candidatos hayan viciado dicha elección; que, por lo tanto, su recurso deber ser desestimado; ... (Desestimación).

## OBSERVACIONES

- 1 De una manera incidental y aparentemente anodina, la sentencia *Nicolo* marca una etapa decisiva en la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa al lugar respectivo de leyes y tratados dentro del ordenamiento jurídico interno. Se trata de una cuestión compleja que se ha planteado en numerosos países y ha recibido respuestas variadas.

El contencioso de la designación de representantes de Francia en la Asamblea de las Comunidades Europeas que, a raíz del Acta Única Europea, se convertiría en el Parlamento Europeo, es competencia directa del Consejo de Estado en virtud de la Ley n.º 77-729, de 7 de jul. de 1977. Esta ley fijó las modalidades de aplicación de un modo de elección por sufragio universal que tiene su origen en un compromiso internacional cuya aprobación fue autorizada por una ley de 30 de jun. de 1977.

El señor Nicolo, actuando en su calidad de elector, impugnó la regularidad del proceso electoral que tuvo lugar el 18 de jun. de 1989 debido a la participación en la votación de ciudadanos franceses de los departamentos y territorios de ultramar. En opinión del demandante, tal participación constituía una violación tanto de la ley de 7 jul. de 1977 como del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 ya que, según él, este último sólo resulta aplicable en el territorio europeo de Francia.

Como señaló en sus conclusiones el Comisario del Gobierno Frydman, tal argumentación no resiste un análisis serio. De un lado, en la ley de 7 de jul. de 1977 se establecía que «el territorio de la República forma una circunscripción única», lo cual englobaba, en virtud de la Constitución de 1958, a los departamentos y territorios de ultramar. De otro, el Tratado de Roma se aplica, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 227-1, retomado por el art. 52 del Tratado de la Unión Europea «a la República Francesa»; si los párrafos 2 y 3 del art. 227, cuya sustancia figura en el artículo 355 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sometieron a los departamentos y los territorios de ultramar a reglas particulares, no excluyen en absoluto a estas entidades territoriales del ámbito de aplicación del tratado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también se ha pronunciado en este sentido (TJCE 10 de oct. de 1978, *Hansen*, caso 148/77, Rec. 1787; 26 marzo de 1987, *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*, asunto 58/86, D. 1987.564, nota Simon y Soler-Couteaux).

Ahora bien, aun sin estar fundada, la argumentación del demandante planteaba una dificultad en el plano de la motivación. ¿Debía el Consejo de Estado desestimar el recurso interpuesto ante él basándose únicamente en la ley del 7 de jul. de 1977 sin entrar a examinar su compatibilidad con el Tratado de Roma, en línea con su jurisprudencia anterior, o bien procedía innovar, como proponía el señor Frydman, «por considerar que esta ley no era aplicable precisamente por no ser conforme a dicho tratado»?

Toda la importancia de la decisión estriba en que el Consejo de Estado siguió a su Comisario del Gobierno al aceptar la eventualidad de excluir la aplicación de una ley que sería incompatible con un tratado, aun cuando esta ley fuera posterior al mismo.

La solución que consagra la sentencia *Nicolo* rompe con una jurisprudencia a la que el Consejo de Estado parecía muy apegado. Ahora bien, como atestiguan las conclusiones del Comisario del Gobierno,

esta ruptura se produjo a la vista de unas sólidas justificaciones. Hace recaer en la jurisdicción administrativa responsabilidades nuevas en un entorno jurídico renovado por el efecto sobre todo de la construcción europea.

- 2 I. La jerarquía establecida entre el tratado internacional y la ley viene definida en el artículo 55 de la Constitución, a tenor del cual: «Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte».

En la medida en que la primacía del tratado sobre la ley tiene un fundamento constitucional, el Consejo de Estado se inclinó a pensar que su respeto podía, en ciertos casos, suscitar un problema de constitucionalidad.

Sin duda, antes incluso de la sentencia *Nicolo*, el Consejo de Estado no tuvo dificultad en hacer prevalecer un tratado sobre cualquier ley anterior al mismo (CE 15 de marzo de 1972, *Dame Vve Sadok Ali*, Rec. 213). Pero, en caso de conflicto entre el tratado y una ley *posterior*, el Consejo de Estado estimaba que se hallaba ante un problema de constitucionalidad que escapaba a la competencia de la jurisdicción administrativa. En efecto, en un caso así, cabría sostener que el legislador, al adoptar una ley contraria a un tratado preexistente, desconoció la jerarquía de las normas fijadas por el artículo 55 de la Constitución (CE, Secc., 1 de marzo de 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, Rec. 149; AJ 1968.235, concl. Questiaux; D. 1968.285, nota M.L.; Rev. crit. DIP 1968.516, nota R. Kovar; RTDE 1968.399, nota Constantinides-Mégret; RGDIP 1968.1128, obs. C. Rousseau; – As. 22 de oct. de 1979, *Union Démocratique du Travail*, Rec. 384; RD publ. 1980.531, concl. Hagelsteen; AJ 1980.39, nota B. G.; Mélanges Charlier, p. 131, com. Buisson y F. Hamon).

Ahora bien, el juez administrativo siempre se ha negado a ejercer el control de la constitucionalidad de la ley, por temor a entrar en conflicto con el legislador (CE, Secc., 6 de nov. de 1936, *Arrighi*, Rec. 966; v. n.º 17.4).

Consciente del hecho de que su posición no le permitía una plena aplicación del artículo 55 de la Constitución, el Consejo de Estado procuró atenuar los efectos. Cada vez que ello era posible, interpretaba que la ley posterior reservaba la aplicación de los tratados a los casos

previstos por estos últimos (por ej., CE, As., 2 de mayo de 1975, *Mathis*, Rec. 279). En particular, procedía así cuando era posible conciliar los términos de la ley posterior con el debido respeto de los tratados (CE 19 de nov. de 1986, *Société SMANOR*, Rec. 260; LPA 1 de abr. de 1987 y JCP 1987.II.20822, concl. Lasserre; AJ 1986.681, cr. Azibert y de Boisdeffre).

No obstante, en caso de conflicto irremediable entre el tratado y la ley posterior, el Consejo de Estado consideraba que no podía sino inclinarse ante la ley. Semejante actitud era además conforme a la que había adoptado durante mucho tiempo el juez ordinario (Civ. 22 de dic. de 1931, S. 1932.1.257, concl. Matter, nota Niboyet).

**II.** Por muy contundentes que sean estas consideraciones, topan con objeciones tanto en el plano jurídico como en el de la política jurisprudencial.

**3** 1.º) En el plano jurídico, la posición tradicional del Consejo de Estado quedaría en entredicho debido a la evolución de la jurisprudencia tanto del Consejo Constitucional como del Tribunal de Casación.

En un primer tiempo, en su resolución *n.º 74-54 DC de 15 de enero de 1975* (Rec. 19; GDCC, n.º 15) el Consejo Constitucional sentó el principio de que una ley contraria a un tratado no sería por ello contraria a la Constitución y, por consiguiente, rehusaba colocar a los tratados entre las normas de referencia del control de constitucionalidad de las leyes. Esta toma de posición se basa en la idea de que las decisiones que adopta en el marco de dicho control reviste un carácter absoluto y definitivo, mientras que la superioridad de los tratados sobre las leyes, afirmada por el artículo 55 de la Constitución, «presenta un carácter a la vez relativo y contingente, debido, de un lado, a que está limitada al ámbito de aplicación del tratado y, de otro, a que está subordinada a una condición de reciprocidad cuya satisfacción puede variar según el comportamiento del o de los Estados firmantes del tratado y del momento en el que deba apreciarse el respeto de dicha condición».

La doctrina dejó constancia de que este razonamiento adolecía, como escribió el profesor Rivero (AJ 1975.134), de incoherencia por cuanto el juez constitucional lo aplicó al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual no tenía ni carácter relativo, ya que crea obligaciones para el Estado frente al conjunto de personas sometidas a su jurisdicción, ni carácter contingente, puesto que se trata de un conve-

nio humanitario para el que la obligación de reciprocidad carece de objeto.

Con todo, el Consejo Constitucional confirmó más tarde su jurisprudencia ya que los tratados no son asimilables a la Constitución. Sin perjuicio de supuestos de carácter excepcional donde la Constitución precisa de antemano que una determinada norma interna deberá ajustarse a una decisión comunitaria futura (CC n.º 92-312 DC, 2 de sept. de 1992, Rec. 76; RFDA 1992.937, nota Genevois, y 1993.47, nota Picard: sobre el reconocimiento del derecho de voto y de elegibilidad en las elecciones municipales a los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad Europea) y del caso particular de las leyes que trasponen al derecho interno directivas comunitarias (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Société Arcelor Atlantique et Lorraine\**) el juez constitucional considera que si bien, en ciertos casos, la vulneración de los tratados por la ley puede plantear un problema de constitucionalidad, éste no sería sino indirecto. Además, el Consejo Constitucional, al menos en la fase de control *a priori* de la constitucionalidad de las leyes, no es el que está mejor situado para resolver, debido a la brevedad de los plazos de que dispone para resolver (un mes en principio y ocho días en caso de urgencia) y de las dificultades de interpretación inherentes a los compromisos internacionales.

La negativa del Consejo Constitucional a incluir, salvo en casos excepcionales, los tratados entre las normas de referencia del control de constitucionalidad de las leyes ha llevado a los tribunales ordinarios a declararse competentes para aplicar el Derecho comunitario y, más en general, el Derecho internacional convencional en lugar de la ley, aun cuando esta última fuera posterior a la incorporación a la legislación nacional de la norma internacional (Sala Mixta 24 de mayo de 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, D 1975.497, concl. Touffait; Gaz. Pal. 1975.2.470, concl. y nota R. C.; AJ 1975.567, nota Boulouis; JDI 1975.802, nota Ruzié; Rev. crit. DIP 1976.347, nota J. Foyer y D. Holleaux; RGDIP 1976.690, obs. C. Rousseau; Cah. dr. eur. 1975.655, nota Kovar; Rev. Marché commun sept. de 1975, com. Druesne).

Por su parte, el Consejo Constitucional ha precisado aún más su jurisprudencia. En su decisión n.º 86-216 DC, 3 de sept. de 1986 (Rec. 135; RFDA 1987.120, nota Genevois; JDI 1987.289, nota Pinto) sentó como principio que el respeto a la regla establecida por el artículo 55 de la Constitución «se impone incluso en caso de silencio de la ley» y que «incumbe a los diversos órganos del Estado velar por el cumpli-

miento» de los convenios internacionales «en el ámbito de sus respectivas competencias».

En aras del control de constitucionalidad de las leyes, el juez constitucional se ha asegurado de que el legislador no ignore de manera *directa* el artículo 55. Tal es el caso de una ley que limita el ámbito de aplicación del principio sentado por el artículo 55 únicamente a los tratados o acuerdos debidamente ratificados y no denunciados, cuando dicho artículo hace referencia al conjunto de tratados y compromisos internacionales, incluidos los que no están sujetos a ratificación (*cf.* decisión *n.º 86-216 DC* citada *ut supra*).

Sobre todo, llevando a su último extremo la lógica resultante de su decisión de 15 de ene. de 1975, el Consejo Constitucional ha estimado que, en cuanto juez electoral, está obligado a no aplicar leyes contrarias a un tratado y ello pese a que en la situación en que se hallaba su jurisprudencia antes del establecimiento de la «cuestión previa de constitucionalidad» no podía, en el contencioso electoral, apreciar por la vía de la excepción la constitucionalidad de una ley (CC 21 de oct. de 1988, *Ass. nat Val d'Oise*, 5.<sup>a</sup> *circ.*, *Rec.* 183; RFDA 1988.908, nota Genevois; AJ 1989.128, nota Wachsmann; D. 1989.285, nota F. Luchaire).

A medida que iba precisándose la jurisprudencia del Consejo Constitucional, se desarrolló progresivamente en el seno de la doctrina la idea de que el artículo 55 de la Constitución, tal y como es interpretado por el juez constitucional, habilita implícitamente al juez tanto administrativo como ordinario a garantizar el respeto de la jerarquía de las normas que se promulgan.

4 2.º) El Comisario del Gobierno instó al Consejo de Estado a hacer suyo este análisis jurídico, al tiempo que hacía igualmente hincapié en las consideraciones de oportunidad que militaban a favor de dar un giro de 180 grados en su jurisprudencia anterior.

En concreto, llamó la atención sobre el «vacío jurisdiccional» que, habida cuenta de las posiciones respectivas del Consejo de Estado y del Consejo Constitucional, lleva «a privar... de toda sanción eficaz a la violación del artículo 55 de la Constitución». Se destacó igualmente el hecho de que la divergencia existente entre el juez administrativo y el juez ordinario lleva a dotar de consecuencias inesperadas al principio de separación de los poderes ejecutivo y judicial. Además, a partir del momento en el que los tribunales ordinarios han sabido liberarse del respeto debido a la autoridad legislativa, para hacer prevale-

cer la supremacía de los tratados, resulta «paradójico ver al Consejo de Estado negarse a entrar en esta lógica por humildad frente al legislador, cuando meros juzgados de primera instancia controlan cada día, por esta vía, la validez de las leyes que están obligados a aplicar».

5 3.º) Estas consideraciones tanto jurídicas como prácticas acabaron por calar en el Consejo de Estado en la medida en que la sentencia *Nicolo* no aplica la ley de 7 de julio de 1977 hasta después de haber comprobado que no es contraria a las disposiciones del Tratado de Roma sobre la situación de los departamentos y territorios de ultramar.

Con todo, el fundamento jurídico de la solución adoptada solo aparece de manera discreta a través de la mención, en los considerandos de la decisión, del artículo 55 de la Constitución. Más tarde, fue expuesto en los siguientes términos: «en el marco de la aplicación del principio de superioridad de los tratados sobre la ley enunciado en el artículo 55 de la Constitución, incumbe al juez, a la hora de determinar el texto que debe hacer valer, atenerse a la regla de conflicto de normas establecida en dicho artículo» (CE 5 de ene. de 2005, *Melle Deprez, M. Baillard*, Rec. 1; JCP Adm. 2005.1075, concl. Chauvaux; AJ 2005.845, nota Burgorgue-Larsen; RFDA 2005.56, nota B. Bonnet; RTDE 2006.184, nota Ondoua).

III. Al aceptar hacer prevalecer el tratado sobre la ley posterior, el Consejo de Estado se vio abocado a asumir nuevas responsabilidades. Esto es así tanto con respecto al Derecho Internacional general, como al Derecho Comunitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A. A raíz de la sentencia *Nicolo*, el rango de los tratados en el orden jurídico interno fue objeto de reexamen por la jurisprudencia.

1.º) Se trataba de saber si correspondía al juez administrativo comprobar que se cumplían los requisitos de supremacía de los tratados sobre la ley establecidos en el artículo 55 de la Constitución: exigencia de una correcta ratificación y reserva de reciprocidad.

6 a) Tal y como lo había presentado la doctrina, el Consejo de Estado se vio obligado a ejercer un control sobre la *regularidad del procedimiento de incorporación de los tratados al orden jurídico interno*. La jurisprudencia tradicional excluía que el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre un contencioso, ejerciera un control sobre la re-

gularidad de la aprobación o de la ratificación de un tratado haciendo referencia al concepto de acto de gobierno (CE 5 de febr. de 1926, *Dame Caraco*, Rec. 125; v. n.º 3.9). Desde que se dictó en Asamblea la decisión de 18 de dic. de 1998 (*SARL du Parc d'activités de Blotzheim*, Rec. 483; v. n.º 3.8), el Consejo de Estado acepta controlar el respeto por el ejecutivo de las disposiciones constitucionales que exigen que, para ciertos tratados, como por ejemplo los que modifican disposiciones legales, el Parlamento autorice la ratificación.

El Consejo de Estado ha admitido incluso que pueda invocarse una irregularidad de este tipo por la vía de la excepción en el marco de un litigio en el que se ponga en entredicho la aplicación del compromiso internacional (CE, As., 5 de marzo de 2003, *Aggoun*, Rec. 77, concl. Stahl; RFDA 2003.1214 concl., nota Lachaume; AJ 2003.726, cr. Donnat y Casas; RD publ. 2004.340, com. Guettier; RGDIP 2003.492, nota Laugier-Deslandes).

- 7 b) El respeto del *requisito de reciprocidad* establecido en el artículo 55 ha planteado dificultades particulares. Ciertamente, se admite que esta condición no tiene sentido en el caso de convenios de carácter humanitario, los convenios suscritos bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho de la Unión Europea. Pero sí se plantea en otros supuestos y especialmente en el caso de los tratados bilaterales. En esta materia, después de haber adoptado durante mucho tiempo una actitud prudente que consistía, en caso de duda, en elevar con carácter previo la cuestión al ministro de Asuntos Exteriores, el Consejo de Estado se ha declarado competente para verificar él mismo este punto (CE, As., 9 jul 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, Rec. 251, concl. Dumortier; v. n.º 89.5).

- 8 2.º El Consejo de Estado ha tenido igualmente que interrogarse sobre la cuestión de saber si debía, aun cuando no lo hubiera solicitado ninguna de las partes del proceso, plantear de oficio la incompatibilidad de una ley o de un decreto con un compromiso internacional. Ha fallado que no era de orden público la compatibilidad de un texto reglamentario con las orientaciones de una directiva comunitaria (CE, Secc., 11 de ene. de 1991, *Société Morgane*, Rec. 9; RJF 1991.83; RFDA 1991.652, concl. Hagelsteen; AJ 1991.111, cr. Honorat y Schwartz; Mélanges Bon, p. 907, com. Labetoulle).

- 9 3.º La sentencia *Nicolo* ha llevado al juez a plantearse con mayor frecuencia que en el pasado si los particulares pueden alegar ante

la jurisdicción administrativa las disposiciones de un tratado internacional. Si bien, en principio, la respuesta es afirmativa (CE, As., 30 de mayo de 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. 291; RD publ. 1952.781, concl. Letourneur, nota M. Waline), se admitieron excepciones en dos series de supuestos. Una de ellas derivaba del contenido excesivamente impreciso del texto, debiéndose la otra a una presunta intención de las partes de un tratado. Este último criterio, apreciado en función de una formulación general que designa a los Estados signatarios como sujetos de obligaciones recíprocas, podía suponer un obstáculo para que pudiera ser útil, pese a su grado de precisión, invocar tales disposiciones ante el juez administrativo (CE, Secc., 23 de abr. de 1997, *GISTI*, Rec. 142, concl. Abraham; RFDA 1997-585, concl.; AJ 1997.482, cr. Chauvaux y Girardot; RGDIP 1998.208, nota Alland).

Sensible a esta paradoja, el Consejo de Estado redefinió las condiciones en las que pueden invocarse las estipulaciones de un tratado debidamente incorporado al orden jurídico interno, mediante una decisión de principio (CE, As., 11 de abr. de 2012, *GISTI, Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, Rec. 142; RFDA 2012.547, concl. Dumortier, nota Gautier; AJ 2012.729, trib. Águila y 936, cr. Domino y Bretonneau; JCP Adm. 2012.2171, nota Minet; D 2012.1712, nota B. Bonnet; DA jun. de 2012, p. 9, nota M. Gautier, y ago.-sept. de 2012, nota T. Fleury; JCP 2012.806, estudio Cassia y Robin-Olivier; RTDE 2012.928, com. Ritleng; Dr. soc. 2012.1014, nota Akandji-Kombé).

Para el Consejo de Estado, a excepción de los casos en los que se cuestione un tratado con respecto al cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga una competencia exclusiva para determinar si es de efecto directo, corresponde al juez administrativo reconocer el efecto directo de una estipulación cuando, «habida cuenta de la intención expresada por las partes y de la economía general del tratado... así como de su contenido y de sus términos, el tratado no tiene como objeto exclusivo regular las relaciones entre Estados y no requiere la adopción de ningún acto complementario para producir efectos frente a los particulares». La sentencia especifica que la ausencia de tales efectos «no puede deducirse únicamente de la circunstancia de que la estipulación designe a los Estados partes como sujetos de la obligación que define». Desde este último punto de vista, hay una ampliación mesurada del efecto directo de los tratados.

De esta manera pudo admitirse la invocabilidad del artículo 24 de la Carta Social Europea relativa a la protección del trabajador en caso de despido (CE 10 de febr. de 2014, *Fischer*; RGDIP 2014.718, nota Tranchant).

10

4.º) También se planteó el delicado problema de la compatibilidad entre distintos convenios internacionales invocados simultáneamente ante el juez.

La jurisprudencia en la materia, relativamente escasa (CE 22 de mayo de 1992, *Mme Larachi*, Rec. 203; RD publ. 1992.1793; – 21 abr. 2000, *Zaidi*, Rec. 159), se vio enriquecida con una importante decisión en la que se admitía la compatibilidad del acuerdo de 27 de mayo de 1997, concluido entre Francia y Rusia para resolver la cuestión de los préstamos rusos en la época zarista, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CE, As., 23 de dic. de 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, Rec. 623, concl. J. Boucher; RFDA 2012.1, concl.; misma revista 2012.19, *amicus curiae*, G. Guillaume; misma revista, 2012.26, nota Alland; AJ 2012.201, cr. Domino y Bretonneau; DA 2012. Étude 11, M. Gautier; RTDE 2012.929, com. Ritleng; RD publ. 2012.488, com. Pauliat).

Salvo en el supuesto de que se cuestionara «el orden jurídico integral que constituye la Unión Europea», la sentencia se niega a establecer una jerarquía entre tratados. Llega a la conclusión de que no corresponde al juez administrativo, cuando se presenta ante él un recurso contra el acto por el que se publica un tratado, pronunciarse sobre la validez del mismo a la luz de otras obligaciones internacionales asumidas por Francia. La articulación entre los tratados debe hacerse en el momento de su aplicación. En tal caso, cuando, en apoyo de la impugnación de una decisión administrativa que se adopta en aplicación de las disposiciones incondicionales de un tratado, se invoca un fundamento consistente en su incompatibilidad con las disposiciones de otro tratado, incumbe al juez administrativo, una vez haya comprobado que las estipulaciones de este otro tratado pueden invocarse ante él y que inciden en la situación del recurrente (CE 11 de abr. de 2014, *Giorgis*, Rec. 88; RFDA 2014.789, cr. Santulli), definir, en un primer momento, de conformidad con los principios del Derecho consuetudinario internacional, las modalidades de aplicación respectiva de las normas internacionales objeto de controversia, con vistas a garantizar su conciliación, interpretándolas, en su caso, a la luz de las normas y principios de valor constitucional y de principios de orden público, antes de, en un segundo momento, y en caso de dificultad insalvable de

conciliación, «*aplicar la norma internacional en el ámbito en el que pretendía ubicarse la decisión administrativa impugnada*».

- 11 5.º) Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 30 de jun. de 2000 sobre el procedimiento de urgencia ante las jurisdicciones administrativas, se planteó la cuestión de si es competencia del juez de urgencia apreciar la compatibilidad con un convenio de una ley. Inicialmente, el Consejo de Estado respondió de forma negativa (CE 30 de dic. de 2002, *Ministre del'aménagement du territoire et del'environnement c/ Carminati*, Rec. 510; AJ 2003.1065, nota Le Bot; AJ 2004.465, nota Cassia; AJ 2006.1875, com. Girardot). Ahora bien, esta posición sufrió una inflexión: primero, cuando se ha comprobado con anterioridad la compatibilidad de la ley con los convenios (CE ord. 21 de oct. de 2005, *Association AIDES et autres*, Rec. 438; AJ 2006.944, nota Grangeon), luego, en caso de «*incumplimiento manifiesto*» de las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea (CE ord. 16 de jun. de 2010, *Mme Diakité*, Rec. 205; AJ 2010.1230; JCP 2010.739, nota Cassia); y, por último, en el supuesto de que se alegue la violación por la ley del derecho a la vida garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (v. nuestras obs. sobre CE 24 de jun. de 2014, *Mme Lambert\**).

Por lo demás, no existe impedimento alguno para que el juez de urgencia aprecie la procedencia de un motivo de recurso basado en que un acto administrativo pudiera ser contrario a un compromiso internacional.

- 12 6.º) En la medida en que se fundamente en la comparación de la norma internacional con la norma interna, el control de compatibilidad con un convenio internacional se ejerce habitualmente de manera objetiva y abstracta. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto el control de las leyes de validación con respecto al derecho a un proceso equitativo garantizado por el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también puede llevar al juez a verificar, en el caso que ha de examinar, si existe un motivo imperioso de interés general para la validación de un contrato concluido irregularmente, en el supuesto de que dicho contrato hubiera sido denunciado (CE Sec 10 de nov. de 2010, *Commune de Palavas-les-Flots, Commune de Lattes*, Rec. 429; RFDA 2011.124, concl. N. Boulouis; RJEP 2011 n.º 9, concl.; AJ 2010.2416, cr. Botteghi y Lallet; DA 2011, n.º 2, nota J. Martin y S. Ferrari; Constitutions 2011.81, nota de Baecke).

13 B. Las repercusiones más significativas de la jurisprudencia *Nicolo* están relacionadas con el Derecho Comunitario.

1.º) El Consejo de Estado admitió que el principio de supremacía sentado por el artículo 55 de la Constitución es aplicable tanto al Derecho Comunitario originario, es decir, a los tratados que instituyen las Comunidades (CE 5 de mayo de 1995, *Ministre de l'équipement, des transports et du tourisme c/ SARL Der*, Rec. 192; RD publ. 1995.1102, concl. Scanvic; AJ 1995.936, nota Hamoniaux), como al Derecho Comunitario derivado.

De esta forma se reafirma la primacía de los *reglamentos comunitarios* sobre las leyes nacionales (CE 24 de sept. de 1990, *Boisdet*, Rec. 251; LPA 12 oct 1990, concl. Laroque; AJ 1990.863, cr. Honorat y Schwartz; RFDA 1991.172, nota Dubouis; RGDIP 1991.964, nota Rousseau). El Consejo de Estado aceptó igualmente descartar la aplicación de una disposición legal incompatible con una directiva anterior, una vez pasado el plazo de transposición, y deducir como consecuencia que el Estado podía incurrir en responsabilidad si adoptaba un acto reglamentario basándose en una ley inaplicable debido a su incompatibilidad con los objetivos de una directiva (CE, As., 28 de febr. de 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris Fr.*, Rec. 81; de la misma fecha, As., *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris Fr.*, Rec. 78; Gaz. Pal. 20-22 dic 1992; AJ 1992.210, concl. Laroque; AJ 1992.329, cr. Maugüé y Schwartz; RFDA 1992.425, nota Dubouis; RD publ. 1992.1480, nota Fines; Europe abr 1992, nota D. Simon; D. 1992.208, cr. Kovar; CJEG 1992.525, nota Sabourin; JCP 1992.II.21859, nota Teboul; D. 1993. SC.141, obs. Bon y Terneyre, Gaz. Pal. 21 de jul. de 1993, nota Clergerie).

La posibilidad de que el Estado incurra en responsabilidad se ha ampliado, ya que, desde la sentencia *Gardedieu* de 8 de febr. de 2007 (v. n.º 47.13), puede darse en caso de omisión por el legislador de los compromisos internacionales de Francia y no sólo del Derecho Comunitario.

2.º) El Consejo de Estado ha estimado que una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que condenaba a Francia por incumplimiento de sus obligaciones comunitarias debido a la aprobación de un reglamento nacional contrario a una directiva, tenía como consecuencia que dicho reglamento resultara claramente inaplicable (CE 23 de marzo de 1992, *Société Klöckner France*, Rec. 133).

3.º) Por referencia no a una sentencia del Tribunal de Justicia, sino a un dictamen motivado de la Comisión de impugnación de la compatibilidad de una ley con el Derecho de la Unión Europea, se ha fallado que el Estado no incurre en responsabilidad por la ausencia de promulgación del decreto de aplicación de la antedicha ley (CE 22 de oct. de 2014, *Soc. Métropole Télévision (M6)*, Rec. 312; v. n.º 47.13).

14

C. La jurisprudencia *Nicolo* abre la posibilidad de impugnar la aplicabilidad de leyes, alegando que serían contrarias a compromisos internacionales protectores de los derechos humanos. En la medida en que varios de los derechos garantizados por dichos compromisos tengan su equivalente como principio de valor constitucional, el control de «convencionalidad» de la ley puede llevar a que el juez administrativo tenga que enfrentarse a problemas relativos a la garantía de derechos y libertades análogos a los que podrían plantearse ante el Consejo Constitucional antes de la promulgación de una ley, o que lo son a título del control *a posteriori* introducido por la ley constitucional de 23 de jul. de 2008.

Con frecuencia, el ejercicio sucesivo de los dos tipos de control desemboca en soluciones armoniosas.

Tal fue el caso, por ejemplo, con respecto a la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo, que el Consejo Constitucional declaró no contraria a la Constitución (CC n.º 74-54 DC citada *ut supra*). Llamado a dirimir si esa misma ley no desconocía las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a tenor de las cuales «el derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley», el Consejo de Estado se pronunció en sentido negativo apoyándose en las disposiciones legales que garantizan el respeto de todo ser humano desde el comienzo de la vida y que especifican que no se podrá conculcar este principio salvo en caso de necesidad y según las condiciones y los límites definidos por la ley (CE, As., 21 de dic. de 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, Rec. 369, concl. Stirn; RFDA 1990.1065, concl.; AJ1991.91, cr. C M, F D y YA; RD publ. 1991.525, nota J.-M. Auby; D. 1991.283, nota Sabourin; RUDH 1991.1, nota Ruiz-Fabri).

Ahora bien, aunque limitadas, pueden volver a surgir voces discordantes. De este modo, si bien es cierto que el Consejo de Estado falló que la exigencia de cesión gratuita de terreno, que puede ser un requisito para la concesión de una licencia de obra, no es contraria al artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo relativo al derecho

de propiedad (CE 11 de febr. de 2004, *Schiocchet*, Rec. 65; CJEG 2004.196, concl. Chauvaux; BJDU 3/ 2004.195, concl., nota Trémeau; JCP 2004.II.10180, nota Bousquet), el Consejo Constitucional declaró su inconstitucionalidad basando su razonamiento en la incompetencia negativa del legislador (CC n.º 2010-33 QPC, 22 sep 2010, Rec. 245; BJDU 5/2010, nota Trémeau; RFDC n.º 85-2011, p. 137, nota Carpentier; AJ 2010.2384, nota Rolin; RFDA 2010.1261, cr. Roblot-Troizier).

Asimismo, aunque el Consejo Constitucional declaró conforme con la Constitución una disposición legal que había validado la licencia de obras concedida para construir un museo en el Bois de Boulogne, destinado a albergar las colecciones de arte contemporáneo de la Fondation Louis Vuitton (CC n.º 2011-224 QPC, 24 de febr. de 2012, Rec. 136), el Tribunal Administrativo de Apelación de París determinó la incompatibilidad de esta validación con las estipulaciones del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Tribunal Administrativo de Apelación de París, 18 de jun. de 2012, *Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris*, RFDA 2012.650, concl. Vidal).

Tal eventualidad no debería volver a producirse tras sustituir, en materia de control de constitucionalidad de las leyes de validación, el criterio del «*objetivo de interés general suficiente*» por el criterio, inspirado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del «*motivo imperioso del interés general*» (CC n.º 2013-366 QPC, 14 feb 2014, Rec. 130; v. n.º 13.6).

**IV.** Se ha instado asimismo al Consejo de Estado a ir más allá de la sentencia *Nicolo*, haciendo prevalecer el Derecho Internacional no convencional sobre la ley, al igual que los compromisos internacionales de Francia sobre la Constitución.

- 15** A. Si bien es cierto que la Constitución de 1958 incluye en su articulado disposiciones relativas a los tratados y acuerdos internacionales (Título VI) y a las Comunidades Europeas y a la Unión Europea (Título XV, incorporado por la ley constitucional de 25 de jun. de 1992), también lo es que guarda silencio con respecto al Derecho Internacional no convencional: tanto «los principios generales del Derecho» como la costumbre internacional. Con todo, la doctrina está de acuerdo en reconocer que la costumbre está implícitamente contemplada por la remisión que se hace en el Preámbulo de la Cons-

titución actual al Preámbulo de la Constitución de 1946, cuyo apartado 14 proclama que «la República cumple las normas de Derecho Internacional Público».

Así precisamente ha pretendido el constituyente consagrar la costumbre internacional a la que ocasionalmente se ha referido el juez ordinario, en tanto en cuanto no haya sido excluida expresamente por la ley.

Tradicionalmente, el Consejo de Estado ha mostrado una cierta reserva frente a la costumbre, la cual es tildada por los propios internacionalistas de norma «enigmática en su creación» y «difícil en su identificación» (*cf.* P. M. Martin, LPA 6 de febr. de 1998). Debido a la incertidumbre que rodea a esta noción, el Alto Tribunal ha fallado con posterioridad a la sentencia *Nicolo*, que ni el artículo 55 de la Constitución, ni ninguna otra disposición constitucional «prescribe ni implica que el juez administrativo deba hacer prevalecer la costumbre internacional sobre la ley en caso de conflicto entre ambas normas». Así pues, se ve reconocida la existencia de la costumbre pero no la posibilidad de que el juez administrativo asegure su primacía (CE, As., 6 de jun. de 1997, *Aquarone*, Rec. 206, concl. Bachelier; AJ 1997.630, cr. Chauvaux y Girardot; RFDA 1997.1068, concl.; RGDIP 1997.1053, nota Alland; JCP 1997. II.22945, nota Teboul; LPA 6 de febr. de 1998, nota P. M. Martin).

Se ha recurrido al mismo razonamiento para la combinación de la ley y de los principios generales del Derecho Internacional, otra categoría de norma internacional no convencional (CE 28 de jul. de 2000 *Paulin*, Rec. 317; Dr. fisc. 2001, com. 163 p. 357, concl. Arrighi de Casanova; D. 2001.411, nota Tixier; RGDIP 2001.239, nota Poirat).

**16** B. El Consejo de Estado tampoco ha estimado posible excluir la aplicación de la Constitución en beneficio de un tratado (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia *Sarran*\* de 30 de oct. de 1998).

Con todo, a pesar de verse limitada a los conflictos entre el tratado y la ley, la jurisprudencia *Nicolo* tiene un alcance considerable ya que ha dado nacimiento a un control de compatibilidad con los convenios internacionales (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia *Diop*\* de 30 de nov. de 2001).

**87. PROCEDIMIENTO.  
DICTAMEN SOBRE TRANSFERENCIA DE  
RESPONSABILIDAD. ACTOS  
MULTITUDINARIOS**

**Consejo de Estado As. (dictamen), 6 de abril de 1990,  
*Compagnie financière et industrielle des autoroutes (Cofiroute)***

(Rec. 95, concl. Hubert; RD publ. 1990.1145, concl; LPA 1 ago  
1990, nota Prélot; RFDA 1991.562, nota Letteron)

Según el artículo 92 de la Ley de 7 enero de 1983 sobre el reparto de competencias entre los municipios, los departamentos, las regiones y el Estado: «El Estado es civilmente responsable de los daños y perjuicios resultantes de crímenes y delitos cometidos, con fuerza manifiesta o violencia, por multitudes o concentraciones armadas o no armadas, tanto contra las personas, como contra los bienes...».

*Se desprende de las disposiciones anteriormente citadas, que no establecen restricción alguna en cuanto a la naturaleza de los daños susceptibles de indemnización, que el Estado es responsable de los destrozos y daños de cualquier tipo que sean consecuencia directa y cierta de los crímenes y delitos previstos en dichas disposiciones. Así pues, el Estado puede incurrir en responsabilidad con arreglo a dichas disposiciones, no solo por razón de daños corporales o materiales, sino también, en su caso, cuando los daños alegados tengan el carácter de un perjuicio comercial consistente sobre todo en un incremento de los gastos de explotación o en una pérdida de ingresos de explotación.*

El presente dictamen será notificado al Tribunal Administrativo de París, a la sociedad «Compagnie financière et industrielle des autoroutes» y al Ministro del Interior.

**OBSERVACIONES**

- 1** Un grupo de manifestantes había ocupado los puestos de peaje de una autopista y dejado pasar a los vehículos sin pagar. Como consecuencia de ello la sociedad concesionaria sufrió pérdidas de ingresos y solicitó una indemnización al Estado en dicho concepto al amparo de una

disposición legal (artículo 92 de la Ley de 7 de ene. de 1983, recogido actualmente en el artículo L. 2216-3 del Código General de las Entidades Territoriales) que obliga al «Estado... a responder civilmente de los destrozos y daños resultantes de crímenes y delitos cometidos con fuerza manifiesta o violencia, por manifestaciones o concentraciones armadas o no armadas, ya sea contra las personas, ya sea contra los bienes».

El Estado consideraba que dicha disposición no era aplicable a daños que no fueran destrozos materiales.

La sociedad interpuso una demanda ante el Tribunal Administrativo de París. Dicho tribunal, antes de pronunciarse sobre el fondo, elevó al Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de 31 de dic. de 1987, de reforma del procedimiento contencioso-administrativo, la cuestión de saber si el artículo 92 de la ley de 7 de ene. de 1983 es aplicable a daños que tienen un carácter de gastos de explotación adicionales o de pérdidas de ingresos.

En otro caso, un grupo de viticultores había ocupado las instalaciones de una estación ferroviaria y había impedido la circulación de los trenes: tal acción también hizo incurrir a la red nacional de ferrocarriles francesa (Société Nationale des Chemins de Fer francesa - SNCF) en gastos de explotación adicionales y en pérdidas de ingresos cuya indemnización exigió al Estado. Una vez interpuesta la demanda, el Tribunal Administrativo también preguntó al Consejo de Estado si la ley cubría este tipo de daños.

El Consejo de Estado respondió afirmativamente en dos «dictámenes» de 6 de abr. de 1990, emitidos en los mismos términos y que constituyen una de las primeras aplicaciones del *procedimiento de transferencia* (I) y *amplían la responsabilidad del Estado por las consecuencias derivadas de manifestaciones* (II).

### **I. Los «dictámenes» de la ley de 31 de dic. de 1987.**

2 Estos dictámenes presentan particularidades (A) que han llevado a someterlos a ciertos requisitos (B).

A. No deben confundirse con los que el Consejo de Estado puede verse obligado a emitir, en sus órganos administrativos, en respuesta a preguntas del gobierno (por ej., dictamen de la Asamblea General del Consejo de Estado, con fecha de 27 de nov. de 1989, sobre el uso de símbolos de pertenencia religiosa, EDCE 1990.239; v. n.º 23.5).

Los emite el Consejo de Estado en un órgano *contencioso* (aquí, la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo), a raíz de una cuestión planteada por un Tribunal Administrativo (en este caso, el de París) o por un Tribunal Administrativo de Apelación, al amparo del artículo 12 de la Ley de 31 de dic. de 1987 (actualmente, artículo L. 113-1 CJA), redactado como sigue: «*Antes de resolver sobre una petición que suscite una cuestión de derecho nueva, que presente una dificultad seria y que se plantee en numerosos litigios, el Tribunal Administrativo o el Tribunal Administrativo de Apelación podrán, mediante resolución contra la que no cabe recurso alguno, dar traslado de los autos del procedimiento al Consejo de Estado, que examinará en un plazo de tres meses la cuestión suscitada. Quedará aplazada toda resolución sobre el fondo del asunto hasta que el Consejo de Estado emita su dictamen o, en su defecto, hasta que expire dicho plazo*». La ley de 15 de mayo de 1991 estableció ese mismo tipo de procedimiento ante el Tribunal de Casación.

Este procedimiento original tiene por objeto «permitir al Consejo de Estado resolver de manera precisa y rápida, una duda de Derecho, detectada por el juez inicial, a la que debe darse solución rápida para remediar un atasco momentáneo en las jurisdicciones administrativas por litigios de la misma naturaleza» (M. Laroque, concl. en el dictamen de 7 de julio de 1989, *Melle Cale*, citadas *infra*).

Inicialmente, estaba previsto que el Consejo de Estado respondiera a la cuestión planteada con unas sentencias propiamente dichas, pero en el curso de los trabajos preparatorios, tal fórmula pareció excesiva; de ahí que el legislador decidiera que el Consejo de Estado solo emitiera «dictámenes» en la materia, aun cuando emanasen de sus formaciones contenciosas. El Decreto de 2 de sept. de 1988 (actualmente artículo R. 113-1 y siguientes del CJA) remite, en lo esencial, a las disposiciones que regulan el procedimiento contencioso ante el Consejo de Estado, incluidas las relacionadas con la función de los abogados en el Consejo de Estado.

Con todo, hay destacar algunas peculiaridades tanto formales como materiales. Este tipo de dictamen no precisa que el Consejo de Estado hable «en nombre del pueblo francés» y «en materia contenciosa». Tampoco incluye el enunciado de los motivos de las partes. El razonamiento no toma la forma de considerandos, ni el dispositivo, la de una decisión. El dictamen se notifica primero a la jurisdicción que lo solicitó, pudiendo mencionar que se publicará en el *Diario Oficial*. En cuanto al fondo, al no tener el carácter de una decisión, no es

susceptible de recurso (CE 17 de nov. de 1997, *Mme Doukouré*, Rec. 426; DA 1998, n.º 63, nota M. C.); asimismo, al carecer de autoridad de cosa juzgada, no vincula ni al órgano jurisdiccional que lo solicitó ni, *a fortiori*, a otros órganos. Ahora bien, al resolver una cuestión que presenta una dificultad seria con la que se ha topado el tribunal que lo solicita y al plantearse en numerosos litigios, parece difícil de hecho, si no de Derecho, que no sea seguido.

- 3 B. Los *requisitos* de una solicitud de dictamen son, acumulativamente, la existencia de «una cuestión de Derecho nueva, que presenta una dificultad seria y se plantea en numerosos litigios». Su aplicación estricta habría podido llevar al Consejo de Estado a rehusar emitir un «dictamen» si no se cumplían exactamente (como hizo del Tribunal de Casación en el marco de la Ley de 15 de mayo de 1991; v. cr. Stahl y Chauvaux, AJ 1995.875).

Ahora bien, el Consejo de Estado no adopto tal actitud, sino que optó por una política jurisprudencial favorable al ejercicio y al desarrollo del recurso al procedimiento de dictamen.

Al tratarse de *cuestiones de Derecho nuevas*, éstas pueden versar sobre problemas de competencia jurisdiccional (reparto de competencias entre las jurisdicciones administrativa y judicial: CE, Secc. [dictamen] 10 de abr. de 1992, *SARL Hofmiller*, Rec. 159; v. n.º 35.3, o en el seno de la propia jurisdicción administrativa: – [dictamen] 28 de abr. de 1993, *Commune de Royan*, Rec. 139; RFDA 1994.230, concl. Vigouroux y nota Pouyaud; D. 1994. SC.271, obs. Bon), de procedimiento contencioso (por ej., a propósito del ejercicio del poder conminatorio del juez administrativo: CE, Secc., 13 de marzo de 1998, *Mme Vindevogel*, Rec. 78; v. n.º 84.9; – Secc. 30 de nov. de 1998, *Berrad*, Rec. 451; v. n.º 84.9), como sobre problemas de fondo (por ej., las cuestiones sobre indemnización planteadas en los asuntos *Cofiroute* y *SNCF* y, más graves, los de la responsabilidad del Estado derivada de la deportación de judíos durante la «Ocupación»: CE, As., 16 de febr. de 2009, *Mme Hoffman-Glemane*; v. n.º 104.9).

«La novedad de una cuestión de Derecho... no reside tanto en su aparición reciente como en la ausencia de una decisión donde se le haya dado respuesta, con la inherente autoridad (de los) precedentes jurisprudenciales» (concl. Abraham en CE, Secc. [dictamen] 9 de oct. de 1992, *Abihilali*, Rec. 363 y RFDA 1993.175; AJ 1992.885, cr. Maugué y Schwartz; D. 1993.251, nota Maillard; JCP 1993.II.22025, nota Laroche-Gisserot; JDI 1993.103, nota Julien-Laferrière; Rev.

crit. DIP 1993.25, nota P. L.: a propósito del «matrimonio de conveniencia» de extranjeros). También es admisible, aunque la cuestión pudiera haber hallado respuesta en sentencias recientes (CE [dictamen] 7 de jul. de 1989, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*, Rec. 162; RFDA 1989.909, concl. Ph. Martin; AJ 1989.606, cr. Honorat y Baptiste).

Sobre el *carácter serio de la dificultad* en cuestión, el Consejo de Estado no ha manifestado reticencias. Al contrario, desde su primer dictamen (As. 7 de jul. de 1989, *Melle Cale*, Rec. 160; RFDA 1989.897, concl. M. Laroque; AJ 1989.606, cr. Honorat y Baptiste), admitió ampliar el análisis de la cuestión que le había sido mal planteada a la que realmente presentaba dificultades (legalidad del artículo 2.1, y no solo del artículo 2.2, de un Decreto de 2 de mayo de 1983 relativo al complemento de vivienda para maestros).

En cuanto al *número de litigios* en los que se plantea la cuestión, es algo que puede resultar difícil de apreciar. Puede ser que su multiplicidad sea patente (por ej., a propósito del derecho de los funcionarios al complemento salarial familiar: CE, Secc., [dictamen] 29 de mayo de 1992, *Mme Ferrand*, Rec. 220; AJ 1992.530, nota Salon), pero también que los litigios pendientes sean muy limitados (por ej., a propósito de la asistencia letrada ante los Tribunales Administrativos de Papeete y Numea: CE, Secc. [dictamen] 25 de febr. de 1994, *Mme Peters*, Rec. 97). La solicitud de dictamen se admite tanto en el primer caso como en el segundo.

Ahora bien, el Consejo de Estado no admite que un Tribunal Administrativo le plantee una cuestión sobre la que el Consejo de Estado emitió ya varias resoluciones, seguidas de sentencias del Tribunal Administrativo de Apelación recurridas ellas mismas en casación: «habida cuenta de las instancias en curso y de las decisiones ya recaídas, no puede considerarse que la solicitud de dictamen responda a la finalidad asignada por el legislador al artículo 12 de la Ley de 31 de dic. de 1987» (CE, Secc. [dictamen] 6 de oct. de 1995, *Chevillon*, Rec. 350, RFDA 1996.353, concl. Denis-Linton; AJ 1995.882, cr. Stahl y Chauvaux): el procedimiento de solicitud de dictamen no puede «cortocircuitar» los procedimientos contenciosos en tales circunstancias.

En el asunto *Cofiroute*, el Tribunal Administrativo de París había planteado con mucha precisión la cuestión que había que resolver en lo tocante a la responsabilidad del Estado frente a hechos provocados

por concentraciones de personas; era seria y afectaba a muchos litigios en curso; se suscitaba en condiciones nuevas.

El Consejo de Estado tuvo la ocasión de responder a la misma.

## II. La responsabilidad del Estado derivada de daños causados por multitudes

- 4 El Consejo de Estado ya había tenido que pronunciarse sobre la responsabilidad de las entidades públicas con ocasión de concentraciones o disturbios, en cumplimiento de las reglas normales de competencia. De esta forma pudo aplicar los principios de la responsabilidad administrativa, dolosa u objetiva, derivada de las decisiones u operaciones de policía prohibiendo o dispersando reuniones multitudinarias, o de la negativa a adoptar las medidas necesarias para impedir las o ponerles fin (v. nuestras obs. a CE 10 feb 1905, *Tomaso Grecco\** y 30 nov 1923, *Couitéas\**).

Pero la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por los propios manifestantes se regía desde hacía tiempo por textos especiales (ley de 10 de Vendimiario del Año IV, ley de 5 de abril de 1884, ley de 16 de abril de 1914, retomadas en los artículos L. 133-1 a L. 133-8 del Código de los Municipios), que han atribuido en la materia competencia a los tribunales ordinarios para condenar a los municipios, sin perjuicio de que éstos puedan tener derecho a transferir responsabilidades al Estado, al menos en parte. Hay toda una jurisprudencia del Tribunal de Casación y del Tribunal de Conflictos en la que se precisan las condiciones de aplicación de estos textos, tanto sobre la competencia como sobre el fondo.

El artículo 92 de la Ley de 7 de enero de 1983 considera al Estado «responsable de los destrozos y daños resultantes de crímenes y delitos cometidos, con fuerza manifiesta o violencia, por manifestaciones o concentraciones...» (actualmente artículo L. 2216-3 del Código General de Entidades Territoriales). Más tarde, una ley de 9 de ene. de 1986, tras derogar los artículos L. 133-1 a L. 133-8 del Código de Municipios, atribuyó la competencia para conocer de estos casos a los tribunales administrativos.

Esta doble transferencia –al Estado, de la carga de la responsabilidad, a los tribunales administrativos, de la resolución de los litigios– no supuso necesariamente que quedara obsoleta la jurisprudencia anterior del Tribunal de Conflictos y de los tribunales ordinarios en la medida en que, salvo en cuanto a la persona responsable y a los tribunales competentes, las nuevas disposiciones retoman todo lo previsto en las anteriores.

Con todo, llevó a que el juez administrativo apreciara en adelante en qué *condiciones* el Estado incurre en responsabilidad (A) y qué *daños y perjuicios* debe reparar (B).

5 A. La ley fija *tres condiciones* para que el Estado incurra en responsabilidad. Cuando se cumplen, la existencia de dicha responsabilidad constituye un motivo de orden público que debe ser apreciado de oficio por el juez (CE 30 de jun. de 1999, *Foucher*, Rec. 233).

Por lo general, dos de esas tres condiciones no plantean dificultades, a saber: la existencia de crímenes y delitos, y la concurrencia de fuerza manifiesta o de violencia. El cumplimiento de la tercera, referente a manifestaciones o concentraciones, que no se cuestiona en los asuntos *Cofiroute* y *SNCF* al tratarse de la ocupación de puestos de peaje o de estaciones ferroviarias por manifestantes, puede resultar más complicado de apreciar en ciertas circunstancias. Esencialmente, la ley ha querido cubrir los daños provocados por las propias manifestaciones o concentraciones. No cubre ni los daños que son producidos de manera aislada (por ej., acciones de «comandos»: CE 16 de jun. de 1997, *Cause centrale de réassurance*, Rec. 241) ni aquéllos que eran el único objetivo de la manifestación o concentración (por ej., carácter premeditado de la interceptación de un camión y de la destrucción de su carga por un grupo de unas sesenta personas: CE 26 de marzo de 2004, *Société BV exportslachterig Apeldoorn ESA*, Rec. 142; AJ 2004.2349, nota Deffigier).

Estas distinciones se hicieron sobre todo para los actos de violencia y de destrucción cometidos durante los disturbios que tuvieron lugar a lo largo de los meses de oct.- nov. de 2005 en las periferias de las grandes ciudades (CE 11 de jul. de 2011, *Société mutuelle d'assurances des collectivités locales*, Rec. 1142).

Es posible que se produzcan situaciones intermedias que la jurisprudencia ha querido tratar combinando el espíritu de la ley y el sentido común: daños producidos con ocasión de una serie de acciones concertadas en el conjunto del territorio o en una parte sustancial del mismo (CE, As. [dictamen], 20 de febr. de 1998, *Société Études et construction de sièges pour l'automobile*, Rec. 60; RFDA 1998.584, concl. Arrighi de Casanova; AJ 1998.1029, nota Poirot-Mazères; JCP 1998.II.10062, nota Moniolle); daños provocados, no en el curso de una manifestación, sino al término de una concentración espontánea que degeneró (CE, Secc., 29 de dic. de 2000, *Assurances générales de France*, Rec. 679; AJ

2001.164, cr. Guyomar et Collin; – Sec. 13 de dic. de 2002, *Compagnie d'assurances Les Lloyd's de Londres*, Rec. 461; AJ 2003.398, concl. Olson). Al adaptarse a nuevos comportamientos, «*el juez administrativo permite así a los poderes públicos seguir siendo garantes eficaces de la solidaridad social*» (cr. citada *ut supra*).

6 B. En los asuntos *Cofiroute* y *SNCF*, le permitió serlo por *todo tipo de perjuicio*.

La ley habla «de destrozos y daños». Su conexión con los «crímenes o delitos cometidos... ya sea contra las personas, ya sea contra los bienes» puede hacer pensar que se trata de daños corporales o de daños materiales como la destrucción o el deterioro de bienes. En lo esencial, los sucesivos textos han cubierto dicho supuesto. ¿Son también indemnizables perjuicios mercantiles tales como el incremento de los gastos de explotación y la pérdida de ingresos?

La jurisprudencia anterior era más bien contraria a este supuesto y daba muestras, al menos, de una cierta ambigüedad (TC 7 de jun. de 1982, *Préfet du Pas-de-Calais*, Rec. 457; D. 1982.637, concl. Picca). El asunto *Cofiroute* permitió al Consejo de Estado suprimirla. La concentración entrañaba la ocupación de instalaciones de la empresa. El Consejo de Estado recuerda la condición de que, para ser indemnizable, el perjuicio debe ser directo y cierto. Pero admite que puede ser «de cualquier naturaleza», lo que incluye los perjuicios de carácter mercantil y, en particular, puede consistir «en un incremento de los gastos de explotación o en una pérdida de ingresos de explotación».

Más tarde se admitió que esta responsabilidad podía pesar sobre el Estado frente a los propios municipios (o municipios urbanos) (Tribunal Administrativo de Apelación de Nantes, 3 de mayo de 1995, *Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire*, AJ 1995.799, nota Cadenat; JCP 1996.II.22612, nota Dupont Marillia; CE 18 de nov. de 1998, *Commune de Roscoff*, DA 1999, n.º 21, nota L. T.): nos hallamos pues lejos de la época en la que responsabilidad derivada de daños provocados por concentraciones de personas y disturbios pesaba únicamente sobre los municipios.

La atribución al juez administrativo de la competencia en materia de litigios de los que anteriormente conocía el juez ordinario no se tradujo en una reducción de la responsabilidad del Estado sino que, por el contrario, permitió hacer evolucionar una jurisprudencia que era más bien restrictiva en el sentido de una interpretación amplia del texto.

**88. TRATADOS INTERNACIONALES.  
INTERPRETACIÓN.  
COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO**

**Consejo de Estado As., 29 de junio de 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)***

(Rec. 171, concl. Abraham; concl., AJ 1990.621, RGDIP 1990.879 y Rev. crit. DIP 1991.61; AJ 1990.631, nota Teboul; RFDA 1990.923, nota Lachaume; RD publ. 1990.1579, nota Sabiani; D. 1990.560, nota Sabourin; JCP 1990. II.21.579, nota Tercinet; JDI 1990.965, nota Julien-Laferrière; RJF 1990.626, nota; LPA, 19 sep. 1990, nota Flauss; Rev. crit. DIP 1991.79, nota Lagarde; RGDIP 1991.109, com. Buffet-Tchakaloff; RGDIP 1991.753, nota C. Rousseau; Revue de recherche juridique et de droit prospectif, 1991.441, com. Ghevontian)

*Visto el Decreto-Legislativo de 2 de nov. de 1945; el Código de Trabajo; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos; el acuerdo franco-argelino de 27 de dic. de 1968, modificado por el acta adicional y el protocolo de 22 de dic. de 1985; el Decreto-Legislativo n.º 57-1708 de 31 de jul. de 1945, el Decreto n.º 53-934 de 30 de sept. de 1953 y la Ley n.º 87-1127 de 31 de dic. de 1987;*

*En cuanto a las conclusiones tendentes a la anulación de los párrafos 7.º y 10.º del apartado 2.2.1.2 de la circular de 14 de marzo de 1986: – Considerando que, si bien el artículo 7 de la declaración de principios relativa a la cooperación económica y financiera entre Francia y Argelia, de 19 de marzo de 1962, reconoce a los nacionales argelinos residentes en Francia los mismos derechos que a los nacionales franceses, a excepción de los derechos políticos, las condiciones de entrada y residencia de los nacionales argelinos en Francia se rigen por el acuerdo franco-argelino de 27 de dic. de 1968 y los convenios que lo modifican; que con arreglo al artículo 7 b) de dicho acuerdo, en la redacción dimanante de su primera acta adicional de 22 de dic. de 1985: «Los nacionales argelinos que deseen desempeñar una actividad laboral por cuenta ajena recibirán, previo reconocimiento médico al uso y presentación de un contrato de trabajo visado por los servicios del ministro responsable de los trabajadores inmigrantes, un certifica-*

do de residencia con un año de vigencia para todas las profesiones y todas las regiones, renovable y en el que constará la expresión «asalariado»; dicha mención es equiparable al permiso de trabajo exigido por la legislación francesa»; que, al señalar que para la aplicación de dicha disposición, el permiso de trabajo se concedería según las instrucciones aplicables a los extranjeros sujetos al régimen general y habida cuenta en particular, según prevé el artículo R. 341-4 del Código del Trabajo, de la situación del empleo, los autores de la circular recurrida se ciñeron a interpretar con exactitud lo estipulado en el acuerdo; que, dado que las disposiciones impugnadas de la circular carecen, pues, de carácter reglamentario, no procede que se admita a trámite la demanda de anulación de las mismas interpuesta por el Grupo de Información y Apoyo a Trabajadores Inmigrantes;

*En cuanto a las conclusiones por las que se solicita la anulación del párrafo 24.º del apartado 2.2.1.2, relativo a los permisos provisionales de trabajo concedidos a estudiantes argelinos:*

Considerando que el protocolo anexo a la primera acta adicional al acuerdo franco-argelino de 27 de dic. de 1968 no contiene, por lo que respecta a los nacionales argelinos cuya residencia se admita en Francia en calidad de estudiantes, ninguna estipulación que, cuando éstos pretendan desempeñar una actividad laboral por cuenta ajena con carácter accesorio, al tiempo que cursan estudios, supedite el desempeño de dicha actividad al permiso de trabajo que exige la legislación francesa; que, al prever que los estudiantes argelinos que quisieran trabajar estuvieran sometidos a un régimen que incluyera la concesión de unos permisos provisionales de trabajo en los términos establecidos por las circulares de 24 de febr. de 1976 y 1 de ago. de 1985, que disponen que se tendrá en cuenta en particular la situación del empleo, y al derogar en este punto la circular de 12 de marzo de 1979, que ponía de manifiesto que el artículo 7 de la declaración de principios de 19 de marzo de 1962, los dispensaba de tal permiso, la circular estableció una norma contraria a los convenios internacionales aplicables a los interesados; que, por ende, resulta admisible a trámite y tiene fundamento que el Grupo de Información y Apoyo a Trabajadores Inmigrantes solicite su anulación en este punto;

*En cuanto a la petición de anulación de las disposiciones del párrafo primero del apartado 3.1.1 en tanto en cuanto incluyen, entre los familiares que pueden acogerse a reagrupación familiar, a los «hijos menores de dieciocho años»:*

Considerando que, con arreglo al párrafo primero del artículo 4 del acuerdo franco-argelino de 27 de dic. de 1968, en la redacción resultante de la primera acta adicional de dicho acuerdo: «Los familiares que se establezcan en Francia estarán en posesión de un certificado de residencia con el mismo período de vigencia que el de la persona con la que se reagrupen»; que con arreglo al párrafo primero del título II del protocolo anexo a dicha acta adicional: «Se entenderá por familiares el cónyuge de un nacional argelino, sus hijos menores de edad, así como los niños menores de dieciocho años que estén jurídicamente a su cargo en virtud de una resolución de la autoridad judicial argelina»; *que se desprende de los documentos obrantes en autos que los autores de dicha acta adicional y del protocolo anexo no pretendieron modificar las estipulaciones anteriormente vigentes del acuerdo de 27 de dic. de 1968, que se aplicaban al cónyuge y a los hijos menores de dieciocho años de edad*; que, por ende, al indicar que por hijos menores de edad había que entender los hijos menores de 18 años, y no de 19 y 21 años conforme al derecho argelino, los autores de la circular recurrida se ciñeron a interpretar con exactitud los términos del convenio franco-argelino; que, por lo tanto, la circular carece de carácter reglamentario a ese respecto; que, por ende, no procede admitir a trámite la anulación solicitada por el Grupo de Información y Apoyo a Trabajadores Inmigrantes; En cuanto a las conclusiones tendentes a la anulación de las disposiciones del párrafo tercero del apartado 2.2.1.1 y del penúltimo párrafo del apartado 2.2.4 de la circular recurrida, relativas a la denegación de concesión de un certificado de residencia de un año o un certificado de residencia de 10 años si la presencia en Francia del interesado constituye una amenaza para el orden público: – Considerando que ninguna disposición del acuerdo franco-argelino de 27 de dic. de 1968, modificado por la primera acta adicional y el protocolo de 22 de dic. de 1985, priva a la Administración francesa del poder que, en cumplimiento de la normativa general en materia de entrada y residencia de extranjeros en Francia, ostenta para denegar la admisión con fines de residencia de un nacional argelino basándose en la circunstancia de que su presencia en Francia constituye una amenaza para el orden público; que, así pues, aunque el mencionado acuerdo no preveía tal posibilidad, los autores de la circular recurrida no dictaron a tal respecto ninguna norma nueva cuya legalidad pudiera ser legítimamente impugnada por el Grupo de Información y Apoyo a Trabajadores Inmigrantes;

*En cuanto a las demás disposiciones de la circular recurrida:*

– Considerando que, si bien la asociación recurrente sostiene que debería anularse toda la circular por razón de la incompetencia de los ministros firmantes, no señala las disposiciones de dicha circular, salvo las anteriormente analizadas, a las que cabe atribuir un carácter reglamentario; que, por ende, no resulta admisible a trámite dicha solicitud de anulación; ... (anulación del párrafo 24.º del apartado 2.2.1.2 de la circular; desestimación de los demás otrosíes de las conclusiones de la petición).

## OBSERVACIONES

- 1 I. De la misma manera en que había impugnado la legalidad del decreto de 10 de nov. de 1977, relativo a la reagrupación familiar inmediata de un trabajador extranjero con permiso de residencia en Francia (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia de 8 de dic. de 1978, *GISTI\**), el Grupo de Información y Apoyo a Trabajadores Inmigrantes (GISTI) impugnó ante el Consejo de Estado una circular interministerial (Interior y Asuntos Sociales) de 14 marzo de 1986, relativa a los requisitos de circulación, empleo y residencia en Francia de los nacionales argelinos y de sus familiares. Esta circular procedía no de la interpretación de una ley o de un decreto, sino de un compromiso internacional, a saber: un acuerdo franco-argelino de 27 de dic. de 1968, en su redacción ampliamente modificada por un acta adicional y un protocolo de 22 de dic. de 1985, publicados por decreto el 7 marzo de 1986.

Mientras que, en el marco del litigio que condujo a la citada sentencia de 8 de dic. de 1978, se cuestionaba la conformidad de un decreto con un principio general del Derecho, la circular de 14 de marzo de 1986 era impugnada por conculcar en varios puntos el sentido y el alcance del compromiso internacional que pretendía desarrollar.

Dirigida contra una circular interpretativa, la demanda del GISTI solo podía considerarse admisible en la medida en que la interpretación hecha del acuerdo franco-argelino fuera efectivamente errónea. Desde este punto de vista, la decisión pronunciada por el Consejo de Estado el 29 de jun. de 1990 sorprende por su clasicismo. El recurso fue declarado admisible y fundado en tanto en cuanto cuestionaba el régimen de los permisos de trabajo provisionales concedidos a los

estudiantes argelinos. En efecto, el procedimiento de autorización previsto en tal caso por la circular no hallaba ningún fundamento en las disposiciones del acuerdo franco-argelino. En todos los demás puntos impugnados, el Consejo de Estado consideró que los autores de la circular habían interpretado correctamente los términos del convenio franco-argelino.

Ahora bien, la decisión no se limitó a aplicar una jurisprudencia perfectamente consolidada en aquel momento: sucede, en efecto, que en las estipulaciones del convenio se constata una dificultad de interpretación muy seria a la hora de determinar qué miembros de la familia de los nacionales argelinos pueden acogerse a la reagrupación familiar, ya que el acuerdo franco-argelino menciona sin más precisión a los «hijos menores». Para el GISTI, esta noción debía entenderse en función de la legislación argelina, que establece la mayoría de edad en los 19 años para los varones y en 21 años para las mujeres.

Por el contrario, la circular de 14 de marzo de 1986 consideraba que el acuerdo había pretendido establecer «hijos menores de dieciocho años de edad».

Si, para hacer frente a esta dificultad, se hubiera atendido a su jurisprudencia tradicional, el Consejo de Estado hubiera tenido que remitirse a la interpretación dada por el Ministro de Asuntos Exteriores, que por lo demás ya había tomado posición durante la instrucción del recurso. Sin embargo, no fue ése el camino tomado por el juez. La originalidad de la decisión radica en que la Asamblea de lo Contencioso omitió mencionar expresamente la posición del Ministerio de Asuntos Exteriores para, remitiéndose a los «*documents obrantes en autos*», deducir ella misma el alcance que debía conferirse a la noción de hijo menor de edad a los efectos del convenio.

La motivación del fallo hace suyo el concepto aplicado por la circular, como proponía el Comisario del Gobierno Abraham en sus conclusiones, al señalar que el nuevo convenio no había pretendido modificar las estipulaciones anteriormente en vigor del acuerdo de 27 de diciembre de 1968 que se aplicaban al cónyuge y a los hijos menores de dieciocho años.

Al proceder de esta manera, el Consejo de Estado daba un giro de jurisprudencia importante con respecto a la *determinación de la autoridad competente para interpretar un convenio internacional* cuyo contenido es ambiguo o incierto.

**II.** La amplitud del cambio parece evidente en las conclusiones del Comisario del Gobierno Abraham. Éste, tras recordar la jurisprudencia tradicional, que denegaba al juez administrativo la posibilidad de interpretar por su propia autoridad un convenio internacional, expone las razones por las que debía abonarse tal jurisprudencia.

**2**           A. Partiendo de la idea de que la actividad diplomática no participa de la acción administrativa sometida al control del juez del exceso de poder, el Consejo de Estado consideraba que, en caso de dificultad, la interpretación de los tratados internacionales era competencia del Ministro de Asuntos Exteriores.

Según la distinción hecha por el Comisario del Gobierno Etori en sus conclusiones sobre una sentencia en Asamblea de 3 de jul. de 1933, *Karl et Toto Samé* (Rec. 727; v. n.º 3.8), si bien el juez administrativo tiene competencia para *aplicar* un tratado internacional cuyos términos son claros, en caso de dificultad de interpretación debe remitir el asunto al Ministro de Asuntos Exteriores. La remisión de la cuestión prejudicial al Ministerio de Exteriores halla su justificación en el hecho de que este departamento está informado de las condiciones en las que se negoció el tratado y puede, si resultara necesario, recabar el punto de vista de la otra parte con vistas a deducir una interpretación uniforme. Además, procediendo así, puede evitar de raíz cualquier complicación en el plano internacional.

**3**           B. Para invitar al Consejo de Estado a abandonar la práctica de la remisión de una cuestión prejudicial al Ministro, el señor Abraham se apoya en varios tipos de consideraciones.

1.º) En primer lugar, muestra que las razones esgrimidas a favor de la interpretación ministerial no eran totalmente convincentes. En particular, el argumento de que el juez no tiene acceso directo a los trabajos preparatorios del tratado pierde su fuerza respecto a numerosos convenios multilaterales, ya que éstos se negocian en el marco de organizaciones internacionales cuyos debates son objeto de una amplia publicidad. Asimismo, en el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, el examen de la jurisprudencia de los órganos instituidos por el propio convenio (Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos) es más útil que una remisión del asunto al Ministro de Asuntos Extranjeros, algo que había observado premonitoriamente el Comisario del Gobierno Labetoulle en sus con-

clusiones en el marco de una decisión de la Sección de lo Contencioso de 27 de oct. de 1978, *Debout* (Rec. 395; v. n.º 101.3).

Ahora bien, incluso en el caso de los acuerdos bilaterales, el señor Abraham dudaba de que la interpretación jurisdiccional fuera necesariamente «errónea con más frecuencia que la interpretación ministerial», ya que el juez puede contar con las aclaraciones del ministro y además recurrir a las técnicas interpretativas derivadas de los principios generales del Derecho internacional público.

2.º) El Comisario del Gobierno insistió asimismo en que la técnica de la remisión prejudicial al ministro no tenía ningún equivalente en derecho comparado e incluso podía impugnarse al amparo de las exigencias del Derecho Europeo conforme se desprende del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para el señor Abraham, en la medida en que el art. 6 del convenio garantiza el derecho a obtener la tutela efectiva de los tribunales, ello se opone «a que el juez abandone su poder de decisión a favor de una autoridad no jurisdiccional».

Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tomó posición en dicho sentido posteriormente (TEDH 24 de nov. de 1994, *Consorts Beaumartin c/ France*, RUDH 1994.405; D 1995.273, nota Prétot).

3.º) Por otra parte, remitiéndose a la aplicación plena desde la sentencia *Nicolo\** de 20 de oct. de 1989 del principio constitucional de supremacía del tratado sobre la ley, el Comisario del Gobierno arguyó que, si se mantenía, el recurso a la interpretación ministerial tendría por efecto que el poder que tiene el juez, en virtud del art. 55 de la Constitución, de excluir la aplicación de una ley contraria a un tratado, resultaría «en cierto modo... delegado en una autoridad gubernamental».

**III.** La posición adoptada por el Consejo de Estado con respecto a la interpretación del acuerdo franco-argelino de 22 de dic. de 1985 plasma el giro jurisprudencial preconizado por el señor Abraham. La nueva jurisprudencia tiene numerosas consecuencias: algunas afectan directamente al Consejo de Estado, otras son ajenas al mismo.

A. Pueden deducirse varias implicaciones de la decisión partiendo de la lógica que le sirve de fundamento: a saber, la afirmación de la competencia del juez con respecto a la misión impartida a la autoridad administrativa y a la luz de la jurisprudencia posterior.

4 1.º) La supresión de la remisión prejudicial al Ministro de Asuntos Exteriores no tiene incidencia en las reglas de interpretación propias del Derecho de la Unión Europea. Con respecto a éste, la remisión de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en caso de dificultad de interpretación es obligatoria en virtud de los compromisos internacionales suscritos por Francia: art. 177 del tratado de institución de la Comunidad Económica Europea, que se convirtió, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); art. 150 del Tratado Euratom.

5 2.º) Se planteó si debía mantenerse la remisión de la cuestión prejudicial al Ministro de Asuntos Exteriores para apreciar el cumplimiento del requisito de reciprocidad exigido en el art. 55 de la Constitución Francesa en la fase de aplicación del tratado.

En el marco de la Unión Europea puede considerarse que el problema viene resuelto por la facultad de que dispone el gobierno francés de interponer, si fuera necesario, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un recurso de incumplimiento contra un Estado miembro de la Unión.

En el caso de los tratados bilaterales, el Consejo de Estado fue sensible durante mucho tiempo al hecho de que la apreciación del respeto del requisito de reciprocidad ponía en juego consideraciones de oportunidad que afectan a las relaciones Estado-Estado cuya autoridad pública debía ser el único juez. Esta es la razón por la que, cuando tuvo que pronunciarse por primera vez sobre la cuestión, a propósito de los acuerdos de Evian, firmados en 1962 entre Francia y Argelia, prefirió dejar al Ministro de Asuntos Exteriores la responsabilidad de tomar posición (CE, As., 29 de mayo de 1981, *Rekhou*, Rec. 220; RD publ. 1981.1707, concl. J. F. Théry; AJ 1981.485, cr. Tiberghien y Lasserre; JDI 1982.410, nota Blumann; D. 1981. IR.531, obs. P. Delvolvé; D. 1982.137, nota Calonec; JDI 1982.440, nota Chappez; RGDIP 1982.410, nota Blumann; Rev. crit. DIP 1982.78, nota Lagarde). Esta jurisprudencia se mantuvo incluso después de la decisión *GISTI* de 1990 (CE, As., 9 de abr. de 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, Rec. 115; RFDA 1999.937, nota Lachaume; AJ 1999.401, cr. Raynaud y Fombeur). Ahora bien, sobre este mismo asunto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que la remisión hecha al Ministro de Asuntos Exteriores era contraria al art. 6 del Convenio (TEDH 13 de febr. de 2003, *Chevrol*; AJ 2003.1984, nota Th. Rambaud; D. 2003.931, nota Moutouh; RTDH 2003.1379, nota V. Michel; LPA 18

ago. 2003, obs. F. Melleray; JCP Adm. 2003.623, nota Tabaka; RTD civ. 2003.573, obs. Libchaber y Molfessis). A la vista tanto de la Constitución como del Convenio Europeo, el Consejo de Estado ha retomado su jurisprudencia anterior. Ahora considera que corresponde al juez administrativo, cuando se plantea la cuestión ante él, «verificar si se cumple o no el requisito de la reciprocidad», tras recabar, en el marco del procedimiento contradictorio, el dictamen del Ministro de Asuntos Exteriores (CE, As., 9 de jul. de 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, Rec. 251, concl. Dumortier; RFDA 2010.1133, concl., nota Lachaume; RFDA 2011.173, cr. Santulli; AJ 2010.1396, cr. Liéber y Botteghi).

- 6 3.º) Los métodos de interpretación de los convenios internacionales utilizados por el juez administrativo deberían inspirarse en los principios aplicables en dicha materia en virtud de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los tratados. Expresamente preconizada por el Comisario del Gobierno en sus conclusiones sobre el caso *GISTI*, esta orientación fue aplicada posteriormente (CE 22 de mayo de 1992, *Mme Larachi*, Rec. 203; v. n.º 87.10). Puede obligar al juez administrativo a combinar entre sí convenios internacionales que entren en conflicto (CE, As., 23 de dic. de 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*; v. n.º 87.10). Incluso puede verse obligado a echar mano de normas consuetudinarias de Derecho internacional público en materia de sucesión de los Estados en los derechos y las obligaciones nacidas de un tratado anterior (CE 17 de sept. de 2010, *SA Trans World Finances*, Rec. 348; RFDA 2011.178, cr. Santulli). Compete igualmente al juez, con arreglo a las mismas fuentes, apreciar si las estipulaciones de un convenio crean únicamente obligaciones en las relaciones entre Estados o pueden ser invocadas ante él por particulares (CE, As., 11 de abr. de 2012, *GISTI, Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*; v. n.º 87.9).

Con todo, fue la referencia a las reglas que rigen la jerarquía de las normas en el orden interno la que llevó al Consejo de Estado a fallar que un convenio de extradición debía interpretarse dentro del respeto de los principios que emanan de la Constitución (CE, As., 3 de jul. de 1996, *Koné\**).

- 7 4.º) Con respecto tanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos como al Pacto de Nueva York sobre los Derechos Civiles y Políticos existen, en el plano internacional, organismos habilitados para velar por su respeto: Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el primer caso; Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el

segundo. La jurisprudencia sentada por estas instancias debería servir de referencia al juez nacional.

a) En el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Consejo de Estado, ante la necesidad de modificar su jurisprudencia anterior, se alineó progresivamente con las interpretaciones dadas por el Tribunal de Estrasburgo sin que pueda excluirse que un día marque su diferencia, en los casos, naturalmente excepcionales, en que una jurisprudencia excesivamente pretoriana ponga en solfa el buen funcionamiento de nuestras instituciones.

b) En cuanto a la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los puntos de interferencia con el juez administrativo han sido hasta ahora limitados.

El Consejo de Estado ha dotado de pleno alcance a la regla *non bis idem* consagrada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de que prohíbe procesar más de una vez a la misma persona por los mismos hechos (CE, Sec., 9 de dic. de 1983, *Gasparini*, Rec. 495; JCP 1984.II.20193, concl. Genevois), mientras que el Comité limita su aplicación a la condena pronunciada por un mismo Estado (CDH, dictamen de 2 de nov. de 1987).

A la inversa, el Consejo ha ido menos lejos que el Comité a propósito del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe las discriminaciones. Mientras que en un dictamen de 3 de abr. de 1989, el Comité optó por una aplicación muy general de dicha prohibición, el Consejo de Estado falló que la misma sólo se aplica a los derechos garantizados por el Pacto (CE, As. [dictamen], 15 de abr. de 1996, *Mme Doukouré*, Rec. 126; AJ 1996.565, cr. Chauvaux y Girardot; RFDA 1996.808, concl. Ph. Martin, 1239, nota Dhommeaux y 1997.966, nota Sudre).

- 8 B. Como intuyó la doctrina, la decisión *GISTI* desbordó el marco de lo contencioso-administrativo y fue retomada por el juez ordinario. En sus formaciones civiles, el Tribunal de Casación ha reconocido tradicionalmente a los tribunales el derecho a interpretar las estipulaciones de un tratado «en tanto en cuanto no pongan en entredicho el orden público internacional» y ha considerado que, en caso contrario, debe procederse a remitir una cuestión prejudicial al Ministro de Asuntos Exteriores (*cf.* por ejemplo Civ. 1.<sup>a</sup> 7 de jun. de 1989, JCP 1990. II.21448, nota Remery). La Sala de lo Penal se mostraba todavía más

prudente, siguiendo en gran número de sentencias la siguiente fórmula: «los convenios internacionales son actos de alta administración que solo pueden ser interpretados, en su caso, por las potencias entre las que fueron concluidos» (Crim. 3 de jun. de 1985, Bull. crim. n.º 542). Ahora bien, esta reserva no figuraba en la jurisprudencia penal relativa a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La decisión *GISTI* de 29 de jun. de 1990 abrió al Tribunal de Casación la vía para una evolución de su jurisprudencia. En una sentencia de 19 dic. de 1995, *Banque africaine de développement* (Gaz. Pal. 29 de jun. de 1996, nota Cohen Jonathan; RGDIP 1996.599, com. Alland), su Primera Sala de lo Civil abandonó toda distinción entre convenios internacionales e interpretó uno sin preguntarse si ponía en entredicho el orden público internacional. La Sala de lo Penal ha admitido igualmente su competencia en materia de interpretación de los compromisos internacionales (Crim. 11 de febr. de 2004, n.º 02-84.472; 15 de ene. de 2014, n.º 13-84.778; Dr. pén. 2014, n.º 113, obs. Maron y Haas).

## 89. RESPONSABILIDAD. SERVICIOS QUIRÚRGICOS Y MÉDICOS

Consejo de Estado As., 10 de abril de 1992, Époux V.

(Rec. 171, concl. Legal; AJ 1992.355, concl.; RFDA 1992.571, concl.; D. 1993 SC 146, obs. Bon y Terneyre; JCP 1992. II.21881, nota Moreau; LPA 3 de jul. de 1992, nota Haïm)

*En cuanto al principio de la responsabilidad:* - Considerando que, el 9 de mayo de 1979, algunos días antes del término de su embarazo, la señora V. fue sometida en el hospital clínico Belvédère de Mont-Saint-Aignan (Sena-Marítimo) a una cesárea con anestesia epidural; que en el curso de la operación se produjeron varias caídas bruscas de la tensión arterial, seguidas de una parada cardíaca; que la señora V. pudo ser reanimada y luego atendida en el centro hospitalario regional de Ruán, donde estuvo hospitalizada hasta el 4 de jul. de 1979; que sigue padeciendo problemas neurológicos y físicos graves provocados por la anoxia cerebral resultante de la parada cardíaca sobrevenida durante la intervención del 9 de mayo de 1979;

Considerando que resulta de la instrucción del caso y, sobre todo, del conjunto de los informes periciales realizados en cumplimiento tanto de los mandatos judiciales del juez de instrucción como de la sentencia interlocutoria del Tribunal Administrativo de Ruán de fecha 4 de abr. de 1986, que la cesárea practicada a la señora V. presentaba, debido a la existencia de una placenta previa detectada en una ecografía, un riesgo conocido de hemorragia que podía provocar una hipotensión y una caída del ritmo cardíaco; que, además, en la fecha de la intervención se sabía que la anestesia epidural presentaba un riesgo particular de hipotensión arterial;

Considerando que el médico anestesista del hospital administró a la señora V., antes del comienzo de la intervención, una dosis excesiva de un medicamento con efecto hipotensor; que media hora más tarde se constató una caída brusca de la tensión arterial acompañada de trastornos cardíacos y de náuseas; que el practicante procedió seguidamente a la anestesia epidural prevista y administró un producto anestésico contraindicado habida cuenta de su efecto hipotensor; que a las once y diez horas se produjo una segunda caída de la tensión arterial; que después

de la cesárea y del nacimiento del niño, se produjo un sangrado que vino seguido, a las once horas y veinticinco minutos, de una tercera caída de tensión que persistió a pesar de los cuidados prestados a la paciente; que a las once horas y treinta minutos, se le perfundió plasma descongelado pero insuficientemente recalentado, lo que le provocó de inmediato un fuerte dolor seguido de parada cardíaca;

Considerando que *los errores así cometidos, que según los informes periciales han sido la causa del accidente sufrido por la señora V., constituyen una mala praxis médica susceptible de hacer incurrir en responsabilidad al hospital*; que, por ende, el señor y la señora V. tienen motivos para solicitar la anulación de la sentencia recurrida de 4 de abr. de 1986, por cuanto mediante la misma el Tribunal Administrativo de Ruán desestimó las peticiones del señor y la señora V.;

*En cuanto a la evaluación del perjuicio*: – Considerando que a raíz del accidente de anestesia de que fue víctima, cuando tenía 33 años de edad, la señora V. padece graves secuelas en la pierna izquierda y, en menor medida, en la extremidad superior izquierda; que sufre graves problemas de memoria, desorientación tanto espacial como temporal, así como trastornos de personalidad; que ha tenido que seguir un largo período de reeducación; que, debido a su discapacidad física, sufre un perjuicio estético; que, para concluir, si bien no aporta ningún principio de prueba de una pérdida de salario efectiva, está demostrado que antes de su accidente, ejercía la profesión de profesora de apoyo en un centro de enseñanza secundaria y que ha perdido toda perspectiva de volver a realizar una actividad profesional acorde con su titulación universitaria; que se hará una justa apreciación del conjunto de estos elementos del perjuicio, concediéndole una indemnización de un millón de francos;

Considerando que el señor V., marido de la víctima, sufrió un perjuicio moral debido al estado de su mujer y, que al tener tres hijos a su cargo, sufre un quebranto en sus condiciones de existencia; que se hará una justa apreciación de este perjuicio concediéndole una indemnización de 300.000 francos;

Considerando que el señor y la señora V. tienen derecho a los intereses devengados por las indemnizaciones que les son concedidas a partir del 12 de nov. de 1982, fecha en que el hospital clínico Belvédère recibió notificación de la demanda de indemnización presentada por ellos;

Considerando que el señor y la señora V. pidieron el 2 de jun. de 1986 y luego el 28 de febr. de 1990 la capitalización de dichos intereses; que en cada una de esas fechas, se les debía al menos un año de intereses; que, por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil, procede estimar tales pretensiones;

*En cuanto a los gastos periciales incurridos en primera instancia:* – Considerando que procede, en las circunstancias del presente asunto, poner a cargo del hospital clínico Belvédère los gastos periciales incurridos en primera instancia; ... (anulación de la sentencia recurrida por cuanto desestimó las peticiones del señor y de la señora V. y puso a su cargo los gastos periciales; se condena al hospital clínico Belvédère a pagar a la señora V. la cantidad de un millón de francos y al señor V. la cantidad de 300.000 francos, devengando dichos importes intereses al tipo legal del dinero a partir del 12 de noviembre de 1982, capitalizándose los intereses devengados y vencidos a 2 de jun. de 1986 y a 28 de febr. de 1990 en dichas fechas para que a su vez devenguen intereses; los gastos periciales incurridos en primera instancia son puestos a cargo del hospital clínico Belvédère; desestimación del resto de pretensiones de la demanda).

## OBSERVACIONES

- 1 Con ocasión de un parto por cesárea con anestesia epidural en un hospital público, la señora V. fue víctima de una serie de medidas médicas; una parada cardíaca de media hora provocó una anoxia cerebral que indujo a la paciente un coma de varios días, problemas respiratorios, así como hemiplejía izquierda inicialmente masiva. Todo lo cual dejó secuelas importantes de tipo neurológico.

Mientras que en primera instancia, el Tribunal Administrativo había considerado que no se había cometido falta grave, siendo ésta la única susceptible, según la jurisprudencia anterior, de hacer incurrir en responsabilidad a los servicios hospitalarios públicos por sus servicios médicos o quirúrgicos, el Consejo de Estado consideró en apelación *«que los errores así cometidos... constituyen una negligencia médica susceptible de hacer incurrir en responsabilidad al hospital»*: así pues, ya no se considera necesaria una falta grave. La sentencia es el punto culminante de toda la evolución de la responsabilidad en materia mé-

dica (I). El requisito de falta grave fue igualmente abandonado o limitado en otros ámbitos (II).

- 2 I. *La responsabilidad de los servicios públicos hospitalarios* no se regía por reglas uniformes antes de la sentencia *Époux V.* (A). Con este fallo, dicha responsabilidad puede verse comprometida por falta leve (B). En ciertos casos, incluso puede incurrirse en responsabilidad sin mediar negligencia (C).

A. *La jurisprudencia anterior* distinguía entre la organización y el funcionamiento del servicio público hospitalario, de un lado, y las actividades médicas y quirúrgicas propiamente dichas, de otro.

La organización y el funcionamiento del servicio público hospitalario no presentan especial dificultad. En consecuencia, la jurisprudencia reconoce desde hace mucho tiempo que basta una falta leve para que el servicio incurra en responsabilidad en dicho concepto (CE, Secc., 8 de nov. de 1935, *Dame Vion, Dame Philipponeau*, dos sentencias, Rec. 1019 y 1020). Se vio en la necesidad de interpretar en sentido amplio el concepto de organización y funcionamiento. Tal noción no abarca únicamente todo aquello relacionado con los aspectos administrativos del hospital (por ej., CE, Secc., 11 de ene. de 1991, *Mme Biancale*, Rec. 12; RDSS 1991.269, concl. Hubert; AJ 1991.479, obs. Prétot: falta de información a un enfermo sobre las consecuencias financieras de su traslado a una unidad de larga estancia). También se aplica a actividades que ya entrañan un aspecto médico: la organización y la preparación de la actividad médica, de un lado (CE 7 de abr. de 1967, *Centre hospitalier régional d'Orléans c/ Fichon*, Rec. 300: falta de personal médico necesario); las actuaciones de atención habituales que pueden ser ejecutados sin la intervención o la supervisión personal de un médico, de otro (CE, Secc., 26 de jun. de 1959, *Rouzet*, Rec. 405; AJ 1959.273, concl. Fournier), tales como punciones, inyecciones y perfusiones (por ej., CE 9 de ene. de 1980, *Mme Martins*, Rec. 4).

También se aceptará la falta leve para reconocer la responsabilidad del Estado derivada de la organización del servicio público de transfusión sanguínea (CE, As., 9 de abr. de 1993, *D.*, Rec. 110, concl. Legal; D. 1993.312 y RFDA 1993.583, concl.; AJ 1993.344, cr. Maugué y Touvet; D. 1994.56.63, obs. Bon y Terneyre; JCP 1993. II.110, nota Debouy; RA 1993.561, nota Fraisseix).

En cuanto a los actos médicos en sentido estricto, la jurisprudencia sigue exigiendo falta grave, ya se trate del diagnóstico (CE 6 de mayo de 1988, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris c/ Consorts Leone*, Rec. 186; AJ 1988.555, nota Moreau), de la prescripción o de la falta de prescripción de análisis (CE, Secc., 19 de dic. de 1984, *Boehrer*, Rec. 433, concl. Stirn; AJ 1985.90, cr. Schoettl y Hubac), como del tratamiento y de los cuidados (CE 16 de oct. de 1987, *Melle Richard*, Rec. 317), o de las operaciones quirúrgicas (CE, As., 28 de mayo de 1971, *Centre hospitalier de Reims*, Rec. 418).

Ahora bien, el rigor de esta jurisprudencia se matiza con un razonamiento que consideraba que la gravedad de las consecuencias de una intervención benigna denota negligencia en la organización y el funcionamiento del servicio (CE, As., 7 de marzo de 1958, *Secrétaire d'État à la santé publique c/ Dejours*, Rec. 153; v. n.º 33.9), lo que desplaza la responsabilidad del terreno del acto médico al campo de la organización y el funcionamiento del servicio e incluso permite presumir la negligencia.

- 3 B. La deriva constante de la jurisprudencia administrativa llevó al Consejo de Estado a abandonar con la sentencia Époux V. el requisito de la falta grave para los actos médicos y quirúrgicos.

En sus conclusiones, el señor Legal puso de manifiesto que «*el estado actual del Derecho positivo se caracteriza por una reducción del ámbito del acto médico y, dentro de este ámbito, por una trivialización de la falta grave*», y «*que existe una cierta incoherencia entre las decisiones que se atienen a la exigencia de una falta grave clásica y otras que restringen de hecho al supuesto de un simple error no culposo el rechazo de comprometer la responsabilidad*». «*En estas condiciones,... es necesaria una simplificación...*».

En ámbitos diferentes, la jurisprudencia ha pasado del principio de la irresponsabilidad a la responsabilidad por falta manifiesta y de particular gravedad, luego a la responsabilidad por falta grave y finalmente a la responsabilidad por falta leve –sin incluir los supuestos de presunción de negligencia o de responsabilidad por riesgo. «*La inclusión de la falta grave en este esquema... parece conformar un compuesto jurídico muy inestable...*».

Aun cuando el mantenimiento de su exigencia en materia médica pudiera estar justificada en el plano teórico, «*en el contencioso de la reparación, el juez no puede ser indiferente a la evolución de la sensibilidad de sus conciudadanos*»: a los enfermos, médicos y al público en general les resulta difícil comprender que sea necesaria una falta

grave para determinar que un hospital ha incurrido en responsabilidad. A esto se añade la evolución de la práctica terapéutica, en la que se multiplican las posibilidades de tratamiento y las opciones operatorias, y correlativamente se incrementa la dificultad de distinguir entre lo que supone falta grave y lo que supone falta leve.

En el caso de la señora V., se cometieron sucesivamente varios errores, pero sin que ninguno de ellos pudiera calificarse de falta grave sin forzar los términos. Al considerar, conforme a las conclusiones del Comisario del Gobierno, que «*constituyen una negligencia médica susceptible de hacer incurrir en responsabilidad al hospital*», el Consejo de Estado simplificó y unificó el régimen de la responsabilidad hospitalaria.

Ahora bien, según el señor Legal, esto no tiene como efecto «*ni transformar la obligación de los medios en obligación de resultado, ni de asimilar la negligencia médica a otras faltas... Se trata de una negligencia específica que se rige por las leyes particulares de la disciplina en cuestión*». A este respecto, un error no es siempre negligente. La falta, apreciada *in concreto*, sigue siendo necesaria. La jurisprudencia posterior confirmaría dicho extremo (CE 27 de jun. de 1997, *Mme Guyot*, Rec. 267; D. 1999. SC. 49, obs. Bon y de Béchillon), ampliando el régimen de la falta leve al servicio de asistencia médica de urgencia (CE, Secc., 20 de jun. de 1997, *Theux*, Rec. 254, concl. Stahl; RFDA 1998.82, concl.; DA, n.º 358, obs. Esper).

4

C. Admitió igualmente que, en ciertas circunstancias, los hospitales podían incurrir en responsabilidad sin falta sobre el fundamento del riesgo.

En su sentencia de 9 de abr. de 1993, *Bianchi* (Rec. 126, concl. Daël; RFDA 1993.573, concl.; AJ 1993.344, cr. Maugüé y Touvet; D. 1994.SC.65, obs. Bon y Terneyre; JCP 1993.II.22061, nota Moreau; RD publ. 1993.1099, nota Paillet; RA 1993.561, nota Fraissé), el Consejo de Estado (As.) falló que, aun cuando «*no pueda detectarse negligencia alguna*», «*si un acto médico necesario para el diagnóstico o el tratamiento del paciente presenta un riesgo cuya existencia es conocida, pero cuya ocurrencia es excepcional y no hay razón alguna para pensar que el enfermo esté especialmente expuesto, la responsabilidad del servicio público hospitalario se ve comprometida si la ejecución de este acto es causa directa de daños sin relación con el estado inicial del paciente o la evolución previsible de dicho estado, y los mismos presentan un carácter de extrema gravedad*». Esta solución ha

sido admitida «*incluso cuando el acto médico se practicó en una intervención desprovista de fines terapéuticos*» (en el asunto en cuestión, una circuncisión ritual) (CE, Secc., 3 de nov. de 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, Rec. 412; RFDA 1998.90, concl. Péresse; AJ 1997.959, cr. Girardot y Raynaud; D. 1998. J.146, nota Chrestia y 1999. SC.45, obs. Bon y de Béchillon; DA 1998, n.º 32, nota Esper; G. P. 1998. I.1, nota Bonneau y 31, nota Hermon; JCP 1998. II.10016, nota Moreau; RD publ. 1998.891, nota J-M Auby; RDSS 1998.519, nota Clément). Actualmente, se incurre en responsabilidad aun cuando el riesgo sea «*común a una gran categoría de actos médicos*» (CE 19 de marzo de 2010, *Consorts Ancey*, Rec. 975; JCP Adm. 2010.2316, nota Lantero).

El Tribunal de Casación no ha incorporado al Derecho privado la jurisprudencia *Bianchi*: se atiende al requisito de la negligencia (Civ. 1.ª 8 de nov. de 2000, Bull. civ. I, n.º 287, p. 186; JCP 2001. II.10493, informe Sargos, nota Chabas). Pero exige que el médico informe al paciente de los riesgos de una intervención, aunque sean excepcionales (Civ. 1.ª 7 de oct. de 1998, dos sentencias, Bull. civ. I, n.º 287, p. 199, y n.º 291, p. 202; JCP 1998.II.10179, concl. Sainte Rose, nota Sargos; D. 1999.145, nota Porchy; RTD civ. 1999.111, obs. Jourdain). El Consejo de Estado ha formulado la misma exigencia (CE, Secc., 5 de ene. de 2000, *Consorts Telle, Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, Rec. 5, concl. Chauvaux; RFDA 2000.641, concl., nota Bon; Gaz. Pal. 28-29 de jun. de 2000, concl.; AJ 2000.137, cr. Guyomar y Collin; DA 2000.46, nota Esper; JCP 2000. II.10271, nota J Moreau; RD publ. 2001.412, nota Guettier; RDSS 2000.357, nota Dubouis).

También se ha reconocido la responsabilidad sin falta en el caso de los centros de transfusión de sangre, «*habida cuenta tanto de la misión... encomendada a los mismos por la ley como de los riesgos que presenta el suministro de productos sanguíneos*» (CE, As., 26 de mayo de 1995, *Consorts Nguyen, Jouan, consorts Pavan*, Rec. 221; RFDA 1995.748, concl. Daël; AJ 1995.508, cr. Stahl y Chauvaux; JCP 1995.II.22468, nota Moreau; RD publ. 1995.1609, nota Lajartre). En su calidad de dispensadores de prestaciones médicas, los hospitales deben igualmente responder, aunque no haya habido negligencia, por los fallos en productos y aparatos de salud utilizados (CE 9 de jul. de 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Mme Marzouk*, Rec. 338; AJ 2003.1946, nota Deguerge; JCP Adm. 2003.1897, nota Chavrier), incluidos los de las prótesis, independientemente de las

disposiciones de una directiva europea sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos (CE, Secc., 25 de jul. de 2013, *Fallempin*, Rec. 226; AJ 2013.1972, cr. Domino y Bretonneau; D. 2013.2438, nota Bacache).

- 5 El legislador creyó mejorar la situación de las víctimas con las disposiciones de la ley de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, completadas por la Ley de 30 de dic. de 2002 sobre responsabilidad civil médica, aunque ha regresado en ciertos aspectos al acervo jurisprudencial.

De un lado, según el apartado I del artículo L. 1142-1 del nuevo Código de la Salud Pública, «... *los profesionales de la salud... así como cualquier establecimiento, servicio u organismo donde se realicen actos individuales de prevención, de diagnóstico o de cuidado solo serán responsables de las consecuencias perjudiciales (de dichos actos) en caso de negligencia*» – lo que excluye la responsabilidad por riesgo admitida en ciertos casos por el Consejo de Estado. Ahora bien, para los daños derivados de infecciones nosocomiales (contraídas en el curso de una hospitalización), los establecimientos, servicios u organismos son responsables «*salvo que aporten prueba de una causa ajena a los mismos*»; a partir de un cierto umbral, estos daños son asumidos a título de la solidaridad nacional. Se trata de una solución de orden público cuyo motivo debe constatar el juez de oficio (CE 6 de marzo de 2015, *Centre hospitalier de Roanne*, AJ 2015.1379, nota Lantero).

De otro, según el apartado II, si los profesionales o las instituciones (hospitales, clínicas) no incurren en responsabilidad (por no cumplirse las condiciones definidas en el apartado I), «*un accidente médico, una afección iatrogénica o una infección nosocomial abre derecho a la reparación a título de la solidaridad nacional, cuando es directamente imputable a actos de prevención, de diagnóstico o de atención y ha tenido consecuencias anormales para el paciente habida cuenta tanto de su estado de salud como de la evolución previsible del mismo y presentan un carácter de gravedad...*» – lo que se sitúa en línea con las fórmulas de la sentencia *Bianchi*. Pero el derecho a la reparación sólo se abre para perjuicios correspondientes a un grado de incapacidad permanente determinado por decreto (mientras que anteriormente el perjuicio se evaluaba en condiciones de derecho común); la reparación es asumida por una Oficina Nacional creada bajo la forma jurídica de un establecimiento público estatal de carácter administrativo (mien-

tras que anteriormente corría por cuenta de la institución donde se había originado el perjuicio).

- 6 II. La exigencia de falta grave *fue abandonada o limitada* en otros ámbitos. Los motivos, de tres órdenes, que, como recordaba Legal en sus conclusiones sobre el caso *Époux V.*, podían justificarla («*la dificultad técnica de la actividad, la naturaleza soberana del servicio, la preocupación moral de borrar los efectos de un comportamiento escandaloso*») ya no son necesariamente válidos.

A. La consideración de *la dificultad de la actividad ejercida* predominaba a propósito de los servicios de tutela o de control (v. nuestras obs. sobre CE 29 de marzo de 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurtheet-Moselle\**) y de servicios de policía (v. nuestras obs. sobre CE 10 de febr. de 1905, *Tomaso Grecco\**): pero actualmente solo ciertas actividades de control están incluidas en el régimen de responsabilidad por falta grave. En cuanto a la policía, ésta incurre en responsabilidad por falta leve y, en ciertos casos, incluso sin mediar negligencia.

Los *servicios penitenciarios* pueden ser asimilados a los servicios encargados de la seguridad o del mantenimiento del orden, ya que no cabe duda de la dificultad de sus funciones. Ello ha podido justificar la exigencia de una falta grave (CE, Secc., 5 de febr. de 1971, *Ministre de la justice c/ Dame Vve Picard*, Rec. 101; AJ 1971.147, cr. Labetouille y Cabanes; D. 1971.503, nota Moderne; JCP 1973. III.1517, nota Fransès-Magre). Pero actualmente, se considera suficiente una falta leve (CE 23 de mayo de 2003, *Mme Chabba*, Rec. 240; AJ 2004.157, nota Albert; DA 2003, n.º 207, nota Lombard; JCP Adm. 2003.175, nota J. Moreau; 9 de jul. de 2008, *Garde des Sceaux, ministre de la justice*, Rec. 262; JCP 2008. II.10159, concl. Águila; AJ 2008.2294, nota Brondel; 17 de dic. de 2008, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M et Mme Zaouiya*, Rec. 465; AJ 2009.432, concl. de Silva; JCP 2009. II.10049, 3.º esp., nota Merenne). Además, los métodos modernos adoptados por el legislador con vistas a favorecer la reinserción social de los delincuentes han llevado al Consejo de Estado a adoptar en ciertos casos un régimen de responsabilidad por riesgo (v. nuestras obs. sobre la sentencia de 28 de marzo de 1919, *Regnault-Desroziers\**).

- 7 B. La *naturaleza soberana del servicio* es inherente al de la *justicia*. Durante mucho tiempo tal naturaleza ha supuesto un obstáculo al reconocimiento de la responsabilidad del Estado en este ámbito. El

recurso a la falta grave permitió superarlo: toda la evolución jurisprudencial ha llevado de un régimen de irresponsabilidad a un régimen de responsabilidad por falta grave, y luego por falta leve (v. nuestras obs. sobre CE 27 de febr. de 2004, *Mme Popin\**).

Los servicios del *fisco* son otro aspecto de la actividad soberana del Estado. Durante mucho tiempo el fisco solo incurría en responsabilidad en caso de «falta manifiesta y de particular gravedad». Esta exigencia fue atenuada un grado e igualada a la falta grave por dos sentencias: CE, Secc., 21 de dic. de 1962, *Dame Husson-Chiffre* (Rec. 701; AJ 1963.106, cr. Gentot y Fourré; D. 1963.588, nota Lema-surrier). Pese a seguir siendo difícil, esta condición fue satisfecha en varias ocasiones (por ej.: CE 11 de jul. de 1984, *Société industrielle de Saint-Ouen*, Rec. 272; Gaz. Pal. 14 de dic. de 1984, concl. Fouquet; JCP 1985.II.20394, nota Louit; RFDA 1985.120, nota Bon). Fue limitada a los *servicios de liquidación y recaudación*. Incluso para éstos, ha bastado una falta leve por cuanto la apreciación de la situación del contribuyente no presenta especial dificultad (CE, Secc., 27 de jul. de 1990, *Bourgeois*, Rec. 242; RFDA 1990.899, concl. Chahid-Nourai; RJF 1990.548, concl.; AJ1991.53, nota Richer; D. 1991.346, nota R. Debbasch: «errores... detectados en la recogida y el tratamiento informatizado de declaraciones y en la ejecución automática de retenciones mensuales»; Secc. 29 de dic. de 1997, *Commune d'Arcueil*, Rec. 512; CJEG 1998.159, RFDA 1998.97 y RJF 1998.81, concl. Goulard; D. 1999.SC.53, obs. Bon y de Béchillon, concl.; AJ 1998.112, cr. Girardot y Raynaud: la no sujeción de una empresa a la patente, seguidamente al impuesto de actividades económicas en detrimento de un municipio). Por último, mediante la sentencia de 21 de marzo de 2011, *Krupa* (Rec. 101, concl. Legras; RFDA 2011.340, concl.; AJ 2011.1278, nota Barque; DA 2011, n.º 52, nota F. Melleray; JCP Adm. 2011.2185, nota Erstein; RJEP jun 2011, J. n.º 30, p. 40, nota Collet; Just. et cass. 2012, nota Hern de Quelen), el Consejo de Estado (Secc.) consideró «que una falta cometida por la Administración al ejecutar operaciones relacionadas con los procedimientos de liquidación y recaudación del impuesto es susceptible de hacer incurrir al Estado en responsabilidad frente al contribuyente o frente a cualquier otra persona si le ha ocasionado directamente un perjuicio». Al mencionar «cualquier otra persona», la sentencia se refiere en particular a las entidades territoriales, en el marco de impuestos en cuya recaudación interviene el Estado: esto es lo que precisó expresa-

mente la sentencia de 16 de jul. de 2014, *Ministre délégué, chargé du budget c/ Commune de Cherbourg-Octeville*, Rec. 220), al añadir a la misma «*cualquier otra persona pública*». De esta manera se reconoció la falta del Estado frente a un municipio, al abstenerse de verificar la base imponible del impuesto de actividades económicas debido por una empresa. Se amplió, así, el sistema de falta leve a toda la materia fiscal. Tal ampliación es un ejemplo particularmente claro de una evolución jurisprudencial que ha conducido a una alineación con el régimen de derecho común de la responsabilidad administrativa.

- 8 C. Por lo demás, la exigencia de falta grave no debe considerarse siempre como un obstáculo para las víctimas. En general, el reconocimiento de la falta grave constituye una apreciación severa para la Administración.

También permite eludir los regímenes de irresponsabilidad. Ha servido a la jurisprudencia para hacer evolucionar no sólo los regímenes que ella misma había admitido primitivamente (por ej., en materia de policía), sino también aquellos instituidos legalmente. En el ámbito de la responsabilidad contractual, la falta grave de una parte no le permite hacer valer una cláusula que la exime de responsabilidad. Así pues, si el abandono de la falta grave constituye generalmente una simplificación favorable a las víctimas, su utilización no es sistemáticamente contraria a las mismas. Como otras nociones de Derecho Administrativo, la falta grave es un instrumento que permite al juez tener en cuenta «necesidades del servicio» y «conciliar los derechos del Estado con los derechos privados» (*Blanco\**). El juez puede renunciar a ella cuando no desempeña esta función; y seguir recurriendo a ella cuando resulta útil.

## 90. MEDIDAS DE ORDEN INTERNO

### Consejo de Estado As., 17 de febrero de 1995, *Hardouin y Marie*

(Rec. 82 y 85, concl. Frydman; AJ 1995.379, cr. Touvet et Stahl; D. 1995.381, nota Belloubet-Frier; JCP 1995.II.22426, nota Lascombe y Bernard; LPA 28 abr. 1995, nota Vlachos, 9 jun. 1995, nota Nguyen Van Tuong, 4 ago. 1995, nota Otekpo; Gaz. Pal. ago. 1995, nota Otekpo; RD publ. 1995.1338, nota Gohin)

#### I. *Hardouin.*

Considerando que a tenor del último párrafo del artículo 30 del decreto de 28 de julio de 1975, modificado, y relativo al reglamento de disciplina general dentro de las fuerzas armadas: «A excepción de la amonestación, las sanciones disciplinarias serán objeto de anotación motivada en el expediente individual o en el libro de matrícula»; que el artículo 31 de dicho reglamento, en la redacción dada al mismo por el decreto de 21 de agosto de 1985, dispone: «se sancionará con arresto una falta grave o muy grave o faltas repetidas de menor gravedad. El militar efectúa el servicio en condiciones normales pero le estará prohibido, fuera de servicio, abandonar su unidad o el lugar designado por su comandante en jefe (...). El número de días de arresto que podrá imponerse es de uno a cuatro. Durante el cumplimiento de esta sanción, el militar no disfrutará de permisos»; *que, tanto por sus efectos directos sobre la libertad de movimiento del militar, fuera de servicio, como por sus consecuencias sobre la promoción o la renovación de contratos de empleo, la sanción de arresto constituye una medida lesiva, susceptible de ser recurrida ante el juez del exceso de poder*; que el señor Hardouin tiene, por tanto, derecho a solicitar la anulación de la sentencia recurrida, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Rennes rechazó por inadmisibles las pretensiones tendentes a la anulación de la decisión de 14 de marzo de 1986 en virtud de la cual el Ministro de Defensa desestimó su recurso contra la sanción de diez días de arresto que le fue impuesta el 8 de nov. de 1985 por el comandante de su unidad;

Considerando que procede evocar y resolver inmediatamente la demanda presentada por el señor Hardouin ante el Tribunal Administrativo de Rennes;

Considerando que resulta de los documentos que obran en autos que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 del antedicho Reglamento modificado de 28 de jul. de 1975, se permitió al señor Hardouin explicarse ante su comandante en jefe antes de que se le impusiera una sanción;

Considerando que, si bien el señor Hardouin, amparándose en las disposiciones de la Ley de 11 de julio de 1979, sostiene que la decisión por la que el Ministro de Defensa desestimó su recurso de alzada contra la decisión de arresto que se le había impuesto es irregular debido a que no está motivada, la obligación de motivación de las sanciones previstas en dicha ley concierne a la decisión que impone la sanción y no a la decisión que se limita a rechazar la impugnación de dicha sanción;

Considerando que ha quedado acreditado que, a su vuelta hacia las 0:45 horas del día 8 de nov. de 1985 a la unidad naval en la que estaba destinado, el señor Hardouin, entonces maestro timonel, manifestaba signos de embriaguez; que se negó a someterse a la prueba de alcoholemia; que tales hechos eran susceptibles de justificar una sanción disciplinaria y que, al imponer una sanción de 10 días de arresto, la autoridad militar no cometió error manifiesto de apreciación;

Considerando que de todo cuanto antecede se deduce que el señor Hardouin carece de fundamentos para sostener que la decisión del Ministro de Defensa, de fecha 14 de marzo de 1986, adolece de exceso de poder;... (Desestimación).

## **II. Marie.**

Considerando que a tenor del artículo D. 167 del Código de Procedimiento Penal: «La sanción de celda de aislamiento consiste en el confinamiento del detenido en una celda destinada a dicho efecto y que debe ocupar solo; no pudiendo exceder su duración de cuarenta y cinco días...»; que el artículo D. 169 del mismo Código prevé que «El confinamiento en una celda de castigo conlleva durante toda su duración, la privación de cantina y de visitas. Comporta igualmente restricciones en la correspondencia con personas distintas de la familia...»; que en virtud del artículo 721 del mismo Código, pueden acordarse

reducciones de pena a los condenados detenidos que están cumpliendo penas privativas de libertad «si han dado pruebas suficientes de buena conducta» y que las reducciones así concedidas pueden ser suspendidas «en caso de mala conducta del condenado en detención»; *que, habida cuenta de la naturaleza y de la gravedad de esta medida, la sanción de celda de aislamiento constituye una decisión lesiva que puede ser recurrida ante el juez del exceso de poder*; que el señor Marie tiene, por tanto, derecho a solicitar la anulación de la sentencia recurrida, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Versalles rechazó por inadmisibles su demanda de anulación de la decisión de 29 de junio de 1987 por la que el director del centro de detención de Fleury-Mérogis le impuso la sanción de confinamiento en celda de castigo durante ocho días, con suspensión, así como de la decisión implícita del director regional de los servicios penitenciarios rechazando su recurso de alzada contra dicha decisión;

Considerando que procede evocar y resolver inmediatamente la demanda presentada por el señor Marie ante el Tribunal Administrativo de Versalles;

Considerando que a tenor del artículo D. 262 del Código Procesal Penal: «Los detenidos pueden, en todo momento, dirigir cartas a las autoridades administrativas y judiciales francesas (...) Los detenidos que aprovechen la facultad que así se les concede para proferir ultrajes, amenazas o acusaciones calumniosas, o bien para multiplicar reclamaciones injustificadas que ya han sido objeto de resolución desestimatoria, incurrirán en sanción disciplinaria, sin perjuicio de las sanciones penales que procedan»;

Considerando que, para imponer al señor Marie la sanción de ocho días de celda de castigo, con suspensión, el director del centro de detención de Fleury-Mérogis se basó en que la carta de 4 de junio de 1987 dirigida por este detenido al jefe de servicio de la Inspección General de Asuntos Sociales, para quejarse del funcionamiento del servicio médico del centro, tenía el carácter de una reclamación injustificada;

Considerando que de los documentos obrantes en autos no resulta, y además no ha sido alegado, que dicha reclamación, presuntamente injustificada, fuera una continuación de quejas anteriores que ya hubieran sido objeto de resoluciones desestimatorias; que si bien el Ministro de Justicia sostiene que dicha reclamación contenía acusaciones calumniosas, tal recriminación no figura entre los motivos de la

decisión recurrida y que, por lo demás, si bien la carta del señor Marie expresa críticas en términos poco medidos, no contiene ni ultrajes, ni amenazas, ni acusaciones que puedan calificarse de calumniosas; que, por ende, al adoptar la decisión recurrida, el director de la casa de arresto cuya decisión fue implícitamente confirmada por el director regional de Servicios Penitenciarios, se basó en hechos que no eran susceptibles de justificar una sanción; que, por consiguiente, y sin que sea necesario entrar a examinar los demás fundamentos del recurso, se estima la solicitud del señor Marie de anulación de dichas decisiones;... (Anulación).

## OBSERVACIONES

- 1 **I.** El 8 de nov. de 1985, hacia la una menos cuarto de la madrugada, el maestro timonel Philippe Hardouin, en servicio en el buque de guerra «le Vauquelin», que hacía escala en las Islas Canarias, se hallaba en estado de embriaguez y se negó a someterse a una prueba de alcoholemia; fue sancionado por este motivo con ocho días de arresto.

El señor Pascal Marie, detenido en la prisión de Fleury-Mérogis, escribió al jefe de servicio de la Inspección General de Asuntos Sociales para quejarse por una denegación de atención odontológica. A raíz de esta denuncia, el director del establecimiento le impuso, el 29 de junio de 1987, una sanción de confinamiento en «celda de castigo» durante ocho días, con suspensión. Estos dos asuntos triviales y menores provocaron un giro importante en la jurisprudencia contenida en dos decisiones dictadas el mismo día por la Asamblea de lo Contencioso del Consejo de Estado.

En efecto, las dos personas que habían sido objeto de estas sanciones las recurrieron ante los tribunales administrativos territorialmente competentes de Rennes y Versalles. Ambos tribunales desestimaron el recurso, aplicando una jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado según la cual tales castigos constituyen «medidas de orden interno» que no son susceptibles de recurso contencioso-administrativo.

A raíz de la apelación de los interesados, el Consejo de Estado abandonó dicha jurisprudencia. Consideró que el castigo impuesto al señor Hardouin podía ser recurrido por la vía del recurso por exceso

de poder debido a «sus efectos directos en la libertad de movimiento del militar, fuera de servicio» y a «sus consecuencias en la promoción o la renovación del contrato de trabajo». Adoptó la misma solución para la sanción de confinamiento en celda de castigo impuesta del señor Marie, «habida cuenta de la naturaleza y de la gravedad de esta medida». Ahora bien, la suerte de los recurrentes difiere en cuanto al fondo del asunto: la sanción impuesta al militar es declarada legal, por razón de las faltas cometidas por el mismo, mientras que la impuesta al recluso fue anulada dado que los motivos por él alegados contra la administración penitenciaria, aun expresados en términos poco mesurados, no contenían ni ultrajes, ni amenazas, ni acusaciones calumniosas.

- 2 II. El Consejo de Estado siguió las conclusiones de su Comisario del Gobierno Patrick Frydman. La jurisprudencia anterior se fundamentaba principalmente en dos ideas: al ser las medidas de orden interno de una importancia mínima, no podía acudir al juez a tenor del viejo adagio latino *de minimis non curat praetor*; y con la intervención del control jurisdiccional se correría el riesgo de debilitar la disciplina necesaria, en particular en las fuerzas armadas, las prisiones y las escuelas. El Comisario del Gobierno propuso un cambio de jurisprudencia arguyendo cinco razones concretas:

– «no es posible mostrarse insensible ante las consecuencias perjudiciales inherentes, para las personas afectadas, al pronunciamiento de sanciones disciplinarias y, correlativamente, ante el considerable avance del Derecho que supondría la sujeción de tales medidas al control del juez... los castigos impuestos tanto a los detenidos como a los militares conllevan en realidad efectos de derecho y de hecho que, no sólo provocan mayor sensibilidad que los de muchos otros actos cuya legalidad examina cada día el juez administrativo, sino que, sobre todo, hacen indispensable a nuestros ojos la sujeción de tales sanciones al control jurisdiccional... desde este punto de vista, no nos es posible dejar de ver en la jurisprudencia actual del Consejo de Estado una manifestación de arcaísmo, si no constitutiva –como se ha dicho a veces– de una genuina denegación de justicia, al menos sí difícilmente compatibles con los principios del Estado de Derecho tal y como es entendido actualmente»;

– «el giro jurisprudencial hecho así necesario, nos parece además facilitado, en segundo lugar, por la evolución reciente de nuestro Derecho en el sentido de un estrechamiento del ámbito de aplicación

de las medidas de orden interno... El método adoptado por el Consejo de Estado para hacerlo consiste precisamente en excluir de esta categoría decisiones que en realidad tienen por efecto una vulneración sustancial de los derechos y de las libertades o de la situación jurídica o estatutaria de sus destinatarios»;

– «en tercer lugar, la inversión de esta posición tradicional nos parece una consecuencia lógica de un factor jurídico que no deja de estar vinculado con esta evolución más general del derecho de las medidas de orden interno... las obligaciones, dimanantes de ciertos compromisos suscritos por Francia y, muy particularmente, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de nov. de 1950»;

– «en cuarto lugar, entre los elementos que abogan con fuerza a favor de la admisibilidad de los recursos dirigidos contra las sanciones disciplinarias figura igualmente la constatación de que dichos recursos son posibles... en la mayor parte de los países de nuestro entorno»;

– «en quinto lugar, este giro nos parece propiciado asimismo por la notable evolución social que ha registrado los medios penitenciario y militar en las últimas décadas, y que los ha llevado simultáneamente a reconocer mejor los derechos del individuo y a abrirse al control exterior».

Esta rotunda argumentación retomaba críticas formuladas hacía ya más de veinte años por una parte de la doctrina contra una jurisprudencia secular. Conviene destacar que se apoya asimismo en consideraciones de Derecho Internacional y en elementos de Derecho comparado: actitudes nuevas para el juez administrativo, que se situó durante mucho tiempo en un marco puro y específicamente francés.

- 3 **III.** Tal y como señaló el Comisario del Gobierno, la categoría de las medidas de orden interno estaba en vías de reducción, al igual que otro gran grupo de actos no recurribles: el de los actos de gobierno (CE 19 de febr. de 1875, *Prince Napoléon\**). Para atenerse a las principales decisiones de orden individual, el Consejo de Estado había aceptado examinar los recursos dirigidos contra las calificaciones atribuidas a los funcionarios (Secc. 23 de nov. de 1962, *Camara*, Rec. 627; AJ 1962.666, cr. Gentot y Fourré), a los magistrados (As. 31 de ene. de 1975, *Volff*, Rec. 70; v. n.º 64.3) o a los militares (Secc. 22 de abr. de 1973, *Pierron*, Rec. 184; AJ 1977.360, cr. Nauwelaers y Fabius; RA 1977.378, nota Darcy), o incluso las medidas tomadas en materia

de resultados de competiciones deportivas (Secc. 25 de ene. de 1991, *Vigier, Rec. 29*; AJ 1991.389, concl. Leroy; D. 1991.611, nota Fernandez-Maublanc; LQJ 6 de jul. de 1991, nota Maligner).

El principal avance jurisprudencial en este ámbito es el que afectó al ámbito de la enseñanza pública. A pesar de que la prohibición de llevar un símbolo religioso en el colegio era considerada una medida de orden interno (CE, Secc., 21 oct 1938, *Lote, Rec. 786*), el asunto conocido como «el velo islámico» llevó al Consejo de Estado a abandonar tal jurisprudencia: a partir de entonces, el reglamento interno de los colegios que prohibía «llevar cualquier signo distintivo, vestimenta u otro, de tipo religioso, político o filosófico», así como la expulsión de alumnas que hubieran llevado un velo cubriendo su cabellera pasaron a ser decisiones susceptibles de recurso (CE 21 de nov. de 1992, *Kherouaa, Rec 389*; v. n.º 23.6).

En cambio, la jurisprudencia se mantuvo firme en el ámbito de los castigos militares (CE, Secc., 11 de jul. de 1947, *Dewavrin, Rec 307*) y penitenciarios (As. 27 de ene. de 1984, *Caillol, Rec. 28*; v. n.º 64.5). Esta última decisión, dictada por la Asamblea de lo Contencioso en contra de las conclusiones del Comisario del Gobierno, era especialmente característica: el juez administrativo rechazó efectivamente examinar la medida en virtud de la cual un detenido había sido internado en el «recinto de máxima seguridad». Tampoco aceptó conocer de tales decisiones por la vía de una demanda de responsabilidad, a pesar de una decisión aislada en sentido contrario (CE, Secc., 9 de jun. de 1978, *Spire, Rec. 237*; RA 1978.631, concl. Genevois; AJ 1979, n.º 5, p. 92, nota Truchet). Como mucho, en una sentencia que prácticamente pasó desapercibida, aceptó conocer de una sanción militar al amparo de una ley de amnistía (CE 2 de dic. de 1959, *Lacaze, Rec. 641*). El mantenimiento de esta rigurosa jurisprudencia era tanto más difícil por cuanto los castigos en cuestión revestían a veces una cierta gravedad y que, en el seno de las fuerzas armadas, coexistían con las denominadas sanciones estatutarias, tales como la excedencia forzosa, que siempre han sido objeto de control jurisdiccional.

#### IV. Queda por precisar el alcance de la nueva jurisprudencia.

El Comisario del Gobierno indicó que no debería afectar a todas las sanciones impuestas en las prisiones o las fuerzas armadas, sino sólo a las «que conllevaran o bien un atentado sensible contra libertades o derechos protegidos –criterio que integraría además, en concreto, la eventual agravación sensible de las condiciones de vida de la

persona sancionada—, o bien una vulneración sustancial de la situación estatutaria o administrativa del interesado —criterio que, por su parte, cubriría en particular las eventuales consecuencias de la medida en las perspectivas de carrera—». El Consejo de Estado tuvo en cuenta estos límites en sus dos decisiones de 17 de febr. de 1995.

- 6 V. La continuación dada a las sentencias de 17 de febr. de 1995 no ha sido la misma según se trate de detenidos o de militares. En el caso de estos últimos, habida cuenta en particular del acercamiento de su régimen jurídico al de los funcionarios civiles, efectuado por la Ley de 24 de marzo de 2005 (retomada en el Código de Defensa), los litigios relacionados con sanciones disciplinarias han sido escasos. En la línea de la jurisprudencia *Hardouin*, se ha fallado que una amonestación puede ser objeto de recurso por exceso de poder (CE 12 de jul. de 1995, *Monfroy*, Rec. 304).

Por su parte, el Consejo Constitucional ha fallado que el régimen de arrestos impuesto a los militares no es contrario a la Constitución (n.º 2014-450 QPC, 27 de febr. de 2015, *Pierre et autres*; RFDA 2015.608, com. M. Roblot Troizier).

En el caso de los reclusos, la jurisprudencia surgida de la decisión *Marie* se vio ilustrada y prolongada gracias a la conjunción de varios elementos: el preocupante estado de las prisiones, la acción realizada por la sección francesa del Observatorio Internacional de Prisiones; la reforma de los procedimientos de urgencia introducida por la Ley de 30 de jun. de 2000 (v. nuestras obs. sobre CE, Secc., 18 de ene. de 2001, *Commune de Venelles*\*); la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, protectora de los reclusos. Hay que destacar que esas mismas causas dieron origen a la Ley Penitenciaria de 24 de nov. de 2009. Esta última sirve de fundamento a ciertas soluciones adoptadas por el juez. Así, su artículo 26 relativo a la libertad de religión ha llevado a que los reclusos que sean testigos de Jehová puedan beneficiarse de capellanes (CE 16 de oct. de 2013, *garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Fuentès*, Rec. 682; AJ 2013.2386, concl. Hedary).

Por el contrario, se ha fallado que ni la ley ni el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos imponen a la administración penitenciaria la obligación de garantizar en toda circunstancia a los reclusos una alimentación que respete sus convicciones religiosas (CE 16 de jul. de 2014, *Garde des sceaux, ministre de la justice*, AJ 2014.2321, nota P. H. Prélot; – 25 de febr. de 2015, *Stojanovic*, req. n.º 375724).

En conjunto, ha visto la luz una política jurisprudencial que se distingue por tres características: una sensible reducción de las medidas de orden interno; un mayor control de la legalidad; la emergencia de un procedimiento que va más allá de dicho control.

7

A. La jurisprudencia *Marie* fue precisada y enriquecida, de tal manera que se ha ampliado la posibilidad de interponer un recurso por exceso de poder. Ello deriva principalmente de tres decisiones adoptadas por la Asamblea de lo Contencioso el 14 de dic. de 2007 (CE, As., 14 de dic. de 2007, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Bous-souar*, Rec. 495; Rec. 476 y RFDA 2008.87, concl. Guyomar; AJ 2008.128, cr. Boucher y Bourgeois-Machureau; DA 2008, n.º 24, nota F. Melleray; Gaz. Pal. 8/9 de ago. de 2008, com. M. Pissaloux y Minot; JCP 2008. I.132, § 3, cr. Plessix; D. 2008.820, nota Herzog-Evans; RSC 2008.404, com. M. Poncela; RD publ. 2009.217, nota Groulier; del mismo día, *Planchenault*, Rec. 474; mismas referencias; del mismo día, *Payet*, Rec. 498; mismas referencias; add. RFDA 2008.104, concl. Landais; LPA 3 de jun. de 2008, nota Canedo-Paris; RD publ. 2008.658, com. M. Guettier; JCP 2008.II.10036, nota Ngampio-Obélé-Bélé).

Al igual que en el asunto *Marie*, estas decisiones hacen depender la posibilidad de interponer un recurso por exceso de poder de la naturaleza e importancia de los efectos de la medida impugnada sobre la situación del recluso. Ahora bien, en aras de una mayor visibilidad de la jurisprudencia, enumeran ciertas categorías de actos que, con arreglo a este criterio, son siempre susceptibles de recurso. Esta determinación *a priori* tiene particularmente en cuenta el hecho de que los establecimientos para el cumplimiento de penas (cárceles centrales, centros penitenciarios) se caracterizan, en comparación con los centros de detención, por modalidades de encarcelamiento diferentes y sobre todo por la organización de actividades orientadas a la reinserción ulterior de las personas afectadas y la preparación para su puesta en libertad.

En consecuencia, son susceptibles de recurso: un cambio de afectación de un recluso de una cárcel central a un centro de detención (sentencia *Boussouar*); un cese de empleo (sentencia *Planchenault*); la colocación de un recluso en régimen de rotación de seguridad (sentencia *Payet*).

La misma solución vale para las decisiones de aislamiento, tanto si es por motivos disciplinarios (CE 30 de jul. de 2003, *Garde des*

*Sceaux, ministre de la justice c/ Remli*, Rec. 366; D. 2003.2331, nota Herzog-Evans; AJ 2003.2090, nota D. Costa; RFDA 2003.1012, nota Céré; JCP 2004.II.10067, nota S. Petit), como a título preventivo (CE 17 de dic. de 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, JCP 2009.II.10049, 1.º caso, nota Merenne); para la inscripción de un recluso en el repertorio de reclusos particularmente señalados (CE 30 de nov. de 2009, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Kehli*, Rec. 480; AJ 2009.2320; para una decisión por la que se establece el régimen de visitas a los reclusos (CE 26 de nov. de 2010, *Ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Bompard*, AJ 2010.678, nota Pujol); para la decisión por la que se somete a un recluso al régimen especial de «puertas cerradas» (CE 28 de marzo de 2011, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Bennay*, Rec. 137; AJ 2011.1364, cr. Domino y Bretonneau); para las decisiones por las que el presidente de la comisión disciplinaria pronuncia una sanción de advertencia (CE 21 de mayo de 2014, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Guimon*, Rec. 139; Gaz. Pal. 25 de jun. de 2014, nota Guyomar).

En sentido inverso, otras medidas no entran *a priori* en la categoría de decisiones lesivas: decisión de cambio de afectación entre establecimientos de la misma naturaleza o de cambio de afectación de un centro de detención a un establecimiento para el cumplimiento de penas (sentencia *Boussouar*); resolución denegatoria de una solicitud de empleo (sentencia *Planchenault*). Pero la solución puede ser distinta si la medida conduce *in concreto* a poner en entredicho las libertades y los derechos fundamentales de los detenidos, en función de un enfoque caso por caso (CE 9 de abr. de 2008, *Rogier*, Rec. 800; AJ 2008.1827, nota D. Costa; – 13 de nov. de 2013, *Agamenon*; Rec. 683; del mismo día, *Puce et Garde des sceaux, ministre de la justice*, Rec. 683; RFDA 2014.965, nota Pollet-Panoussis).

8 B. El control ejercido en el marco del contencioso del exceso de poder ha versado más sobre medidas reglamentarias que sobre decisiones individuales, que eran el objeto inicial de la jurisprudencia *Marie*.

1.º) En el caso de las medidas reglamentarias, el Consejo de Estado anuló varias disposiciones del Decreto de 21 de marzo de 2006 relativo al aislamiento de detenidos bien porque invadían las competencias conferidas al legislador por el artículo 34 de la Constitución,

bien porque vulneraban compromisos internacionales de Francia (CE, Secc., 31 de oct. de 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*; Gaz. Pal. 13 de dic. de 2008 y RFDA 2009.73, concl. Guyomar; AJ 2008.2389, cr. Geffray y Liéber; DA 2009, n.º 10, nota F. Melleray; D 2009.134, nota Herzog-Evans).

En cambio, se falló que eran legales las restricciones introducidas en el régimen de aislamiento de los imputados sometidos a una detención provisional por el decreto de 10 de jun. de 2008 (CE, 29 de marzo de 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. 84); las modalidades de ejecución de la vigilancia de seguridad y de la detención en centros de seguridad fijadas por el decreto de 4 de nov. de 2008 (CE 26 de nov. de 2010, *Lavie et Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. 457; DA 2011, n.º 33, nota Lacaze); las modalidades de comunicación entre detenido y abogado (CE 24 de oct. de 2014, *Stojanovic*, AJ2015.1371, nota Falxa; – 25 de marzo de 2015, mismo recurrente, demanda n.º 374401); las modalidades de remuneración del trabajo de los reclusos (CE 12 de marzo de 2014, *Vincent*, Rec. 52).

2.º) El control de legalidad ejercido sobre las medidas individuales ganó en intensidad habida cuenta sobre todo del rigor del que hace gala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De hecho, ante el recurso presentado ante él en el asunto *Payet*, el Tribunal estimó que las condiciones de detención de un recluso particularmente señalado constituían un trato inhumano, fallando al mismo tiempo que estaban justificados los repetidos traslados del interesado (CEDH 20 de ene. de 2011, *Payet c/ France*, D 2011.643, nota Céré).

La jurisprudencia europea ha supuesto el paso a un control normal, y ya no restringido, de la cuestión de si la sanción impuesta a un recluso es proporcional a la gravedad de las faltas cometidas (CE 1 jun. 2015, *Boromé*; AJ 2015.1071). Asimismo, las decisiones individuales adoptadas por la administración penitenciaria han sido examinadas teniendo en cuenta de su aplicación *in concreto*, gracias al desarrollo de los procedimientos de urgencia.

- 9 C. La vuelta a los procedimientos de urgencia se ha manifestado de diversas formas. El procedimiento de urgencia-libertad (*cfr.* nuestras obs. sobre CE *Commune de Venelles*\*) ha permitido denunciar el estado de la prisión de Baumettes en Marsella (CE ord. 22 de dic. de 2012, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. 496). El procedimiento de urgencia de «medidas caute-

lares» fue puesto en marcha para garantizar la confidencialidad de las conversaciones telefónicas de los reclusos (CE 28 de jul. de 2014, *Garde des Sceaux*, req. n.º 379875; AJ 2014.1587). El recurso de urgencia de reembolso puede utilizarse para que se cuantifique el perjuicio sufrido por un recluso debido a las condiciones de detención resultante de la existencia de una negligencia susceptible de hacer incurrir en responsabilidad a los poderes públicos (CE, Secc., 6 de dic. de 2013, *Thévenot*, Rec. 309; AJ 2014.237, concl. Hedary; Gaz. Pal. 30 de ene. de 2014, nota Guyomar).

Todos estos cambios e implicaciones han sido posibles por el abandono relativo del concepto de medidas de orden interno que ilustra la sentencia *Marie*.

## 91. DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. ORDEN PÚBLICO – POLICÍA

Consejo de Estado As., 27 de octubre de 1995, *Commune de Nérís-les-Bains*

(Rec. 372, concl. Frydman; RFDA 1995.1204, concl.; RF décentr 1996, n.º 3, p. 85, concl., obs. Vigouroux; RTDH 1996.657, concl., nota Deffains; AJ 1995.878, cr. Stahl y Chauvaux; D 1996.177, nota G. Lebreton; JCP 1996.II.22630, nota F. Hamon; RD publ. 1996.536, notas Gros y Froment; AJ 2014.106, nota Franc)

Visto el Código de Municipios y en particular su artículo L. 131-2; Visto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Visto el Código de Tribunales Administrativos y Tribunales Administrativos de Apelación; el Decreto-Legislativo n.º 45-1708, de 31 de jul. de 1945, el Decreto n.º 53-934, de 30 de sept. de 1953; la Ley n.º 87-1127, de 31 de dic. de 1987;

*Sin que sea necesario entrar a examinar los otros motivos del recurso:*

Considerando que con arreglo al artículo L. 131-2 del Código de Municipios: «La policía municipal tiene el cometido de garantizar el buen orden, la integridad, la seguridad y la salubridad pública»;

Considerando que corresponde a la autoridad investida del poder de policía municipal adoptar las medidas oportunas para prevenir un menoscabo en el orden público; que *el respeto a la dignidad de la persona humana es uno de los componentes del orden público*; que *la autoridad investida del poder de policía municipal puede prohibir, aunque no concurren circunstancias locales especiales, una atracción que menoscabe el respeto a la dignidad de la persona humana*;

Considerando que la atracción del «lanzamiento de enano», consistente en que los espectadores lancen un enano, conduce a usar como proyectil a una persona aquejada de una discapacidad física y presentada como tal; que, *por su propia finalidad, tal atracción menoscaba la dignidad de la persona humana*; que, *por ende, la autoridad investida del poder de policía municipal podía prohibirla aunque no concu-*

*rrieran circunstancias locales especiales y aun cuando se hubieran adoptado medidas de protección para garantizar la seguridad de la persona en cuestión y ésta se prestara libremente a dicha exhibición, a cambio de una remuneración;*

Considerando que, para anular el decreto municipal de 25 de oct. de 1991 del alcalde de Morsang-sur-Orge por el que se prohibía el espectáculo del «lanzamiento de enano» previsto para ese mismo día en una discoteca de la localidad, el Tribunal Administrativo de Versailles se basó en el hecho de que, aun suponiendo que el espectáculo pudiera menoscabar la dignidad de la persona humana, su prohibición no podía pronunciarse legalmente al no concurrir circunstancias locales especiales; que resulta de lo que antecede que tal motivación incurre en error de Derecho;

Considerando que corresponde al Consejo de Estado, que conoce del litigio por el efecto devolutivo de la apelación, examinar los demás motivos aducidos por la sociedad Fun Production y el Sr. Wackenheim tanto ante el Tribunal Administrativo como ante el Consejo de Estado;

Considerando que *el respeto del principio de libertad de trabajo y de libertad de comercio e industria no obsta para que la autoridad investida del poder de policía municipal prohíba una actividad, aun siendo lícita, si el solo fin de dicha medida es prevenir o poner fin a una alteración del orden público;* que tal es la situación en el caso de autos, a tenor de la naturaleza de la atracción en cuestión;

Considerando que el alcalde de Morsang-sur-Orge basó su decisión en las antedichas disposiciones del artículo L. 131-2 del Código de Municipios que justificaban, por sí solas, una medida de prohibición del espectáculo, el motivo fundado en que dicha resolución no podía hallar su fundamento jurídico ni en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ni en una circular del Ministro del Interior, de 27 de noviembre de 1991, es inoperante;

Considerando que resulta de cuanto antecede que, por la sentencia recurrida, el Tribunal Administrativo de Versailles yerra al pronunciar la anulación del decreto municipal del alcalde de Morsang-sur-Orge con fecha de 25 de oct. de 1991 y al condenar al municipio de Morsang-sur-Orge a abonar a los solicitantes la suma de 10.000 francos; que, por consiguiente, procede desestimar la pretensión de la parte de demandante de que se incremente el importe de esta indemnización;... (Anulación de la sentencia y desestimación de la demanda).

## OBSERVACIONES

1 El «lanzamiento de enano» es un «juego» consistente en proyectar lo más lejos posible a un enano ataviado con una indumentaria que permite a la vez sujetarlo por medio de unas asas y protegerlo en su caída con una colchoneta de aterrizaje. Esta práctica comenzó a desarrollarse en Francia a comienzos de los años 1990, esencialmente en discotecas, donde dio lugar a una explotación comercial a la que se prestaba la propia persona que era el objeto de la misma.

El alcalde de Morsang-sur-Orge dictó una orden municipal prohibiendo este espectáculo en una discoteca de su municipio. El alcalde de la ciudad de Aix-en-Provence adoptó la misma medida varios meses más tarde. Los Tribunales Administrativos de Versalles (25 de febr. de 1992, *Société Fun Productions, M. Wackeneim c/ Commune de Morsang-sur-Orge*, AJ 1992.525, nota Vimbert; RFDA 1992.1026, nota Flauss) y de Marsella (8 de oct. de 1992, mismos recurrentes *c/ Ville d'Aix-en-Provence*) anularon la orden municipal por exceder los poderes de policía del alcalde. En cambio, el Consejo de Estado declaró su legalidad mediante dos sentencias dictadas el 27 de oct. de 1995 en los mismos términos, siguiendo las conclusiones del Comisario del Gobierno señor Frydman. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas confirmó dicha posición (26 de jul. de 2002, *Wackeneim*, RTDH 2003.1017, nota Levinet; RUDH 2004.193).

El Consejo de Estado se basó en el «*respeto a la dignidad de la persona humana*» (I), que es «*uno de los componentes del orden público*» (II) y que incumbe a los alcaldes garantizar dicho respeto en el ejercicio de su *poder de policía* (III).

2 I. *El respeto a la dignidad humana* es por primera vez objeto de reconocimiento en la jurisprudencia administrativa (A) para ser aplicado a una actividad que lo vulnera (B).

A. Es de orden esencialmente filosófico y está ligado al concepto de la naturaleza humana. Su traducción en el orden jurídico es relativamente reciente. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no lo menciona, aunque puede considerarse que «los derechos naturales, inalienables y sagrados» que proclama son inseparables de una dignidad que al menos subyace a los mismos. La vulneración de que es objeto la dignidad humana en la época actual ha llevado a que se le confiera una formulación jurídica.

Varios instrumentos internacionales han reconocido elementos de la misma. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de dic. de 1966, al que Francia se adhirió en virtud de la Ley de 25 de jun. de 1980, reconoce «que estos derechos emanan de la dignidad inherente a la persona humana». En concreto, en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de nov. de 1950 se prohíbe el «trato inhumano o degradante»; la esencia misma del Convenio es «el respeto de la dignidad y de la libertad humanas» (TEDH 22 de nov. de 1995, *SW c/ Reino Unido*, Serie A 335 B, § 44). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea le dedica su artículo 1.º El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido que «el orden jurídico comunitario tiende innegablemente a garantizar el respeto a la dignidad humana en tanto que principio general del Derecho» (14 de oct. de 2004, *Omega*, asunto C-36/02, AJ 2005.152, nota von Walter; DA 2005, n.º 11, nota Cassia; Europe 2004, n.º 407, nota D. Simon; JCP 2004.II.10199, nota Zarka) y, en consecuencia, permite a las autoridades nacionales prohibir una actividad que atente contra la misma (juegos de simulación de actos homicidas denominados «laserdrome»).

La ley en materia de libertad de comunicación, de 30 de sept. de 1986, limitó ésta «en la medida requerida... por el respeto a la persona humana». La Ley de 29 de jul. de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano incorporó al Código Civil un artículo 16 en virtud del cual «la ley garantiza la primacía de la persona, prohíbe cualquier atentado contra la dignidad de ésta y garantiza el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida».

En esta ocasión, el Consejo Constitucional (*n.º 94-343/344 DC*, 27 de jul. de 1994, Rec. 100; D 1995. J.237, nota Mathieu, y SC. 299, obs. Favoreu; RD publ. 1994.1647, com. F. Luchaire; RFDA 1994.1019, com. Mathieu; RFDC 1994.799, com. Favoreu; GDCC, n.º 33), basándose en la primera frase del Preámbulo de la Constitución de 1946, consideró «que la protección de la dignidad de la persona humana de cualquier forma de esclavitud y de degradación es un principio con valor constitucional».

El propio Consejo de Estado ya había señalado la necesidad de preservar «la dignidad... de la persona» con ocasión de los controles ejercidos sobre los trabajadores (11 de jul. de 1990, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ Syndicat CGT de la Société Griffine-Maréchal*, Rec. 215), y recordado «los principios deontoló-

gicos fundamentales relativos al respeto de la persona humana, que se imponen al médico en sus relaciones con los pacientes (y) no dejan de aplicarse con la muerte de los mismos» (As. 2 de jul. de 1993, *Milhaud*, Rec. 194, concl. Kessler; RDSS 1994.52, concl.; RFDA 1993.1002, concl.; AJ 1993.530, cr. Mauguéet Touvet; D 1994.74, nota Peyrical; JCP 1993.II.22133, nota Gonod).

Así pues, la afirmación del «respeto a la dignidad de la persona humana» por las sentencias *Commune de Morsang-sur-Orge* y *Ville d'Aix-en-Provence* no es sino una prolongación de soluciones perfectamente consolidadas en el Derecho positivo.

- 3 B. La novedad en 1995 radicaba en las circunstancias con respecto a las cuales fue emitida. Hasta entonces, se había fallado sobre todo en relación con actos que atentaban contra las personas cometidos por poderes públicos o privados. En el asunto «lanzamiento de enano», emanaban del comportamiento de simples particulares con el consentimiento del interesado.

Los organizadores del espectáculo, los espectadores que procedían o asistían al «lanzamiento» no ejercían coerción alguna sobre la persona que era objeto del mismo, sino que éste consentía plenamente, hallando en esta actividad una remuneración sustancial: él mismo impugnaría los decretos municipales que, al prohibir una, le privaba de la otra.

Estas consideraciones no son suficientes para que tal práctica no suponga una vulneración de la dignidad humana. Ésta no ha de ser sólo respetada por las autoridades; también debe serlo por los individuos en sus relaciones entre sí y por cada uno con respecto a sí mismo. Nadie puede consentir la degradación de sí mismo.

Y justamente el lanzamiento de enano convierte a una persona en un mero objeto en manos de otras personas. Y aún más, la discapacidad que sufre es en sí misma un elemento del espectáculo, no sólo porque su peso facilite el lanzamiento sino porque su deformidad suscita curiosidad e incluso perversidad.

Así pues, el Consejo de Estado consideró, de conformidad con la demostración del señor Frydman, «*que la atracción del "lanzamiento de enano", consistente en que los espectadores lancen a un enano, conduce al uso a modo de proyectil de una persona aquejada de una discapacidad física y presentada como tal; que, por su propia finalidad, tal espectáculo menoscaba la dignidad de la persona humana*».

- 4           II. Se necesita además, para que el poder de policía pueda ejercerse, que el respeto a la dignidad de la persona humana forme parte del *orden público* que tal poder tiene como finalidad asegurar. A menudo sus *componentes* se presentan de manera limitativa (A) y, sin embargo, engloban en una cierta medida la moralidad pública (B) y, por supuesto, la dignidad humana (C).

A. La trilogía de los elementos que, según la presentación actual, constituye el orden público, tiene su origen en fórmulas de leyes antiguas (1789-1790, 1884), retomadas en el artículo L. 131-2 del Código de Municipios y luego en el artículo L. 2212-2 del Código General de Colectividades Territoriales; cubre, «el buen orden», «la protección, la seguridad y la salubridad públicas». La protección y la seguridad se refieren esencialmente, aparte de a la libertad individual, a la protección de las personas y de los bienes contra los diversos riesgos de que pueden ser víctimas; la salubridad está relacionada con la higiene y la salud; a lo anterior se añade «la tranquilidad pública», que puede verse perturbada sobre todo por manifestaciones y otros tumultos.

Ninguno de estos aspectos se veía afectado por el lanzamiento de un enano: éste «se prestaba libremente a dicha exhibición»; las precauciones en su atuendo y en la alfombra donde aterrizaba le protegían de los accidentes; ni la higiene ni la salud del interesado o de los espectadores se veían amenazadas; tampoco la tranquilidad pública ya que el ejercicio no provocaba ningún tumulto exterior; si se ocasionaban molestias al vecindario, era por la sonoridad de la «música» de las discotecas (por ej., CE 12 de marzo de 1986, *Préfet de police de Paris c/ Metzler*, Rec. 70; D 1986.422, nota Terneyre), no por el lanzamiento del enano en sí.

Sólo queda «el buen orden» en su sentido general e impreciso, por lo que cabe preguntarse si encierra aspectos distintos de los anteriores.

- 5           B. La cuestión se plantea especialmente a propósito de la *moralidad pública*. Este concepto va más allá «del orden material y exterior», que, según el señor Hauriou, cubre solamente el orden público. No puede equipararse al orden moral, que cualquier Estado liberal se negaría a imponer.

Ahora bien, la jurisprudencia ha tenido ya ocasión de tener en cuenta consideraciones morales ligadas a otras.

La sentencia de 18 de dic. de 1959, *Société «Les Films Lutetia»\**, admitió que la proyección de una película puede prohibirse por «razón de su carácter inmoral y de circunstancias locales». El fallo (Secc.) de 30 de jun. de 2000, *Association Promouvoir, M. et Mme Mazaudier* (Rec. 265 v. n.º 73.9) anuló la decisión por la que se había otorgado el visado de explotación a la película *Baise-moi* porque, al estar ésta «compuesta esencialmente por una sucesión de escenas muy violentas y de escenas de sexo no simuladas», cabía ver en ella «un mensaje pornográfico y de incitación a la violencia... que podría considerarse constitutiva de delito con arreglo a las disposiciones del artículo 227-24 del Código Penal» (v. nuestras obs. a CE 6 de dic. de 1996, *Société Lambda\**). Si «la moralidad pública» ha justificado igualmente medidas de policía contra la prostitución es por su relación con «el buen orden» (CE 17 de dic. de 1909, *Chambre syndicale de la corporation des marchands de vins et liquoristes de Paris*, Rec. 990), «el orden y la salud» (CE 11 de dic. de 1946, *dames Hubert et Crépelle*, Rec. 300), para «hacer cesar una alteración del orden público» (CE 30 de sept. de 1960, *Jauffret*, Rec. 504). Así, un alcalde pudo «dictar las medidas necesarias para garantizar el mantenimiento del buen orden y de la decencia al borde del mar» (CE, Secc., 30 de mayo de 1930, *Beaugé*, Rec. 582). La mención del «buen orden» al lado de la moralidad o de la decencia puede parecer puramente formal.

En ciertos casos desaparece y sólo se hace referencia a la moralidad. Al declarar prohibidos los combates de boxeo como «contrarios a la higiene moral», el alcalde de Châlons-sur-Marne se basó en motivos «que no pueden considerarse ajenos al orden público» (CE 7 de nov. de 1924, *Club indépendant sportif du châlonnais*, Rec. 863). También se asoció a los motivos invocados el «carácter brutal y a veces salvaje» de dichos combates. La consideración de la seguridad queda subyacente. El señor Frydman reconoció, citando a varias autoridades en la materia (R. Chapus), que «según la jurisprudencia, la moralidad pública es el cuarto componente del concepto de orden público».

C. La sentencia no llega tan lejos. Si bien el señor Frydman sostenía «que el respeto a la dignidad humana constituye él mismo uno de los componentes esenciales de la moralidad pública», el Consejo de Estado considera directamente «que el respeto a la dignidad de la persona humana es uno de los componentes del orden público», sin mencionar la moralidad pública.

De esta manera evita hacer referencia a una noción aproximativa y difícil de gestionar en materia de policía.

Esto no hace sino dar más fuerza a la inserción del respeto a la dignidad de la persona humana en la noción de orden público: este respeto forma parte integrante del orden público por sí mismo, sin referencia a la moralidad ni *a fortiori* a la moral.

El orden público no puede definirse como algo puramente «material y exterior». No se limita a la protección, la seguridad, la salubridad y la tranquilidad públicas. Engloba una concepción del hombre, que la sociedad debe respetar y los poderes públicos, hacer respetar.

6 III. Ahora bien, no estaba en absoluto claro que correspondiera a los alcaldes hacerlo tomando, en el ejercicio de su *poder de policía general* (A), una medida tan severa como es la de la *prohibición* (B).

A. *El poder de policía general* de los alcaldes se ejerce normalmente en ausencia de policías especiales y en presencia de circunstancias locales.

Ahora bien, en el caso del lanzamiento de enano, existe una policía especial y no existen circunstancias locales.

Ello no obsta para que el alcalde pueda intervenir.

1.º Los espectáculos se rigen por un Decreto-Legislativo de 13 de oct. de 1945. Dicha norma los somete a «una legislación especial» y los clasifica en seis categorías, encuadrándose dentro de la última los «espectáculos foráneos, exhibiciones de canto y de danza en lugares públicos y cualesquiera otros espectáculos de curiosidades o de variedades», que en dicha época estaban «sometidos a una autorización del alcalde».

No cabe duda de que el lanzamiento de enano es un espectáculo de curiosidad para el que habría sido preciso solicitar una autorización. Si así hubiera sido, el alcalde no habría tenido más que denegarla (como pudo hacer el de Châlons-sur-Marne con los combates de boxeo: CE 7 de nov. de 1924, *Club indépendant sportif du châlonnais*, citada *supra*).

La existencia de una policía especial puede excluir la intervención de las autoridades de policía general, bien porque el objeto que haya que controlar sea ajeno a la policía general o bien porque ésta se vea plenamente sustituida por aquella (v. nuestras obs. a CE 18 de dic. de 1959, *Société «Les Films Lutetia»*\*). En este caso, el objeto particular de la policía de los espectáculos no impide que se ejerza por razones de orden

público y por una autoridad idéntica a la de la policía general. Ahora bien, dado que el legislador permitió la adopción de medidas particulares (la denegación de una autorización), ¿procedía adoptar otra a título de policía general (prohibición)? Dos razones llevan a responder afirmativamente a dicha pregunta. La primera, de hecho, radica en que, al no haberse presentado ninguna solicitud de autorización, el alcalde ni siquiera había tenido ocasión de denegarla al amparo del poder especial de que está investido. La segunda, de derecho, es que la legislación especial en materia de espectáculos que suscitan la curiosidad, al exigir una autorización del alcalde, hace de la prohibición el principio, y de la autorización, la excepción. Al prohibir el espectáculo al amparo de su poder de policía general, el alcalde no ha hecho sino aplicar el principio del dispositivo de la legislación especial: la policía general viene pues a respaldar a la policía especial. Este aspecto no fue expresado en la sentencia ni en ninguna otra parte.

Sin embargo, la sentencia sí confirma la posibilidad de combinar en ciertos casos política especial y policía general. Dicha posibilidad puede verse reforzada, con respecto a los espectáculos desde que la ley de 18 de marzo de 1999 derogó el artículo 13 del Decreto-Legislativo de 1945, que exigía una autorización para los «espectáculos foráneos...y cualesquiera espectáculos de curiosidades o de variedades».

7

2.º) El poder de policía general del alcalde le viene atribuido para hacer frente a circunstancias que se produzcan en el término de su municipio: le permiten endurecer las disposiciones adoptadas por otras autoridades de policía, tanto general (CE 18 de abr. de 1902, *Commune de Néris-les-Bains*\*; – 8 de ago. de 1919, *Labonne*\*) como especial (*Société «Les Films Lutetia»*\*), en razón de particularidades propias del municipio. Esto es lo que había manifestado el Consejo de Estado en la sentencia antes citada de 30 de mayo de 1930, *Beaugé*: «el alcalde de Biarritz, en razón de la disposición natural y de la frecuentación de las playas y de los acantilados de este municipio, pudo, sin incurrir en exceso de poder, prohibir a los bañistas desnudarse y volverse a vestir en dichas playas o acantilados».

Ahora bien, en el caso del lanzamiento enano, no existían circunstancias particulares ni en Morsang-sur-Orge ni en Aix-en-Provence. Ciertamente, el anuncio del espectáculo había suscitado protestas, pero eso no era algo específico de dichos municipios. En realidad, el espectáculo había sido cuestionado en sí mismo, fuera cual fuera el lugar donde se realizara, por lo que el problema se planteaba a nivel nacional.

La solución podría haber venido de las autoridades investidas de poderes de policía a dicho nivel, es decir, en la actualidad habría correspondido normalmente al Primer Ministro (8 de ago. de 1919, *Labonne\**). No obstante, además de que no era evidente que hubiera habido obligación de adoptarla (ya que la exigencia de una autorización para este tipo de espectáculo equivalía ya a una prohibición de principio), no lo habían hecho.

La ausencia de medidas a nivel nacional para un atentado contra el orden público que pueda producirse en todo el territorio no puede privar a las autoridades locales de policía del poder de adoptar, dentro del ámbito de sus competencias, las medidas que sean necesarias para asegurar el orden público si alguna actividad lo altera.

Esto es lo que reconoce expresamente la sentencia: «la autoridad investida del poder de policía municipal podía, por ende, prohibirlo incluso en ausencia de circunstancias locales particulares».

- 8 B. Se admite así la medida de policía más grave: *la prohibición* pura y simple, ya que no había libertades que pudieran oponerse a ello ni era posible adoptar otra solución.

1.º) Las autoridades de policía deben tener presentes las libertades de que goza una actividad y respetarlas en la medida de lo posible (v. nuestras obs. sobre CE 19 de mayo de 1933, *Benjamin\**).

En el caso de autos, podrían haberse invocado varias a favor del «lanzamiento de enano» en sentido tanto negativo como positivo.

Este espectáculo no es objeto de tipificación como delito, por lo que constituye una actividad lícita, algo, que por lo demás, no tiene consecuencia alguna en materia de policía. Hay actividades protegidas por la ley que pueden dar lugar a medidas de policía (por ej., reuniones: *cfr. Benjamin\**), *a fortiori*, hay otras para las que no puede invocarse la protección del legislador y «aun siendo lícitas» no están excluidas del poder de policía.

En clave positiva, la persona que se presta a la exhibición puede invocar la libertad individual: ¿puede protegerse a una persona contra sí misma incluso cuando no pelagra su seguridad como en el caso de autos? (*supra*). El Consejo de Estado había excluido ya este argumento a propósito de la obligación de llevar puesto el cinturón de seguridad por considerar que tiene por objeto «reducir las consecuencias de los accidentes de carretera» (CE 4 de jun. de 1975, *Bouvet de la*

*Maisonneuve et Millet*, Rec 330), lo cual deja un cierto margen a la consideración de los intereses de la sociedad. Nada puede justificar que se atente contra dignidad de la persona humana (*supra*), por cuanto constituye un atentado contra la propia sociedad ya que el respeto a esta dignidad forma parte del orden público (II. C).

Por muy importante que sea, la libertad de trabajo, al igual que la libertad de comercio y de industria (v. CE 22 de jun. de 1951, *Daudignac\**) no pueden suponer un obstáculo para que dicha actividad sea prohibida si tal medida «es la única susceptible de prevenir o hacer cesar la perturbación del orden público».

2.º) Mediante esta fórmula se subraya la gravedad de la prohibición. Es el grado supremo de la decisión de policía, que sólo puede alcanzarse en caso de necesidad absoluta, a falta de cualquier otra solución posible (v. nuestras obs. sobre las sentencias *Benjamin\** y *Daudignac\**).

Así pues, en la materia, no se ve otra solución ya que, por su propia naturaleza, sean cuales sean las precauciones que se adopten para garantizar la seguridad, el «lanzamiento de enano» atenta en sí misma contra la dignidad de la persona humana, por lo que la única medida adecuada es la prohibición.

La sentencia no sólo reconoce el poder de adoptar tal medida, sino que implica el deber de hacerlo ya que «corresponde a la autoridad investida del poder de policía municipal adoptar las medidas oportunas para prevenir un menoscabo del orden público». La obligación de tomar medidas de policía había sido ya admitida *a contrario*, en el terreno de la legalidad (CE 23 de oct. de 1959, *Doublet*, Rec. 540, RD publ. 1959.1235, concl. A. Bernard y 1960.802, nota M. Waline) y en el de la responsabilidad (por ej., CE, Secc., 13 de mayo de 1983, *Mme Lefebvre*, Rec. 194; v. n.º 14.4). Parece imponerse particularmente en caso de atentado contra la dignidad de la persona humana, cuyo respeto se halla pues garantizado tanto por los poderes como por los deberes de policía.

La jurisprudencia posterior tuvo ocasión de recordarlo. En el marco de la policía de las instalaciones catalogadas para la protección del medio ambiente, el Consejo Estado verificó que, para la implantación de un centro de tratamiento y valorización de residuos en un emplazamiento que había sido escenario de numerosos combates durante la primera guerra mundial, se habían establecido las medidas necesarias para garantizar el respeto a la dignidad humana en el supuesto

de que se exhumaran restos humanos (CE 26 de nov. de 2008, *Syndicat mixte de la vallée de l'Oise*, Rec. 439; BJCL 2009.33, concl. Guyomar; Gaz. Pal. 3-4 de jul. de 2009, nota Cassara). A título de policía general, también pudo prohibirse un espectáculo que incluía un contenido que «vulneraba la dignidad humana» (CE ord. 9 de ene. de 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société les Productions de la Plume et Dieu-donné M'Bala M'Bala*, Rec. 1; v. n.º 43.5).

## 92. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR LAS LEYES DE LA REPÚBLICA

Consejo de Estado As., 3 de julio de 1996, *Koné*

(Rec. 255; RFDA 1996.870 y RTDH 1997.747, concl. Delarue; RFDA 1996.882, notas; Favoreu, Gaïa, Labayle, P. Delvolvé; AJ 1996.722, cr. Chauvaux y Girardot; D. 1996.509, nota Julien-Laferrrière; JCP 1996.II.22720, nota Prétot; RD publ. 1996.1751, nota Braud; RGDIP 1997.237, nota Alland; RTDH 1997.762, nota Pierucci; Rev. belge de dr. const. 1997.123, nota Larsonnier; LPA 27 de dic. de 1996, nota Guiheux; ibid. 20 de dic. de 1997, nota Pélissier; AJ 2014.107, nota Denoix de Saint Marc)

– (...) *Vista la Constitución*: – Visto el Acuerdo de Cooperación en materia de justicia entre Francia y Mali de 9 de marzo de 1962; – Vista la ley de 10 de marzo de 1927 relativa a la extradición de extranjeros; – Visto el decreto legislativo n.º 46-1708 de 31 de jul. de 1945, el decreto n.º 53-934 de 30 de sept. de 1953 y la ley n.º 87-1127 de 31 de dic. de 1987; (...)

Considerando que el decreto impugnado concede la extradición del señor Koné, que las autoridades malienses habían solicitado a Francia en cumplimiento de la orden de detención dictada por el Presidente de la Sala de Instrucción del Tribunal Supremo de Malí el 22 de marzo de 1994, en el marco de la causa abierta contra él por su actuación como «cómplice de los delitos de daños contra el patrimonio y de enriquecimiento ilícito», estando éstos relacionados con los fondos transferidos fuera de Malí, provenientes del tráfico de hidrocarburos que pudiera haber sido efectuado de modo ilícito por la señora Mariam Cissoko y su hermano, el señor Cissoko, apoyándose en documentación falsa para el despacho de aduana;

Considerando que el error material que contiene el decreto impugnado, relativo al apellido de casada de la señora Cissoko, error que no suscita ninguna duda fundada sobre la identidad de la interesada, aunque se mencione tanto en la solicitud de extradición como en el dictamen de la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de París, no invalida en modo alguno la legalidad del mencionado decreto;

Considerando que, según el artículo 48 del Acuerdo de Cooperación en materia de justicia entre Francia y Malí de 9 de marzo de 1962, «la solicitud de extradición se hará llegar por vía diplomática... En ella, deberán detallarse con la mayor exactitud posible las circunstancias de los hechos por los que se solicita la extradición,... la calificación legal de los hechos y las referencias a las disposiciones aplicables al caso. Se deberá adjuntar asimismo a la solicitud una copia de las disposición legales aplicables...»;

Considerando que la solicitud de extradición que remitió Malí a Francia se ajusta a estos requisitos; que hace constar, en particular, que los hechos que se imputan al señor Koné constituyen infracciones que éste cometió como «cómplice de unos delitos de daños contra el patrimonio y de enriquecimiento ilícito», tipificados y sancionados por la ley de Malí n.º 82-39/AN-RM de 26 de marzo de 1982 y por el decreto legislativo n.º 6/CMLN de 13 de febr. de 1974, cuya copia se adjunta al expediente, con una pena de privación de libertad de tres a cinco años; que el error material relativo a la fecha del mencionado decreto legislativo que se cita en una de las copias, no permite considerar que el decreto impugnado presente irregularidades;

Considerando que de los elementos que obran en el expediente no se desprende que el recurrente pueda ser condenado a la pena de muerte por los hechos que se le imputan;

Considerando que, según los términos del artículo 44 del citado Acuerdo de Cooperación entre Francia y Malí: «La extradición no se llevará a cabo si el país objeto del requerimiento considera que la conducta por la que ésta se solicita constituye una infracción de naturaleza política o una infracción relacionada con ésta»; *que dichas estipulaciones deben interpretarse de conformidad con el principio fundamental reconocido por las leyes de la República, según el cual el Estado debe negarse a conceder la extradición de un extranjero cuando ésta se solicita con fines políticos*; que, por consiguiente, dichas estipulaciones no pueden en modo alguno limitar la facultad del Estado francés para denegar la extradición en el caso exclusivo de las infracciones de naturaleza política o de otras infracciones relacionadas con éstas; que, por tanto, contrariamente a lo que sostiene el Ministro de Justicia, el señor Koné tiene motivos fundados para hacer valer este principio; no obstante, de los elementos del expediente no cabe deducir que la extradición del recurrente se haya solicitado con fines políticos;

Considerando que de cuanto antecede se desprende que el señor Koné no tiene motivos fundados para solicitar la anulación del decreto impugnado.

*Decide* (Desestimación).

## OBSERVACIONES

1 Esta sentencia está relacionada con la situación de un ciudadano de Malí, el señor Koné, cuya extradición solicitaban las autoridades de su país.

Se suele definir la extradición como un procedimiento de cooperación penal internacional, mediante el cual un Estado (el Estado objeto del requerimiento) en cuyo territorio se encuentra una persona, procede a su entrega a otro Estado (el Estado solicitante) para que la juzgue o para que ejecute la pena que se le ha impuesto.

Cuando no existe un tratado en la materia, las condiciones, el procedimiento y los efectos de la extradición son los que determina la ley de 10 de marzo de 1925, que se incorporó al Código Procesal Penal con una ley de 9 de marzo de 2004. Aunque es cada vez más habitual que las fuentes del Derecho en materia de extradición se encuentren en los convenios bilaterales o los compromisos multilaterales, tales como el Convenio Europeo de Extradición de 13 de dic. de 1957, la ley de 1927 sigue siendo todavía la que rige las modalidades de elaboración del acto por el que el gobierno francés concede o deniega la extradición. La Ley dispone que la solicitud de extradición se someta al dictamen de la Sala de Acusación, que ha pasado a ser, desde la ley de 15 de junio de 2000, la Sala de Instrucción. Si el dictamen es desfavorable, no puede concederse la extradición. Si, por el contrario, es favorable, el Ministro de Justicia propone, si procede, al Primer Ministro un decreto que autorice la extradición.

Pese a ser considerados durante mucho tiempo como actos del gobierno, los decretos de extradición han pasado a ser, desde 1937, actos susceptibles de ser impugnados por la vía del recurso por exceso de poder (CE, As. 28 de mayo de 1937, *Decerf*, Rec. 534, 5.1937.3.73, nota Laroque, y nuestras obs. sobre CE 19 de febr. de 1875, *Prince Napoléon\**).

En el caso del señor Koné, la extradición se solicitaba por complicidad en unos delitos de daños contra el patrimonio y de transferen-

cia de fondos procedentes del tráfico de hidrocarburos. Puesto que el gobierno francés había concedido la extradición, el interesado trasladó, por este mismo motivo, el decreto promulgado al Consejo de Estado, haciendo hincapié en que las autoridades de Malí, al solicitar su entrega, pretendían sancionarlo por la relación de amistad que había entablado con los dirigentes que gobernaban su país de origen, antes de su derrocamiento en marzo de 1991.

Partiendo de este hecho, el señor Koné deducía que las autoridades francesas habían infringido las disposiciones del artículo 5 (2.º) de la ley de 10 de marzo de 1927 que prohibían la extradición no sólo cuando se producían infracciones políticas, sino también cuando se solicitaba «con un fin político».

El Ministro de Justicia sostenía que el motivo que alegaba el señor Koné era inoperante en la medida en que las reglas de fondo por las que se regía la extradición entre Francia y Malí no eran las estipuladas por la ley de 1927, sino por un convenio bilateral suscrito el 9 de marzo de 1962, que en su artículo 44 prohibía la extradición en caso de producirse una infracción política u otra relacionada con esta última, pero no en función del motivo de la solicitud.

Pese a reconocer que la argumentación de la Administración se ajustaba al estado actual de la jurisprudencia, garantizando ésta la supremacía de un convenio de extradición por encima de la ley nacional (CE 23 de oct. de 1991, *Urduin Cirizar*, Rec. 347; AJ 1992.82, nota Julien-Laferrière), ello no obstó para que el Comisario del Gobierno J.M. Delarue instara al Consejo de Estado a «soslayar esta jurisprudencia, y a reconocer la existencia de un *principio general del Derecho* de extradición que obligaba al Estado objeto del requerimiento a denegar la extradición cuando se solicita con un fin político».

La Asamblea de lo Contencioso-Administrativo admitió la posibilidad de que se alegara este principio, pero al mismo tiempo consideró que, en el caso del señor Koné, no se desprendía de los elementos que obraban en el expediente que su extradición se hubiera solicitado con un fin político. Pero, en lugar de considerar esta norma como un principio general del Derecho, como proponía su Comisario del Gobierno, el Consejo de Estado vinculó el principio implicado con los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, a los que a menudo se alude con las siglas PFRLR. Se trata de unos principios, que debido a su arraigo en el texto del Preámbulo de la Consti-

tución de 1946, al que se remite el Preámbulo de la Constitución de 1958, tienen valor constitucional.

La contribución de la sentencia *Koné* es triple: recuerda que el Consejo de Estado tiene facultad para interpretar las normas que aplica; especifica el lugar respectivo que ocupan, dentro de la jerarquía de las normas, los principios generales del Derecho, la Constitución y los convenios internacionales; pone de manifiesto, por último, las garantías cada vez mayores de las que disfrutaban las personas que son objeto de un procedimiento de extradición.

### **I. La sentencia *Koné* y la facultad de interpretación de las normas por el juez administrativo.**

2 La facultad de interpretación del Consejo de Estado se manifiesta tanto respecto a la Constitución como a los convenios internacionales.

A. Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República tienen su origen en la Constitución. Este concepto procede, en efecto, de una expresión que contiene el Preámbulo de la Constitución de 27 de oct. de 1946. El Consejo de Estado se había referido a ésta bajo la IV.<sup>a</sup> República para consagrar, sobre esta base, el valor constitucional de la libertad de asociación y reconocer que podían disfrutar de ella todo los ciudadanos de la Unión francesa (CE As. 11 de jul. de 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Rec. 317; v. n.º 85.3).

La posición que adoptó entonces el juez administrativo constituyó la fuente de inspiración privilegiada del Consejo Constitucional cuando hizo constar, en su célebre decisión n.º 71-44 DC de 16 de jul. de 1971 (Rec. 29), que había que incluir, entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, la libertad de asociación. Más adelante, el Consejo Constitucional ha otorgado una relevancia especial, entre estos principios, a la libertad de enseñanza (n.º 77-87 DC, 23 de nov. de 1977, Rec. 42), la independencia de los profesores de la enseñanza universitaria (n.º 83-165 DC, 20 de ene. de 1984, Rec. 39), la independencia de la jurisdicción administrativa (n.º 80-119 DC, 22 de jul. de 1980, Rec. 46) y su competencia en el contencioso de anulación (n.º 86-224 DC, 23 de ene. de 1987\*), así como a la competencia de la autoridad judicial en materia de protección de la propiedad inmobiliaria (n.º 89-256 DC, 25 de jul. de 1989, Rec. 53). Además, el juez constitucional ha delimitado los criterios de identificación de un principio de esta naturaleza: debe tratarse de un

principio esencial sentado por el legislador de la República y que no haya requerido por parte de este último una derogación previa del Preámbulo de la Constitución de 1946 (*cf.* n.º 88-244 DC, 20 de jul. de 1988, Rec. 119).

El ámbito de aplicación de un principio de este rango debe afectar a «los derechos y libertades fundamentales», «la soberanía nacional» o «la organización de los poderes públicos» (n.º 2013-669 DC, 17 de mayo de 2013, Rec. 721).

Una parte de la doctrina ha cuestionado la posibilidad que tiene el juez administrativo de aplicar un principio fundamental que no haya sido previamente establecido por el Consejo Constitucional. Esta toma de posición no es del todo convincente. En la tradición jurídica francesa, como se expresa en el artículo 4 del Código Civil, el juez no puede ampararse en la oscuridad de la ley para negarse a enunciar el derecho, ya que, de hacerlo, estaría cometiendo un delito de denegación de justicia. El texto de la Constitución está destinado a ser aplicado e interpretado por el conjunto de las jurisdicciones. Aunque el Consejo Constitucional es el único que tiene la facultad para declarar que una ley contraria a la Constitución, no hay en el texto de nuestra Carta Magna ningún artículo que le confiera el monopolio de interpretación en caso de dificultad.

El debate de fondo debe centrarse en determinar si el principio consagrado por la sentencia *Koné* responde a los criterios habituales de identificación de los principios fundamentales. La posición que asumió la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo se inspira en un punto de vista que ya había formulado en un dictamen la Asamblea General del Consejo de Estado el 9 de nov. de 1995, dictamen que establece que «el principio según el cual el Estado debe reservarse el derecho a denegar una extradición por infracciones a las que atribuye un carácter político constituye un principio fundamental reconocido por las leyes de la República» (*cf.* EDCE 1995.395; G. dict. n.º 27, p. 323). Debido a la importancia y la constancia de este principio, que figura en la ley de 10 de marzo de 1927 y en todos los convenios de extradición suscritos por Francia, cabe deducir que satisface los criterios de identificación de los principios fundamentales. Sin duda, la sentencia *Koné* va más allá, dado que incluye entre estos principios, la prohibición de extradición cuando la solicitud se presenta «con un fin político». Pero, tal y como lo ha señalado el Comisario Delarue, el derecho francés en materia de extradición permite la entrega a un Estado ex-

tranjero de un delincuente y no, como subrayaba el ponente de la ley de 1927 en el Senado, la de un adversario político. Desde esta perspectiva, las solicitudes que se presentan con una finalidad política, al igual que las que se relacionan con infracciones políticas, llevan a cuestionar la imparcialidad de la represión en el Estado solicitante de la extradición.

- 3 B. La facultad de interpretación de la que dispone el Consejo de Estado en lo que respecta a la Constitución también es aplicable en el caso de los convenios internacionales.

Antes de que se adoptara la decisión de 29 de junio de 1990, *GISTI\**, la aplicación por el Consejo de Estado de la doctrina del acto claro le hacía, en la mayoría de los casos, dar prioridad a una interpretación literal y, por tanto, estrecha, de los convenios internacionales. Pero ya en aquella época hubo ocasiones en que el Consejo de Estado enriqueció el contenido de un tratado desde la perspectiva de los principios generales del Derecho. Por ejemplo, la sentencia de la Asamblea de 1 de abr. de 1988 *Bereciartua-Echarri* (Rec. 135; JCP 1988. II.20071, concl. Vigouroux; AJ 1988.322, cr. Azibert y de Boisdeffre D. 1988.413, nota Labayle; Gaz. Pal. 1988.2.549, nota Julien-Laferrrière; RFDA 1988.499, nota Genevois; RGDIP 1990.159, obs. C. Rousseau) consideró que «los principios generales del Derecho que cabe aplicar a los refugiados, en especial los que se derivan» de la definición del refugiado político que contiene la Convención de Ginebra de 28 de jul. de 1951, «impiden que un Estado que le reconoce esta condición pueda hacer entrega de un refugiado, sea del modo que fuere, a las autoridades de su país de origen».

Con la sentencia *Koné*, el Consejo de Estado considera que un convenio internacional debe ser interpretado desde la perspectiva de los principios de valor constitucional, del mismo modo en que la ley se interpreta en función del respeto de los principios generales del Derecho (*cf.* nuestras obs. sobre CE As. 17 de febr. de 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte\**).

## II. La sentencia *Koné* y la jerarquía de las normas.

- 4 La solución por la que optó el Consejo de Estado, que difiere en parte de la que proponía su Comisario del Gobierno, dio origen a una doble pregunta.

A. Muchos comentaristas no pasaron por alto la preferencia que se daba a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República frente a los derechos generales del Derecho, hecho que les llevó a interrogarse sobre las relaciones existentes entre estos dos conceptos.

Por principios generales del Derecho, debe entenderse aquellos que no figuran necesariamente en los textos legales, pero que la jurisprudencia administrativa reconoce como principios que deben respetar las autoridades administrativas, constituyendo su violación una ilegalidad.

Cuando un principio general se derive de la interpretación de un texto legal, cabrá afirmar que su valor jurídico es idéntico al del texto interpretado.

Cuando un principio general se establece sin referencia alguna a un texto legal, su lugar dentro de la jerarquía de las normas se presta más a controversia. Parte de la doctrina considera que, en tal caso, el valor del principio es legislativo. Pero, a partir del momento en que se admite que los principios generales existen con anterioridad a la actuación del juez, cabe deducir que su valor jurídico es mucho mayor. En cualquier caso, con independencia de cuál sea su valor, el juez administrativo, a quien no corresponde juzgar la constitucionalidad de la ley, no tiene más remedio que ceder ante la voluntad que ha expresado el legislador sin ambigüedades, salvo que el principio haya sido retomado por un tratado (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia *Nicolo\**).

Estos matices e incertidumbres no se plantean con respecto a los principios fundamentales.

Un principio de este tipo tiene siempre, debido a su origen en un texto al que remite la Constitución, valor constitucional.

Por tanto, las dos categorías de principios no tienen necesariamente el mismo valor jurídico. Pero puede ocurrir que una misma norma, por ejemplo, el principio de libertad de enseñanza, sea considerada a la vez como un principio general del Derecho por el Consejo de Estado y como un principio constitucional por el Consejo Constitucional. El hecho de que ambos conceptos se solapen puede ser considerado como una elevación de categoría del principio general del Derecho. Pero cabe asimismo afirmar que, en realidad, se produce una coexistencia entre ambos principios, el principio general del Derecho, y el PFRLR, siendo este último el único que tiene valor constitucional. Conviene subrayar

que los solapamientos de este tipo, que se pueden dar en el caso de determinados principios, no se observan en el caso de otros principios, como el de la no retroactividad de los actos administrativos.

Ello explica la divergencia que se observa entre las conclusiones del Comisario de Gobierno y la sentencia. Para el Consejo de Estado, la consagración de un principio general del Derecho con valor legislativo no basta para justificar que se opte por una interpretación restrictiva de las estipulaciones del convenio de extradición entre Francia y Malí. Por el contrario, el reconocimiento de un principio fundamental, reconocido por las leyes de la República, que tiene por definición un valor constitucional, podría justificar más fácilmente la solución adoptada.

Partiendo de este mismo enfoque, la Asamblea General del Consejo de Estado opinó que la incorporación al Derecho nacional de la Decisión Marco de la Unión Europea sobre la Orden de Detención Europea requería una revisión previa de la Constitución. En efecto, pese a que la Decisión Marco reserva al Estado que recibe la solicitud de extradición la posibilidad de no darle curso si halla su fundamento en un fin político (postura que coincide con la de la jurisprudencia *Koné*), no incluye ninguna disposición que descarte la posibilidad de recurrir a este procedimiento en el caso de las infracciones de naturaleza política, siendo esto contrario al PFRLR consagrado por el citado dictamen de 9 de nov. de 1995 (AG 26 de sept. de 2002; EDCE n.º 54, p. 192; RFDA 2003.442, com. Labayle; AJ 2003.1368, com. Ondoua; *Mélanges Léger*, p. 135, com. Denoix de Saint Marc).

Aunque se procedió a una modificación en este sentido de la Constitución (ley constitucional de 25 de marzo de 2003), no por ello se autorizó al legislador a pasar por alto el principio constitucional del derecho a un recurso efectivo, cuya exclusión no está estipulada por ninguna disposición imperativa de la Decisión Marco (CC n.º 2013-314 *QPC*, 14 de junio de 2013, Rec. 824).

5

B. El enfoque consistente en interpretar un convenio internacional, teniendo en cuenta los principios constitucionales, se sustenta en la idea de que un convenio debe normalmente ser conforme a dichos principios. La alternativa elegida por el Consejo de Estado quedará clarificada con la decisión de 30 de oct. de 1998, *Sarran*\*.

### III. La sentencia *Koné* y el Derecho en materia de extradición.

La controversia doctrinal que ha suscitado la sentencia *Koné* en lo que respecta a las facultades del juez administrativo y a la concepción de la jerarquía de las normas, que subyace detrás de su argumentación, no debe ocultar su contribución al Derecho en materia de extradición.

Pone de manifiesto una orientación de la jurisprudencia que tiende a dar mayor relevancia, en esta materia, a los derechos de las personas.

- 6 A. Antes de que se dictara la sentencia *Koné*, el Consejo de Estado había anulado un decreto de extradición por el que se concedía a España, bajo el régimen franquista, la extradición de un militante separatista vasco por una infracción de derecho común, amparándose en que se habían infringido las disposiciones del artículo 5 (2.º) de la ley de 10 de marzo de 1927, por las que se prohibía la extradición cuando de las circunstancias se dedujera que se solicitaba por motivos políticos (CE As. 24 de junio de 1977, *Astudillo-Calleja*, Rec. 290; v. n.º 3.9).

Con la decisión de la Asamblea de 26 de sept. de 1984, *Lujambio Galdeano* (Rec. 380; JCP 1984. II.20 346, concl. Genevois; AJ 1984.669, cr. Schoettl et Hubac; RSC 1984.804, nota Lombois; RFDA 1985.183, nota Labayle) ya se había establecido como principio general del Derecho en materia de extradición un precepto según el cual el Estado destinatario de la solicitud debía respetar los derechos y las libertades fundamentales de la persona.

También se ha podido comprobar que desde que se dictó la sentencia de 1 de abr. de 1988, *Bereciartua-Echarri*, los refugiados políticos disfrutaban de una protección especial. En este mismo orden de cosas, cabe subrayar que el Consejo de Estado anuló, por ser contrario al orden público francés, un decreto de extradición de un ciudadano turco a su país de origen, en el que seguía en vigor la pena de muerte, alegando que el gobierno francés no había conseguido que las autoridades turcas le garantizaran que no se ejecutaría la pena de muerte si llegaba a pronunciarse contra el interesado (CE Secc. 27 de febr. de 1987, *Fidan*, Rec. 84; D. 1987.305, concl. Bonichot).

- 7 B. Esta misma voluntad de proteger los derechos de la persona fue la que motivó la anulación dictada por el juez administrativo, por incumplimiento de las estipulaciones del Convenio de Naciones Uni-

dad de 10 de dic. de 1984 contra la tortura, de un decreto que concedía a las autoridades turcas la extradición de un ciudadano de ese país, alegando que del conjunto de los elementos que obraban en el expediente y, en especial, de los detalles aportados por el interesado en relación con los graves maltratos de los que, según su declaración, habría sido objeto con motivo de su detención en Estambul, se desprende que existen motivos de peso para creer que, en caso de ser entregado a las autoridades turcas, corre el riesgo de sufrir torturas (CE 15 de febr. de 1999, *Cimpoesu*, Rec. 602).

C. Conviene hacer hincapié en el reconocimiento por el Consejo de Estado, como principio general del Derecho, de la regla según la cual la extradición de un extranjero debe ser denegada si puede tener consecuencias de una gravedad excepcional para la persona cuya extradición se reclama, en especial, debido a su edad o a su estado de salud. Fue objeto de anulación por vulneración de este principio un decreto que concedía a las autoridades de la Federación de Rusia la extradición de uno de sus nacionales que padecía una diabetes grave, al no haber obtenido el gobierno francés por parte del Estado solicitante las garantías necesarias para evitar que la extradición no tuviera para el interesado unas consecuencias de una gravedad excepcional (CE 13 de oct de 2000, *Kozirev*, Rec. 419; RFDA 2001.1042, concl. de Silva).

### 93. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PENAL. FUNCIONARIOS Y EMPRESAS PRIVADAS

Consejo de Estado As., 6 de diciembre de 1996, *Société Lambda*

(Rec. 466, concl. Piveteau; RFDA 1997.173, concl. AJ 1997.152, cr. Chauvaux y Girardot; D. 1997.57, nota Dobkine; JCP 1997.II.22752, nota Hérisson; RA 1997.27, nota Lemoyne de Forges, y 155, nota Degoffe; RD publ. 1997.567, nota J.-M. Auby);

*Sobre el motivo de inadmisión derivado de la falta de legitimación procesal de la Société Lambda:*

Considerando que la Société Lambda tiene, en su condición de accionista del Crédit Foncier de France, un interés que la legitima para actuar judicialmente contra la decisión con la que se nombró a uno de los dirigentes de esta entidad.

*Sobre el motivo de inadmisión derivado de la falta de legitimación procesal del señor Géniteau:*

Considerando que el señor Géniteau, en su condición de gerente de la empresa civil Lambda, está legitimado para representar a dicha empresa ante los tribunales;

Considerando que de cuanto antecede se desprende que los motivos de inadmisión antes citados deben ser desestimados;

*Sobre las conclusiones emitidas contra el decreto de 29 de diciembre de 1994:*

*Sin que sea necesario entrar a examinar los demás motivos de la demanda:*

Considerando que las disposiciones del artículo 432-13 del Código Penal prohíben a toda persona a la que se haya encomendado, en su calidad de funcionario público, y debido precisamente a la función que desempeña, garantizar la vigilancia o la supervisión de una empresa privada o emitir sus opiniones sobre las operaciones que efectúa una

empresa privada, ocupar un cargo en dicha empresa por un plazo máximo de cinco años a partir de la suspensión de las susodichas funciones de vigilancia o supervisión; que estas mismas disposiciones *impiden asimismo que la autoridad administrativa pueda nombrar a un funcionario para ocupar un empleo en el que, sea cual fuere el puesto estatutario que se le atribuya, estaría infringiendo las disposiciones citadas*; que el hecho de que las disposiciones del artículo 72 de la ley n.º 84-16 de 11 de ene. de 1984, relativa a la función pública del Estado, así como los textos legales para su aplicación, no sean aplicables a los funcionarios en comisión de servicio, no tiene incidencia alguna en la aplicación de las disposiciones antes mencionadas del artículo 432-13 del Código Penal.

Considerando que, debido a su sujeción al derecho privado y a la composición de su capital, la entidad *Crédit Foncier de France* es una empresa privada; que el señor Beaufret, antes de ser nombrado subgobernador de *Crédit Foncier de France*, ejercía, en su calidad de jefe de la Subdivisión de los Asuntos Monetarios y Financieros del Ministerio de Hacienda, un control directo sobre dicha entidad; que, por consiguiente, la *Société Lambda* tiene motivos fundados para sostener que el decreto de nombramiento del señor Beaufret como Subgobernador de *Crédit Foncier de France* adolece de un defecto de exceso de poder;

*Sobre las conclusiones emitidas contra el decreto de 3 de mayo de 1995:*

Considerando que el decreto de 3 de mayo de 1995 del Primer Ministro, del Ministro de Economía y Finanzas y del Ministro de Presupuestos, por el que se mantiene en comisión de servicio al señor Beaufret, en su calidad de Subgobernador de *Crédit Foncier de France*, por un período máximo de tres años a partir del 9 de ene. de 1995, se publicó en el Boletín Oficial de 6 de mayo de 1995; que no había ninguna disposición legal o reglamentaria ni ningún principio que obligara a la Administración a notificar esta decisión a la *Société Lambda*; que las conclusiones dirigidas a la anulación del decreto citado no se registraron en el Consejo de Estado hasta el 23 de oct. de 1996; que se produjeron fuera de plazo y, por tanto, no cabe admitirlas;

*Sobre las conclusiones del señor Beaufret que abogan por la aplicación del artículo 75-I de la ley de 10 de jul. de 1991:*

Considerando que las disposiciones del artículo 75-I de la ley de 10 de jul. de 1991 constituyen un obstáculo para la condena de la Société Lambda, empresa que en esta causa no es la parte perdedora, al pago al señor Beaufret de 12.000 francos, importe que éste solicita en concepto de reembolso de los costes incurridos por él y no incluidos en las costas;

(Anulación del decreto de nombramiento del señor Beaufret como Subgobernador de Crédit Foncier).

## OBSERVACIONES

- 1 La sentencia *Société Lambda* tuvo una cierta repercusión y suscitó cierto revuelo. Una empresa de nombre fantasioso, deseosa de denunciar hasta la más ínfima infracción del Derecho, en especial, en el ámbito de los negocios, había comprado algunas acciones de Crédit Foncier de France. Esto bastaba para que esta empresa estuviera legitimada para emprender acciones legales contra el decreto de nombramiento de un Subgobernador de esta entidad (sobre la legitimación procesal, v. nuestras obs. sobre la sentencia *Casanova\** de 29 de marzo de 1901). El nuevo Subgobernador había sido previamente jefe de la Subdivisión del Ministerio de Hacienda, desde donde ejercía un control directo sobre Crédit Foncier. Pero resulta que en el artículo 432-13 del Código Penal se tipifica el delito de conflicto de intereses (que antes se denominaba delito de injerencia, según el artículo 175 del antiguo Código Penal), consistente, entre otras cosas, en que un funcionario ocupe un cargo en una empresa privada que estaba antes bajo su control. El Consejo de Estado considera que el decreto impugnado infringe esta disposición.

En esta sentencia se advierte, por un lado, que el juez administrativo se inmiscuye en apreciaciones de naturaleza penal y, por otro, una interpretación demasiado amplia del concepto de empresa privada. La sentencia se limita, empero, a confirmar las *relaciones entre Derecho Penal y legalidad* (I) y a sentar unos *criterios estrictos para la identificación de una empresa privada* (II).

## I. Derecho Penal y legalidad.

2 La sentencia *Société Lambda* no es la primera que establece una relación entre Derecho Penal y legalidad (A). La solución que adopta (B) no conlleva ninguna apreciación penal.

A. Los *precedentes* ponen de manifiesto las interferencias entre Derecho Penal y legalidad: el juez ordinario tiene en cuenta la legalidad para aplicar el Derecho Penal (1.º); el juez administrativo tiene en cuenta el Derecho Penal para determinar la legalidad (2.º).

1.º Se ha reconocido que el *juez ordinario* en materia penal tiene competencia para valorar la legalidad de los actos administrativos que sirven de fundamento a los procedimientos penales y a la defensa, partiendo, en primer lugar, de la jurisprudencia, en el caso de los actos reglamentarios (TC 5 de jul. de 1951, *Avranches et Desmarets*, Rec. 638; D. 1952.271, nota Blaevoet; JCP 1951. II.6623, nota Homont; RA 1951.492, nota Liet-Veaux; S. 1952.3.1, nota J.-M. Auby) y, en segundo lugar, de lo dispuesto por el legislador, tanto en el caso de los actos individuales como reglamentarios (art. 111-5 del Código Penal que entró en vigor el 1 de marzo de 1994).

El juez ordinario ejerció durante mucho tiempo esta competencia sobre todo en relación con los reglamentos de policía, cuya infracción se castiga con las mismas penas que la falta. Hoy en día hace uso de la misma en el caso de infracciones tales como el favoritismo en la adjudicación de contratos públicos y de convenios de delegación de servicio público (art. 432-14 C. Pen.) y, hace algún tiempo, en el caso del delito de injerencia, que ha pasado a ser el delito de conflicto de intereses.

Para determinar si se ha cometido una infracción, el juez ordinario se ve, por tanto, en la necesidad de examinar si los actos administrativos se han adoptado de conformidad con las leyes, y también de aplicar el Derecho Administrativo. En determinados litigios de naturaleza civil, el juez tiene la oportunidad de hacer uso de esta competencia en el ámbito de la responsabilidad (v. Civ. 23 de nov. de 1956, *Trésor public c. Giry\**, y nuestras obs.). En los procedimientos penales, puede verse obligado a entrar en el terreno de la legalidad -hecho que puede plantear problemas de compatibilidad con las soluciones que, para esos mismos actos, adopta el juez administrativo (v. por ej., en el caso de un decreto de amnistía, que el Tribunal de Casación con-

sideraba legal, como se indica en su sentencia de 14 de nov. de 1963, Bull. crim. n.º 322, p. 680; D. 1964.265, nota C. D., y que luego fue anulado por el Consejo de Estado en su sentencia (Secc.) de 22 de nov. de 1963, *Dalmas de Polignac*, Rec. 565; RD publ. 1964.692, concl. Henry; AJ 1964.23, cr. Fourré y Puybasset; D. 1964.161, nota C. Debbasch).

- 3 2.º) El juez *administrativo* puede verse obligado a tener en cuenta el Derecho Penal, no con el fin de dictaminar si se ha cometido una infracción ni para dictar condena, sino para determinar si un acto administrativo se ha establecido de conformidad con las disposiciones de dicho Derecho.

La sentencia *Société Lambda* no introduce ninguna innovación al respecto. El Consejo de Estado ya había investigado la legalidad de unos actos administrativos desde la perspectiva del Código Penal. Por ejemplo, anuló, por considerarlas contrarias al artículo 378 que sanciona la vulneración del secreto profesional por el personal médico, unas medidas que obligaban a los médicos a desvelar la enfermedad que padecían aquellos de sus pacientes con derecho a recibir asistencia médica gratuita (Secc. 9 de nov. de 1928, *Bertrand*, Rec. 1149; D. 1929.3.26, concl. Dayras), comunicando a Hacienda unos datos que permitían identificar las enfermedades de sus pacientes (As. 12 de marzo de 1982, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec. 109, concl. Verny; AJ 1982.375, cr. Tiberghien y Lasserre). Anuló, asimismo, una directiva del Primer Ministro que definía las operaciones a las que no se podían aplicar los artículos 187-2 y 416-1 del Código Penal, artículos en los que se establece que las discriminaciones en el ejercicio de una actividad económica están sujetas a sanción (CE As. 18 de abr. de 1980, *Société Maxi-Librati création*, Rec. 186; concl. Hagelsteen, JCP 1980. II.19364; AJ 1981.227, nota Goyard; D. 1981.3, nota Bismuth; JCP 1981. II.19644, nota Laveissière). También se procedió a la anulación de una orden municipal que disponía la inspección de los vehículos de los nómadas, dado que vulneraba el principio de inviolabilidad del domicilio que consagra el artículo 184 del Código Penal (CE 2 de dic. de 1983, *Ville de Lille*, Rec. 470).

La apreciación de un delito de injerencia había llevado varias veces a censurar unos actos administrativos que infringían la disposición en la que éste se establecía. Tras haber quedado establecido como un hecho probado que un inspector de una Dirección General de la Seguridad Social había ejercido, amparándose en su cargo, un control direc-

to sobre una caja primaria del seguro de enfermedad, la sentencia (CE As.) de 27 de ene. de 1969, *Ministre du travail c. Syndicat national des cadres des organismes sociaux* (Rec. 39; Der. soc. 1969.275, concl. Baudouin; D. 1969.440, nota Dutheil de la Rochère), anuló una Orden interministerial por la que se autorizaba la comisión de servicio del interesado con el fin de que pudiera ejercer las funciones de Director de dicha caja. Fue objeto de esta misma reprobación el nombramiento de un inspector de las Leyes Sociales en el sector agrícola como Director de una mutua social agrícola sobre la que había ejercido previamente un control directo (CE 31 de ene. de 1975, *Syndicat national des directeurs de la mutualité sociale agricole*, Rec. 73).

- 4 B. El caso *Société Lambda* no se presentaba en circunstancias muy distintas a las de los casos anteriormente citados (1.º). El Consejo de Estado procedió a su enjuiciamiento centrándose exclusivamente en la cuestión de la legalidad (2.º).

1.º) El Departamento de Asuntos Monetarios y Financieros del Ministerio de Hacienda tenía entonces asignada, entre otras atribuciones, «*la financiación de la vivienda y del sector inmobiliario*»; y, por este motivo, tenía encomendada «*la tutela del Crédit Foncier*». Esta función correspondía, en concreto, a una oficina de una subdirección del departamento.

Entre el Jefe del Departamento de Asuntos Monetarios y Financieros y el Crédit Foncier se interponían dos niveles (el de la subdirección y el de la oficina). Sin duda, el jefe del Departamento no ejercía personalmente ni de forma continuada la tutela sobre el Crédit Foncier. Ello no obsta para que, debido a su posición en la jerarquía, desempeñara una función que consistía en «*asegurar la vigilancia o el control*» de la empresa, de conformidad con el artículo 432-13 del Código Penal.

Para hacer caso omiso de este artículo, se había recurrido a las disposiciones del artículo 72 de la ley de 11 de ene. de 1984, relativo a la función pública del Estado, y de los textos adoptados para su aplicación: si bien estas disposiciones definen las actividades privadas que, debido a su naturaleza, no puede ejercer un funcionario que ha dejado definitivamente de desempeñar sus funciones o que ha sido puesto a disposición, no contemplan la situación del funcionario en comisión de servicio (posición en la que un funcionario, pese a no estar destinado en su cuerpo de origen, sigue manteniendo sus derechos en materia

de ascensos y de jubilación). Se podría también haber alegado que está expresamente prevista la comisión de servicio de un funcionario en organismos tales como el Crédit Foncier. Estos textos podrían, por tanto, justificar la comisión de servicio en el Crédit Foncier de un funcionario que hubiera ejercido previamente funciones de vigilancia.

Sin embargo, tienen un fin específico y un campo de aplicación limitado. No permitían pasar por alto el Código Penal, cuyo alcance es de carácter general. De hecho, el artículo 432-13 no atañe exclusivamente a los funcionarios, sino que se refiere también a «*cualquier agente o empleado de una administración*», sin distinciones: de este modo se incluye a personas que no tienen carácter de funcionarios y, entre estos últimos, a todos los funcionarios, con independencia del cargo que ocupen.

También se habría podido alegar que el Jefe del Departamento de Asuntos Monetarios y Financieros no había tomado la iniciativa en su nombramiento en el Crédit Foncier: no lo había solicitado. El gobierno fue quién propuso su nombramiento, o incluso quién lo impuso. El interesado no tenía nada que ver con una injerencia de la que era la víctima más que el autor.

5 2.º) Por consiguiente, no cometió ningún delito de conflicto de intereses y de ahí que la sentencia no incluya ninguna condena contra él. Tal y como manifestaba M. Piveteau en sus conclusiones, su «*integridad personal... no se cuestiona*»; «*cualquier comentario que se funde en (la) decisión* (del Consejo) para reprobar su comportamiento, sobre esta base, constituiría una imputación difamatoria».

El Consejo de Estado se pronunció, no como juez penal, sino como juez administrativo. No sancionó a una persona, sino que anuló un acto. No condenó al interesado por un delito, sino que se limitó a censurar su nombramiento por exceso de poder.

Se pronunció exclusivamente respecto a la legalidad. Ésta no sólo está formada por las normas que rigen específicamente a la Administración. Abarca a todas aquellas normas que, con independencia de su objeto, determinan el ordenamiento jurídico. Corresponde, por ejemplo, a la Administración respetar las disposiciones del Código Civil relativas al estado de las personas (CE Secc. 22 de marzo de 1996, *Mmes Paris et Roignot*, Rec. 99; RD publ. 1996.893, concl. Schwartz; AJ 1996.362, cr. Stahl y Chauvaux; DA junio de 1996, obs. R. S.), las normas del Derecho de la competencia (v. 3 de nov. de 1997, *Société Million et Marais*\* con nuestras obs.), las del Derecho de consumo

(CE Secc. 11 de jul. de 2001, *Société des eaux du Nord*, Rec. 348, concl. Bergeal; v. n.º 95.7).

Del mismo modo, tanto la Administración como los administrados deben respetar las disposiciones cuya infracción esté sujeta a una pena. Si los administrados las infringen, pueden ser objeto de una condena. Si lo hace la Administración, sus actos podrán ser anulados.

El artículo 432-13 del Código Penal prohíbe a un funcionario ocupar un puesto de trabajo en una empresa que ha estado sujeta a su control. Prohíbe a la autoridad administrativa que lo nombre para ese puesto. El Consejo de Estado ya había anulado unas decisiones por las que se nombraba o se autorizaba la incorporación en comisión de servicio de funcionarios públicos en entidades privadas (*cf.* las sentencias de 27 de ene. de 1969 y 31 de ene. de 1975, antes citadas). Se limitó a dar continuidad a decisiones anteriores, anulando el decreto de nombramiento como Subgobernador del Crédit Foncier de un funcionario que se había encargado previamente de su control directo.

De este modo, contribuyó a identificar la naturaleza de dicha entidad, calificándola expresamente de «empresa privada».

## II. Derecho administrativo y empresa privada.

6

El artículo 432-13 del Código Penal sólo considera que se comete un delito de conflicto de intereses cuando una empresa, previamente controlada por un funcionario, es de carácter privado. Asimila a una empresa privada a toda empresa pública que haya ejercido su actividad en un sector en el que compita con otras empresas, estando además sujeta a las normas del derecho privado. En el caso del Crédit Foncier, había que determinar si era, no una empresa pública asimilada a una empresa privada, sino simplemente una empresa privada.

No se definen con claridad ni el concepto de empresa ni el de empresa privada. El concepto de empresa no se refiere a una categoría jurídica homogénea; alude a toda organización destinada a hacerse cargo de la producción e intercambio de bienes o servicios. Su carácter, privado o público, es a veces difícil de determinar, dado el papel que los poderes públicos desempeñan en su creación, su organización y su funcionamiento, como ocurre en el caso del Crédit Foncier de France.

El Consejo de Estado (Sección Económica, dictamen de 23 de marzo de 1993, EDCE 1994, n.º 45, p. 357) ya había considerado que, al no tener el Estado ninguna participación en su capital, y dado

que el resto de participaciones públicas –de cerca del 15%– no otorgaban a sus titulares ningún papel preponderante, el Crédit Foncier no estaba sometido al control del Tribunal de Cuentas. La sentencia *Société Lambda* va mucho más lejos al considerar al Crédit Foncier como una «*empresa privada*».

Se apoya exclusivamente en dos criterios (A); el resto de las consideraciones carecen de utilidad.

- 7 A. Para considerar al Crédit Foncier como una «*empresa privada*», se recurre a dos criterios: su «sujeción al régimen jurídico del derecho privado» (1.º), «*la composición de su capital*» (2.º).

1.º) Su sujeción al régimen jurídico del derecho privado se deriva, en este caso, del hecho de ser «*una empresa comercial*», como ya lo había admitido el Consejo de Estado en su sentencia *Dame Culard* de 18 de jun. de 1976 (Rec. 320; AJ 1976.579, nota Durupty). En la mayoría de los casos, se trata efectivamente de una empresa privada. Pero no cabe excluir la posibilidad de que se recurra a otras formas, como la de empresa civil o de asociación. En cualquier caso, lo esencial es que la personalidad de la institución conlleve su sujeción al derecho privado.

*A contrario*, un organismo que esté sujeto al régimen del derecho público no puede, obviamente, ser una empresa privada, aunque desarrolle una actividad industrial y comercial (salvo que así lo disponga un texto legal, como el artículo 432-13 C. Pen.). Esto es lo que ocurre, en particular, en el caso de las entidades públicas industriales y comerciales, como la SNCF, y, antes de que entrara en vigor la ley de 9 de agosto de 2004, la EDF y la GDF. Al considerar que el Banco de Francia es «*una persona pública*», el Tribunal de Conflictos descartó que pudiera ser considerada como una empresa privada (TC 16 de junio de 1997, *Société La Fontaine de Mars, M. et Mme Muet*, Rec. 532; CJEG 1997.363 y RFDA 1997.823, concl. Arrighi de Casanova);

- 8 2.º) Aunque sea un requisito necesario para calificar a una entidad como una empresa privada, su sujeción al derecho privado no es un requisito suficiente: es necesario tener asimismo en cuenta *la composición de su capital*.

El Consejo de Estado ya había considerado que forman parte del sector público todas las empresas en las que unas personas públicas, ya sea juntas o por separado, directa o indirectamente (a través de filia-

les), sean las titulares de más de la mitad del capital social (CE As. 24 de nov. de 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique CFDT*; de la misma fecha *Schwartz*; Rec. 465 y 467; AJ marzo 1979.34, cr. O. Dutheillet de Lamothe y Robineau, y 42 concl. M. A. Latournerie y nota Bazex; As. 22 de dic. de 1982, *Comité central d'entreprise de la Société française d'équipement pour la navigation aérienne*, Rec. 436; RD publ. 1983.497, concl. Bacquet, nota J.-M. Auby; AJ 1983.172, cr. Lasserre y Delarue; D. 1983. IR. 277, obs. P. Delvolvé, y J. 373, nota Durupt; D. 1984.261, nota Amiel; Der. soc. 1983.676, nota Dubois; JCP 1983. II.20072, nota Lombard; GACA, n.º 33). Queda por responder a la pregunta de si, a la mayoría del capital, habría que sumar la mayoría de los derechos de voto.

En la sentencia *Société Lambda* no se especifica si el capital de Crédit Foncier está mayoritariamente en manos de personas privadas. Pero M. Piveteau ponía de relieve en sus conclusiones que «*más del 80% del capital del Crédit Foncier era en aquel momento propiedad de inversores privados*», por lo que recomendaba al Consejo que «*en esta primera ocasión en la que (había) que calificar a una empresa como "empresa privada", se tuviese en cuenta no sólo la distribución del capital propiamente dicha, sino también su composición, es decir, los derechos de voto que se derivan de las acciones de las que se es propietario*».

El Consejo de Estado tuvo en cuenta, para considerar al Crédit Foncier como una empresa privada, la composición de su capital.

Cabría preguntarse si el criterio de la composición del capital debe prevalecer sobre el criterio de la distribución del capital. En un dictamen del 17 de sept. de 1988 (EDCE, n.º 50, p. 220), la Sección Económica del Consejo de Estado consideró que «*los casos prácticos que se han resuelto hasta la fecha no permiten determinar con certeza si., en todos los casos, se puede considerar el hecho de que una persona jurídica de derecho público sea propietaria, directa o indirecta, de más de la mitad del capital de una empresa constituye, a la vez, un requisito suficiente y necesario para asegurar que dicha empresa pertenece al sector público*». La Sección Económica llegó a la conclusión de «*que no ha lugar a considerar el hecho de que la mayoría de los derechos de voto en las juntas de accionistas esté en manos del sector público como motivo suficiente para calificar a esta empresa como una empresa del sector público*». Sin duda, esta respuesta se funda exclusivamente en las leyes de 2 de jul. y 6 de ago. de 1986, relativas a las

privatizaciones, pero podría tener un alcance mucho mayor. Puede formularse la respuesta en sentido inverso: el hecho de que la mayoría de los votos en las juntas de accionistas estén en manos de personas privadas podría no ser suficiente para considerar que la empresa en cuestión es una empresa privada.

9 B. Esta consideración pasaría, por tanto, a formar parte de aquellas que carecen de utilidad para la identificación de una empresa privada.

Las facultades de las que dispone el Estado respecto a los órganos constitutivos de una empresa, los controles que ejerce sobre ésta no bastan para considerar que se trata de una empresa pública. Los estatutos de *Crédit Foncier de France* se establecen mediante decreto, corresponde al Presidente de la República nombrar a sus tres principales dirigentes: ello no impide que sea una empresa privada.

Del mismo modo, una empresa puede servir de intermediario al Estado en el desempeño de determinadas misiones (en el caso del *Crédit Foncier*, para conceder ayudas a la construcción y al acceso a la vivienda en propiedad) o, incluso, para desempeñarlas en nombre del Estado (en el caso del *Crédit Foncier*, para conceder determinados préstamos a los repatriados, tal y como se reconocía en la sentencia *Dame Culard*, citada *ut supra*). Puede ser la encargada de cumplir una misión de servicio público. Se trata, entonces, de un organismo privado que tiene a su cargo una misión de servicio público, pero que sigue siendo una persona privada (v. nuestras obs. sobre las sentencias *Caisse primaire «Aide et Protection\*»* y *Monpeurt\**).

Quedan, así, delimitadas la esfera pública y la esfera privada.

Ello no significa que estén separadas. Los poderes públicos pueden verse en la necesidad de adoptar medidas que afectan a empresas privadas y que representan otros tantos actos administrativos sometidos al control del juez administrativo. La sentencia *Société Lambda* constituye un buen ejemplo de ello.

## 94. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

### Consejo de Estado Secc., 3 de noviembre de 1997, *Société Million et Marais*

(Rec. 406, concl. Stahl; CJEG 1997.441, concl.; RFDA 1997.1228, concl.; AJ 1997.945, cr. Girardot y Raynaud, 1998.247, nota Guézou, y 2014.110, nota Lasserre; RD publ. 1998.256, nota Y. Gaudemet; Rev. conc. consom. 1997, n.º 100, p. 46, nota Maigre)

Considerando que, con su sentencia de 10 de marzo de 1993, el Tribunal de Apelación de *Orléans*, al que se había trasladado el litigio que enfrentaba a la empresa Million et Marais con la empresa Pompes Funèbres Générales, aplazó cualquier decisión relacionada con dicha causa hasta que la jurisdicción administrativa no se hubiera pronunciado sobre la validez del contrato del 26 de nov. de 1987, firmado por el alcalde de Fleury-les-Aubrais y por el que se adjudicaba a la empresa Pompes Funèbres Générales el servicio funerario externo en dicho municipio; que la empresa Million et Marais apeló contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de *Orléans*, sentencia que desestimaba las conclusiones de esta empresa encaminadas a declarar nulo el contrato de concesión;

#### *Sobre la legalidad de la sentencia:*

Considerando que del auto de la sentencia impugnada se desprende que sus considerandos incluyen la mención y el análisis del conjunto de los argumentos presentados por las partes; que se da una respuesta suficiente al motivo que se alegó de vulneración del artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea;

#### *Sobre las conclusiones relativas a las deliberaciones del alcalde y los concejales de Fleury-les-Aubrais de 30 de nov. de 1987:*

Considerando que no compete a la jurisdicción administrativa –a la que se apeló por la vía de la remisión prejudicial, ordenada por la autoridad judicial– dirimir otras cuestiones que no sean las que le traslada dicha autoridad; que de los enunciados del Tribunal de Apelación

de Orleáns se deduce que dicho órgano decidió aplazar su resolución con el fin exclusivo de que la jurisdicción administrativa se pronunciara previamente sobre la validez del contrato de concesión suscrito entre el municipio de Fleury-les-Aubrais y la empresa Million et Marais; que, por tanto, no se pueden admitir las alegaciones de la demanda encaminadas a declarar ilegal la deliberación del 30 de nov. de 1987, con la que el ayuntamiento de Fleury-les-Aubrais aprobó el contrato y autorizó al alcalde a firmarlo;

*Sobre la validez del contrato de concesión:*

Considerando que el Tribunal de Apelación se limitó a remitir al juez administrativo su propia valoración de la legitimidad de los motivos basados, de un lado, en el irrespeto de las normas de competencia tanto comunitarias como internas y, de otro, en la falta de competencia del alcalde para firmar el contrato; que, por consiguiente, la empresa Million et Marais carece de legitimación para presentar ante los tribunales administrativos unas alegaciones fundadas en la falta de existencia legal de la empresa Pompes Funèbres Générales en el momento de la firma del contrato, así como en la ilegalidad de la adjudicación a esta misma empresa de la concesión, dado que suponía la atribución del monopolio de la explotación del servicio funerario externo del municipio y, además, la firma del contrato de concesión no había estado precedida de una oferta pública abierta a la competencia;

Considerando, en primer lugar, que de los elementos que obran en el expediente no se desprende que el alcalde hubiera firmado el contrato de concesión del servicio funerario del municipio de Fleury-les-Aubrais antes de remitir al prefecto la deliberación del 30 de nov. de 1987, con la que el ayuntamiento de Fleury-les-Aubrais autorizó al alcalde a firmarlo;

Considerando, en segundo lugar, que de conformidad con el artículo 9 del decreto legislativo de 1 de dic. de 1986: «Se considera nulo cualquier compromiso, convenio o cláusula contractual que se relacione con una práctica prohibida por los artículos 7 y 8»; *que está prohibido, en especial, al amparo del artículo 8, la explotación abusiva de una empresa o grupo de empresas que ocupe un lugar dominante en el mercado interior o en una parte de este último*; que, sin embargo, de conformidad con el artículo 10: «Las siguientes prácticas no están sujetas a las disposiciones de los artículos 7 y 8: 1. Las que se derivan de lo dispues-

to en un texto legislativo o en un texto reglamentario adoptado para asegurar su aplicación»; que de estas disposiciones se deduce que, aunque es impensable que se pueda censurar un contrato de concesión, por el que un municipio encomienda a una empresa el servicio funerario externo, alegando como único motivo que dicho contrato le reconoce a esta empresa el derecho exclusivo de explotación del servicio público, lo cierto es que, de conformidad con el artículo antes citado L 362-1 del Código de los Municipios, las cláusulas de dicho contrato no pueden tener como efecto, sin entrar en contradicción con la Ley, que la empresa se coloque en una situación en la que estaría infringiendo las disposiciones ya mencionadas del artículo 8;

Considerando que, aunque el contrato objeto de litigio, al reconocer a la empresa Pompes Funèbres Générales el derecho exclusivo sobre la prestación del servicio funerario externo del municipio, colocó a dicha empresa en una posición de dominio en el sentido del artículo 8 del decreto legislativo, la duración prevista de este convenio de 6 años, renovable una sola vez por decisión expresa, no coloca a la empresa en una situación contraria a las disposiciones antes mencionadas del decreto legislativo de 1 de dic. de 1986; que el contrato objeto de litigio no contiene ninguna cláusula relativa a las condiciones de recuperación de las existencias o de explotación de un tanatorio; que, por consiguiente, la empresa Million et Marais no tiene motivos fundados para sostener que, en lo que respecta a estos dos puntos, el contrato permitiría a la empresa Pompes Funèbres Générales abusar de su posición de dominio;

Considerando, en tercer lugar, que de conformidad con el artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: «No es compatible con el mercado común y está prohibido, en la medida en que el comercio entre los Estados miembros pueda verse afectado por ello, que una o varias empresas exploten de forma abusiva una posición de dominio en el mercado común o en una parte importante del mismo»; que, de conformidad con el artículo 90: «En lo que respecta a las empresas públicas y a las empresas a las que se han concedido unos derechos especiales o exclusivos, los Estados miembros no tienen la posibilidad de dictar ni de mantener ninguna medida que sea contraria a las normas del presente tratado, en especial, aquellas previstas en los artículos 7 y 85 a 94 ambos inclusive»;

Considerando que, *en el supuesto de que el contrato objeto de litigio haya contribuido, debido al derecho exclusivo que del mismo se*

*deriva, a garantizarle a la empresa Pompes Funèbres Générales una posición de dominio en una parte sustancial del mercado común de los servicios funerarios y que ello pueda afectar a los intercambios intra-comunitarios, sus cláusulas no serían por ello incompatibles con el artículo 86 del tratado, salvo que la empresa se viera incitada, en el ejercicio del derecho exclusivo, en las condiciones en que le ha sido conferido, a explotar su posición de dominio de modo abusivo; que la duración de la explotación estipulada por el contrato objeto de litigio no constituye un abuso que coloque a la empresa Million et Marais en una situación que la obligue a infringir las estipulaciones antes citadas del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea;*

Considerando que de lo anterior se deduce que la empresa Million et Marais no tiene motivos fundados para quejarse de que el tribunal administrativo de *Orléans* haya declarado que carecía de fundamento la excepción de ilegalidad del contrato de concesión suscrito por el municipio de Fleury-les-Aubrais y la empresa Pompes Funèbres Générales;

*Sobre las conclusiones que abogan por la aplicación del artículo 75-I de la ley de 10 de jul. de 1991:*

Considerando que las disposiciones del artículo 75-I de la ley de 10 de jul. de 1991 impiden que el municipio de Fleury-les-Aubrais y la empresa Pompes Funèbres Générales, que en la presente causa no son las partes perdedoras, puedan ser condenadas a pagar a la empresa Million et Marais el importe de 10.000 francos que ésta solicita en concepto de gastos incurridos y no incluidos en las costas; que no procede, en las circunstancias del caso, dar la razón a la empresa Pompes Funèbres Générales y condenar a la empresa Million et Marais a pagarle el importe de 12.000 francos que reclama en concepto de gastos incurridos y no incluidos en las costas;

## OBSERVACIONES

- 1 La empresa Société des Pompes Funèbres Générales, concesionaria del servicio funerario externo del municipio de Fleury-les-Aubrais había interpuesto una demanda de responsabilidad contra la empresa Million et Marais por haber ejercido una actividad que, según la

empresa concesionaria, se enmarcaba en el ámbito del derecho exclusivo que le reconocía el contrato de concesión. La empresa Million et Marais argumentó que este derecho exclusivo era contrario a las disposiciones del artículo 8 del decreto legislativo de 1 de dic. de 1986, relativo a la libertad de precios y de competencia, y a las estipulaciones del artículo 86 del Tratado de Roma, que prohibían todo abuso de una posición de dominio (que ha pasado a ser el art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). El Tribunal de Apelación de *Orléans*, en virtud de la jurisprudencia *Septfonds* (TC 16 de jun. de 1923, Rec. 498; v. n.º 113.1), aplazó su resolución hasta que la jurisdicción administrativa no hubiera valorado la legalidad de la cláusula impugnada. El Tribunal Administrativo de *Orléans* declaró que la excepción de ilegalidad carecía de todo fundamento. El Consejo de Estado que, con la reforma de 31 de dic. de 1987, sigue siendo competente para pronunciarse sobre los recursos de apreciación de la legalidad, confirmó este fallo.

El Derecho de la competencia lo constituyen especialmente (aunque no de forma exclusiva) el decreto legislativo de 1 de dic. de 1986 (que retoman hoy en día los artículos L. 410-1 y s. del Código de Comercio). Están prohibidos, en particular, los cárteles (art. 7 del decreto legislativo; art. L. 420-1 del Código), la explotación abusiva de una posición de dominio o de una situación de dependencia económica (art. 8 del decreto legislativo, art. L. 420-2 del Código). Según estas disposiciones, «*se considera nulo cualquier compromiso, convenio o cláusula contractual que se relacione con una práctica prohibida*». Estas normas son de aplicación «*a todas las actividades de producción, distribución y servicio, incluyendo aquellas que desarrollen personas públicas, en especial* (según una adenda de la ley de 8 de febr. de 1995), *en el marco de los convenios de delegación de servicio público*» (art. 53 del decreto legislativo; art. L. 410-1 C. Com.). Después del Consejo de la Competencia, la Autoridad de la Competencia (ley de 4 de ago. de 2008) se encarga hoy en día de velar por que se respeten las normas: puede imponer sanciones a las empresas y remitirles requerimientos que tienen carácter de decisiones administrativas, adoptadas en el ejercicio de unas prerrogativas de poder público. Pero la ley de 6 jul. de 1987 le ha asignado el contencioso en la materia al Tribunal de Apelación de París (v. nuestras obs. sobre CC 23 de ene. de 1987\*).

2 Mediante la sentencia de 6 de junio de 1989 *Préfet de la région Île-de-France*, más conocida como *Ville de Pamiers* (Rec. 293; v. n.º 85.7), el Tribunal de Conflictos consideró «*que la organización del servicio público de distribución del agua del que se encarga un ayuntamiento no constituye una actividad como la citada; que el acto jurídico de restitución de dicho servicio no puede, por sí solo, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado y que, por consiguiente, corresponde en exclusiva a las jurisdicciones del orden implicado*» (es decir, a la jurisdicción administrativa) «*comprobar la validez de dicho acto en virtud de las disposiciones del artículo 9 del del decreto legislativo antes mencionado*». Seguidamente el Consejo de Estado consideró que las normas del decreto legislativo de 1986 no podían oponerse al acto de restitución de un servicio público, como puede ser la asignación de un contrato de delegación de explotación (CE 23 de jul. de 1993, *Compagnie générale des eaux*, Rec. 226; RFDA 1994.252, nota Terneyre).

Por consiguiente, había motivos para pensar que el hecho de reservar a la jurisdicción administrativa la competencia para conocer del contencioso de los actos administrativos daría lugar a que estos mismos actos quedaran fuera del alcance de las normas de la competencia dictadas por el decreto legislativo de 1986 –lo cual suscitó una acalorada controversia a la vez sobre la competencia, puesto que estos actos quedan al margen del contencioso que se remite al Tribunal de Apelación de París, y sobre el fondo, dado que escapan a la aplicación de las disposiciones en materia de competencia dictadas por este mismo legislador.

En el caso *Million et Marais*, el Comisario del Gobierno Stahl demostró que la competencia del juez administrativo no excluía la aplicación por éste del Derecho de la competencia. El Consejo de Estado procedió, de hecho, a comprobar si las concesiones de un servicio público cuya validez le solicitaban que valorara, cumplían efectivamente con las normas.

Así pues, la disociación parcial entre el Derecho de la competencia y la competencia jurisdiccional (I) no impide que, en la práctica, se combinen Derecho de la competencia y legalidad.

### **I. Derecho de la competencia y competencia jurisdiccional.**

3 Aunque el Derecho de la competencia entre empresas a menudo ésta en juego en los litigios que son *competencia de la jurisdicción*

*ordinaria* (A), esta materia no es monopolio de los tribunales ordinarios. También puede dar lugar a un contencioso de cuyo conocimiento sea *competente la jurisdicción administrativa* (B).

*Derecho de la competencia entre empresas y competencia de la jurisdicción ordinaria.*

La competencia de los tribunales ordinarios para conocer de los litigios relativos a la competencia entre empresas es absolutamente normal cuando no se invoca o se impugna un acto administrativo. La competencia, en materia económica, enfrenta a las empresas. Éstas son el objeto principal del Derecho de la competencia. Los litigios relativos a su aplicación tienen fundamentalmente su origen en un enfrentamiento entre empresas. Es lógico que sus diferencias sean competencia de los tribunales ordinarios.

La competencia entre empresas surge también cuando una persona pública desarrolla una actividad de producción, distribución y servicios. El Tribunal de Conflictos así lo ha considerado expresamente en varias sentencias dictadas antes y después de la sentencia *Société Million et Marais* (TC 4 de nov. de 1991, *Coopérative de consommation des adhérents de la Mutuelle assurance des instituteurs de France*, Rec. 476: demanda encaminada «*exclusivamente a obtener reparación por determinadas prácticas imputadas*» por parte de la Union des Groupements d'Achats Publics, entidad pública industrial y comercial; – 19 de ene. de 1998, *Union française de l'Express c. La Poste*, Rec. 534; D. 1998.329, concl. D. 1998.329, concl. Arrighi de Casanova; RFDA 1999.189, nota Seiller: demanda interpuesta por unas empresas comerciales «*con el fin de conseguir que cesaran y se repararan los perjuicios ocasionados por unas prácticas comerciales*» imputadas a Correos (que era una «entidad pública» antes de pasar a ser una empresa con la ley de 9 de febr. de 2010) y sus sucursales.

Este caso es un buen ejemplo de la jurisprudencia *Société commerciale de l'Ouest africain\** (TC 22 de ene. de 1921), que considera competentes a los tribunales ordinarios para pronunciarse sobre los litigios relativos a los servicios públicos industriales y comerciales.

4

El hecho de que el contencioso de la competencia entre entidades sea principalmente competencia de la jurisdicción ordinaria fue lo que llevó al Consejo Constitucional, en su decisión de 23 de ene. de 1987\*, a admitir que el legislador intenta «*unificar bajo la autoridad del Tri-*

*bunal de Casación el conjunto de este contencioso específico para, así, evitar o suprimir las divergencias que podrían derivarse de la aplicación e interpretación del Derecho de la competencia», encomendando al Tribunal de Apelación de París los recursos dirigidos contra las decisiones del Consejo, hoy Autoridad de la Competencia, relativas a los cárteles y a la utilización abusiva de una posición de dominio o de una situación de dependencia.*

Esta competencia se puede ejercer plenamente cuando dichas decisiones se adoptan en relación con empresas privadas o con personas públicas por sus actividades de producción, distribución o servicios. Por ejemplo, la práctica que se imputó al Centro de los Monumentos Nacionales, consistente en reducir, o incluso anular los pedidos y las ventas a una empresa con la que estaba vinculado por un contrato público, tenía que ver con su propia actividad de producción, distribución y servicio; era totalmente ajena a la organización del servicio público y no constituía un ejercicio de prerrogativas de poder público: por consiguiente, el litigio, que se suscitó fundándose en las normas de la competencia, era competencia de los tribunales ordinarios (TC 4 de mayo de 2009, *Société Éditions Jean-Paul Gisserot c. Centre des monuments nationaux*, Rec. 582; BJCP 2009.338, concl. Guyomar; AJ 2009.1490, nota Eckert y 2440, cr. Glaser; DA 2009, n.º 145, nota Bazex; RJEP marzo 2010.18, nota Benoît Delaunay; RLC 2009, n.º 1468, nota Clamour).

El Tribunal de Apelación de París examina, en realidad, a través de la decisión que se le remite, el comportamiento de los operadores económicos. Pero este órgano no es competente para pronunciarse sobre los actos administrativos cuya legalidad se cuestiona cuando se procede al examen de las prácticas contrarias a las normas de la competencia. En efecto, su valoración es competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa.

#### *Derecho de la competencia y competencia administrativa.*

- 5 El Consejo de la Competencia se limitaba en sus orígenes a emitir dictámenes o propuestas en materia de concentración económica. El Ministro de Economía, con la colaboración eventual del ministro del que dependía el sector de actividad que estuviera implicado, era quién adoptaba la decisión (por ej., aceptación de un proyecto de concentración; prohibición de seguir adelante con el proyecto). Su deci-

sión sólo podía ser impugnada ante los tribunales administrativos (en concreto, ante el Consejo de Estado según el artículo R. 311-1 9.º CJA).

El Consejo de Estado se vio, así, en la obligación de pronunciarse sobre el recurso contra un Decreto-Ley del Ministro de Economía y del Ministro de Agricultura, en el que se apremiaba a la compañía Coca-Cola a renunciar a la adquisición de los activos del grupo Pernod-Ricard relativo a la bebida «Orangina»: tras un análisis detallado de los contratos que había que tener en cuenta, consideró que la operación que se pretendía llevar a cabo hubiera tenido efectos negativos sobre la competencia, y que había sido acertada la decisión de los ministros de prohibirla (Secc. 9 de abr. de 1999, *Société The Coca-Cola Company*, Rec. 119; CJEG 1999.214 y RFDA 1999.777, concl. Stahl; AJ 1999.611, nota Bazex y Thiry; D. caso 2000.J.157, nota Troianello). Cuando el proyecto se retomó con unas nuevas condiciones, se consideró que éstas no eran suficientes para suprimir los efectos contrarios a la competencia (CE Secc. 6 de oct. de 2000, *Société Pernod-Ricard*, Rec. 398; CJEG 2001.33, concl. Touvet; RFDA 2001.409, concl.).

La ley del 4 de agosto de 2008 y el decreto legislativo de 13 de nov. de 2008, que sustituyeron el Consejo de la Competencia por la Autoridad de la Competencia, le encomendaron a esta última el control de las operaciones de concentración, reservando al Ministro de Economía exclusivamente la potestad de referirse al caso y de pronunciarse por motivos de interés general que no fueran los de la defensa de la competencia. El Consejo de Estado sigue siendo competente para pronunciarse sobre los recursos en la materia, dirigidos ya sea contra las decisiones de la Autoridad de la Competencia o del Ministro de Economía (por ej., CE Secc. 30 de dic. de 2010, *Société Métropole Télévision (M6)*, Rec. 544; RJEP junio de 2011, p. 25, concl. Geffray; AJ 2011.1307, nota Glaser), incluso cuando la Autoridad de la Competencia se pronuncia sobre la ejecución de decisiones previamente adoptadas por el Ministro (CE As. 21 de dic. de 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi Universal*, dos sentencias, Rec. 446; RFDA 2013.55 y 70, concl. Daumas; AJ 2013.215, cr. Domino y Bretonneau; DA marzo 2013.31 y abr. 2013.28, notas Bazex; RJEP abr. 2013.3, nota Idoux).

- 6 Otros actos administrativos no se establecen directamente de conformidad con el decreto legislativo de 1986. Son competencia del juez administrativo en virtud de las normas a la que está sujeta.

Esto fue lo que consideró el Tribunal de Conflictos, en la sentencia antes citada *Ville de Pamiers* de 6 de junio de 1989, respecto a la restitución de un servicio público. Confirmó esto mismo respecto a las decisiones que se adoptan en el desempeño de una misión de servicio público haciendo uso de unas prerrogativas de poder público, aunque éstas emanen de un organismo de derecho privado (4 de nov. de 1996, *Société Datasport c. Ligue nationale de football*, Rec. 552; v. n.º 85.8: decisión de la Liga Nacional de Fútbol de unificar la emisión informática de entradas de los clubes que participan en las manifestaciones deportivas que ésta organiza), o de una entidad pública que desarrolla también actividades industriales y comerciales (18 de oct. de 1999, *Aéroports de Paris*, Rec. 469, concl. Schwartz; v. n.º 85.8: decisiones de la empresa Aéroports de Paris relativas a las actividades de las compañías aéreas en Orly, «*que, al estar vinculadas con la gestión del dominio público, constituyen un ejercicio de prerrogativas de poder público*»). El Tribunal de Casación se ha pronunciado en el mismo sentido (Com. 12 de dic. de 1995, *Direction de la météorologie nationale*, Bull. civ. IV, n.º 301, p. 276; AJ 1996.131, nota Bazex; CJEG 1996.180, nota Idot; JCP E 1996. II.810, nota Berlin y Calvet; RFDA 1996.360, nota R. Drag; decisión que se adoptó en el marco de la gestión del servicio público de la meteorología aeronáutica, con independencia de una comercialización pensada para el gran público; – 19 de nov. de 2002, *Société Au Lys de France*, Bull. IV, n.º 170, p. 194: decisión en materia de gestión del dominio público, relativa al establecimiento de las tarifas de ocupación temporal).

Los actos que se cuestionan pueden ser tanto actos administrativos unilaterales, como ocurría en las sentencias que acabamos de citar, como contratos administrativos, tal y como ocurría en el caso *Société Million et Marais* y en otros que se enjuiciaron en la misma fecha (*Société intermarbres*, *Société Yonne funéraire*, Rec. 393). El contencioso relativo a dichos actos es competencia del juez administrativo no sólo por vía de acción, sino también por vía de excepción (TC 19 de ene. de 1998, *Union française de l'Express c. La Poste*, citada *ut supra*). Así quedó demostrado en el caso *Société Million et Marais*, y en otros más, respecto a los conflictos que enfrentaban a los titulares de unas concesiones con unas empresas que interferían con la actividad que les reservaban las concesiones, en virtud de unas cláusulas cuya validez se cuestionaba desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

## II. Derecho de la competencia y legalidad.

7 La legalidad a la que está sujeta la Administración no se reduce exclusivamente al Derecho por el que se rigen su organización y su funcionamiento. Abarca a todo un conjunto de normas que imponen, limitan o prohíben determinadas conductas, cualquiera que sea su objeto. Incluye, por ejemplo, las normas previstas en el Código Penal (v. nuestras obs.sobre la sentencia CE 6 de dic. de 1996, *Société Lambda\**) o el Derecho del consumo (CE Secc. 11 de jul. de 2001, *Société des eaux du Nord*, Rec. 348, concl. Bergeal; BJCP 2001.519, concl.; CJEG 2001.496, concl.; AJ 2001.853, cr. Guyomar y Collin, y 893, nota Guglielmi; ACCP 2001, n.º 3, p. 15, nota Nicinski; D. 2001.2810, nota Amar; JCP 2001.I.370, obs. Ghestin; JCP E 2002.124, nota Sauphanor-Brouillaud; RD publ. 2001.1495, nota Eckert). Incluye asimismo el Derecho de la competencia, tanto al que es ajeno al decreto legislativo de 1986 (A) como al que se deriva de éste (B).

### A. *El Derecho de la competencia ajeno al decreto legislativo de 1986.*

El juez administrativo ha aplicado el Derecho de la competencia, sin remitirse necesariamente al decreto legislativo de 1986.

Lo aplica desde hace mucho tiempo respecto a los servicios que crean las colectividades públicas y que entran en competencia con las empresas (v. nuestras obs. sobre CE 30 de mayo de 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers\**). También en relación con determinadas disposiciones que obligan a la Administración a proceder a una licitación para suscribir unos contratos públicos y unos convenios de delegación de servicio público.

Se han instituido unas autoridades en ámbitos específicos, como la Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones, creada por la ley de 26 de jul. de 1996 (que pasó a llamarse Autoridad de las Comunicaciones Electrónicas y de Correos con la ley de 20 de mayo de 2005), a la que corresponde velar por «el ejercicio de una competencia efectiva y leal entre los operadores de las redes y los suministradores de servicios de telecomunicaciones» (art. L. 32-1 del Código de Correos y Comunicaciones Electrónicas). El Consejo de Estado consideró que la asignación del número «12» exclusivamente a los servicios de información telefónica que proporcionaban los operadores a sus clientes, sin que otros operadores pudieran utilizarlo, era contrario al

objetivo de competencia leal y efectiva, por lo que ordenó que se asignaran unos números con el mismo formato a todos los operadores que ofrecieran sus servicios de información telefónica (CE Secc. 25 de junio de 2004, *Société Scoot France et Société Fonecta*, Rec. 274; AJ 2004.1702, cr. Landais y Lenica; CJEG 2005.100, nota S. V. C.; DA ago.-sept. 2004, p. 31, nota Bazex y Blazy). El Consejo de Estado controla incluso los límites mínimo y máximo de las tarifas que se aplican a los servicios de terminación de llamadas en las redes móviles (CE 24 de jul. de 2009, *Société Orange France et Société Française du Radio-téléphone*, Rec. 299; RJEP oct. 2009.11, concl. Lenica; AJ 2009.1595, cr. Liéber y Botteghi; DA 2009, n.º 173, com. Bazex; RD publ. 2010.825, nota Noguellou) y las condiciones de concesión de licencias para el uso de las frecuencias radioeléctricas (*cf.* respecto a las «licencias 3 G», CE 12 de oct. de 2010, *Société Bouygues Télécom*, Rec. 378; RJEP febr. 2011, p. 19, concl. Bourgeois-Machureau, y p. 11, nota E. Guillaume y L. Coudray).

8 El Derecho europeo de la competencia, al igual que el Derecho europeo en general (v. nuestras obs. sobre CE 20 de oct. de 1989, *Nicolo\**), forma parte de las normas que las autoridades administrativas deben cumplir y que el juez administrativo debe aplicar.

Nos referimos, en particular, a las normas de la competencia aplicables a las empresas, sobre todo para prohibirles las escuchas (art. 85) y los abusos de su posición de dominio (art. 86), (que ha pasado a ser el art. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Por ejemplo, en una sentencia de 8 de nov. de 1996, *Fédération française des sociétés d'assurances* (Rec. 441; AJ 1997.142, cr. Chauvaux y Girardot), el Consejo de Estado (Secc.) anuló unas disposiciones de un decreto relativo a un régimen facultativo de seguro de vejez, «que eran incompatibles con las disposiciones combinadas de los artículos 86 y 90 del Tratado». En las sentencias *Société Million et Marais*, *Société Intermarbres*, *Société Yonne funéraire*, examinó expresamente, desde la perspectiva del artículo 86, los contratos de concesión cuya validez debía valorar.

Ahora bien, los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma sirvieron de inspiración directa a los artículos 7 y 8 del decreto legislativo de 1 de dic. de 1986, por el que se establecieron en el orden interno prohibiciones del mismo tipo (cárteles, abuso de posición de dominio) que las que se imponen en el orden europeo. No era fácil admitir que los

actos administrativos se controlaran partiendo de los artículos 85 y 86 del Tratado, y no de los artículos 7 y 8 del decreto legislativo.

Esta consideración tuvo mucho que ver con la incorporación del decreto legislativo de 1986 en la legalidad a la que debe ajustarse la Administración.

B. *El Derecho de la competencia que establece el decreto legislativo de 1986.*

9

La sentencia *Ville de Pamiers*, tras estimar que «el acto jurídico de restitución de la prestación» (de un servicio público) «no puede, por sí solo, impedir que se restrinja o se falsee el juego de la competencia en el mercado», llegaba a la conclusión de «que, por tanto, no corresponde a los tribunales del orden implicado» (es decir, el orden administrativo) «comprobar la validez de dicho acto a la luz de las disposiciones del artículo 9 del decreto legislativo antes citado» (en el que se declaran nulos los acuerdos, convenios o cláusulas contrarios a los artículos 7 u 8).

En la sentencia *Société Million et Marais* se procede a un análisis sistemático de la validez de un contrato de concesión con respecto al decreto legislativo de 1986 y, en particular, de sus artículos 8 y 9.

Se han conseguido nuevos avances; la fórmula del dictamen contencioso-administrativo (Secc. 22 de nov. de 2000, *Société L. et P. Publicité*, Rec. 526, concl. Austrý; v. n.º 62.3) –según la cual la autoridad policial debe, al adoptar las medidas necesarias para la salvaguarda del orden público, «tener en cuentas la libertad de comercio y de industria, así como las normas de la competencia»– ha vuelto a ser utilizada en la sentencia de 15 de mayo de 2009, *Société Compagnie des bateaux mouches*, Rec. 201; v. n.º 62.6). No puede expedirse una licencia de ocupación del dominio público cuando ésta pueda tener como resultado que se vulnere el Derecho de la competencia (CE 23 de mayo de 2012, *Régie autonome des transports parisiens*; v. n.º 62.7).

Por consiguiente, queda sentada la solución que se ha de aplicar: la legalidad de los actos administrativos, tanto unilaterales como contractuales, debe valorarse en función del Derecho de la competencia que se establece en del decreto legislativo de 1986.

10

Este Derecho se puede infringir en varios supuestos.

En primer lugar, un acto administrativo puede infringir los artículos 7 u 8 (L. 420-1 o 2) si coloca a una empresa en una situación que

sea constitutiva de un acuerdo ilícito con otras empresas del mismo sector o de un abuso de su posición de dominio o de dependencia económica. El supuesto es equiparable al de un acto administrativo que coloca a un administrado en una situación en la que puede ser acusado de haber cometido un delito (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Société Lambda\** de 6 de dic. de 1996). Es particularmente ilustrativo a este respecto el caso del abuso de una posición de dominio: el acto que permite este abuso es ilegal (en este sentido, v. la sentencia *RATP* de 23 de mayo de 2012). En el caso *Société Million et Marais*, el Consejo de Estado procedió a un análisis cuyos resultados permitían aseverar que «el contrato permitía a la empresa... abusar de una posición de dominio».

Poco tiempo después, en una sentencia de 17 de dic. de 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris* (Rec. 491; v. n.º 41.6), el Consejo de Estado consideró «que, aunque... el hecho de recurrir a un concesionario le confiriese una posición de dominio, ninguna de las disposiciones del decreto impugnado –cuyo cumplimiento, sobre todo, de aquellas... previstas en el artículo 10, es obligatorio tanto para establecer el contrato de concesión como para su ejecución por el concesionario– tenía como efecto situar al adjudicatario en una situación de abuso de su posición de dominio». Se trataba de una llamada al orden. El umbral de la anulación se había traspasado con la sentencia de 29 de jul. de 2002, *Société Cegedim* (Rec. 280; CJEG 2003.16, concl. Maugüé; AJ 2002.1072, nota Nicinski; D. 2003.901, obs. Gonzalez; DA 2002, n.º 173, nota Bazex y Blazy), con la que se censuraba el Decreto-Ley de venta de los ficheros del INSEE (Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos), porque le permitía abusar automáticamente de su posición de dominio.

- 11** En segundo lugar, se estaría infringiendo los artículos 7 y 8 (L. 420-1 y 2), de un modo mucho más directo, si un acto administrativo constituyera, en sí mismo, un cártel o un abuso de una posición de dominio: aprobación por parte de la Administración de un acuerdo entre profesionales, por ejemplo, mediante un convenio colectivo cuyas cláusulas tienen como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (CE Secc. 30 de abr. de 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, Rec. 189; CJEG 2003.410, concl. Stahl; BJCP 2004, n.º 32, p. 39, concl., obs. Casas; AJ 2003.1150, cr. Donnat y Casas y 1848, nota Subra de Bieusses; ACCP jul.-ago. 2003, p. 71, nota Richer; D. 2004.1702,

nota Chelle y Prétot; DA junio 2003, p. 22, nota Bazex y Blazy; Der. obr. 2003.261, nota G. Lyon-Caen); decisión de una autoridad encargada de la gestión del dominio público, que impone unas modalidades y unos requisitos para su ocupación, suponiendo éstos un abuso de la posición de dominio que ocupa. Este supuesto fue el que desarrolló M. Stahl en sus conclusiones sobre las sentencias (Secc.) de 26 de marzo de 1999, *Société Hertz*, *Société EDA* (Rec. 96; AJ 1999.427, con nota de Bazex; CJEG 1999.26; D. 2000.204, nota Markus; RD publ. 1999.1545, nota Manson, y 2000.353, obs. Guettier; RFDA 1999.977, nota Pouyaud): mientras que «*en la decisión Million et Marais, se llegaba a una conclusión sobre el acto administrativo partiendo de la situación de la empresa concesionaria del servicio público*», «*en este caso, no se trata stricto sensu de una empresa que estaría en disposición de abusar de su posición de dominio*»; es la propia autoridad administrativa la que comete un abuso al adoptar una medida que le incumbe.

Así pues, gracias a la sentencia *Société Million et Marais* y desde la fecha en que se dictó, se produce lo que cabría llamar una «reconciliación» entre el Derecho Administrativo y el Derecho de la competencia.

Aunque se haya creído detectar un conflicto entre Derecho de la competencia y Derecho Administrativo, tras el cual subyacía probablemente un conflicto entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción administrativa, éste ha quedado resuelto con la sentencia *Société Million et Marais*.

## 95. PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDEN INTERNO

Consejo de Estado As., 30 de octubre de 1998, *Sarran, Levacher et autres*

(Rec. 369; RFDA 1998.1081, concl. Maugüé, nota Alland, Y 1999.57, notas Dubouis, Mathieu Y Verpeaux, Gohin; AJ 1998.962, cr. Raynaud y Fombeur; Europe marzo de 1999, p. 4, nota Simon D. 2000.153, nota Aubin RD publ. 1999.919, nota Flauss; LPA 23 de jul. de 1999, nota Aubin; JDI 1999.675, nota Dehaussy; AJ 2014.114, nota Fombeur).

*Sobre las conclusiones tendentes a la anulación de la sentencia impugnada:*

Considerando que el artículo 76 de la Constitución, cuya redacción fue modificada por el artículo 2 de la Ley Constitucional de 20 de jul. de 1998, establece en su primer párrafo que: «Se convoca a la población de Nueva Caledonia a pronunciarse antes del 31 de dic. de 1998 sobre las disposiciones del acuerdo firmado en Numea el 5 de mayo de 1998 y publicado el 27 de mayo de 1998 en el Boletín Oficial de la República Francesa»; «Podrán participar en la votación las personas que cumplan con los requisitos que se establecen en el artículo 2 de la ley n.º 88-1028 de 9 de nov. de 1988»; y, por último, que según los términos del párrafo tercero del artículo 76: «Las medidas necesarias para organizar la votación se adoptarán por decreto con el visto bueno del Consejo de Estado después de ser aprobado por el Consejo de Ministros»; que el decreto de 20 de agosto de 1998 se promulgó sobre la base de estas últimas disposiciones;

*En lo que respecta a los motivos de legalidad externa:*

*Sobre la no celebración de la consulta previa al Consejo Constitucional:*

Considerando que según el artículo 60 de la Constitución: «El Consejo Constitucional vela por la legalidad de los procesos de referéndum y comunica sus resultados»; que, por este motivo, debe en primer lugar, y tal y como dispone el artículo 46 del decreto legislativo

de 7 de nov. de 1958, que tiene valor de ley orgánica, ser «consultado por el gobierno sobre la organización de los procesos de referéndum»; que, en virtud del artículo 3 de la Constitución, «la soberanía nacional reside en el pueblo, que la ejerce a través de sus representantes y por la vía del referéndum»;

*Considerando que de estas disposiciones se desprende que sólo los referéndums, a través de los cuales el pueblo francés ejerce su soberanía, tanto en materia legislativa, en los casos previstos en el artículo 11 de la Constitución, como en materia constitucional, según lo dispuesto en el artículo 89, están sujetos al control del Consejo Constitucional;*

Considerando que de ello se deduce que previo a la promulgación del decreto impugnado, cuyo objeto se reduce a la organización de una consulta de la población implicada de Nueva Caledonia, no se produjo ningún pronunciamiento del Consejo Constitucional, aunque la consulta antes mencionada encuentra su fundamento en unas disposiciones con valor constitucional;

*Sobre la no celebración de la consulta previa al Congreso del Territorio:*

Considerando que, según el párrafo segundo del artículo 74 de la Constitución, tal y como se redactó a resultas de la promulgación de la Ley Constitucional de 25 de junio de 1992: «Los estatutos de los territorios de ultramar se establecen en unas leyes orgánicas que definen, en concreto, las competencias tanto de sus propias instituciones como de las que han sido modificadas, siguiendo el mismo procedimiento, después de proceder a la consulta de la Asamblea Territorial implicada»; que el tercer párrafo del mismo artículo dispone lo siguiente: «las otras modalidades de su organización específica se definen y modifican mediante leyes, tras una consulta con la asamblea territorial implicada»;

Considerando que el establecimiento mediante decreto –con el visto bueno del Consejo de Estado después de las deliberaciones del Consejo de Ministros– de las medidas reglamentarias necesarias para la organización de la votación prevista en el artículo 76 de la Constitución, tal y como fue redactado como resultado de la Ley Constitucional de 20 de jul. de 1998, no entra dentro de lo previsto por las disposiciones antes citadas del artículo 74 de la Constitución; que, por

consiguiente, el dictamen del Congreso del Territorio de Nueva Caledonia no era un requisito necesario previo a la promulgación del decreto impugnado;

*En lo que respecta a los motivos de legalidad interna:*

*Sobre los motivos alegados contra los artículos 3 y 8 del decreto impugnado:*

Considerando que el artículo 3 del decreto de 20 de ago. de 1998 dispone que: «De conformidad con el artículo 76 de la Constitución y el artículo 2 de la ley de 9 de nov. de 1988 (..) pueden participar en la consulta del 8 de nov. de 1998 los electores inscritos en esa fecha en las listas electorales del territorio y que residan en Nueva Caledonia desde el 6 de nov. de 1988»; que se hace constar que: «Se considera que residen en Nueva Caledonia, aunque estén cumpliendo su servicio militar o cursando un ciclo de estudios o una formación continua fuera del territorio, las personas que tenían previamente residencia legal en el territorio»; que el artículo 8 del decreto indica en su párrafo primero que la comisión administrativa, encargada de establecer la lista de las personas con derecho a participar en la consulta, inscribe en la lista a los electores que cumplan en la fecha de la consulta con el requisito de residencia que exige el artículo 2 de la ley de 9 de nov. de 1988;

Considerando que, tal y como se ha indicado más arriba, el párrafo segundo del artículo 76 de la Constitución dispone que: «Podrán participar en la votación las personas que cumplan con los requisitos que se establecen en el artículo 2 de la ley n.º 88-1028 de 9 de nov. de 1988»; que este mismo artículo exige que los interesados residan en Nueva Caledonia desde el 6 de nov. de 1988, sin perjuicio de las excepciones que se enumeran en su párrafo segundo y que retoma el artículo 3 del decreto impugnado; que, por tanto, no se puede afirmar que los artículos 3 y 8 del mencionado decreto pasen por alto el artículo 76 de la Constitución, ya que lo aplican al pie de la letra.

Considerando que, dado que con *el artículo 76 de la Constitución se pretendía derogar las demás normas de valor constitucional relativas al derecho al voto, no cabe considerar como no fundamentada la alegación de que las disposiciones cuestionadas del decreto impugnado son contrarias a los artículos 1 y 6 de la Declaración de los Dere-*

*chos del Hombre y del Ciudadano*, a la que remite el Preámbulo de la Constitución, o al artículo 3 de la Constitución;

Considerando que, aunque se establezca en el artículo 55 de la Constitución que «los tratados o acuerdos que se ratifican o aprueban regularmente tienen, a partir del momento de su publicación, un rango superior al de las leyes, siempre y cuando cada uno de estos acuerdos o tratados sea objeto de aplicación por la otra parte», la supremacía que se otorga de este modo a los compromisos internacionales no es aplicable, en el orden interno, a las disposiciones de carácter constitucional; que, por consiguiente, tampoco se puede descartar por carecer de fundamento el motivo que se alega de que el decreto impugnado, al hacer caso omiso de las estipulaciones de los convenios internacionales que se incorporan regularmente al orden interno, entraría, por este mismo motivo, en contradicción con el artículo 55 de la Constitución;

Considerando que, aunque los recurrentes soliciten al Consejo de Estado que haga valer las estipulaciones de los artículos 2, 25 y 26 del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y del artículo 3 del Primer Protocolo Facultativo de dicho convenio, por encima de las disposiciones del artículo 2 de la ley de 9 de nov. de 1988, esta alegación no puede admitirse dado que, al remitirse el artículo 76 de la Constitución a las disposiciones del citado artículo 2, estas últimas tienen también un valor constitucional;

Considerando, por último, que en la medida en que los artículos 3 y 8 del decreto impugnado cumplen al pie de la letra con las disposiciones constitucionales, que le correspondía poner en práctica al autor de dicho decreto, no tendría sentido alegar en su contra ni que se hubieran pasado por alto las disposiciones del Código Civil relativas a las consecuencias de la adquisición de la nacionalidad francesa y de la mayoría de edad, ni una supuesta infracción de las disposiciones del Código electoral relativas a los requisitos de inscripción de un elector en la lista electoral de un determinado municipio;

*Sobre los motivos alegados contra el artículo 13 del decreto impugnado: (..) (Desestimación).*

## OBSERVACIONES

- 1 Pese a contemplar la intervención del Consejo de Estado en su calidad de juez de la legalidad de un acto administrativo, teniendo en cuenta las soluciones que consagra, la sentencia *Sarran* excede el marco del Derecho Administrativo. Ello obedece a que el decreto impugnado ante el juez del recurso por exceso de poder se promulgó amparándose en unas disposiciones constitucionales. Nos referimos al artículo 76 de la Constitución, tal y como se redactó como resultado de la Ley Constitucional de 20 de jul. de 1998. El nuevo artículo 76 persigue un triple objetivo. Anuncia que se convoca a la población de Nueva Caledonia a pronunciarse antes del 31 de dic. de 1998 sobre las disposiciones del acuerdo firmado en Numea el 5 de mayo de 1998. Para determinar quiénes son las personas que pueden participar en esta votación, se remite al electorado que se definió en el artículo 2 de la ley de 9 de nov. de 1988, es decir, un electorado restringido al exigirse como requisito una residencia de diez años en el territorio. Establece, por último, que corresponderá a un decreto establecer «las medidas necesarias para la organización de la votación». Este es el motivo por el que se promulgó el decreto de 20 de agosto de 1998, cuya legalidad impugnaron varias personas que tenían su residencia en Nueva Caledonia, pero a las que no se permitía participar en la consulta que según el decreto, debía celebrarse el 8 de nov. de 1998. Se alegaba, en particular, que la constitución de un electorado restringido era contraria a varias disposiciones constitucionales y, además, vulneraba los compromisos internacionales de Francia.

El Consejo de Estado se pronunció sobre los recursos con la decisión que adoptó el 30 de oct. de 1998, es decir, en una fecha anterior a la de la consulta. Asumiendo las conclusiones de la señora Maugüé, Comisario del Gobierno, el Consejo resolvió la desestimación de los recursos. Se vio al mismo tiempo obligado a tomar posición tanto respecto a la duda que se planteaba de si había o no que dejar de aplicar una ley constitucional por ser incompatible con un tratado (I), como respecto al alcance de varias disposiciones de la Constitución (II).

### **I. El juez administrativo no puede excluir la aplicación de la Constitución.**

Desde que dictó la sentencia *Nicolo\** de 20 de oct de 1989, el Consejo de Estado, basándose en las disposiciones del artículo 55 de la

Constitución, acepta dar preeminencia a los compromisos internacionales, incluso por encima de las leyes internas de fecha posterior.

Los recurrentes instaban al juez administrativo a ir más lejos y descartar la aplicación del artículo 76 de la Constitución, alegando que vulneraba el principio de igualdad consagrado por varios acuerdos internacionales y, en particular, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La Asamblea de lo contencioso-administrativo se negó a emprender esta senda. Después de citar el texto del artículo 55 de la Constitución, se limitó a hacer constar que la supremacía que otorga este artículo a los acuerdos internacionales «no se aplica, en el orden interno, a las disposiciones de naturaleza constitucional».

A. *La motivación alegada tiene un doble significado.*

2 1.º) El hecho de hacer hincapié en que el alcance del tratado se aprehende «en el orden interno» implica que el Consejo de Estado no ha querido cuestionar el «principio fundamental del Derecho Internacional de preeminencia de dicho Derecho por encima del Derecho nacional» (*cfr.* opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 26 de abr. de 1988, Acuerdo relativo a la sede Estados Unidos-ONU). Pero este principio sólo surte todo su efecto en el orden jurídico internacional. El juez nacional sólo puede imponer el respeto de este principio en la medida en que su propio orden jurídico, en el que la Constitución ocupa un lugar fundamental, le otorgue una atribución que le permita dar preeminencia a la norma internacional por encima de la norma interna, cualquiera que ésta sea.

3 2.º) Al Consejo de Estado no le queda, empero, más remedio que reconocer que el artículo 55, pese a consagrar la supremacía de los tratados por encima de «las leyes», excluye de este principio a la Ley Constitucional.

La sentencia Sarran procede, pues, a una lectura «casi notarial del texto constitucional, por lo que no cabe esperar que sea muy partidaria de la primacía de la norma internacional» (*cfr.* L. Dubouis, RFDA 1999.58).

A la vez que reconocen que era muy difícil que el Consejo de Estado se pronunciara en otro sentido sin entrar en conflicto con el poder constituyente, varios comentaristas consideran que el Consejo debería

haberse remitido no sólo a las disposiciones del artículo 55, sino también a las del título 14.º del Preámbulo de la Constitución de 1946. Según los términos de este apartado, «La República Francesa, fiel a sus tradiciones, cumple con las normas del Derecho público internacional». Ahora bien, el Consejo Constitucional consideró que, entre éstas, debe tenerse en cuenta «la norma *Pacta sunt servanda* que implica que todo tratado vigente tiene que ser vinculante para las partes, debiendo éstas ponerla en práctica de buena fe» (n.º 92-308 DC, 9 de abr. de 1992, Rec. 55).

Pero no debe sorprendernos el mutismo de la decisión sobre este punto. Además de la circunstancia de que las disposiciones del Preámbulo de la Constitución no fueran invocadas por los recurrentes, cabe preguntarse si el Consejo de Estado hubiera aceptado que este hecho autorizaba a excluir la aplicación de la Constitución. Antes de que se dictara la sentencia *Sarran*, El Consejo había hecho constar que, aunque las disposiciones del Título 14.º del Preámbulo consagraran el lugar que correspondía a la costumbre internacional, no por ello justificaban que se diera preeminencia a esta última por encima de la ley, en caso de conflicto entre ambas normas (CE As. 6 de junio de 1997, *Aquarone*, Rec. 206; v. n.º 87.15).

- 4 3.º) Cabe subrayar que, cuando se ha visto en la necesidad de pronunciarse sobre un problema similar al que resolvió el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación tampoco se ha referido al Preámbulo de la Constitución de 1946. Se ha instado, en efecto, al juez ordinario a que se pronunciara sobre la conformidad con respecto a los convenios internacionales de parte de las disposiciones del art. 77 de la Constitución resultantes de la ley constitucional de 20 de jul. de 1998, que prevén asimismo, por alusión al Acuerdo de Numea de 5 de mayo de 1998, un electorado restringido para las elecciones al Congreso del Territorio de Nueva Caledonia y, por otra parte, de la ley orgánica de 19 de marzo de 1999 que se promulgó a partir de éstas. El juez ordinario se negó a ejercer este control, no sólo respecto a la Constitución, sino también –lo que resulta menos fácil de comprender– respecto a la ley orgánica, cuyos términos retomaban efectivamente lo esencial de las disposiciones de valor constitucional relativas al electorado restringido (As. Plen. 2 de junio de 2000, *Melle Fraisse*, Bull. As. Plen., n.º 4, p. 7; RD publ. 2000.1037, nota Prétot; Europe ago.-sept. de 2000, p. 3, nota Simon; RGDIP 2000 p. 811, nota Poirat y p. 985, com. Ondoua; D. 2000.865, nota Mathieu y Verpeaux; LPA 11 de dic.

de 2000, nota Jean; Gaz. Pal. 24-28 de dic. de 2000, nota Flauss; JCP 2001. II.10454, nota de Foucauld).

B. *Consecuencias de la posición que asumió el Consejo de Estado.*

- 5 1.º) Se ha hecho hincapié en que el Consejo de Estado, al garantizar con su actitud la supremacía de la Constitución respecto a los tratados internacionales, puede por ello mismo contribuir a que la responsabilidad internacional de Francia se vea comprometida en algún momento. La señora Mangüé no perdió la ocasión de destacar este hecho en sus conclusiones, al tiempo que hacía constar que los compromisos internacionales, cuyo incumplimiento se denunciaba, garantizaban el derecho a unas elecciones libres para la Asamblea Legislativa, sin por ello reconocer un derecho general de participación en un referéndum.

Cuando le llegó el momento de pronunciarse, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó el mismo punto de vista (CEDH 11 de ene. de 2005, *Py*; RFDA 2006.139, nota Roblot-Troizier y Sorbara; Rev. jur. pol. éco. de Nueva Caledonia, n.º 1-2005, p. 42, nota P. Jean; JCP 2005.I.159, n.º 20, obs. Sudre), de tal forma que no se apreció ningún incumplimiento por parte de Francia de sus obligaciones internacionales.

- 6 2.º) En cambio, no hay ningún indicio de que el Consejo de Estado haya pretendido, en términos generales, convertirse en juez de la conformidad de un tratado internacional con la Constitución, o que la posición que ha asumido tenga necesariamente que llevarlo a actuar como juez de la constitucionalidad de las leyes por la vía de la excepción.

a) Con la sentencia *Sarran*, el Consejo de Estado estimó que no podía abstenerse de aplicar una ley constitucional para cumplir con los acuerdos internacionales suscritos por Francia. Pero ello no significa que, en un futuro, el Consejo no defienda la supremacía de algún tratado internacional por encima de la ley, siempre y cuando haya comprobado previamente su conformidad con la Constitución.

Ha de señalarse al respecto que, en una sentencia anterior (As. 18 de dic. de 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*; Rec. 483; v. n.º 3.8), el Consejo de Estado verificó si el ejecutivo había respetado las disposiciones constitucionales cuya ratificación debe ser autoriza-

da por el Parlamento, como ocurre en el caso concreto de los tratados que modifican unas disposiciones legislativas. Pero un control de esta naturaleza se ejerce sobre la legalidad del procedimiento utilizado por el ejecutivo para incorporar un tratado en el orden interno, tal y como dispone el artículo 53 de la Constitución, y no sobre la conformidad del tratado con el texto constitucional (CE As. 9 de jul. de 2010, *Fédération nationale de la libre-pensée*; v. n.º 3.8).

b) Es, pues, aventurado suponer que el Consejo de Estado actuará a partir de ahora como «censor de los tratados y, por ende, como «censor de las leyes». Con posterioridad a la sentencia *Sarran*, el Consejo de Estado siguió afirmando que no le compete en los contenciosos valorar la conformidad de la ley con respecto a la Constitución (As. 5 de marzo de 1999, *Rouquette*, Rec. 37; v. n.º 101.3).

Aunque la sentencia *Nicolo*\* hizo posible que se controlara la conformidad de la ley con respecto a los convenidos internacionales, éste no debe confundirse con el control de constitucionalidad que compete en exclusiva al Consejo Constitucional; esto es lo que se dispuso en el artículo 61 de la Constitución de 1958, antes de que se promulgara la ley de reforma, y posteriormente, en contradicción con la leyes en vigor, en el art. 61-1 que se incorporó a la Constitución con la ley constitucional de 23 de jul. de 2008, cuyo primer párrafo reza así: «cuando, durante un procedimiento en curso ante un tribunal, se afirma que una disposición legislativa vulnera unos derechos y libertades que garantiza la Constitución, se puede apelar al Consejo Constitucional para que resuelva esta cuestión, remitiéndola al Consejo de Estado o al Tribunal de Apelación que han de pronunciarse en un plazo determinado».

- 7 3.º) Dado que en lo dispuesto en la sentencia *Sarran* no se especifica cual ha de ser el papel del Derecho de la Unión Europea, la supremacía de este último no puede hacerse valer en el orden interno por encima de la Constitución (CE 3 de dic. de 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, Rec. 624; Der. Fisc. 2002.806, concl. Fombour; DA 2002, n.º 55, nota Cassia; Europe abr. 2002, nota Rigaux y Simon; AJ 2002.1219, nota Valembois; RMCUE 2002.595, nota Chaltiel; RTDE 2003.197, art. Castaing; TDP 2003.139, nota Lefeuvre).

Al tiempo que el Consejo Constitucional reconoce también la supremacía de la Constitución, interpreta de modo original el art- 88-1, introducido por la ley constitucional de 26 de junio de 1992 y según el cual «La República participa en la Comunidades Europeas y en la

Unión Europea, estando constituidas éstas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los tratados que las instituyeron, ejercer en común algunas de sus competencias». Para el Consejo Constitucional, el art. 88-1 impone una exigencia constitucional de «transposición al Derecho interno de una directiva comunitaria», «contra la que no cabe oponerse a menos que haya en la Constitución una disposición expresa que diga lo contrario» (CC n.º 2004-496 DC, 10 de junio de 2004, Rec. 101; AJ 2004, p. 1385, obs. Cassia, p. 1497, obs. Verpeaux, p. 1535, nota Arrighi de Casanova, p. 1537, nota M. Gautier y F. Melleray; RFDA 2004.651, nota Genevois; D. 2004.1739, nota Mathieu; D. 2004.3089, nota Bailleul; D. 2005.199, nota Mouton; LPA 18 de junio de 2004, nota Schoettl; LPA 14-15 de jul. de 2004 y RMCUE 2004.450, nota Chaltiel; JCP 2004.II.10116, nota Zarka; RD publ. 2004.878, nota Camby, p. 889, nota Levade, p. 912, nota Roux; LPA 12 agosto de 2004, nota Monjal Europe ago.-sept. 2004, nota Magnon; AJ 2004.2261, cr. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni y C. Lambert; RA 2004.590, com. Gadhoun; JCP Adm. 2004.1266, nota Gohin; RRJ 2004 (3).1841, nota Biroste; RTD civ. 2004.605, com. Encinas de Munagorri; RGDIP 2004.1053, nota Haupais; RFDC no 61-2005, p. 147, nota Dupré; ADE 2004.879, nota Fines).

Contrariamente a lo que se ha señalado en ocasiones, esta jurisprudencia no es en absoluto un reflejo de la supremacía del orden jurídico comunitario por encima de la Constitución. Se limita simplemente a deducir a partir de un artículo de la Constitución, el art. 88-1, una obligación constitucional de transposición de las directivas comunitarias con algunas reservas.

El Consejo de Estado hizo suya la interpretación que hacía el juez constitucional del art. 88-1, a la vez que apostaba por mantener el control de constitucionalidad del acto reglamentario de transposición de una directiva comunitaria, como pone de manifiesto su sentencia de 8 de febr. de 2007 *Société Arcelor Atlantique et Lorraine\**, que comentamos más adelante.

- 8 El debate sobre el lugar respectivo que corresponde ocupar a la Constitución y al Derecho de la Unión Europea ha desembocado en la aplicación, a partir del 1 de marzo de 2010, de las disposiciones de la ley orgánica de 10 de dic. de 2009 adoptadas para facilitar la aplicación del art. 61-1 de la Constitución. El autor de la ley orgánica pretendió, en efecto, otorgar un carácter prioritario a la cuestión de la constitucionalidad que se plantea ante las jurisdicciones ordinarias, dejando

en un segundo plano el control de la conformidad con respecto a los convenios internacionales. De ahí que se utilice la expresión «cuestión prioritaria de constitucionalidad» (*question prioritaire de constitutionnalité* o QPC) para designar el control de constitucionalidad de las leyes por la vía de excepción. El Tribunal de Casación ha alimentado las dudas sobre la prioridad de este examen, habida cuenta de la primacía y del efecto directo del Derecho de la Unión Europea, y procedió a un recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Cas. 16 de abr. de 2010, *Aziz Melki*, n.º 10-40.001).

Antes incluso de que el Tribunal de Luxemburgo se hubiera pronunciado, tanto el Consejo Constitucional (CC n.º 2010-605 DC, 12 de mayo de 2010, Rec. 78) como el Consejo de Estado (CE 14 de mayo de 2010, *Rujovic*, Rec. 165; RFDA 2010.709, concl. Burguburu) relativizaron el carácter prioritario del procedimiento instaurado por la ley orgánica. Según los términos de la sentencia *Rujovic*, este procedimiento no impide al juez administrativo, en su calidad de «juez de derecho común de la aplicación del derecho de la Unión Europea, garantizar su aplicación cuando no se plantee una cuestión prioritaria de constitucionalidad, o cuando termine el procedimiento de revisión de dicha cuestión, o en cualquier momento del procedimiento, cuando así lo imponga la urgencia del caso, con el fin de que cese de inmediato cualquier efecto resultante de la ley contraria al derecho de la Unión». Puesto que el Consejo de Estado se refiere a la suspensión posible de los efectos «de la ley», no está poniendo en duda la jurisprudencia *Sarran*.

Gracias a la relativización de sus efectos, la «prioridad» que establece la ley orgánica no se considera contraria al Derecho de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia (CJUE 22 de junio de 2010, *Melki et Abdeli*, casos resueltos conjuntamente C-188/10 y C-189/10; GACJUE, n.º 69).

## II. La interpretación de las disposiciones de la Constitución.

9 La sentencia *Sarran* no se limita a exponer la idea de que el Consejo de Estado no puede excluir la aplicación de la Constitución. Al pronunciarse sobre los otros motivos alegados por los recurrentes, aclara en varios aspectos el alcance de nuestra Carta Magna.

A. Los recurrentes habían reprochado que no se hubiera consultado al Consejo Constitucional antes de la entrada en vigor del decreto

impugnado, dado que el artículo 60 de la Constitución le encomienda a este órgano velar por la conformidad de los procesos de referéndum con las normas. Ello pese a que, según sostenían los demandantes, la consulta de los habitantes de Nueva Caledonia, prevista por el artículo 76 de la Constitución, fuera equiparable a un referéndum.

En sus conclusiones, la señora Maugué hacía constar que las consultas incluidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones del artículo 60 de la Constitución eran los referéndums *nacionales* previstos en los artículos 11 y 80, pero no las consultas a las poblaciones afectadas por la cesión de territorio (artículo 53, párrafo 3 de la Constitución) o por la evolución de Nueva Caledonia (artículo 76).

El Consejo de Estado hizo suyo este análisis, al considerar que el artículo 60 afecta exclusivamente a los referéndums a través de los cuales el pueblo francés «ejerce su soberanía», ya sea «en materia *legislativa*» en los casos previstos en el artículo 11 de la Constitución, ya sea «en materia *constitucional*» según lo dispuesto en el artículo 89. Sus conclusiones dan a entender que el procedimiento del artículo 11 no permite revisar la Constitución.

La solución elegida corresponde a la interpretación que el Consejo de Estado, en sus secciones administrativas, ha hecho siempre de la Constitución de 1958. Un proyecto de reforma constitucional sólo puede someterse a referéndum de acuerdo con las normas que establece el artículo 89 (dictamen de la Asamblea General de 1 de oct. de 1962). Y, pese a que el artículo 6 sobre el modo de elección del Presidente de la República se modificó por medio de un referéndum celebrado al amparo del artículo 11 y al margen del artículo 89, el pueblo francés se limitó a cubrir, en un caso concreto, un defecto de procedimiento, sin que ello implicara la instauración de una costumbre constitucional (dictamen de la Asamblea General 15-17 de marzo de 1969).

El Consejo Constitucional se ha manifestado en este mismo sentido (dictamen oficioso de 2 de oct. de 1962, *Grandes délibérations du Conseil constitutionnel – 1958-1983*, Dalloz, 2009, p. 99).

B. Los recurrentes habían asimismo intentado atenuar en un doble sentido el alcance del artículo 76 de la Constitución.

10

1.º) Según ellos, este artículo no hubiera permitido que se derogaran unas disposiciones tan fundamentales como las que contiene el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciuda-

dano, en las que se proclama la igualdad ante la Ley, o las del artículo 3 de la Constitución relativas a la igualdad de voto. El Consejo de Estado se opuso a estos argumentos, al destacar que la finalidad del artículo 76 de la Constitución era «*derogar* otras normas de valor constitucional relativas al derecho al voto».

La ley de reforma constitucional tiene, pues, el mismo valor jurídico que la Constitución, cosa que también ha reconocido el Consejo Constitucional (*n.º 99-410 DC*, 15 de marzo de 1999, Rec. 51; AJ 1999.324 com. Schoettl).

- 11 2.º) Los recurrentes habían alegado, por último, que las disposiciones de la ley de 9 de nov. de 1988, que se mencionan en el texto refundido del artículo 76 de la Constitución, no tenían en sí mismas valor constitucional. Deducían, a partir de aquí, que el Consejo de Estado debía desestimar, en todos los casos, su aplicación, amparándose en la jurisprudencia *Nicolo\**.

En sus conclusiones, la señora Maugué no excluía la posibilidad de que una ley en materia legislativa, aprobada por referéndum, como ocurría en el caso de la ley de 9 de nov. de 1988, pudiera ser descartada por el juez por no ser compatible con un compromiso internacional. En efecto, el principio de la supremacía de los tratados internacionales por encima de las leyes, que sentó el artículo 55 de la Constitución, no establece distinción alguna en función de que el texto legislativo haya sido aprobado por el Parlamento o por la vía del referéndum. Pero añadía que la argumentación desarrollada por los recurrentes tropezaba contra la circunstancia de que la ley constitucional de 20 de jul. de 1998 había otorgado valor constitucional a las disposiciones del artículo 2 de la ley de 9 de nov. de 1988. Este es el punto de vista que refrenda la sentencia comentada. En definitiva, si nos abstenemos de extrapolar su contenido, la sentencia *Sarran* se limita a reflejar la fidelidad del Consejo de Estado a la Constitución.

## 96. ACTOS PARLAMENTARIOS. COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

Consejo de Estado, 5 de marzo de 1999, *Président de l'Assemblée nationale*

(Rec. 42, concl. Bergeal; CJEG 1999.181, concl.; RFDA 1999.333, concl.; AJ 1999.409, cr. Raynaud y Fombeur; D. 1999.627, nota Brunet; DA de dic. de 1999, cr. Haquet; JCP 1999. II.10090, nota Desclodures; RA 1999.164, nota Molandin; RD publ. 1999.1785, nota Thiers; RFDC 1999.615, nota Trémeau; Mélanges Guibal, p. 305, art. J. Bonnet; Mélanges Labetoulle, p. 273, art. Denoix de Saint Marc)

*Sobre la competencia de la jurisdicción administrativa:*

*Considerando que los contratos suscritos por las asambleas parlamentarias con vistas a la ejecución de obras públicas tienen carácter de contratos administrativos; que, por consiguiente, y sin que a ello se opongan las disposiciones del artículo 8 del Decreto-Legislativo de 17 de nov. de 1958 antes citado, compete a la jurisdicción administrativa pronunciarse sobre las objeciones dirigidas contra las resoluciones a través de las cuales los servicios de dichas asambleas proceden, en nombre del Estado, a su aprobación; que lo mismo cabe decir de las decisiones relativas a los contratos suscritos con vistas a la explotación de las instalaciones de las asambleas, cuando éstos tengan carácter de contratos administrativos;*

Considerando que las demandas interpuestas ante el tribunal administrativo por la empresa Gilaudy Électronique estaban encaminadas a conseguir la anulación de las decisiones relacionadas con la aprobación de dos contratos relativos, respectivamente, a la instalación y explotación de equipos audiovisuales en la Asamblea Nacional; que de cuanto antecede se deduce que el Presidente de la Asamblea Nacional no tiene motivos fundados para sostener que la jurisdicción administrativa no es competente para conocer de estas demandas;

*Sobre la legalidad de las decisiones impugnadas:*

*Considerando que, cuando no exista una reglamentación específica dictada por las autoridades competentes de la Asamblea Nacional, los contratos objeto de litigio se regularán por las disposiciones del Código de Contratos del Sector Público;*

Considerando, en lo que respecta al contrato para la instalación de equipos audiovisuales, que de conformidad con el artículo 97 del Código de Contratos del Sector Público, en la versión vigente en la fecha de las decisiones impugnadas: «La Administración no puede rechazar las ofertas cuyos precios considere excesivamente bajos, sin haber solicitado previamente por escrito unas aclaraciones sobre el contenido de la oferta, y sin haber comprobado este contenido, teniendo en cuenta las aclaraciones aportadas»; que de los elementos que obran en el expediente se deduce que el precio de la oferta de la empresa Gilaudy Électronique fue considerado anormalmente bajo por la administración de la Asamblea General, sin que esta resolución se hubiera visto precedida de una solicitud por escrito de aclaraciones dirigida a la empresa Gilaudy Électronique; que, por tanto, la resolución de 8 de oct. de 1991, con la que el Presidente de la Asamblea Nacional declaró infructuosa la convocatoria de licitación publicada con el fin de suscribir unos contratos públicos de instalación de equipos audiovisuales y de gestión de dichos equipos, se adoptó después de un procedimiento irregular; que el carácter irregular de esta decisión implica, por consiguiente, la ilegalidad de la decisión mediante la cual el Presidente de la Asamblea Nacional, tras haber declarado infructuosa la convocatoria de licitación, procedió –mediante el procedimiento de contratación negociada– a suscribir un contrato relativo a la instalación de dichos equipos; que el Presidente de la Asamblea Nacional carece, por tanto, de motivos fundados para afirmar que fue un procedimiento irregular el que permitió al Tribunal Administrativo de París anular, mediante el fallo impugnado, la resolución de 8 de oct. de 1991, así como tomar posteriormente la decisión de suscribir un contrato para la instalación de equipos audiovisuales en la Asamblea Nacional;

Considerando, en lo que respecta al contrato para la explotación de estos equipos, que de conformidad con el artículo 94 del Código de Contratos del Sector Público, en la versión vigente en la fecha de las decisiones impugnadas: «El plazo para la presentación de ofertas no puede ser inferior a veintidós días a partir de la fecha de comunicación.

En caso de urgencia por motivos no atribuibles a la persona responsable del contrato, ésta puede tomar la decisión de reducir este plazo a un período mínimo de quince días»; que, para conceder un plazo inferior a veintiún días a las empresas interesadas en remitir sus ofertas, los servicios de la Asamblea Nacional se fundaron en hechos insoslayables relacionados con la apertura del período parlamentario; que a éstos les correspondía adoptar a su debido tiempo las medidas necesarias para que los contratos en cuestión no se suscribieran antes de esta fecha; que la circunstancia alegada no constituye, por consiguiente, un caso de urgencia en el sentido de las disposiciones del artículo 94 del Código de Contratos del Sector Público; que el Presidente de la Asamblea Nacional carece, por tanto, de motivos fundados para afirmar que el Tribunal Administrativo de París actuó indebidamente al anular, mediante la resolución impugnada, su decisión de suscribir el contrato de explotación de los equipos audiovisuales de la Asamblea Nacional;

Considerando, por último, que, aunque la demanda de la empresa Gilaudy Électronique estaba encaminada a conseguir la anulación de las decisiones, disociables de los contratos, de suscripción de estos últimos, no iba dirigida contra los propios contratos; que, por consiguiente, al pronunciar la anulación de los contratos, el Tribunal Administrativo adoptó una resolución que iba mucho más lejos que las conclusiones que se habían alegado ante él; que el Presidente de la Asamblea Nacional tiene motivos fundados para solicitar, por ello, la anulación de su resolución; (anulación de la resolución en tanto que nulos los contratos; confirmación de la resolución por anular las decisiones disociables de los contratos).

## OBSERVACIONES

- 1 Para renovar el sistema audiovisual del hemicycle y permitir a todas las cadenas de televisión que transmitieran las sesiones públicas, los servicios de la Asamblea Nacional hicieron pública una convocatoria de licitación cuyo objeto era la firma de unos contratos relativos, el primero, a la instalación y, el segundo, a la gestión de los equipos audiovisuales.

Habiéndose declarado infructuosa la convocatoria de licitación, el Presidente de la Asamblea Nacional procedió, por la vía de la contratación negociada, a la conclusión de cada uno de los dos contratos.

La empresa que explotaba con anterioridad las instalaciones había presentado una oferta, que fue considerada anormalmente baja. Impugnó, por la vía del recurso por exceso de poder interpuesto ante el Tribunal Administrativo de París, y en virtud de la jurisprudencia *Martin* de 4 de ago. de 1905 (v. nuestras obs. sobre CE 4 de abr. de 2014, *Département de Tarn-et-Garonne\**), los actos separables de los contratos constituidos por la desestimación de su oferta, la declaración del carácter infructuoso de la licitación y las decisiones de suscripción de los contratos. El Tribunal Administrativo, después de haberse declarado competente en la materia, anuló no sólo los actos impugnados, sino también los propios contratos. El Presidente de la Asamblea Nacional recurrió ante el Consejo de Estado, que en la fecha de presentación del recurso todavía era competente para resolver estos recursos.

Quedaba por determinar si era también competente, como el Tribunal Administrativo en primera instancia, para pronunciarse sobre las medidas adoptadas por una autoridad parlamentaria. Es la duda fundamental que planeaba en este caso. El Consejo de Estado la zanjó con una respuesta positiva.

Quedaba pendiente de aclarar si las normas para la suscripción de contratos por la Asamblea Nacional eran las mismas que la de los contratos del Estado y, en caso afirmativo, si se habían cumplido. El Consejo de Estado contestó que, en el caso que nos ocupa, debían aplicarse las normas del Código de Contratos del Sector Público y que éstas se habían infringido; por consiguiente, las decisiones impugnadas debían ser anuladas. La sentencia constituye un avance importante en el control de los actos parlamentarios, análogo al que consiguieron otras sentencias en lo que respecta a los actos del gobierno (v. nuestras obs. sobre CE 19 de febr. de 1875, *Prince Napoléon\** y 15 de oct. de 1993, *Royaume-Uni*, Rec. 267, v. n.º 3.9). Reconoce que compete a la jurisdicción administrativa controlarlos. Para comprender su alcance es necesario remitirse a *las soluciones anteriores* (I). La innovación que supone reviste algunas particularidades (II).

## I. Las soluciones anteriores.

- 2 Tradicionalmente los actos que emanan del Parlamento no estaban sujetos a ningún control por parte de la jurisdicción administrativa debido a una incompetencia que durante mucho tiempo se consideró

absoluta (A). El reconocimiento progresivo de la competencia del juez administrativo (B) alcanzó su punto culminante con esta sentencia.

A. *La incompetencia de la jurisdicción administrativa* se fundaba en dos tipos de consideraciones: la primera está relacionada con la «soberanía» del Parlamento, que parecía incompatible con el control ejercido por cualquier otra jurisdicción; la segunda obedece al hecho de que el juez administrativo, que tiene competencia frente a las autoridades administrativas, no podía tenerla frente a las autoridades parlamentarias cuyo estatuto y cuyas funciones dependen del poder legislativo. Estos motivos prevalecieron no sólo en el caso de los actos que adoptan las propias asambleas (1.º), sino también el de aquellos que emanan de algunos de sus órganos.

1.º) Entre los actos de las propias asambleas, figuran, en primer lugar, las leyes que, cuando se dictan en el ejercicio del poder legislativo, no pueden estar sujetas al control del juez administrativo (ni tampoco del juez ordinario) ni por vía de acción ni por vía de excepción. En particular, la excepción de inconstitucionalidad de la ley no ha prosperado nunca ante las jurisdicciones de derecho común (por ej., CE Secc. 6 de nov. de 1936, *Arrighi*, Rec. 966; v. n.º 17.4; – As. 20 de oct. de 1989, *Roujansky*; v. n.º 17.4). Pese a que la reforma constitucional de 23 de jul. de 2008 permite ahora plantear la cuestión ante estos tribunales, corresponde al Consejo de Estado o al Tribunal de Casación valorar si debe ser trasladada al Consejo Constitucional para que la zanje.

La falta de competencia del juez administrativo para valorar la validez de una ley obedece menos al hecho de que ésta emane de las asambleas parlamentarias que al propio estatuto de la ley. Encontramos prueba de ello en los actos que emanan de los órganos ejecutivos, órganos que ejercen, en determinadas circunstancias un verdadero poder legislativo (v. los ejemplos citados en nuestras obs. sobre CE 6 de dic. de 1907, *Chemins de fer de l'Est\** y 2 mar. 1962, *Rubin de Servens\**).

Hay otros actos que son objeto de votación en las asambleas parlamentarias, pero que no tienen carácter de leyes: nos referimos a los reglamentos por los que se rigen dichas asambleas y en los que se precisan las modalidades de su organización y funcionamiento. Éstos escapan al control de las jurisdicciones de derecho común no ya por ser actos legislativos, sino porque se trata realmente de actos parlamentarios.

La Constitución de 1958 (art. 61) introdujo una innovación al someter al Consejo Constitucional los actos que emanan por este pro-

cedimiento del Parlamento, ya sea en la generalidad de los casos (leyes orgánicas, reglamentos), ya sea por medio de una consulta específica (leyes). Si fuera necesario, la competencia especial del Consejo Constitucional de control de estos actos confirmaría que no compete, por regla general, a las jurisdicciones de Derecho común efectuarlo.

- 3 2.º) Determinadas medidas se adoptan no en las propias asambleas parlamentarias, sino en los órganos de los que éstas se han dotado: Presidente, oficina, cuestores. Estos se encargan de garantizar la organización y el funcionamiento de todos los departamentos de los que disponen las asambleas, así como de contratar y dirigir a sus agentes, y de ocuparse de la gestión. Se hacen cargo, por ejemplo de organizar las obras que resulten necesarias, de suscribir contratos (como en el caso enjuiciado por el Consejo de Estado el 5 de marzo de 1999), de tomar decisiones.

Ninguno de los actos ni de las actividades a las que hemos aludido tiene carácter legislativo y ni siquiera parlamentario, en sentido estricto.

Ello no obsta para que se les haya considerado, durante mucho tiempo y dado que emanaban de órganos parlamentarios, como actos que quedaban, por este mismo motivo, al margen de la competencia del juez administrativo (y del juez ordinario).

Esta fue la posición que asumió el Consejo de Estado, poco tiempo después de que se procediera a su reorganización con la ley de 24 de mayo de 1872, en su sentencia de 15 de nov. de 1872, *Carrey de Bellemare* (Rec. 591; S. 1873.2.189, concl. Perret), respecto a las decisiones de una comisión de la Asamblea Nacional que pretendía revisar las graduaciones de los oficiales. Aunque el Comisario del Gobierno les había reconocido «*todos los atributos de un acto de la Administración*», adoptado por una comisión en el ejercicio de «*sus atribuciones... que, por su propia naturaleza, eran de carácter administrativo*», no pudiendo el origen de dicha comisión «*ser óbice para que sus decisiones fueran impugnadas por la vía del recurso por exceso de poder*», el Consejo de Estado consideró «*que, dada su naturaleza, sus decisiones no son susceptibles de ser impugnadas por la vía contencioso-administrativa*».

La naturaleza a la que acabamos de aludir se definió, al menos negativamente, en una sentencia de 31 de marzo de 1957, *Girard* (Rec. 360; D. 1957.430 y S. 1957.247, concl. Guldner; AJ 1957.II.270, cr. Fournier y Braibant): en ella, el Consejo de Estado (As.) considera que una orden

de exclusión de un funcionario del personal directivo de la administración de la Asamblea Nacional, «*dictada por el Presidente y los cuestores de la Asamblea Nacional, no emana de una autoridad administrativa; que, por consiguiente, no puede ser objeto de un recurso por exceso de poder ante la jurisdicción administrativa*». En la misma sentencia estima, por el contrario, que al colocar un ministro a este agente en situación de excedencia, había «*actuado como autoridad administrativa*» y la orden dictada por él podía, pues, ser objeto de un recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado.

Por tanto, fue determinante el criterio orgánico, en su sentido más estricto (así como quizás, al menos en 1872, el deseo de no entrar en conflicto con una asamblea que se había mostrado reticente a restablecer el Consejo de Estado).

Este criterio daba lugar a que se considerara incompetente al juez administrativo para pronunciarse no sólo sobre los recursos por exceso de poder dirigidos contra los actos parlamentarios, sino también sobre los recursos de indemnización que ponen en tela de juicio los actos o las actividades parlamentarios (por ej., CE 15 de dic. de 1952, *Compagnie d'assurances générales*, Rec. 580; D. 1953.78, nota G. Morange; Rec. Penant 1955.246, nota de Soto).

Esta «*discreción respecto a las asambleas parlamentarias*» podía ocasionar «*inconvenientes graves*», tal y como había destacado M. Guldner en el caso *Girard*, y podía incluso dar lugar a una denegación de justicia, como había señalado la señora Bergeal, y tal y como habían hecho en este mismo caso varios autores antes que ella.

Todo esto contribuyó a que se admitiera la competencia del juez administrativo.

4

B. *El reconocimiento de la competencia administrativa* en lo relativo a los actos parlamentarios se impuso progresivamente. Tuvo su origen en algunos textos legales (1.º). Se admitió al margen de los textos legales antes de que se dictara la sentencia de 5 de marzo de 1999 (2.º).

1.º El Decreto-Legislativo de 17 de nov. de 1958 (que tiene valor de ley), relativo al funcionamiento de las asambleas parlamentarias, incluye, en su artículo 8, dos tipos de disposiciones.

De un lado, en materia de responsabilidad, reconoce que, «El Estado es responsable por los perjuicios, de la naturaleza que fuere, ocasionados por los servicios de las asambleas parlamentarias», debiendo

«las demandas de responsabilidad» ser «presentadas ante las jurisdicciones competentes para que se pronuncien sobre ellas». La solución elegida es válida tanto para la responsabilidad contractual como para la responsabilidad extracontractual. La competencia corresponde normalmente a los tribunales administrativos (por ej., daños ocasionados por obras públicas, ejecución de un contrato de obras públicas), pero puede corresponderle a la jurisdicción ordinaria (accidente de vehículos, ejecución de un contrato de derecho privado).

De otro lado, en el caso de los agentes titulares de una plaza en las asambleas, el artículo 8 prevé la adopción de un estatuto. Añade lo siguiente: «la jurisdicción administrativa tiene como misión resolver todos los litigios de orden individual que tengan que ver con estos agentes».

Esta atribución de competencia al juez administrativo (y, en su caso, al juez ordinario para resolver determinados casos de responsabilidad) en lo que respecta a los litigios relativos al «funcionamiento de las asambleas parlamentarias», según reza el título del Decreto-Legislativo, podría ser considerada como una excepción que confirma el principio de incompetencia de las jurisdicciones, tanto administrativa como ordinaria, en el caso de cualquier otro contencioso parlamentario.

La señora Bergeal demostró, en sus conclusiones, que esta interpretación restrictiva no era obligatoria.

- 5 2.º) Ya antes de que se promulgara el Decreto-Legislativo de 1958, se habían podido advertir algunas soluciones, que el Presidente Odent calificaba de «tímidos intentos». La «audacia» que demostró el Consejo de Estado al reconocer su competencia para pronunciarse sobre tres recursos de indemnización (en 1899, 1921, 1934) se vio atenuada por su desestimación por motivos de fondo. Fue aún mayor la valentía del Consejo de Estado cuando declaró, en la sentencia *Girard* ya citada de 31 de mayo de 1957, que la decisión ilegal de un ministro, que actuaba como autoridad administrativa frente a un funcionario parlamentario, debía ser anulada y que la decisión adoptada por el Secretario General de los cuestores, que se había limitado a ejecutarla, debía ser también objeto de control y de anulación.

El propio Decreto-Legislativo de 1958 ha dado lugar a interpretaciones y aplicaciones que van mucho más lejos de lo que permite la literalidad de su texto. En materia de responsabilidad, ha permitido interponer una demanda no sólo a las víctimas «*de perjuicios ocasionados por los servicios de las asambleas parlamentarias*», sino tam-

bién a los órganos de las asambleas parlamentarias; por ejemplo, el Consejo de Estado admitió su competencia respecto a una demanda de responsabilidad decenal dirigida por el Presidente de la Asamblea Nacional contra los constructores de un edificio destinado a dicha asamblea (CE 3 de junio de 1987, *Assemblée nationale*, Rec. 193).

En lo que respecta a los agentes de las asambleas, el Decreto-Legislativo ha sido utilizado en su beneficio, de un lado, por vía de acción, no sólo en el caso de los titulares de una plaza, sino también en el de los becarios y los candidatos a los concursos y, de otro, por vía de excepción: el Consejo de Estado consideró expresamente, en su sentencia de 19 de ene. de 1996, *Escriva*, Rec. 10, en la que se cuestionaba el reglamento interior de la Asamblea Nacional, que «*corresponde al juez administrativo, ante el que se interpone un recurso por exceso de poder cuyo objeto es que la declaración de nulidad de una medida de carácter individual, valorar por vía de excepción la legalidad (de dicha medida)*». Se dio un paso aún más importante con la sentencia de 5 de marzo de 1999.

## II. La innovación de la sentencia.

6 La sentencia *Président de l'Assemblée nationale* introduce una doble innovación. La más digna de mención es, sin lugar a dudas, el reconocimiento de la *competencia de la jurisdicción administrativa* para pronunciarse sobre un recurso contra un acto parlamentario (A). No hay que subestimar las particularidades que presenta este reconocimiento (B).

A. La sentencia no formula ningún considerando de principio «*sobre la competencia de la jurisdicción administrativa*». Se trata, probablemente, de una manifestación de prudencia o de reserva en un campo en el que, hasta ahora, la incompetencia había sido el principio.

Sin embargo, en sus conclusiones, la señora Bergeal exponía de forma convincente los motivos por los que se puede reconocer a la jurisdicción administrativa una competencia respecto a los litigios en los que se somete a juicio a la administración parlamentaria. Algunos de ellos son específicos (1.º), mientras que otros son de carácter más general (2.º).

7 1.º Los primeros motivos están relacionados, ante todo, con el Derecho comunitario y, en particular, con las directivas en materia

de contratos públicos: los contratos cuya firma se impugnaba eran contratos respecto a los cuales el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya había tenido oportunidad de fallar que son competencia de los tribunales administrativos. En una sentencia de 17 de sept. de 1998, *Commission c. Belgique*, caso C-323/96, Rec. I.5063, concl. Alber, consideró expresamente que dichas directivas se aplicaban a los contratos del Parlamento flamenco. Lo mismo ocurre necesariamente con los contratos del Parlamento francés. No obstante, estas directivas obligan a los Estados miembros a reservar unos recursos que permitan la puesta en práctica efectiva de las directivas, obligación que el Tribunal también ha tenido la ocasión de recordar (17 de sept. de 1997, *Dorsch consult*, caso C-54/96; Rec. I.4961, concl. Tesauro). Al no reconocer la competencia de la jurisdicción administrativa para pronunciarse sobre un recurso relativo a un contrato público, Francia estaría faltando a las obligaciones que le impone el Tratado de Roma.

Al margen del Derecho comunitario, se podría resaltar la paradoja que suponía para el juez administrativo considerar que era competente para pronunciarse sobre la responsabilidad por el hecho de las leyes (CE 14 de ene. de 1938, *La Fleurette\**), para descartar la aplicación de una ley por ser ésta contraria a un tratado internacional (CE 20 de oct. de 1989, *Nicolo\**), y que no lo era para resolver unos litigios de menor relevancia, tanto práctica como teórica, en la que no se ponía en entredicho ninguna disposición legislativa.

2.º) En términos más generales y sin que resulte necesario invocar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, primero el juez administrativo y luego el juez constitucional han reconocido el derecho a un recurso jurisdiccional. El Consejo de Estado, en la sentencia *Dame Lamotte\** de 17 de febr. de 1950, consideró que el recurso por exceso de poder «es posible contra cualquier acto administrativo, incluso cuando no existe un texto legal en la materia», con objeto «de garantizar, de conformidad con los principios generales del Derecho, el respeto de la legalidad». El Consejo de Estado ha declarado contraria a la Constitución una disposición legislativa cuyo «efecto consista en privar de todo derecho al recurso ante el juez del exceso de poder a la persona que pretenda impugnar la legalidad de un acto» (CC n.º 96-373 DC, 9 de abr. de 1996, Rec. 43; v. n.º 58.3). También habría que probar que se trata de un acto administrativo.

Sólo se podía admitir la competencia de la jurisdicción administrativa en la medida en que un acto que emana de un órgano parlamen-

tario sea un acto administrativo. El «contencioso administrativo», respecto al cual son competentes las jurisdicciones administrativas, no se limita a los actos y las actividades relacionados con el poder ejecutivo. Abarca todas las impugnaciones de actos o de actividades que tengan algo que ver con el servicio público y con el poder público (v. nuestras obs. sobre TC 8 de febr. de 1873, *Blanco\**). «Los actos de las diferentes autoridades administrativas contra los cuales pueden interponerse «recursos de anulación por exceso de poder», según lo dispuesto en la ley de 24 de mayo de 1872 y en el Decreto-Legislativo de 31 de jul. de 1945 (que no retoma hoy en día el Código de Justicia Administrativa) no son sólo los que emanan del ejecutivo, incluso entendido en su sentido más amplio. Pueden haber sido adoptados por organismos de derecho privado (CE 31 de jul. de 1942, *Monpeurt\**, y nuestras obs.), por órganos judiciales (CE As. 17 de abr. de 1953, *Falco et Vidailiac*, Rec. 175; v. n.º 58.1; v. nuestras obs. sobre TC 27 de nov. de 1952, *Préfet de la Guyane\**). Desde que se dictó la sentencia *Président de l'Assemblée nationale*, también pueden emanar de órganos parlamentarios.

El concepto de «autoridad administrativa» pierde parte de su carácter orgánico. No cabe duda de que una autoridad administrativa es un órgano; su carácter administrativo se deriva no tanto de su estatuto, sino de su objeto: es decir, la «materia administrativa» que se identifica con los conceptos de servicio público y de poder público.

No obstante, la sentencia de 5 de marzo de 1999 no dice expresamente nada ni sobre el carácter de actos administrativos de las decisiones impugnadas del Presidente de la Asamblea Nacional, ni sobre el hecho de que las haya adoptado una autoridad administrativa. Estas calificaciones sólo se derivan de la jurisprudencia anterior. El Consejo de Estado prefiere justificar su competencia con un razonamiento más limitado.

- 8 B. Esta es una de las *particularidades* de la sentencia. Éstas están relacionadas con la motivación por la que se ha optado para reconocer su competencia (1.º) y también con el fondo del derecho aplicable (2.º).

1.º El Consejo de Estado se fundó en el carácter administrativo de los contratos a los que se referían las decisiones impugnadas para otorgárselo también a éstas.

No hay nada de particular en la calificación de los dos contratos. En el caso de cada uno de ellos, se cumplía el criterio orgánico, que

conlleva la presencia de una persona pública, puesto que la Asamblea Nacional es un órgano del Estado, en cuyo nombre ésta actúa (sobre el criterio orgánico de los contratos administrativos, v. nuestras obs. sobre TC 9 de marzo de 2015, *Mme Rispal\**). En el caso del contrato de instalación de equipos, se cumplía el criterio material vinculado con la ejecución de obras públicas. El contrato de explotación de los equipos (que se presenta como un contrato de servicio) no podía tener un carácter administrativo (al no estar en vigor la ley de 11 de dic. de 2001 que convierte a todos los contratos que se rigen por el Código de Contratos del Sector Público en contratos administrativos), a menos que incluyera unas cláusulas exorbitantes del Derecho común o que su objeto fuera el cumplimiento de una misión de servicio público (v. nuestras obs. sobre CE 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges\** y 20 de abr. de 1956, *Époux Bertin\**); la sentencia no especifica cuál de los dos criterios fue el que prevaleció, pero admite implícitamente que se cumplía uno de los dos.

Del hecho de que estos contratos fueran administrativos deduce «que corresponde a la jurisdicción administrativa conocer de las decisiones relativas» a su firma. Precisamente aquí es donde reside la singularidad del razonamiento. Normalmente los actos unilaterales separables de los contratos, que adoptan las autoridades administrativas, tienen carácter administrativo aunque los contratos a los que se refieran sean contratos de Derecho privado (por ej., la deliberación de un ayuntamiento por la que se autoriza la venta de un inmueble municipal: v., en particular, CE Secc. 7 de oct. de 1994, *Époux Lopez*, Rec. 430, concl. Schwartz; v. n.º 116.8). En el caso que nos ocupa, las decisiones del Presidente de la Asamblea Nacional relativas a la suscripción de los contratos tienen carácter administrativo, según la sentencia, porque también lo tienen los contratos.

La fórmula elegida obedece quizás a una cierta prudencia: el Consejo de Estado no quiso ratificar de entrada la competencia de la jurisdicción administrativa en lo relativo a los actos parlamentarios, sólo la reconoció alegando el carácter de los contratos sobre los que debía pronunciarse.

La ley n.º 2003-710 de 1 de agosto de 2003 (art. 60.3.º), al reconocer la competencia de la jurisdicción administrativa «para pronunciarse sobre los litigios *individuales* en materia de contratos públicos», hizo constar la voluntad del legislador de que no se fuera más allá.

9 En el caso de las decisiones de carácter reglamentario que rigen el estatuto de los funcionarios parlamentarios, el Consejo de Estado no se consideró competente por vía de acción; sólo puede pronunciarse sobre unas decisiones de esta naturaleza por vía de excepción cuando ha de resolver unos litigios individuales (CE 28 de ene. de 2011, *Patureau*, Rec. 23). El Consejo Constitucional admitió que lo anterior era conforme con la exigencia constitucional del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, según lo dispuesto en el artículo 16 de la Declaración de 1789 (n.º 2011-129 QPC, 13 de mayo de 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, Rec. 129; JCP Adm. 2011.2212, nota Domingo; LPA 13 de jul. de 2011, nota Camb; Constitutions 2011.306, nota Baudu; RFDC 2012.127, nota Bon).

El Consejo de Estado sigue siendo incompetente, tanto por vía de excepción como de acción, en el caso de las decisiones vinculadas con el «estatuto del parlamento, cuyas normas específicas se derivan de la naturaleza de sus funciones», ya que «este estatuto tiene que ver con el ejercicio de la soberanía nacional por los miembros del Parlamento»; «dada la naturaleza de esta actividad, no compete al juez administrativo conocer de los litigios relativos al régimen de pensiones parlamentarias (CE As. 4 de jul. de 2003, *Papon*, Rec. 308; RFDA 2003.917, concl. Vallée; AJ 2003.1603, cr. Donnat y Casas; RD publ. 2003.1227, nota Camby), las sanciones parlamentarias (CE ord. 28 de marzo de 2011, *Gremetz*, D. 2011.1540, nota Renaudie), la actividad parlamentaria (CE 16 de abr. de 2010, *Fédération chrétienne des témoins de Jehovah France*, Rec. 114; DA junio de 2010, p. 43, nota F. Melleray; decisión de publicar un informe parlamentario) y las elecciones parlamentarias (CE 22 de mayo de 2012, *Dupré et autres*, Rec. 230).

10 2.º) El Consejo de Estado no estaba dispuesto, en cuanto al fondo, a afirmar que los contratos de la Asamblea Nacional se encuadraban sistemáticamente en el campo de aplicación del Código de Contratos del Sector Público. Esto se hubiera podido admitir por el motivo exclusivo de que este código es el que rige los contratos del Estado y de que la Asamblea Nacional es un órgano del Estado: los contratos de la Asamblea Nacional quedarían, por tanto, sujetos *ipso facto* al régimen de los contratos del Estado. La señora Bergeal llegó, por cierto, a esta misma conclusión.

La sentencia lleva implícito un razonamiento todavía más restrictivo: «cuando no exista una reglamentación específica dictada por las autoridades competentes de la Asamblea Nacional, los contratos obje-

to de litigio se regularán por las disposiciones del Código de Contratos del Sector Público». Éste se aplica exclusivamente por defecto. Las autoridades parlamentarias pueden asimismo remitirse ellas mismas explícitamente al Código de Contratos del Sector Público (v. CE 27 de abr. de 2011, *Président du Sénat*, Rec. 1006).

De este modo, se intenta conseguir un equilibrio entre autonomía administrativa de las asambleas parlamentarias y aplicación de las normas que rigen su actividad administrativa. La sentencia *Président de l'Assemblée nationale*, al actuar de modo prudente y someter los actos parlamentarios al control del juez administrativo y a la aplicación del Derecho Administrativo, contribuye a crear este equilibrio.

## 97. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Consejo de Estado As., 3 de diciembre de 1999, *Didier*

(Rec. 399; RFDA 2000.584, concl. Seban; AJ 2000.126, cr. Guyomar y Collin; JCP 2000.II.10267 nota Sudre; RD publ. 2000.349, nota Guettier; RA 2000.43, nota Brière; RTD com. 2000.405, nota N.R.)

*Sobre el motivo alegado de vulneración del artículo 6-1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:* – Considerando que, después de tener conocimiento del informe de investigación elaborado por sus inspectores, la Comisión de Operaciones Bursátiles apeló al Consejo de los Mercados Financieros para que incoara un procedimiento disciplinario contra el señor Didier; que, una vez completado este procedimiento, el Consejo de los Mercados Financieros le retiró a este último su acreditación profesional por un período de seis meses y le impuso una sanción pecuniaria de cinco millones de francos; que el señor Didier argumenta que la participación del ponente en los debates y en la votación del Consejo de los Mercados Financieros era contraria a las estipulaciones del artículo 6-1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

Considerando que, según lo dispuesto en el artículo 6-1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales antes citado: «1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente, y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella»; Considerando que *cuando se recurre a este organismo en relación con actuaciones que podrían dar lugar a algunas de las sanciones previstas en el artículo 69 de la citada ley de 2 de jul. de 1996, se ha de reconocer al Consejo de los Mercados Financieros la facultad de determinar el fundamento de las acusacio-*

*nes de naturaleza penal en el sentido de las estipulaciones antes citadas del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;* que, habida cuenta de que su decisión puede ser objeto de un recurso de plena jurisdicción ante el Consejo de Estado, la circunstancia de que el procedimiento seguido ante el Consejo de los Mercados Financieros no resulte conforme en todos sus puntos con las disposiciones del citado artículo 6-1 no basta por sí sola para dar lugar en todos los casos a que haga caso omiso del derecho a un juicio justo; que, pese a todo, e incluso si el Consejo de los Mercados Financieros, reunido en su calidad de tribunal disciplinario, no constituye una jurisdicción desde el punto de vista del Derecho interno, el motivo fundado en la sospecha de que dicho organismo se pronunció en condiciones contrarias al principio de imparcialidad, al que se alude en el artículo 6-1 antes citado, podrá ser alegado para justificar el recurso interpuesto ante el Consejo de Estado contra su decisión.

Considerando que el artículo 2 del decreto antes citado de 3 de oct. de 1996 dispone que: «Cuando el Consejo actúe en materia disciplinaria, el Presidente deberá remitir a la persona a la que se enjuicia, mediante carta certificada con acuse de recibo o entregada en mano con el correspondiente comprobante, un documento en el que se enumeren los cargos que se le imputan, acompañada, si procede, de las pruebas documentales; tiene que solicitar a la persona a la que se enjuicia que envíe sus observaciones por escrito en un plazo que no puede ser inferior a diez días; ha de informar asimismo al interesado que puede contar con la asistencia de la persona de su elección»; que, según lo dispuesto en el artículo 3 del mismo decreto: «Las observaciones formuladas por la persona procesada se comunican al Comisario del Gobierno y al autor de la remisión al Consejo»; que, por último, el artículo 4 reza lo siguiente: «El Presidente decide, para cada uno de los casos, la composición del tribunal disciplinario y elige, entre sus miembros, a un ponente. Este último, con la ayuda de los servicios del Consejo de los Mercados Financieros, procede a todas las investigaciones pertinentes. Puede recabar testimonios. Ha de consignar por escrito el resultado de estas operaciones. Los elementos que obran en el expediente estarán siempre a disposición de la persona imputada»;

*Considerando que de las disposiciones antes citadas se desprende que el ponente, que no es quién remite el caso a otro órgano, no participa en la formulación de los cargos; que no tiene facultad para*

*archivar el caso o, por el contrario, para ampliar el marco del procedimiento disciplinario; que los poderes de investigación que se le confieren para verificar la pertinencia de los cargos y de las observaciones de la persona imputada no lo habilitan para efectuar registros o embargos, ni para proceder a cualesquiera otras medidas coercitivas durante la instrucción; que, en el caso concreto que nos ocupa, tras haber sido nombrado el señor Ferri ponente del procedimiento disciplinario incoado contra el señor Didier, como resultado de la remisión del caso al Consejo de los Mercados Financieros por el Presidente de la Comisión de Operaciones Bursátiles, no se ha podido establecer, ni se ha siquiera alegado que, en el ejercicio de sus funciones de ponente, éste se haya excedido en las facultades que le confieren las disposiciones antes citadas, no siendo éstas diferentes de las que el tribunal disciplinario colegiado del Consejo de los Mercados Financieros hubiera él mismo podido ejercer; que, por consiguiente, su participación en los debates y en la votación, tras la cual se decidió imponer una sanción al señor Didier, no ha supuesto que se hiciera caso omiso del principio de imparcialidad al que alude el artículo 6-1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;*

*Sobre el motivo fundado en la vulneración de los derechos de la defensa: – Considerando que ha resultado ser efectivamente cierto el motivo que se alega de que, en el expediente que le fue remitido al señor Didier, faltaba la nota del departamento de inspección del Consejo de los Mercados Financieros sobre «el impacto financiero» de la operación objeto de litigio; que en este expediente no era obligatorio que figuraran las versiones preliminares de este documento;*

*Considerando que no se desprende de la instrucción que se haya producido intervención alguna por parte del Consejo de los Mercados Financieros en la empresa Dynabourse; que, por tanto, ésta no podía en modo alguno constar en el expediente;*

*Considerando que la correspondencia dirigida por el Presidente del Consejo de los Mercados Financieros al Presidente de «Crédit Agricole Indosuez Chevreux» [CAIC] no tiene relación alguna con la situación personal del señor Didier; que el correo de 19 de mayo de 1998 por el que el Presidente de la Comisión de Operaciones Bursátiles [COB] le remitió al Presidente del Consejo de los Mercados Financieros el informe de la investigación de los servicios de la COB sobre la empresa Dynabourse no incluye elemento alguno que no*

conste en el mencionado informe que le fue remitido al señor Didier; que lo mismo cabe decir de una carta informativa dirigida al Comisario del Gobierno; que de ello se deduce que el señor Didier carece de motivos fundados para sostener que el hecho de no estar presentes estos documentos en el expediente anexo a este informe podría haber viciado el procedimiento que se inició contra él.

Considerando que el artículo 4 del decreto antes citado de 3 de oct. de 1996 dispone que el ponente «puede recabar testimonios. Ha de consignar por escrito el resultado de estas operaciones». Y que «Los elementos que obran en el expediente estarán siempre a disposición de la persona enjuiciada»; que estas disposiciones no tienen ni por objeto ni como resultado la obligación de incluir en el expediente aquellos documentos que no tengan relación alguna con el procedimiento en curso o que no aporten ningún elemento nuevo, que no aparezca en los documentos que ya se han remitido a la persona procesada.

Considerando que de cuanto antecede se deduce que el señor Didier carece de fundamentos para sostener que el procedimiento seguido por el Consejo de los Mercados Financieros dio lugar a que se hiciera caso omiso del principio de los derechos de la defensa;

*Sobre el motivo fundado en el error manifiesto:* – Considerando que de la instrucción se desprende que la fotocopia remitida, el 20 de marzo de 1998, al Departamento de Custodia de la empresa Dynabourse por la persona encargada de las negociaciones en el procedimiento de arbitraje relativo a esta misma empresa, constituía una orden de aportación de 4.089.000 acciones a la oferta pública de adquisición, habiéndose precisamente establecido como fecha de cierre el 20 de marzo de 1998; que su anulación, con posterioridad a esta fecha, constituye, por tanto, una revocación de esta orden, que infringe el artículo 5-2-11 del reglamento general del Consejo de las Bolsas de Valores, según el cual «las órdenes se pueden revocar en cualquier momento, incluso el día mismo del cierre de la oferta»; que de ello se deduce que el Consejo de los Mercados Financieros no cometió ningún error manifiesto al fundamentar la decisión impugnada en la revocación irregular de la orden emitida el 20 de marzo de 1998;

*Sobre el motivo fundado en el error de derecho que pudiera haber cometido el Consejo de los Mercados Financieros al aplicar el artículo 69 de la ley de 2 de jul. de 1996:* – Considerando que según lo dispuesto en el apartado III del artículo 69 de la citada ley de 2 de jul. de 1996: «Las personas que están bajo la autoridad o que actúan

por encargo de los proveedores de servicios de inversión, de las empresas de los mercados financieros y de las cámaras de compensación pueden ser objeto de sanción por el Consejo de los Mercados Financieros como resultado del incumplimiento de sus obligaciones profesionales, según se definen en las leyes y reglamentos vigentes (...). Las sanciones que éste puede imponerles son la llamada de atención, la amonestación y la retirada temporal o definitiva de la acreditación profesional. Además, el Consejo de los Mercados Financieros puede pronunciar, ya sea en lugar o además de estas sanciones, una multa cuyo importe no puede ser superior a 400.000 francos o al triple del importe de los beneficios realizados»;

Considerando que, para establecer el límite superior de la sanción pecuniaria que cabía imponer al señor Didier, el Consejo de los Mercados Financieros se basó acertadamente en el importe de los beneficios obtenidos por SNC Dynabourse Arbitrage con la reventa de los valores que no se habían visto afectados por la oferta pública de adquisición, relacionándolo con la participación del señor Didier en el capital de dicha empresa;

Considerando que de todo lo anterior se desprende que el señor Didier carece de motivos fundados para solicitar la anulación de la decisión de 27 de ene. de 1999 por la que el Consejo de los Mercados Financieros le retiró su acreditación profesional por un período de seis meses y le impuso una sanción pecuniaria de 5 millones de francos;... (desestimación de la demanda).

## OBSERVACIONES

- 1 Como resultado de unas operaciones que se le imputaban, el señor Didier, responsable de las actividades de «*arbitraje*» en una sociedad de valores, fue objeto, tras ser sometido a un procedimiento disciplinario, de una decisión del Consejo de los Mercados Financieros por la que se le retiró su acreditación profesional por un período de seis meses y se le impuso una sanción pecuniaria de cinco millones de francos. El interesado procedió a impugnar esta decisión ante el Consejo de Estado, órgano competente en primera y última instancia, mediante un recurso de plena jurisdicción (respecto a la distinción entre este último y el recurso por exceso de poder, v. nuestras observaciones sobre CE 8 de marzo de 1912, *Lafage*\*). Alegaba, ante todo, que la par-

participación del ponente en los debates y en la votación del Consejo de los Mercados Financieros pasaba por alto las estipulaciones del artículo 6-1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el que se reconoce a toda persona el derecho a un juicio equitativo y, en particular, a un tribunal imparcial. El Consejo de Estado (As.), pese a admitir que podía ser pertinente invocar este artículo, consideró que, dado el papel que corresponde al ponente, éste podía haber participado en los debates y en la votación «sin que ello supusiera en ningún momento una omisión del principio de imparcialidad al que alude el artículo 6-1». El señor Didier apeló a continuación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por infracción del artículo 6-1 tanto por parte del Consejo de Estado como del Consejo de los Mercados Financieros. El Tribunal desestimó su demanda (27 de agosto de 2002, JCP 2003.II.10177, nota Gonzalez; RA 2003.159 nota Gambier; RD publ. 2003.697, obs. Gonzalez).

Al tener que pronunciarse en Asamblea el 3 de dic. de 1999 sobre un recurso por exceso de poder interpuesto contra una amonestación que había dirigido la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades a una cooperativa de crédito en relación con la información personal que contenían los ficheros, el Consejo de Estado consideró, de un lado, que no cabía invocar a este respecto el artículo 6-1, pero también «de otro lado, que la participación del ponente en el debate y en la votación que precedieron a la adopción de la resolución impugnada no constituía una vulneración ni del principio de imparcialidad ni de los derechos de la defensa» (*Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, Rec. 397; RFDA 2000.574, concl. Combrexelle; AJ 2000.126, cr. Guyomar y Collin; JCP 2000. II.10267, nota Sudre).

En la misma fecha, pero en una reunión de Sección (*Leriche*, Dr. soc. 2000.194, concl. Schwartz, y mismas referencias en AJ y JCP), al tener que pronunciarse sobre un recurso de casación contra una sanción impuesta al recurrente por la sección disciplinaria del Colegio de Médicos (v. nuestras obs. sobre CE 2 de febr. de 1945, *Moineau*\* y 2 de abr. de 1943, *Bouguen*\*), el Consejo de Estado consideró que las disposiciones relativas al ponente «no implican que se le confieran unas funciones que, a tenor del artículo 6-1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, impidan su participación en las deliberaciones de la sección disciplinaria».

Estas sentencias se dictaron, por tanto, en relación con organismos que no estaban sujetos a la jerarquía administrativa clásica, algunos de ellos ya antiguos, como los colegios profesionales, y otros más nuevos, que participan en la función de «regulación» y que entran dentro de la categoría de las autoridades administrativas independientes (Consejo de los Mercados Financieros, Comisión Nacional de la Informática y las Libertades).

En la misma época, las jurisdicciones ordinarias se vieron en la necesidad de zanjar cuestiones idénticas en relación con otras autoridades administrativas independientes, habiéndoles el legislador encomendado la resolución de sus contenciosos (v. nuestras obs. sobre CC 23 de ene. de 1987): Comisión de las Operaciones Bursátiles (As. plen. 5 de febr. de 1999, *COB c. Oury*, Bull. As. Plen. n.º 1, p. 1; Gaz. Pal. 24-25 de febr. de 1999, concl. Lafortune, nota Degueldre, Gramblat y Herbière; JCP 1999. II.10060, nota Matsopoulou; CA París 7 de marzo de 2000, *KPMG-Fiduciaire de France*, JCP 2000.II.10408, nota R. Drago), Consejo de la Competencia (Com. 5 de oct. de 1999, *SNC Campenon Bernard SGE*, Bull. civ. IV, n.º 158, p. 133; JCP 2000. II.10255, nota Cadou).

Con sus tres sentencias de 3 de dic. de 1999, el Consejo de Estado contribuyó a determinar en materia administrativa el campo de aplicación del artículo 6-1 (I), así como las exigencias del principio de imparcialidad (II).

### **I. El artículo 6-1 del Convenio Europeo en materia administrativa.**

- 2 El artículo 6-1 no es la única cláusula del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales cuyo conocimiento incumbe a la jurisdicción administrativa (v. nuestras obs. sobre CE 30 de nov. de 2001, *Diop\**).

Ha planteado dificultades específicas debido a la redacción de su primera frase: «*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente, y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*».

Estos términos no bastan para excluir de su campo de aplicación el contencioso administrativo tanto material (A) como orgánicamente (B).

A. En la concepción francesa, los derechos y las obligaciones que se rigen por el Derecho Administrativo no tienen «*carácter civil*» y la represión administrativa no está relacionada con la «*materia penal*». Por tanto, no es obligatorio aplicar el artículo 6. Este punto de vista restrictivo ha sido censurado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que las expresiones del artículo 6 constituyen conceptos autónomos, independientes de las concepciones nacionales, de tal modo que su aplicación sea a la vez uniforme y amplia en todos los países (por ej., 16 de jul. de 1971, *Ringeisen*, serie A n.º 13; AFDI 1974.334, nota Pelloux; RGDIP 1974.864, nota C. Vallée, en materia civil; 8 de junio de 1976, *Engel*, serie A n.º 22; AFDI 1977.481, nota Pelloux; Cah. dr. eur. 1978.368, nota Cohen-Jonathan, en materia penal).

- 3 1.º) Cuando de lo que se trata es de los *derechos y obligaciones de carácter civil*, el Tribunal Europeo considera que, aunque sean competencia del Derecho Administrativo, los derechos y obligaciones conservan un carácter civil en el sentido del artículo 6-1, dado que ponen en tela de juicio la situación «*privada*» de una persona, en particular, desde el punto de vista patrimonial.

Tal es el caso, principalmente, de los derechos y obligaciones de carácter pecuniario, en el marco ya sea de un régimen de responsabilidad contractual o extracontractual, de un sistema concreto de indemnización o de prestaciones, o incluso de un mecanismo de remuneración.

Retomando su jurisprudencia anterior (CE 17 de marzo de 1993, *Mme Gabeur*, Rec. 541; RDSS 1993.493, concl. Le Chatelier), el Consejo de Estado ha admitido, por ejemplo, que el contencioso de las prestaciones de asistencia social tiene que ver con los litigios relativos a «*los derechos y obligaciones de carácter civil, en el sentido de las estipulaciones ya citadas del artículo 6-1*» (Secc. 29 de jul. de 1994, *Département de l'Indre*, Rec. 363; v. n.º 26.4). Retomando también una solución anterior (Secc. 6 de ene. de 1995, *Nucci*, Rec. 7; JCP 1996.II.22592, nota Degoffe; RA 1995.258, nota Fabre), y con el propósito de tener en cuenta la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (7 de oct. de 2003, *Mme Richard-Dubarry c. France*, RD publ. 2005.776, obs. Surrel; RFDA 2004.378, nota Potteau), el

Consejo ha admitido asimismo «que el juez del Tribunal de Cuentas, cuando declara que ha habido un cobro irregular en concepto de gestión y establece el importe de los gastos reflejados por el contable que carecen de utilidad pública, considerándolo deudor del mismo, está dirimiendo unos litigios relativos a los derechos y obligaciones de carácter civil» (CE 30 de dic. de 2003, *Beausoleil et Mme Richard*, Rec. 531; BJCL 2004.265, concl. Guyomar, nota Vachia; RFDA 2004.365, concl., nota Coutant; AJ 2004.1301, nota Rolin).

Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera toda medida que pueda constituir un obstáculo para el ejercicio de una profesión (por ejemplo, una suspensión o una prohibición) como una vulneración de estos derechos y de las obligaciones correspondientes –estando incluidas en esta consideración las sanciones disciplinarias impuestas por los Colegios Profesionales (23 de junio de 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, série A n.º 43; v. n.º 60.6). El Consejo de Estado procedió primero a una interpretación distinta (Secc. 27 de oct. de 1978, *Debout*, Rec. 395, concl. Labetoulle; RDSS 1979.59, nota Dubouis, y 210, nota J.-M. Auby; JCP 1979. II.19259, nota Schultz; – As. 11 de jul. de 1984, *Subrini*, Rec. 259; D. 1985.150, concl. contr. Genevois; AJ 1984.534, cr. Schoettl y Hubac; RA 1984.482, nota Pacteau; RDSS 1985.25, nota Dubouis). La persistencia de la posición del Tribunal Europeo (26 de sept. de 1995, *Diennet c. France*), a la que se ha sumado el Tribunal de Casación (por ej., Civ. 1.º 10 de ene. de 1984, Bull. civ. I, no 8, p. 6), ha incitado al Consejo de Estado a modificar su propio punto de vista en su sentencia (As.) de 4 de febr. de 1996, *Maubleu* (Rec. 34, concl. Sanson; RFDA 1996.1186, concl.; AJ 1996.358, cr. Stahl et Chauvaux; JCP 1996.II.22669, nota Lascombe y Vion; RTDH 1998.365, nota Andriantsimbazovina). La sentencia *Leriche* de 3 de dic. de 1999 abunda en la anterior, puesto que examina el funcionamiento de un órgano disciplinario de un colegio profesional (la sección disciplinaria del Consejo Nacional del Colegio de Médicos) desde la perspectiva de las exigencias del artículo 6-1.

- 4 2.º) Cuando las sanciones no están vinculadas exclusivamente con el ejercicio de una actividad profesional, sino que tienen una «connotación penal» (en este sentido, CEDH 8 de junio de 1976, *Engel et autres*, citada *ut supra*; 24 de febr. de 1994, *Bendenoun c. France*, serie A n.º 284; Dr. fisc. 1994.878, nota Le Gall y Gérard; JCP 1995.II.22372, nota Frommel; LPA 11 de mayo de 1994, nota Flauss;

RFDA 1995.1182, nota Maublanc y Maublanc-Fernandez), pasan a formar parte de la «materia penal».

Esta última no sólo incluye los procedimientos judiciales en los tribunales represivos de la jurisdicción ordinaria. Abarca también el contencioso de la represión ante los tribunales administrativos (en particular, en el caso de las multas en las grandes vías públicas) o las jurisdicciones financieras (multas dictadas por el Tribunal de Cuentas; CE 16 de nov. de 1998, *SARL Deltana et Perrin*, Rec. 415, el Tribunal de Disciplina Presupuestaria o Financiera: – Secc. 30 de oct. de 1998, *Lorenzi*, Rec. 374; RFDA 1999.1022, nota Surrel). También alude a las sanciones pecuniarias que imponen las autoridades administrativas, tales como un «incremento de impuestos... en caso de actuaciones fraudulentas...» (CE Secc. [dictamen] 31 de marzo de 1995, *Ministre du budget c. SARL Autoroute-Industrie Méric*, Rec. 154; RJF 1995.327, concl. Arrighi de Casanova; AJ 1995.739, nota Dreifuss; RFDA 1995.1185, nota Maublanc y Maublanc-Fernandez) o incluso la retirada de puntos del carné de conducir (CEDH 23 de sept. de 1998, *Maligne c. France*, Rec. 1998. VII; Gaz. Pal. 1999, n.º 328-329, p. 38, nota Couzinet; JCP 1999. II.10086, nota Sudre; CE [dictamen] 23 de sept. de 1999, *Rouxel*, Rec. 280).

Después de haber admitido que el artículo 6 no es aplicable a los contenciosos relativos a los agentes cuyas funciones suponen el ejercicio del poder público (como los magistrados, los policías, los militares), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 19 de abr. de 2007 (*Vilho Eskelinen et autres*, caso 63235/00, AJ 2007.1360, nota Rolin; AJFP 2007.246, nota Fitte-Duval; DA 2007, n.º 108, nota F. Melleray; JCP 2007.I.166, cr. Plessix, y 182, cr. Sudre; RFDA 2007.1031, nota Gonzalez; RTDH 2008.1125, com. Van Compermolle; GACEDH 254), limitó esta exclusión a aquellos casos en los que se ha acreditado que el objeto del litigio tiene que ver con el ejercicio de la autoridad del Estado o en los que se enjuicia el vínculo especial de confianza y lealtad que existe entre el interesado y el Estado para el que trabaja. El Consejo de Estado se ha sumado a esta posición (CE 12 de dic. de 2007, *Siband*, Rec. 928 LPA 29 de abr. de 2008, concl. Guyomar; AJ 2008.932, nota Tsalpetouros).

En las sentencias que acabamos de mencionar, el Tribunal de Casación consideró que la Comisión de Operaciones Bursátiles y el Consejo de la Competencia, que imponen sanciones pecuniarias de cuantía elevada para castigar a los autores de hechos contrarios a las normas

bursátiles o de la competencia, y para disuadir a los operadores de utilizar tales prácticas, están ambos sujetos a las disposiciones del artículo 6.

En la sentencia *Didier*, el Consejo de Estado hace constar asimismo «*que, cuando ha de pronunciarse sobre unas actuaciones que podrían dar lugar a las sanciones previstas en el artículo 69 de la ley... de 2 de jul. de 1996, se ha de considerar al Consejo de los Mercados Financieros como el órgano al que compete determinar si tienen fundamento las acusaciones en materia penal, en virtud de las estipulaciones ya citadas del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*». Han recurrido al mismo análisis respecto a la Comisión Sancionadora de la Autoridad de los Mercados Financieros, creada el 1 de agosto de 2003 mediante la fusión del Consejo de los Mercados Financieros, La comisión de Operaciones Bursátiles y el Consejo de Disciplina de la Gestión Financiera (CE Secc. 27 de oct. de 2006, *Parent*, Rec. 454; LPA dic. de 2006, concl. Guyomar; AJ 2007.80, nota Collet; RD publ. 2007.670, com. Guettier).

5

B. Queda pendiente de determinar si cabe considerar a estos organismos como un «*tribunal*» según lo dispuesto en el artículo 6-1.

Pero, en el Derecho francés, esta calificación se reserva a aquellos órganos que reúnen unas características derivadas de su estatuto, sus funciones, su organización, su procedimiento (v. CE 20 de junio de 1913, *Téry\**; – As. 12 de dic. de 1953, *de Bayo*, Rec. 544; v. n.º 50.2). Se aplica a determinadas jurisdicciones disciplinarias, como la sección disciplinaria del Consejo Nacional del Colegio de Médicos, cuyo funcionamiento se enjuiciaba en el caso *Leriché*. En cambio, no se aplica a instituciones como las que constituían antes el Consejo de la Competencia o la Comisión de Operaciones Bursátiles, las cuales fueron, de hecho, reconocidas como autoridades administrativas por el Consejo Constitucional (CC 23 de ene. de 1987\*; n.º 89-260 DC, 28 de jul. de 1989, Rec. 71; RFDA 1989.671, nota Genevois), y que han pasado a ser hoy la Autoridad de la Competencia y la Autoridad de los Mercados Financieros.

El Consejo de Estado, al considerar, en un primer momento, que el artículo 6-1 sólo podía «aplicarse a los procedimientos contenciosos que tenían lugar ante las jurisdicciones» (Secc. [dictamen] 31 de marzo de 1999, *Ministre du budget c. SARL Autoroute-Indus trie Méric*, préc.), excluyó su aplicación en el caso de las autoridades administrativas que imponen sanciones tales como el antiguo Consejo de las Bolsas de Valores (CE As. 1 de marzo de 1991, *Le Cun*, Rec. 71; RFDA 1991.612, concl. de Saint Pulgent).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una concepción más amplia y, a este respecto, no se atiene una vez más a las definiciones nacionales. Un organismo al que se confiere un gran número de atribuciones de carácter administrativo, consultivo y represivo (como ocurre en el caso de muchas de las autoridades administrativas independientes en Francia) puede ser reconocido como un «tribunal» al ejercer algunas de ellas (CEDH 30 de nov. de 1987, *H. c. Belgique*, serie A n.º 127); «un "tribunal" se caracteriza, en el sentido material, por su papel jurisdiccional: le corresponde zanjar, aplicando unas normas de Derecho y una vez completado un procedimiento organizado, todas las cuestiones que sean de su competencia» (CEDH 27 de agosto de 1991, *Demicoli c. Malte*, serie A n.º 210).

Para el Tribunal de Casación, según se desprende de las sentencias ya citadas, la Comisión de Operaciones Bursátiles y el Consejo de la Competencia estaban sujetos a las disposiciones del artículo 6-1, pese a no tener un carácter jurisdiccional. También para el Consejo de Estado (sentencia *Didier*), «aunque el Consejo de los Mercados Financieros no sea, desde la perspectiva del Derecho interno, una jurisdicción ni siquiera cuando actúa como tribunal disciplinario», el motivo fundado en la vulneración de un principio al que se hace referencia en el artículo 6-1 «puede, debido a la naturaleza, la composición y las atribuciones de este organismo, ser alegado para justificar un recurso interpuesto ante el Consejo de Estado contra su decisión». El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado con mayor rotundidad que el Consejo de los Mercados Financieros «debe ser considerado como un «tribunal» en el sentido de las disposiciones» en cuestión (27 de agosto de 2002, *Didier*, citada *ut supra*). El Consejo de Estado retomó esta fórmula en relación con la antigua Comisión de Control de los Seguros (CE 28 de oct. de 2002, *Laurent*, Rec. 361; AJ 2002.1492, nota D. Costa; RD publ. 2002.1607, nota Prétot).

Estos avances no han llevado, sin embargo, a considerar cualquier organismo colegiado, en particular, aquel que desempeña funciones de control, como perteneciente al campo de aplicación del artículo 6-1. Por ejemplo, en su sentencia *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, el Consejo de Estado considera que la amonestación dirigida a un banco por la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades «no emana de un tribunal en el sentido del artículo 6-1». Ello no obsta para que tenga que respetar el principio de imparcialidad.

## II. El principio de imparcialidad en materia administrativa.

6

En la sentencia *Didier*, el Consejo de Estado examina si el Consejo de los Mercados Financieros respetó «*el principio de imparcialidad al que alude el artículo 6-1 ya citado*». Subraya, así, la generalidad del principio (A) y especifica sus exigencias (B).

A. El principio de imparcialidad se presenta como un principio general, cuya validez es independiente y va más allá del artículo 6-1.

1.º El Consejo de Estado vela desde hace mucho tiempo por que se cumpla, en ocasiones sin utilizar la expresión (por ej., 20 de dic. de 1872, *Ville de Reims*, Rec. 746; – Secc. 20 de junio de 1958, *Louis*, Rec. 368; – Secc. 2 de marzo de 1973, *Delle Arbousset*, Rec. 190; v. n.º 26.6), y en otras formulándola explícitamente (CE 17 de junio de 1927, *Vaulot*, Rec. 683; – Secc. 9 de nov. de 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, Rec. 591; D. 1967.92, concl. Braibant; AJ 1967.34, cr. Lecat y Massot; RD publ. 1967.334, nota M. Waline; «*garantías de imparcialidad a las que tiene derecho a aspirar todo candidato* (a participar en un concurso)).

Este principio puede vincularse con el de igualdad ante el servicio público (v. nuestras obs. sobre CE 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire\**) y constituye, al igual que éste, un principio general del Derecho

También está vinculado con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el que se dispone «que los principios de independencia y de imparcialidad son indisolubles del ejercicio de las funciones jurisdiccionales» (CC n.º 2010-110 QPC, 25 de marzo de 2011, *Jean-Pierre B.*, Rec. 160; AJ 2011.1214, nota Crépin-Dehaené; JCP Adm. 2011.2150, nota Fleury; RFDC 2011.820, nota Le Quinio) y también, en términos más generales, «de las facultades de imponer sanciones de una autoridad independiente» (CC n.º 2012-280 QPC, 12 de oct. de 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre*, Rec. 529; DA dic. de 2012, p. 29, nota Bazex; Constitutions 2013.95, nota Le Bot; RFDA 2013.144, nota Roblot-Troizier; RJEP 2013.10, nota Genevois).

Su cumplimiento no sólo es obligatorio para los órganos jurisdiccionales, en el sentido del Derecho francés (como en los casos *Ville de Reims*, *Louis*, *Arbousset*) o para los tribunales, en el sentido del artículo 6-1 del Convenio Europeo (como en el caso *Didier*), sino tam-

bién para los órganos que quedan fuera del campo de aplicación del artículo 6-1, ya sean éstos estrictamente administrativos (como la CNIL en el caso *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*; v. *supra*) o jurisdiccionales, porque no se pronuncian respecto a los derechos y obligaciones de naturaleza civil ni sobre acusaciones en materia penal.

Por ejemplo, un miembro del jurado debe abstenerse de participar en los interrogatorios y deliberaciones relacionados con un candidato que tenga con él algún vínculo que pueda influir en su valoración del mismo o cuando estime que su imparcialidad puede ser cuestionada, pero ello no significa que el solo hecho de que conozca a un candidato baste para justificar su abstención (CE Secc. 18 de jul. de 2008, *Mme Baysse*, Rec. 302; AJ 2008.2144, concl. Aguila; DA 2008, n.º 136, com. F. Melleray; JCP Adm. 2008.2200, com. Jean-Pierre). Tal es el caso, en particular, de los jurados de las oposiciones internas cuyos miembros han podido, en su calidad de jefes de departamento, conocer a los candidatos cuya aptitud profesional han de valorar (CE 19 de jul. de 2010, *Thiebaut et Gehin*, Rec. 812; AJ 2010.1996, nota Peiser; CFP sept. 2010.46, nota Lenica).

El principio de imparcialidad debe asimismo ser respetado por los organismos consultivos (por ej., CE 11 de febr. de 2011, *Société Aquatrium*, Rec. 42; RJEP ago.-sept. de 2011, nota Friboulet; – Secc. 22 de junio de 2015, *Société Zambon France*, demanda n.º 361962), las autoridades administrativas independientes (por ej., CE 27 de abr. de 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, Rec. 168, en el caso de la recomendación de la Autoridad Superior de Sanidad cuyos miembros podían hallarse en una situación de conflicto de intereses; v. n.º 66.3).

- 7 2.º) Por este motivo, en la sentencia *Didier*, el Consejo de Estado se refiere al «principio de imparcialidad al que alude el artículo 6-1 ya citado» y, en la sentencia *Leriche* «al principio de imparcialidad (y) a otras disposiciones del artículo 6-1», para subrayar que el principio es, a la vez, anterior y exterior al artículo 6-1.

Así pues, cuando la Autoridad de la Competencia se pronuncia sobre una operación de concentración que le ha sido notificada, no dicta una sanción, sino que ejerce un poder de policía; sus decisiones quedan fuera del campo de aplicación del artículo 6-1; ello no obsta para que esté obligada a respetar el principio de imparcialidad (CE As. 21 de dic. de 2012, *Société Groupe Canal Plus*, *Société Vivendi*, *Société Numéricable et Société Parabole Réunion*; v. n.º 95.5); en cambio,

cuando impone una sanción, sus decisiones están sujetas a las disposiciones del artículo 6-1 (de la misma fecha, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi Universal*; v. n.º 95.5).

Hoy en día pueden, por tanto, darse dos categorías de casos:

- en la primera, el principio de imparcialidad se impone, a la vez, en virtud del Derecho interno y del artículo 6-1;
- en la segunda, el principio se impone exclusivamente en virtud del Derecho interno (principio general del Derecho, según el Consejo de Estado, principio de valor constitucional, según el Consejo Constitucional).

Pero, en ambas categorías, el principio debería tener el mismo alcance.

**8** B. Sus exigencias se han puesto de relieve sobre todo en lo que respecta a la participación del ponente en un organismo colegiado. Pero no se limitan a este aspecto.

1.º) En el caso *Didier*, como en los casos *Leriché* y *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf* de la misma fecha, la tarea principal consistía en determinar si la participación del ponente en el órgano decisorio, participación que había desempeñado un papel fundamental, era contraria al principio de imparcialidad.

Mientras que en el tercer caso el Consejo de Estado se limitó a dar una respuesta negativa, en los dos primeros llegó a la misma conclusión tras un análisis detallado del papel del ponente, tal y como lo definen los textos legales (imparcialidad objetiva) y tal y como lo desempeñó de hecho el ponente (imparcialidad subjetiva), según se puede comprobar en los fragmentos de la sentencia que reproducimos en cursiva más arriba. El respeto de la imparcialidad se debe comprobar, a la vez, en función de las disposiciones que regulan las funciones del ponente y en función del modo en que éste las desempeñó.

Estos análisis no difieren, en lo esencial y pese a las apariencias, de los que lleva a cabo el Tribunal de Casación. Este último, en su sentencia Civ. 1.º de 23 de mayo de 2000, *P...* (Bull. civ. I, n.º 151, p. 99; AJ 2000.762, obs. Sargos), relativa al papel del Decano del Colegio de Abogados, tiene en cuenta «el poder que se le confiere de valorar las medidas que deben adoptarse tras la investigación que él mismo ha realizado, o que ha encomendado efectuar al ponente para, así, de-

cidir si se debe proceder a su remisión al Consejo del Colegio o al archivo el caso», y llega a la siguiente conclusión: «dada la atribución especial que se le reconoce, no puede en modo alguno presidir el tribunal disciplinario ni participar en sus deliberaciones».

- 9 2.º) El debate sobre el papel del ponente incluye también una discusión sobre *la composición* de los organismos colegiados. Aunque los funcionarios puedan formar parte, *ex officio*, de una jurisdicción, para ello es requisito indispensable que no ejerzan actividades relacionadas con las cuestiones que se les someten (CE As. 6 déc. 2002, *Trognon*, Rec. 427; RDSS 2003.92, concl. Fombeur; RFDA 2003.694, concl.; JCP Adm. 2003.380, nota Jean-Pierre; de la misma fecha, Secc. *Aïn-Lhout*, Rec. 430; RDSS 2003.163, concl. Séners; RFDA 2003.705, concl.; AJ 2003.489, cr. Donnat y Casas; JCP 2003.II.10132, nota Boumedienne; CC n.º 2012-250 QPC, 8 de junio de 2012, *Christian G.*, Rec. 281; AJ 2012.1865, nota Rihal; DA oct. 2012.24, nota Boudon; RFDC 2012.878, nota Le Quinio).

Este es el motivo por el que se censuró una disposición que preveía la participación, aunque sólo fuera con carácter consultivo, del Director General de Sanidad o del Farmacéutico del Departamento de Sanidad en el Consejo Nacional del Colegio de Farmacéuticos que debía pronunciarse en materia disciplinaria (CC n.º 2014-457 QPC, 20 de marzo de 2015, *Mme Valérie C., épouse D.*, AJ 2015.1322, nota Fouassier y van den Brink).

Dada la naturaleza de las funciones que competen al juez en los procedimientos de urgencia, tales como el recurso de amparo-suspensión de una decisión administrativa (CE Secc. [dictamen] 12 de mayo de 2004, *Commune de Rogerville*, Rec. 223; RFDA 2004.723, concl. Glaser; AJ 2004.1354, cr. Landais y Lenica; ADE 2004.970, nota Deffigier; D. 2005.1252, art. Cassia; LPA 18 de oct. de 2004, nota F. Melleray; RD publ. 2005.547, nota Guettier; DA oct. de 2004 n.º 151, obs. E.G.; GACA, n.º 4) y el aplazamiento de la ejecución de una decisión jurisdiccional (CE Secc. 26 de nov. de 2010, *Société Paris tennis*, Rec. 464; Gaz. Pal. 24 de marzo de 2011, p. 18, concl. Guyomar; AJ 2011.807, nota du Puy-Montbrun), el mismo juez puede pronunciarse más adelante sobre el caso en cuanto al fondo, «menos cuando haya prejuzgado la resolución del litigio, excediéndose de los límites que le impone necesariamente su cometido».

Del mismo modo, el juez, cuya decisión haya sido anulada como resultado de un recurso de apelación, puede pronunciarse de nuevo so-

bre el caso si éste le es remitido (CE Secc. 11 de febr. de 2005, *Commune de Meudon*, Rec. 55; RFDA 2005.760, concl. de Silva; AJ 2005.660, cr. Landais y Lenica; JCP 2005. II.10044 y JCP Adm. 2005.1163, nota Le Goff; LPA 10 de oct. de 2005, obs. F. Melleray; RD publ. 2006.509, nota Guettier).

Es lógico que esto sea así dado que, en ambos casos, los jueces que intervinieron en un primer momento están obligados a reemprender íntegramente, en una segunda fase, el examen del caso: su posición inicial no puede ni debe determinarlos. En cambio, si un magistrado ha adoptado una posición en un caso en el que ha intervenido en primera instancia como Comisario del Gobierno (hoy en día, Magistrado Ponente del Estado), no puede a continuación participar como juez de apelación; puede, no obstante, hacerlo en un caso que sea diferente, pese a ser similar (CE 24 de nov. de 2010, *Commune de Lyon*, Rec. 834; BJCP 2011.12, concl. N. Boulouis).

3.º) En cuanto *al procedimiento*, el principio de imparcialidad se opone a aquellos mecanismos que conllevan, en un primer momento, una valoración que tiene el carácter de un juicio previo que determina la decisión final.

Por tanto, no hay una prohibición de principio que impida que un órgano se atribuya por iniciativa propia competencia para conocer de un caso sobre el que tendrá que pronunciarse, pero sólo puede hacerlo «a condición que exista un motivo de interés general y que se instauren... las garantías oportunas para que se respete el principio de imparcialidad» (CC n.º 2012-286 QPC, 7 de dic. de 2012, *Société Pyrénées services et autres*, Rec. 642; D. 2013.28, nota Frison-Roche, y 338, nota Vallens; CE As. 21 de dic. de 2012, *Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi Universal*, v. n.º 95.5). Porque un organismo o un agente que ha tomado posición no puede adoptar una decisión, y menos aún dictar sentencia sobre una misma cuestión. Esto es lo que había considerado el Consejo de Estado en sentencias anteriores (v. *supra* n.º 98.6). Y, en numerosas ocasiones, había censurado esta posibilidad, por ejemplo: – cuando el Tribunal de Cuentas, después de denunciar una irregularidad en su informe público, pronunció con respecto al mismo caso que había habido gestión indebida de fondos públicos (CE As. 23 de febr. de 2000, *Société Labor Métal*, Rec. 83, concl. Seban); – cuando la Comisión de Banca, que tiene derecho a hacerse cargo de oficio y a comunicar a una entidad de crédito los hechos que se le imputan, presentó «*como probados los hechos sobre los*

*que informaba, tomando partido sobre su calificación como infracciones contra diferentes disposiciones normativas y reglamentarias»* antes incluso de haber enjuiciado a la entidad (CE Sect. 20 de oct. de 2000, *Société Habib Bank*, Rec. 433, concl. Lamy; JCP 2001. II.10459, concl.; AJ 2000.101, cr. Guyomar y Collin, y 1071, nota Subra de Bieusses; D. 2001.2665, nota Louvaris; RD publ. 2001.407, nota Guettier).

10

4.º) En términos más generales, la combinación de funciones de instrucción y de enjuiciamiento, no sólo del ponente, sino del organismo en su conjunto, puede suscitar dudas sobre su imparcialidad, dado que se puede tener la impresión de que la primera función determina el resultado de la segunda. Si la única tarea de una comisión de instrucción consiste en elaborar un informe, reduciéndose este último a la simple exposición de los hechos, sin que tenga la posibilidad de archivar el caso ni de modificar el campo de actuación de la jurisdicción, sus miembros pueden participar en el órgano de enjuiciamiento (CE 6 de dic. de 2012, *Association des topographes géomètres et techniciens d'études*, Rec. 558). Por el contrario, y como ocurría en el seno de la antigua Comisión de Banca, la falta de separación entre las funciones de procesamiento y enjuiciamiento constituye una vulneración del principio de imparcialidad (CC n.º 2011-200 QPC, 2 de dic. de 2011, *Banque populaire Côte d'Azur*, Rec. 559; AJ 2012.578, obs. Lombard; Constitutions 2012.337, obs. Le Bot). Lo mismo ocurría en el seno de la Autoridad de Regulación de las Comunicaciones Electrónicas y de Correos (CC n.º 2013-331 QPC, 5 de jul. de 2013, *Société Numéricable SAS et autre*, Rec. 876; AJ 2013.1955, nota Lombar; Constitutions 2013.437, obs. Le Bot; RFDA 2013.1262, nota Roblot-Troizier; RFDC 2014.169, nota Oudoul; RJEP mayo de 2014.28, nota Paulial).

Todo ello obliga a ser más vigilante con el cumplimiento del principio y más riguroso con la organización de las instituciones responsables de tomar decisiones, ya sean éstas jurisdiccionales o de otra naturaleza. Este es el sentido de varias reformas recientes (Consejo de Estado, Autoridad de los Mercados Financieros, Autoridad de la Competencia, Autoridad de Regulación de la Comunicaciones Electrónicas y de Correos, Autoridad de supervisión prudencial, para citar sólo algunas).

## 98. PROCEDIMIENTOS DE URGENCIA

Consejo de Estado, 18 de enero de 2001, *Commune de Venelles*  
Consejo de Estado, 5 de marzo de 2001, *Saez*

### I. *Commune de Venelles*

(Rec. 18, concl. Touvet; CJEG 2001.161, concl.; RFDA 2001.378, concl., y 681  
nota Verpeaux; AJ 2001.153, cr. Guyomar y Collin; D. 2002.2227, obs.  
Vandermeeren; LPA 12 de febr. de 2001, nota Chahid-Nourai y Lahami-Dépinay)

Considerando que según lo dispuesto en el párrafo primero del artículo L.521-2 del Código de Justicia Administrativa: «*Cuando se presente ante él una demanda que requiera, en este sentido, una tramitación de urgencia, el juez de los recursos de urgencia podrá ordenar que se adopten todas las medidas necesarias para salvaguardar una libertad fundamental que ha sido objeto de una vulneración grave y manifiestamente ilegal por parte de una persona jurídica de derecho público o de un organismo de derecho privado responsable de la gestión de un servicio público, en el ejercicio de una de sus facultades. El juez de los recursos de urgencia debe pronunciarse en un plazo de cuarenta y ocho horas*»; que, de acuerdo con el artículo L. 523-1 del mismo Código: «*Las decisiones que se adoptan en aplicación de los artículos L. 521-1, L. 521-3, L. 521-4 y L. 522-3, se dictan en última instancia. Las decisiones que se dictan en aplicación del artículo L. 521-2 pueden ser objeto de un recurso de apelación ante el Consejo de Estado dentro de un plazo de quince días a partir de su notificación. En este último caso, el Presidente de la Sección de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o un Consejero Delegado designado a tal efecto deberán pronunciarse en un plazo de cuarenta y ocho horas y ejercer, si procede, las facultades previstas en el artículo 521-4*»;

*Sobre el motivo de inadmisión alegado por los demandados:*

Considerando que tanto de la propia naturaleza del recurso de urgencia –que se deriva de las disposiciones ya citadas del Código

de Justicia Administrativa, al que sólo es posible acogerse en caso de urgencia y que permite, a tenor del artículo L. 511-1 del mismo Código, la adopción exclusiva de medidas de carácter provisional, como de la brevedad del plazo establecido para recurrir ante el Consejo de Estado contra una resolución dictada en primera instancia al amparo de dichas disposiciones, se desprende que el alcalde puede recurrir en nombre del municipio contra una decisión de esta naturaleza sin que tenga que pedir autorización al concejo municipal; que, por consiguiente, y aunque el señor Morbelli, alcalde del municipio, no pueda apelar en nombre propio contra la resolución por la que el juez de los recursos de urgencia del Tribunal Administrativo de Marsella instó al alcalde de este municipio, amparándose en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, a que convocara al concejo municipal para que éste deliberara sobre el nombramiento de los delegados municipales del *Conseil de la Communauté d'Agglomération du Pays d'Aix*, sí tiene, en cambio, la posibilidad de impugnar la resolución en nombre del municipio, a pesar de que la delegación, que le había concedido el concejo municipal en aplicación del párrafo 16 del artículo L. 2122-22 del Código General de las Colectividades Territoriales, le fuera retirada y no hubiera solicitado autorización a dicho concejo para interponer el presente recurso; que el motivo de inadmisión contra la demanda del municipio de Venelles debe, por tanto, ser desestimado;

*En cuanto al fondo:*

Considerando, en primer lugar, que, *aunque el principio de libre administración de las colectividades territoriales, al que se refiere el artículo 72 de la Constitución, forma parte de las libertades fundamentales que el legislador, al calificarlas como tales, ha pretendido salvaguardar mediante una protección jurisdiccional especial, la negativa opuesta por el alcalde de Venelles a las solicitudes que le fueron remitidas, con el fin de que convocara al concejo municipal para que éste deliberara sobre el asunto antes mencionado, sólo afecta a las relaciones internas dentro del propio municipio y no puede, por tanto, ser considerada como una omisión de dicho principio;* que de ello se deduce que el juez de los recursos de urgencia del Tribunal Administrativo de Marsella no tuvo en cuenta el alcance de las disposiciones ya citadas del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa al admitir, amparándose en dicho texto, las demandas que se

habían presentado ante él para que instara al alcalde a convocar con este fin al concejo municipal;

Considerando, en segundo lugar, que la negativa a efectuar la convocatoria no vulnera, contrariamente a lo que alegaron los demandantes en primera instancia, la libertad de expresión de los concejales o el derecho de expresión de la democracia local, ni tampoco el derecho de voto y de representación;

Considerando que de cuanto antecede se desprende que el municipio de Venelles tiene motivos fundados para solicitar la anulación de la resolución impugnada.

Considerando que la presente resolución no impide a los interesados, si creen que su demanda es admisible y tiene fundamento legal, interponer ante el Tribunal Administrativo un recurso por exceso de poder contra la negativa de convocatoria del alcalde, y presentar ante el juez de los recursos de urgencia de este tribunal unas conclusiones dirigidas, al amparo de las disposiciones del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, a conseguir que se ordene la suspensión y se acompañe el pronunciamiento de esta medida con la exposición de las obligaciones que ello implica para el alcalde;... (anulación de la resolución del juez de los recursos de urgencia del Tribunal Administrativo de Marsella; desestimación de las demandas presentadas ante el juez de los recursos de urgencia).

## II. *Saez*

(Rec. 117; CTI jul. de 2001, concl. Touvet)

Considerando que el alcalde de Venelles se negó el 14 de dic. de 2000 a dar satisfacción a la solicitud, presentada por 10 de sus 29 concejales, de reunir al concejo municipal para que deliberara sobre la sustitución de los delegados del municipio en el *Conseil de la Communauté d'Agglomération du Pays d'Aix*; que, en contestación a la orden conminatoria pronunciada el 4 de ene. de 2001 mediante Auto del juez de los recursos de urgencia del Tribunal Administrativo de Marsella, el alcalde convocó a su concejo para deliberar sobre la cuestión antes mencionada el 18 de ene. a las 17h30; que, no obstante, al haberle sido notificada, al comienzo de esta sesión, la decisión del mismo día por la

que el Consejo de Estado había anulado el Auto de 4 de ene. de 2001, por considerar que no podía fundamentarse en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativo, el alcalde levantó la sesión antes de que se pudiera debatir la cuestión arriba indicada;

Considerando que, al ser presentada ante él el 19 de ene. de 2001 una nueva demanda de suspensión, fundada esta vez en el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativo, el juez de los recursos de urgencia del Tribunal Administrativo de Marsella, mediante Auto de 24 de ene. de 2001, desestimó esta demanda por no ser admisible debido al hecho de que, al convocar al concejo municipal para la reunión del 18 de ene., el alcalde había renunciado a su decisión impugnada de 14 de dic.; que de las condiciones en las que se celebró la reunión del 18 de ene., según queda expuesto en el memorando que presentó el alcalde ante el juez de los recursos de urgencia, se deduce que no cabía considerar como retirada dicha decisión al haberse ya dictado el Auto impugnado; que, por consiguiente, el señor Saez tiene motivos fundados para sostener que dicho Auto adolece de un error de derecho y para solicitar su anulación;

Considerando que según lo dispuesto en el artículo L. 821-2 del Código de Justicia Administrativa, cuando el Consejo de Estado decide la anulación de una decisión tomada por una jurisdicción administrativa que debe pronunciarse en última instancia, puede «resolver el caso por motivos de fondo si así lo justifica el interés de una buena administración de la justicia»; que, en las circunstancias del caso que nos ocupa, procede resolver el caso en virtud del procedimiento de recurso de urgencia incoado;

Considerando que según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo L.521-1 del Código de Justicia Administrativa: «*Cuando una decisión administrativa, incluso de desestimación, es objeto de un recurso de anulación o de «reforma» (requête en réformation)<sup>1</sup>, el juez del recurso de urgencia, al que corresponde resolver una demanda en este sentido, puede ordenar la suspensión de la ejecución de dicha decisión, o de algunos de sus efectos, cuando así lo justifique la urgencia y se alegue un motivo que genere, en el estado en el que se encuentra la instrucción, una duda importante en cuanto a la legalidad de la decisión*»;

---

<sup>1</sup> N. T: la *requête en réformation* se distingue de la demanda de anulación porque, además de declarar nulo un acto administrativo, la autoridad ante la que se ha apelado lo sustituye por otra resolución.

Considerando que los recurrentes presentaron ante el Tribunal Administrativo de Marsella una demanda encaminada a obtener la anulación de la decisión contraria a la convocatoria de 14 de dic. de 2000;

Considerando, de un lado, que, a tenor del artículo L. 2121-9 del Código General de las Colectividades Territoriales, el alcalde tiene la obligación de convocar al concejo municipal en un plazo máximo de treinta días cuando la solicitud motivada que se le haga llegar esté respaldada, al menos, por una tercera parte de los miembros del concejo municipal en ejercicio en los municipios con una población mínima de 3500 habitantes; que al haber sido requerido por diez de sus concejales, el alcalde de Venelles se negó a convocar el concejo municipal para deliberar sobre la sustitución de los delegados del municipio en el *Conseil de la Communauté d'Agglomération du Pays d'Aix*; que, dado el estado en el que se halla la instrucción, *el motivo fundado en el incumplimiento de las disposiciones del artículo ya citado del Código General de las Colectividades Territoriales es suficiente para generar una duda importante sobre la legalidad de la negativa opuesta a esta solicitud el 14 de dic. de 2000 por el alcalde*;

Considerando, de otro lado, que para negar la urgencia con la que tenía que haber contestado afirmativamente a la solicitud de deliberación por el concejo municipal de la posible sustitución de los delegados del municipio en el *Conseil de la Communauté d'Agglomération du Pays d'Aix*, el alcalde se limitó a afirmar que el trámite realizado por los diez consejeros autores de esta solicitud era de carácter meramente político y que no había motivos para pensar que la mayoría del concejo estuviera dispuesta a nombrar a unos nuevos delegados, como le facultaba a hacer el artículo L. 2121-33 del Código General de las Colectividades Territoriales; que esta argumentación no justifica el incumplimiento por parte del alcalde de Venelles del plazo de un mes que, en este caso concreto, se había ampliamente superado y que fue establecido por el legislador para garantizar el respeto de la exigencia de libertad de debate democrático en el seno de los concejos municipales; que, por consiguiente, *la reunión del concejo municipal de Venelles, con objeto de que deliberara sin más demora sobre la cuestión del nombramiento de sus delegados en el Conseil de la Communauté d'Agglomération du Pays d'Aix, presentaba, en este caso, un carácter de urgencia*;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que procede suspender la decisión antes citada de 14 de dic. de 2000 y acompañar el pronunciamiento de esta suspensión de una orden conminatoria consistente, dadas las circunstancias del caso, en instar al alcalde de Venelles a que reúna al concejo municipal a más tardar el miércoles 7 de marzo de 2001 a las 18 horas para que delibere sobre la cuestión de la posible sustitución de los delegados del municipio en el Conseil de la Communauté d'Agglomération du Pays d'Aix; que, en cambio, no procede, contrariamente a lo que solicita el recurrente, acompañar esta orden conminatoria de una multa coercitiva;... (anulación de la resolución del juez de los recursos de urgencia del Tribunal Administrativo de Marsella; suspensión de la decisión del alcalde de Venelles; orden conminatoria dirigida al alcalde para que convoque al concejo municipal antes del miércoles 7 de marzo de 2001 a las 187 horas).

## OBSERVACIONES

- 1 La sentencia *Commune de Venelles*\* de 18 de ene. de 2001, y la sentencia *Saez*, de 5 de marzo de 2001, forman parte de las primeras decisiones que se adoptaron en aplicación de las nuevas disposiciones de la ley de 30 de junio de 2000, relativa al recurso de urgencia ante las jurisdicciones administrativas, que entró en vigor el 1 de ene. de 2001

Diez concejales del municipio de Venelles habían solicitado al alcalde que convocara al concejo municipal para nombrar a los delegados municipales en el *Conseil de la Communauté d'Agglomération du Pays d'Aix* del que formaba parte el municipio. Al haberse negado el alcalde, sometieron la cuestión al Presidente del Tribunal Administrativo de Marsella, mediante el procedimiento del recurso de urgencia establecido por el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa cuyo objeto es garantizar «*la salvaguarda de una libertad fundamental*», con el fin de que se instara al alcalde a convocar al concejo municipal.

El Presidente del Tribunal Administrativo admitió esta demanda. En el procedimiento de apelación, el Consejo de Estado admitió que el artículo L. 521-2 podía aplicarse en caso de vulneración del principio de libre administración de las colectividades territoriales, al ser éste «*una de las libertades fundamentales que el legislador ha pretendido amparar con una protección jurisdiccional especial*»; pero, dado que

la negativa del alcalde afectaba exclusivamente a las relaciones internas dentro del municipio, no podía ser considerada como una omisión de este principio; el artículo L. 521-2 no era de aplicación en este caso. Por consiguiente, se procedió a anular la resolución del Presidente del Tribunal Administrativo. Pero la sentencia contempla la posibilidad de aplicar las disposiciones del artículo L. 521-1 relativo al recurso de urgencia-suspensión.

Los concejales emprendieron, en efecto, contra la negativa del alcalde a la vez un recurso por exceso de poder y un procedimiento de recurso de urgencia-suspensión. El Presidente del Tribunal Administrativo desestimó la demanda por no apreciar que existía una urgencia. Al ser presentando ante él un recurso de casación, el Consejo de Estado, mediante su sentencia *Saez* de 5 de marzo de 2001, consideró, por el contrario, que se satisfacían a la vez los requisitos de urgencia y de existencia de una duda importante respecto a la legalidad de la decisión del alcalde. Por consiguiente, no sólo procedió a suspender su decisión, sino que instó también al alcalde a reunirse con su concejo municipal antes del 7 de marzo de 2001 a las dieciocho horas. De este modo, los recurrentes consiguieron, mediante el recurso de urgencia-suspensión, lo que no habían logrado por medio del recurso-libertad.

Estas decisiones permiten apreciar el alcance de las principales innovaciones introducidas por la ley de 30 de junio de 2000. Este texto legal, a cuya elaboración había contribuido de forma directa el Consejo de Estado, tenía como propósito mejorar el recurso ante las jurisdicciones administrativas, dar respuesta al reproche de lentitud e ineficacia que se dirigía contra éste, e impedir los excesos de las jurisdicciones ordinarias que debían pronunciarse sobre materias administrativas, al serles presentado un recurso de urgencia (so pretexto de hallarse ante una vía de hecho).

No obstante, los procedimientos de urgencia no eran del todo ajenos al contencioso administrativo. El procedimiento de aplazamiento de la ejecución, que fue utilizado por última vez por la sentencia *Ouat* de 20 de dic. de 2000 (Rec. 643, concl. Lamy; RFDA 2001.371, concl.; AJ 2001.146, cr. Guyomar y Collin; LPA 19 de marzo de 2001, nota Maillol), formaba parte del derecho común. Hallamos un ejemplo muy ilustrativo del mismo en la sentencia (As.) de 12 de nov. de 1938, *Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions* (Rec. 840; D. 1939.3.12, concl. Dayras; S. 1939.3.65, concl.). El legislador había

previsto otros procedimientos de urgencia, mediante una especie de acumulación sucesiva, que no se distinguían precisamente por su claridad.

- 2 La ley de 30 de junio de 2000 instauró dos nuevos procedimientos de recurso de urgencia, el recurso de urgencia-suspensión (art. L. 521-1 CJA), y el recurso de urgencia-libertad fundamental (art. L. 521-2). También retomó unos procedimientos que o bien ya existían en el ámbito general de la justicia, como el «*recurso de urgencia cautelar*» (art. L. 521-3), o bien eran procedimientos especiales de determinados contenciosos (art. L. 551-1 y s.; v. n.º 116.5). También adoptó unas disposiciones de conjunto: (art. L. 511-1) «*el juez de los recursos de urgencia resuelve con medidas que presentan un carácter provisional. No resuelve en cuanto a lo principal y ha de pronunciarse en los plazos más breves*»; (art. L. 511-2) pueden intervenir como jueces de los recursos de urgencia los presidentes de los tribunales administrativos y de los tribunales administrativos de apelación, el presidente de la Sección de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o los consejeros que éstos designen, pero el caso puede remitirse a un tribunal colegiado, como ocurrió con los dos casos relacionados con el municipio de Venelles; (art. L. 522-3) el juez de los recursos de urgencia puede desestimar, mediante un procedimiento simplificado, las demandas que no presenten un carácter de urgencia, o que sean manifiestamente ajenas a la competencia de la jurisdicción administrativa o no sean admisibles por carecer de fundamento.

Los recursos de urgencia para la suspensión de un acto (art. L. 521-1) y para la protección de una libertad fundamental (art. 521-2) son sobre todo los que han obligado a la jurisprudencia, desde un primer momento, a precisar los requisitos de aplicación de la ley.

Antes de proceder a las aclaraciones que exigían ambos procedimientos de urgencia, se vio en la obligación de determinar si podían iniciarse en relación con una misma demanda. La respuesta fue negativa (CE Secc. 28 de febr. de 2001, *Philippart et Lesage*, Rec. 111; RFDA 2001.390, concl. Chauvaux; D. 2002.2225, obs. Vandermeeren), ya que «al establecer una distinción entre ambos procedimientos..., el legislador se propuso dar respuesta a situaciones distintas; los requisitos... no son los mismos, como tampoco lo son las facultades de las que dispone el juez de los recursos de urgencia» (CE ord. 28 de febr. de 2003, *Commune de Pertuis*, Rec. 68; AJ 2003.1171, nota Cassia y Béal; JCP Adm. 2003.1584, nota Quillien; GACA, n.º 12).

Los dos pueden iniciarse paralelamente o, incluso, sucesivamente, tal y como ponen de manifiesto las sentencias *Commune de Venelles-Saez*. Cada uno de ellos está sujeto a unos requisitos, es objeto de una valoración y puede dar lugar a resultados diferentes, como demuestra una vez más este caso concreto.

### I. El recurso de urgencia-suspensión.

- 3 A. El recurso de urgencia-suspensión del artículo L. 521-1 CJA puede interponerse contra *cualquier decisión administrativa, incluso la decisión de desestimación*. Las decisiones administrativas pueden ser explícitas o implícitas, positivas o negativas.

Durante mucho tiempo se consideró que una decisión de desestimación no podía ser objeto del antiguo aplazamiento de la ejecución (CE As. 23 de ene. de 1970, *Ministre d'État chargé des affaires sociales c. Amoros*, Rec. 51; AJ 1970.174, nota Delcros; RD publ. 1970.1035, nota M. Waline). Esta opinión se sustentaba en dos principios.

El primero estaba relacionado con el concepto de decisión ejecutoria. Mientras que «el carácter ejecutorio es la norma fundamental del derecho público» (CE As. 2 de jul. de 1982, *Huglo*, Rec. 257; AJ 1982.657, concl. Biancarelli, nota Lukasczewicz; D. 1983.IR. 270, obs. P. Delvolvé, y J. 327, nota Dugrip; RA 1982.627, nota Pacteau), dado que las autoridades administrativas pueden, con sus decisiones, modificar el estado del Derecho, una negativa no modifica, en la mayoría de los casos, el ordenamiento jurídico: al no cambiar nada, no tiene carácter «ejecutorio»; por consiguiente, no procede ordenar el aplazamiento de su ejecución.

Un segundo principio, al que se alude en la sentencia *Amoros*, se deriva del hecho de que «*el juez administrativo no está facultado para dirigir requerimientos conminatorios a la Administración*». Este principio, que tenía un alcance general (v. nuestras obs. sobre CE 17 de mayo de 1985, *Mme Menneret\**), sería contrario al aplazamiento de una decisión de desestimación; ordenar el aplazamiento de la ejecución de una resolución negativa equivaldría a obligar a la Administración a adoptar la decisión opuesta.

Esta jurisprudencia cedió en sus posiciones debido a dos consideraciones: las decisiones de desestimación tienen unos efectos sobre los administrados; la legislación sobre requerimientos conminatorios en materia administrativa permite, ahora, al juez administrativo ordenar a

la Administración que adopte medidas que implican necesariamente la ejecución de un fallo o de una sentencia (v. CE 17 de mayo de 1985, *Mme Menneret\**). Con la sentencia *Ouatah* de 20 de dic. de 2000 (v. *supra* n.º 100.1), el Consejo de Estado renunció a la fórmula según la cual «*las jurisdicciones administrativas no tenían facultad para ordenar que se aplazara la ejecución de una decisión de desestimación*». Cuando recibe una solicitud de aplazamiento de la ejecución de una negativa a conceder un visado, ya no responde con la inadmisión de la demanda como lo hacía anteriormente. Examina el caso en cuanto al fondo. Por tanto, en lo que respecta a las decisiones de desestimación, la sentencia *Ouatah* armonizó el aplazamiento de la ejecución con el recurso de urgencia-suspensión, produciéndose el primero unos días antes que el segundo, sustituyendo éste al primero y, por tanto, siendo admisible en el caso de dichas decisiones.

En el caso de que un recurso contencioso administrativo tenga necesariamente que ir precedido de un recurso administrativo, no siendo este último susceptible de suspensión, se planteó la pregunta de si era posible iniciar un procedimiento de recurso de urgencia-suspensión sin tener que esperar al resultado del recurso administrativo: dado «*que la finalidad misma del recurso de urgencia... no es otra que permitir, en todos los casos en que así lo justifique la urgencia, la suspensión en los plazos más cortos de una decisión administrativa*», el Consejo de Estado dio una respuesta afirmativa (Secc. 12 de oct. de 2001, *Société Produits Roche*, Rec. 463; RFDA 2002.315, concl. Fombeur; AJ 2002.123, cr. Guyomar y Collin; CFPA marzo de 2002, p. 38, com. Guyomar; D. 2002.2226, obs. Vandermeeren; JCP 2002.II.20020, nota Cristol, GACA, n.º 9).

- 4 B. Como ocurría con el antiguo aplazamiento de la ejecución, el recurso de urgencia-suspensión sólo se admite a trámite si la decisión a la que afecta es objeto de un recurso, ya sea éste de anulación o de reforma, ante la jurisdicción administrativa.

Pero, mientras que en el caso del aplazamiento de la ejecución, era requisito indispensable que «*la ejecución de la decisión impugnada pudiera tener consecuencias difícilmente reparables*» y que «*los motivos alegados en la demanda presentaran, dado la fase en que se encontraba la instrucción, una apariencia de seriedad y de importancia suficientes para justificar la anulación*», el recurso de urgencia-suspensión puede interponerse «*cuando la urgencia lo justifique y cuando se hagan constar unos motivos que, dada la fase en la que se encuentra la*

instrucción, susciten una duda importante en cuanto a la legalidad de la decisión».

1.º) Pese a que el requisito de urgencia no se enunciaba formalmente en el caso del aplazamiento de la ejecución, ello no significa que no estuviera estrechamente vinculado con las consecuencias que podían derivarse de la ejecución de la decisión. La jurisprudencia había atenuado el rigor de este requisito, sustituyendo el «*perjuicio irreparable*» (por ej., CE 2 de nov. de 1889, *Jugy*, Rec. 874) por «*un estado de cosas que podría dar lugar a cambios importantes... y que sería en la práctica muy difícil de modificar...*» (CE 12 de nov. de 1938, *Chambre syndicale des moteurs d'avions*, citada *ut supra*), o, en términos más generales, a unas «*consecuencias difícilmente reparables*» según la fórmula que utiliza el artículo 54 del Decreto de 30 de jul. de 1963

A partir de entonces, el artículo L. 521-1 formula expresamente el requisito de urgencia. Pero no lo define. Para poder identificarlo, la sentencia dictada por el Consejo de Estado (Secc.) el 19 de ene. de 2001, *Confédération nationale des radios libres* (Rec. 29; RFDA 2001.378, concl. Touvet; AJ 2001.150, cr. Guyomar y Collin; D. 2001.1414, nota Seiller; D. 2002.2220, obs. Vandermeeren; GACA, n.º 10) obliga a un doble análisis: de un lado, «*se debe considerar que se cumple el requisito de urgencia... cuando la decisión administrativa impugnada supone un perjuicio suficientemente grave e inmediato para un interés público, para la situación del recurrente o para los intereses que éste defiende*»; de otro, «*corresponde al juez de los recursos de urgencia... valorar concretamente, habida cuenta de los motivos alegados por el recurrente, si las consecuencias... sobre la situación de este último o, en su caso, sobre las personas implicadas, son suficientes para implicar una urgencia...*» Así pues, la urgencia se aprecia al mismo tiempo «objetivamente y teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias de cada caso», es decir, «globalmente» (CE Secc. 28 de febr. de 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et Société Sud-Est Assainissement*, Rec. 109; AJ 2001.461, cr. Guyomar y Collin; D. 2002.2222, obs. Vandermeeren; GACA, n.º 11). Nos hallamos ante un buen ejemplo de la teoría del balance (v. nuestras obs. sobre CE 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est*\*).

Con respecto a las «*consecuencias difícilmente reparables*» que se exigían anteriormente, el menor rigor que trae consigo el recurso de urgencia-suspensión es fácilmente perceptible en la sentencia *Con-*

*fédération nationale des radios libres*, puesto que admite que se puede cumplir el requisito de urgencia «incluso cuando la decisión implicada pudiera tener exclusivamente una finalidad o unas consecuencias de carácter financiero y, cuando en caso de anulación, sus efectos pudieran ser compensados mediante una reparación pecuniaria» (por ej., CE ord. 28 de oct. de 2011, *SARL PCRL Exploitation*, Rec. 1180).

- 5 Se ha considerado que cumplieran con el requisito de urgencia decisiones tan diversas como la negativa del Colegio de Cirujanos-Dentistas a conceder a dos de sus miembros la autorización para ejercer su profesión en un nuevo domicilio social (CE Secc. 28 de febr. de 2001, *Philippart et Lesage*, préc.), la negativa a convocar a un concejo municipal (CE 5 de marzo de 2001, *Saez*), la autorización de importar células madre humanas de origen embrionario y de proceder a investigaciones con dichas células (CE 13 de nov. de 2002, *Association Alliance pour les droits de la vie*, Rec. 393; AJ 2002.1506, concl. Chauvaux; D. 2003.89, nota Moutouh; DA ene. de 2003, p. 33, nota Févr.; LPA 3 de abr. de 2003, nota Pauvert), la notificación de cobro de una deuda fiscal a una empresa, «teniendo en cuenta su situación financiera, el importe de la deuda fiscal objeto de litigio y el alcance de las medidas que podría adoptar el funcionario responsable del cobro» (CE Secc. 25 de abr. de 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. SARL Janfin*, Rec. 197, concl. Bachelier; Dr. fisc. 2001.581 y RFDA 2001.837, concl.; RA 2001.273, com. Fouquet; RJF 2001.611, cr. Maia), la exportación y el traslado a India del casco del antiguo portaaviones Clemenceau que habían autorizado las autoridades francesas (CE 15 de febr. de 2006, *Association Ban Asbestos France et association Greenpeace France*, Rec. 78; RD publ. 2006.1671, concl. Aguila, nota Illiopoulou; Dr. envir. 2006, n.º 36, concl.; AJ 2006.762, nota Pontier; LPA 27 de febr. de 2006, nota Chaltiel), el sacrificio de dos elefantes enfermos de tuberculosis (CE ord. 27 de febr. de 2013, *Société Promogil*, Rec. 766; AJ 2013.1870, nota Blanco; LPA 8 de abr. de 2013, nota O. Le Bot), la negativa de concesión de matrículas de automóviles (CE ord. 27 de agosto de 2013, *Société Mercédès-Benz France*, RJEP de dic. de 2013.22, nota Chabrier), el decreto sobre la reserva previa de vehículos con conductor (CE ord. 5 de febr. de 2014, *Société Allocab*, AJ 2014.661, nota M.L.; DA marzo de 2014, p. 3, nota Noguellou; RJEP jul. de 2014.31, nota Bretonneau).

Quando no se cumple el requisito de urgencia, no procede examinar la cuestión de la legalidad de la decisión.

6

2.º) Si es legal, es necesario, además, según el artículo L. 521-1, que exista «*un motivo suficiente para suscitar... una duda importante respecto a la legalidad de la decisión*». La fórmula es menos rotunda de lo que era anteriormente para el aplazamiento de la ejecución («*motivos importantes y suficientes para que se justifique la anulación*»). En ambos casos, la valoración de la legalidad se realiza «*en el estado en el que se halla la instrucción*». Por tanto, hoy en día como en el pasado (par ej., CE Secc. 9 de dic. de 1983, *Ville de Paris et autres*, Rec. 499, concl. Genevois; AJ 1984.82, cr. Lasserre y Delarue), esta valoración no permite anticipar la resolución que se adoptará en cuanto al fondo.

Hay algunos casos en que la ilegalidad es tan patente que ni siquiera se plantea una duda razonable, por ejemplo, cuando un texto reglamentario retoma una disposición legal derogada (CE ord. 20 de marzo de 2001, *Syndicat national des horlogers, bijoutiers, joailliers*, Rec. 1106); puede ser una cuasicerteza, por ejemplo, cuando un alcalde se niega a convocar al concejo municipal, pese a que se den las circunstancias que lo obligan a convocarlo (CE 5 de marzo de 2001, *Saez*), o cuando se pasa por alto un reglamento comunitario que impide la exportación de residuos que contengan amianto y que estén destinados a ser eliminados o aprovechados (CE 15 de febr. de 2006, *Association Ban Asbestos France et association Greenpeace France*, citada *ut supra*). Otros casos pueden plantear alguna dificultad: basta que la duda sea importante para que se pueda ordenar la suspensión (por ej., CE 28 de febr. de 2001, *Philippart et Lesage*); Puede suscitarse una duda, en particular, cuando una jurisdicción de otro Estado miembro plantea una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas sobre la validez de una directiva sobre cuya aplicación se adoptó la decisión impugnada (CE ord. 29 de oct. de 2003, *Société Techna SA*, Rec. 422; AJ 2004.540, nota Courier; CJEG 2004.31, nota Cassia; D. 2005.859, com. Louvaris; Europa ene. de 2004.5, cr. Cassia; JCP Adm. 2004.1028, nota Katz). Pero incluso «*unos criterios muy flexibles respecto a la duda sobre la legalidad*», según la expresión utilizada por la señora de Silva en sus conclusiones (RFDA 2001.673) sobre la sentencia de 14 de marzo de 2001, *Ministre de l'intérieur c. Mme Ameur*, no permiten, a tenor de las funciones que desempeña el juez de los recursos de urgencia, admitir cualquier motivo.

7 C. Cuando se cumplen los requisitos del recurso de urgencia-suspensión, corresponde al juez adoptar las *medidas pertinentes*.

Sigue teniendo a este respecto la facultad de valoración que le reconoció el Consejo de Estado en relación con el aplazamiento de la ejecución.

La medida esencial es, sin duda, la suspensión de la ejecución de la decisión impugnada.

Pero se trata de una medida provisional, no equiparable a la anulación. Cuando el juez que decide el fondo no tiene facultades de anulación, el juez del recurso de urgencia no puede pronunciar la suspensión (por ejemplo, en el caso de medida adoptada por la Administración respecto a su cocontratante, CE 24 juin 2002, *Société Laser*, Rec. 857; BJCP 2002.465, concl. Bergeal). De lo que se trata es exclusivamente de impedir la ejecución de la decisión: cuando ésta se ha ejecutado en su totalidad, ya no procede suspender su ejecución, tal es el caso de una decisión relativa a la suscripción de un contrato, cuya ejecución pasa a ser efectiva con la propia suscripción del mismo (CE 27 de nov. de 2002, *Région Centre*, Rec. 854; BJCP 2003.150 concl. Le Chatelier).

Cuando es posible la suspensión, puede limitarse a determinados efectos de la decisión.

Si afecta a una decisión de desestimación, «corresponde al juez de los recursos de urgencia, incluso cuando no se haya llegado a unas conclusiones expresas, acompañar la medida de suspensión de una exposición de las obligaciones que de ella se derivan» (CE 27 de jul. de 2001, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c. Vedel*, Rec. 416).

El juez administrativo puede hacer uso, en el marco del recurso de urgencia-suspensión, de la facultad conminatoria que le corresponde para ordenar a la Administración que adopte las medidas imprescindibles para la ejecución del fallo o de la sentencia, si fuera necesario mediante multa coercitiva (v. nuestras obs. sobre CE 17 de mayo de 1985, *Mme Menneret\**). Por ejemplo, después de haber suspendido, por medio de su sentencia *Philippart et Lesage*, la decisión por la que se negaba a los interesados la autorización de instalar su clínica dental, el Consejo de Estado remitió una orden conminatoria al Colegio de Cirujanos-Dentistas para que les concediera, «*en un plazo de ocho días a partir de la notificación de la presente decisión, una autorización provisional de instalación*». En el caso *Venelles*, la sentencia *Saez*, des-

pués de haber suspendido la decisión del alcalde negándose a convocar al concejo municipal, le conminó a que lo reuniera antes del 7 de marzo de 2001 a las 18 horas: ya no se trata aquí de una medida provisional, aunque se reducía a un período determinado.

El cambio radical con respecto a la jurisprudencia *Amoros* que introdujo la sentencia *Ouatah* se completa, pues, con esta nueva jurisprudencia: al no tener el juez administrativo una facultad conminatoria, no era posible el aplazamiento de la ejecución de una decisión de desestimación; con la nueva jurisprudencia, la suspensión de una decisión negativa puede dar lugar a una orden conminatoria para que se tome la decisión contraria.

## II. El recurso de urgencia para proteger una libertad fundamental.

- 8 El artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa permite al propio juez administrativo garantizar, mediante un procedimiento de urgencia, la salvaguarda de las libertades públicas, tal y como ha ocurrido cuando se ha pronunciado en cuanto al fondo, en particular, por la vía de recurso por exceso de poder (*cf.* por ej., CE 19 de febr. de 1909, *Abbé Olivier\**; – 19 de mayo de 1933, *Benjamin\**; – 29 de jul. de 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État\**; – 22 de junio de 1951, *Dau-dignac\**; – 28 de mayo de 1954, *Barel\**; – 24 de junio de 1960, *Société Frampar\**).

La jurisprudencia se vio obligada a precisar hasta qué punto es posible ejercer el recurso de urgencia para proteger una libertad fundamental (A) y cuáles son las medidas que éste permite adoptar.

A. El recurso de urgencia-libertad se concibió para proteger las libertades fundamentales (1.º) cuando son objeto de una grave vulneración por parte de la Administración (2.º).

- 9 1.º «El concepto de libertad fundamental al que alude el artículo L. 521-2 del Código es uno de los más complejos entre aquellos que introdujo la ley de 30 de junio de 2000» (L. Touvet, concl. citada *ut supra* sobre CE 18 de ene. de 2001, *Commune de Venelles* y 19 de ene. de 2001, *Confédération nationale des radios libres*). Una concepción demasiado estricta limitaría la protección de las libertades,

mientras que otra demasiado amplia podría desnaturalizar o incluso ser un obstáculo para el nuevo procedimiento.

Las decisiones que se han dictado desde el 1 de ene. de 2001 ponen de manifiesto el vínculo existente entre las libertades fundamentales, en el sentido del artículo 521-2, y las libertades que han sido objeto de un reconocimiento y de una protección a nivel constitucional, internacional o legislativo. Desde entonces han podido ser objeto de una clasificación que nos desvela cómo ha ido ampliando el Consejo de Estado el concepto de libertades fundamentales, a medida que se han ido acumulando los casos.

En primera fila hay que colocar a aquellas que están relacionadas con la libertad individual o personal:

– derecho al respeto de la vida (CE Secc. 16 de nov. de 2011, *Ville de Paris et Société d'économie mixte PariSeine*, Rec. 552, concl. Botteghi; BJCL 2012.60 y RFDA 2012.269, concl.; DA febr. de 2012.18, nota Spitz; JCP Adm. 2012.2017, nota Pacteau; JCP 2012.24, nota Le Bot; RJEP febr. de 2012, p. 20, nota Chabrier; As. 14 de febr. de 2014, *Mme Lambert\**;

– derecho al respeto de la vida privada (CE ord. 25 de oct. de 2007, *Mme Y.*, Rec. 1013; RFDA 2008.328, nota Le Bot);

– derecho al matrimonio (CE ord. 9 de jul. de 2014, *Mbaye*, Rec. 794; AJ 2014.2141, nota E. Aubin);

– derecho a tener una vida familiar normal (CE Secc. 30 de oct. de 2001, *Ministre de l'intérieur c. Mme Tliba*, Rec. 523; RFDA 2002.324, concl. de Silva; AJ 2001.1054, concl., y cr. Guyomar y Collin; GACA, n.º 15);

– secreto de la correspondencia (CE 9 de abr. de 2004, *Vast*, Rec. 173; RFDA 2004.778, concl. Boissard; DA 2004, n.º 98, nota Lombard);

– presunción de inocencia (CE ord. 14 de marzo de 2005, *Gollnisch*, Rec. 103; AJ 2005.1633, nota Burgorgue-Larsen);

derecho a no ser sometido a un tratamiento inhumano y degradante (CE ord. 22 de dic. de 2012, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. 496; JCP Adm. 2013.2017, nota Koubi) y derecho a no padecer acoso moral (CE ord. 19 de junio de 2014, *Commune du Castellet*, Rec. 794; AJ 2014.1284, nota Le Bot);

– libertad de movimiento, que conlleva el derecho a poder desplazarse fuera del territorio francés (CE 9 de ene. de 2001, *Deperthes*, Rec. 1);

– «el derecho del paciente mayor de edad a dar su consentimiento, cuando su estado se lo permita, a un tratamiento médico» (CE ord. 16 de agosto de 2002, *Mmes Feuillatey*, Rec. 309; DA nov. de 2002, p. 29, nota Aubin; Gaz. Pal. 21-22 de mayo de 2003, nota Bonneau; JCP 2002.II.10184, nota Mistretta; LPA 26 de marzo de 2003, nota Clément), así como «el derecho a no ser sometido a un tratamiento que pudiera ser el resultado de una ensañamiento terapéutico» (*Mme Lambert\**);

– en términos más generales, «libertades fundamentales que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea vincula con el estatuto de ciudadano de la Unión» (CE ord. 9 de dic. de 2014, *Mme Pouabem*, Rec. 379; AJ 2015.1116, nota M. Gautier). El Consejo de Estado ha dado pruebas de mayor originalidad al incluir, entre las libertades fundamentales, el derecho a interponer un recurso individual efectivo ante una jurisdicción (CE ord. 30 de junio de 2009, *Ministre de l'intérieur, de l'outremer et des collectivités territoriales c. M. Beghal*, Rec. 240) y la posibilidad para un menor discapacitado de acceder a una escolarización o a una formación escolar adaptada, según las modalidades establecidas por el legislador (CE ord. 15 de dic. de 2010, *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative c. M. et Mme Peyrilhé*, Rec. 500; AJ 2011.858, nota P.-H. Prélôt; DA febr. de 2011, p. 21, nota Raimbault; JCP Adm. 2011.2066, nota Legrand).

Entre las libertades económicas y sociales, se consideraron como fundamentales, en el sentido del art. L 521-2 relativo a las libertades ya reconocidas a nivel constitucional: el derecho a la propiedad, al beneficio no sólo del propietario, sino también del inquilino (CE 29 de marzo de 2002, *SCI Stephaur*, Rec. 117; AJ 2003.345, nota Grosieux; D. 2003.1115, nota Martin; JCP 2002.II.10179, nota Zarka; RFDA 2003.370, notas Lequette y Pez); la libertad de emprender y la libertad de comercio e industria (CE ord. 12 de nov. de 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, Rec. 551; DA 2002, n.º 41, nota Lombard); la libertad de trabajo; el derecho a un alojamiento de emergencia (CE ord. 10 de febr. de 2012, *Fofana*, AJ 2012.716, nota Durantho; JCP Adm. 2012.2059, nota Le Bot).

10

Varias de las libertades colectivas han sido calificadas como fundamentales desde el punto de vista del recurso de urgencia: «*la libre expresión del voto*» (CE ord. 7 de febr. de 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*); «*el principio del carácter pluralista de la expresión de las corrientes de opinión y de pensamiento*» (CE ord. 24 de febr. de 2001, *Tibéri*, Rec. 85; D. 2001.1748, nota Ghevontian; RFDA 2001.629, nota Malignier); la libertad de reunión, de la que depende el derecho de un partido político legalmente constituido a celebrar reuniones (CE ord. 19 de ago. de 2002, *Front National, Institut de formation des élus locaux*, Rec. 311; v. n.º 43.5); las libertades de expresión y de reunión (CE ord. 9 de ene. de 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala*, Rec. 1; v. n.º 43.5), la libertad de culto (CE ord. 25 de agosto de 2005, *Commune de Massat*, Rec. 386; AJ 2006.91, nota Subra de Bieusses; JCP 2006. II.10024, nota Quiriny); la libertad sindical (CE 31 de mayo de 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, Rec. 223; AJ 2007.1237, cr. Lenica y Boucher; JCP Adm. 2007.2293, nota Dieu); el derecho de huelga (CE 9 de dic. de 2003, *Mme Aguilon*, Rec. 497; v. n.º 59.12).

En cambio, «si bien... la protección de la salud pública constituye un principio de valor constitucional, ello no implica... que el «derecho a la salud» sea una de las libertades fundamentales a las que se aplica el artículo L. 521-2» (CE ord. 8 de sept. de 2005, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. B.*, citada *ut supra*).

El caso de los extranjeros ha dado lugar a una jurisprudencia muy abundante. Desde el primer momento en que empezó a aplicarse la reforma de los procedimientos de urgencia, el Consejo de Estado hizo constar que «el concepto de «libertad fundamental» engloba, en el caso de los extranjeros –que están sujetos a unas medidas específicas que regulan su entrada y su estancia en Francia, y a los que no se reconoce, a diferencia de los ciudadanos franceses, la libertad de entrada el territorio– el derecho constitucional de asilo, del que se deriva el derecho a solicitar el estatus de refugiado, cuya obtención es determinante para el ejercicio por las personas implicadas de las libertades de las que disfrutaban la generalidad de los extranjeros» (CE ord., 12 de ene. de 2001, *Mme Hyacinthe*, Rec. 12; AJ 2001.589, nota Morri y Slama).

Dado que los particulares parecían ser los principales beneficiarios de las libertades, podía plantearse algunas dudas a la hora de reconocer como «fundamentales» las libertades de las colectividades loca-

les. El Consejo de Estado, en la sentencia *Commune de Venelles*, de 18 de ene. de 2001, señaló, no obstante, que «*el principio de libre administración de las colectividades territoriales, que establece el artículo 72 de la Constitución, forma parte de las libertades fundamentales que el legislador ha pretendido amparar con una protección jurisdiccional especial*».

- 11 2.º) Pero, para beneficiarse de esta protección, hace falta que dicha libertad *sea objeto de vulneración* en determinadas circunstancias. Primero es necesario que la vulneración la cometa, en el ejercicio de sus facultades, una persona jurídica de derecho público o un organismo de derecho privado responsable de la gestión de un servicio público. El hecho de que se mencione tanto a los organismos de derecho privado como a las personas públicas es un reflejo de la jurisprudencia *Monpeurt\** de 31 de jul. de 1942. La alusión al ejercicio de las facultades parece concernir exclusivamente a los comportamientos activos. Pero la abstención de los poderes públicos puede, en determinadas circunstancias, constituir una vulneración contra una libertad fundamental, tal y como lo ha admitido en varias ocasiones el Consejo de Estado en las decisiones ya citadas (16 de nov. de 2011: no adopción de medidas de seguridad; 10 de febr. de 2012: no adopción de una medida de alojamiento; 22 de dic. de 2012: deficiencias de la administración penitenciaria en el mantenimiento de las cárceles).

La vulneración de una libertad fundamental puede ser resultado tanto de un comportamiento de hecho como de una decisión. Este es el motivo por el que, contrariamente a lo que ocurre con el recurso de urgencia-suspensión, el recurso de urgencia-libertad se puede interponer con independencia de cualquier otro recurso contra una decisión.

Pero, en todos los casos, la vulneración debe ser, de un lado, real y, de otro, grave y manifiestamente ilegal.

No se produce una vulneración de una libertad fundamental cuando la medida impugnada persigue una finalidad que nada tiene que ver con ésta. Por ello, en el caso *Commune de Venelles*, la negativa del alcalde a convocar al concejo municipal «*sólo afecta a las relaciones internas dentro del propio municipio y no puede, por tanto, ser considerada como una vulneración del principio*» de libre administración de las colectividades territoriales. Por el contrario, se considera que este principio se pone en entredicho cuando una entidad pública de cooperación municipal empieza a ejercer, en lugar de los municipios a los que engloba, unas competencias cuya transferencia va a lle-

varse a cabo en una fecha posterior (CE 12 de junio de 2002, *Commune de Fauillet*, Rec. 215; AJ 2002.590, cr. Donnat y Casas) – hecho que demuestra que las libertades de las colectividades territoriales deben estar amparadas por una protección no sólo contra el Estado, sino contra ellas mismas.

Tampoco las decisiones relativas a la contratación o a la exclusión de un agente público, incluso en el caso de que sean ilegales, constituyen en sí mismas una vulneración de una libertad fundamental, aunque sus motivos sí puedan poner de manifiesto una vulneración de esta naturaleza (CE Secc. 28 de febr. de 2001, *Casanovas*, Rec. 107; RFDA 2001.399, concl. Fombeur; AJ 2001.971, nota Legrand y Janicot; D. 2002.2229, obs. Vandermeeren). Esto es lo que ocurriría, por ejemplo, en caso de la negativa a admitir a un candidato a un concurso-oposición debido a sus opiniones políticas (*cf.* CE 28 de mayo de 1954, *Barel\**).

- 12** La vulneración grave de una libertad fundamental y la ilegalidad manifiesta constituyen dos requisitos distintos, que deben darse conjuntamente, como subraya, en particular, la citada sentencia de 30 de oct. de 2001, *Ministre de l'intérieur c. Mme Tliba*, que, tras comprobar que se cumple el primer requisito, considera que no ocurre lo mismo con el segundo, motivo por el que desestima la demanda de recurso de urgencia. Pueden comprobarse ambos con un mismo análisis (por ej., *Front National*).

La gravedad de la vulneración ha de apreciarse, a la vez, en función de la situación personal del interesado y de la libertad invocada. Se considera, por tanto, que se produce un atentado grave: – contra la libertad de convivir con la familia, cuando se expulsa a un extranjero que no tiene ningún familiar en su país de origen (*Ministre de l'intérieur c. Mme Tliba*); – contra el derecho a pedir asilo, con la negativa de conceder el permiso de residencia que es indispensable para solicitarlo (*Mme Hyacinthe*); – contra el derecho de propiedad, con la negativa a ejecutar una decisión judicial por la que se ordena la expulsión de los ocupantes de un inmueble (*SCI Stephaur*), o también con la instalación de contenedores al comienzo de una calle, impidiendo a los vecinos el acceso a su domicilio (CE ord. 14 de marzo de 2011, *Commune de Galluis*, Rec. 1080; AJ 2011.1562, nota Frérot; JCP Adm. 2011.2167, nota J. Moreau; RJEP de junio de 2011, p. 46, nota Chabrier).

El carácter manifiesto de ilegalidad de la medida puede dar lugar a un análisis más detenido ya sea para desecharlo (*Ministre de l'intérieur*

c. *Mme Tliba*, citada *ut supra*; – ord. 27 de oct. de 2010, *Lefebvre*, AJ 2011.388, nota Hansen y Ferré; DA 2010, n.º 157, nota Andreani; RJEP agosto de 2011, nota Lallet, sobre la movilización forzosa de personal de una empresa petrolera para evitar el riesgo de escasez absoluta de carburante), ya sea para admitirlo (*Front National*).

La acumulación de un atentado grave contra una libertad fundamental o contra el derecho de propiedad y de una ilegalidad manifiesta puede desvelar la existencia de una vía de hecho: aunque esta última pueda dar lugar a un contencioso ante las jurisdicciones ordinarias (v. nos obs. sous TC 17 juin 2013, *Bergoend\**), ello no impide al juez administrativo ejercer paralelamente la competencia y las facultades que le reconoce el artículo L. 521-2 CJA en el marco de un recurso de urgencia-libertad (CE ord. 23 de ene. de 2013, *Commune de Chirongui*, AJ 2013.788, cr. Bretonneau y Domin; DA 2013, n.º 24, com. Gilbert; JCP Adm. 2013.2047, nota Pauliat et 2048, nota Le Bot; RFDA 2013.299, nota P. Delvolvé – sobre una vulneración del derecho de propiedad).

B. Las *medidas* que puede adoptar el juez de los recursos de urgencia deben estar justificadas por la urgencia (1.º) y permitir la salvaguarda de la libertad contra la que se haya atentado (2.º).

### 13

1.º) Vuelve a aparecer, en relación con la *urgencia*, un requisito que ya se exigía en el caso del recurso de urgencia-suspensión. Su exigencia es mayor en el caso del recurso de urgencia-libertad, ya que «requiere... que se adopte... una medida en un plazo de 48 horas (CE 28 de febr. de 2003, *Commune de Perthuis*, citada *ut supra*). Debe, como en el caso del recurso de urgencia-suspensión, ser valorada de forma global y concreta; tiene que deberse a «circunstancias especiales», que pueden derivarse de la naturaleza misma del caso o de su contexto (por ej., en el caso de la denegación de entrada en el territorio francés, las dificultades que se le plantean a los interesados para ser admitidos como residentes en un país diferente al suyo: CE 25 de marzo de 2003, *Ministre de l'intérieur c. M. et Mme Sulaimanov*, Rec. 146; AJ 2003.1662, nota Lecucq).

Las deficiencias de la Administración a la hora de adoptar determinadas medidas pueden provocar una situación de urgencia (tal es el caso de la falta de mantenimiento de las cárceles: CE ord. 22 de dic. de 2012, citada *ut supra*).

14 2.º) El juez del recurso de urgencia puede ordenar *las medidas necesarias para la salvaguarda* de la libertad vulnerada. La fórmula es muy amplia y le permite adaptar el contenido de su decisión a las circunstancias del caso.

«Estas medidas deben, en principio, presentar un carácter provisional, salvo cuando no haya ninguna medida de esta naturaleza capaz de salvaguardar el ejercicio efectivo de la libertad fundamental que ha sido vulnerada; este carácter provisional se aprecia en función de la finalidad y de los efectos de las medidas en cuestión, en particular, de su carácter reversible» (CE 1 de junio de 2007, *Syndicat CFDT Interco*, citada *ut supra*). El juez puede ordenar la suspensión, como en el recurso de urgencia del artículo L. 521-1. Ha suspendido, por ejemplo, la decisión de un alcalde por la que autorizaba la utilización de una capilla para una «manifestación pública» (*Commune de Massat*, citada *ut supra*). Puede dirigir una orden conminatoria a la Administración: se podría haber ordenado la suspensión de la denegación de un permiso de residencia y haber exigido su concesión, si la Administración no hubiera decidido, en el transcurso del procedimiento, registrar la solicitud de asilo del interesado (*Hyacinthe*); remisión de una orden conminatoria a las autoridades municipales y comunitarias para que no pongan obstáculos, salvo que así lo justifiquen nuevas circunstancias de hecho y de derecho, a la ejecución del contrato de reserva de un hotel en el que debía celebrarse una reunión (*Front national*); orden remitida a las autoridades universitarias para que se abstengan de toda toma de posición respecto a la culpabilidad del interesado (*Gollnisch*); orden de restitución a una sección sindical de un local y del conjunto de los bienes y documentos que se hallaban en este local (*Syndicat CFDT Interco*); orden de retirar los contenedores que impiden el acceso al domicilio (*Commune de Galluis*); orden de proceder a la determinación de las medidas necesarias para la erradicación de los animales nocivos que hay en los locales de una cárcel (*Section française de l'Observatoire international des prisons*).

A partir de entonces, los procedimientos de recurso de urgencia ante las jurisdicciones administrativas permiten suspender a su debido tiempo la ejecución de las decisiones administrativas que se consideraran ilegales y poner fin a los atentados de la Administración contra las libertades fundamentales. Dichos procedimientos han llevado al Tribunal de Conflictos a reducir el ámbito de aplicación de la vía de hecho (TC 17 de junio de 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anecy Léman\**).

## 99. PROCEDIMIENTO ANTE EL JUEZ ADMINISTRATIVO Y EXIGENCIAS DE UN JUICIO JUSTO

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de junio de 2001,**  
*Kress c/ France*

(AJ 2001.675, nota Rolin; D. 2003.152, cr. Guinchard; JCP 2001. II.10578, nota Sudre;  
RD publ. 2001.895, com. Maubernard; 983, nota Prétot; 2002.684, obs. Gonzalez;  
D. 2001.2611, nota Andriantsimbazovina; D. 2001.2619, nota R. Drago;  
RFDA 2001.991, nota Genevois; RFDA 2001.1000, nota Autin y Sudre;  
le Journal des droits de l'Homme, supl. de la revista «Les Annonces légales de la Seine»  
9 de ago. de 2001, nota Favreau; RTDE 2001.727, nota Benoit-Rohmer; RTDH 2002.223, nota Sermet; Gaz. Pal. 4-5 de oct. de 2002, nota Cohen-Jonathan, AJ 2007.1433, trib. Sermet)

*El Tribunal:*

[...]

*Consideraciones de Derecho:*

[...]

*En cuanto a la presunta vulneración del artículo 6 párr. 1 del Convenio en lo tocante a la equidad procesal:*

A. Argumentación de las partes.

[...]

B. Valoración del Tribunal.

63. La demandante alega, amparándose en el artículo 6 párr. 1 del Convenio, que no se respetó su derecho a un juicio justo ante las

jurisdicciones administrativas. Esta denuncia se subdivide en dos partes: en primer lugar, no se comunicaron, a la demandante o a su abogado, antes de la vista, las conclusiones del Comisario del Gobierno, negándoles así la posibilidad de replicarle más adelante, dado que el Comisario del Gobierno interviene en último lugar; por otra parte, el Comisario asistió a las deliberaciones y, pese a no tener derecho de voto, esta participación aumenta la gravedad de la vulneración del derecho a un juicio justo, al no haberse respetado el principio de la igualdad de condiciones y del derecho a un procedimiento contradictorio.

1. *Recordatorio de la jurisprudencia aplicable*

64. El Tribunal destaca que, en lo que respecta a los puntos arriba expuestos, la demanda plantea, *mutatis mutandis*, unos problemas similares a los examinados por el Tribunal en varios casos relativos al papel que ha de desempeñar el Fiscal General o el Procurador General en el Tribunal de Casación o el Tribunal Supremo de Bélgica, Portugal, Holanda y Francia (v. las sentencias *Borgers c. Belgique* de 30 de oct. de 1991, serie A n.º 214-B, *Vermeulen c. Belgique* y *Lobo Machado c. Portugal* de 20 de febr. de 1996, Reopilación 1996-I, *Van Orshoven c. Belgique* de 25 de jun. de 1997, Recopilación 1997-III, y las dos sentencias *J. J. y K. D. B. c. Pays-Bas* de 27 de marzo de 1998, Recueil 1998-II; véase asimismo la sentencia *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France* de 31 de marzo de 1998, *ibidem*).

65. En todos estos casos, el Tribunal llegó a la conclusión de que se había vulnerado el artículo 6 párr. 1 del Convenio, por no haber comunicado previamente o bien las conclusiones del Procurador General o del Fiscal General, o bien el informe del Consejero Ponente, derivándose de este hecho la imposibilidad para la demandante de exponer su parecer sobre las mismas. El Tribunal recuerda, además, que en su sentencia *Borgers*, al referirse al papel que desempeña el Fiscal General ante el Tribunal de Casación en un procedimiento penal, llegaba a la conclusión de que no se había respetado el artículo 6 párr. 1 del Convenio, fundamentalmente debido a la participación del Fiscal General en la deliberación del Tribunal de Casación, hecho que constituía una vulneración del principio de igualdad de condiciones (v. párrafo 8 de la sentencia).

Con posterioridad a esta sentencia, la circunstancia agravante de la participación del Procurador o del Fiscal General en la deliberación sólo se tuvo en cuenta en los casos *Vermeulen* y *Lobo Machado*, en los que había sido denunciada por los demandantes (sentencias antes citadas, respectivamente 34 y 32); en todos los demás casos, el Tribunal hacía hincapié en la necesidad de respetar el derecho a un procedimiento contradictorio, haciendo constar que éste implica el derecho de las partes procesales a ser informadas de cualquier elemento u observación que se someta al juez, incluso de aquellos que presente un letrado independiente, así como el derecho a rebatirlos.

Por último, el Tribunal señala que los casos *Borgers c. Belgique, J. J. c. Pays-Bas et Reinhardt* y *Slimane-Kaïd c. France* estaban relacionados con procesos penales o que tenían una connotación penal. Los casos *Vermeulen c. Belgique, Lobo Machado c. Portugal* y *K. D. B. c. Pays-Bas* estaban relacionados con procedimientos civiles o que tenían una connotación civil, mientras que el caso *Van Orshoven c. Belgique* tenía relación con un procedimiento disciplinario contra un médico.

2. *En cuanto a la especificidad que se atribuye a la jurisdicción administrativa.*

66. Al no tener ninguno de estos casos relación con un litigio interpuesto antes las jurisdicciones administrativas, el Tribunal se ve en la necesidad de indagar si los principios derivados de la jurisprudencia administrativa, de la que proceden los ejemplos antes citados, pueden aplicarse al caso que no ocupa.

67. Advierte que, desde que se dictó la sentencia *Borgers* de 1991, todos los gobiernos se han esforzado por demostrar ante el Tribunal que, en su sistema jurídico nacional, sus fiscales generales o procuradores generales difieren del procurador general belga, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con este último, el papel que desempeñan los primeros varía en función de la naturaleza del contencioso (penal o civil, o incluso disciplinario), éstos no intervienen como parte en el procedimiento ni son adversarios de nadie, su independencia está garantizada y su misión se limita a la de un *amicus curiae* que interviene en aras del interés general o para garantizar la unidad de la jurisprudencia.

68. El gobierno francés no constituye una excepción: como los demás Estados mencionados, sostiene que la institución del Comisario del Gobierno, en el marco del contencioso administrativo francés, difiere de otras instituciones que son objeto de crítica en las sentencias antes citadas, porque no existe diferencia alguna entre jueces y fiscales dentro de las jurisdicciones administrativas, porque el Comisario de Gobierno, desde un punto de vista estatutario, es un juez en la misma medida que el resto de los miembros del Consejo de Estado y porque, desde el punto de vista funcional, su situación es exactamente la misma que la del juez ponente, con la única salvedad de que se expresa públicamente, pero no vota.

69. El Tribunal admite que, con respecto a las jurisdicciones ordinarias, la jurisdicción administrativa francesa presenta algunas especificidades, que tienen un origen histórico.

Sin duda, cabe ver en *la creación y la existencia misma de la jurisdicción administrativa una de las conquistas más notables de un Estado de Derecho*, en particular, porque hubo que vencer muchos obstáculos antes de que se admitiera la competencia de esta jurisdicción para enjuiciar los actos de la Administración. Todavía hoy, las modalidades de nombramiento de los jueces administrativos, su estatuto específico, diferente del de la magistratura ordinaria, así como las especificidades del funcionamiento de la justicia administrativa (párrafos 33-52 antes citados) ponen de manifiesto la resistencia que opuso el poder ejecutivo antes de aceptar que sus actos fueran objeto de un control jurisdiccional.

En lo que respecta al Comisario del Gobierno, y así lo reconoce también el Tribunal, es incuestionable que su función nada tiene que ver con la de la Fiscalía, y que presenta un carácter *sui generis* que es propio del sistema del contencioso administrativo francés.

70. No obstante, la circunstancia de que la jurisdicción administrativa y, en particular, la figura del Comisario de Gobierno, existan desde hace más de un siglo y funcionen, según el gobierno, de un modo que satisface a todos, no justifica por sí sola un incumplimiento de las normas actuales del Derecho Europeo (véase sentencia Delcourt de 17 de ene. de 1970, serie A n.º 11 párr. 36). El Tribunal subraya a este respecto que el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales y de las concepciones que prevalecen hoy en día en los Estado democráticos (véase, en

particular, la sentencia *Burghartz c. Suisse* de 22 de febr. de 1994, serie A. n.º 280-B, párr. 28).

71. *Nadie ha puesto nunca en entredicho la independencia y la imparcialidad del Comisario del Gobierno*, y el Tribunal considera que, a la luz del Convenio, no cabe cuestionar ni su existencia ni su estatuto orgánico. El Tribunal opina, empero, que la independencia del Comisario del Gobierno y el hecho de no estar sujeto a ninguna jerarquía, circunstancias que son ambas incuestionables, no bastan para afirmar que, cuando no comunica sus conclusiones a las partes y las priva de la posibilidad de replicarle, ello no constituya un atentado contra la exigencia de un juicio justo.

En efecto, conviene reconocer la enorme relevancia del papel que realmente corresponde en el procedimiento al Comisario del Gobierno y, en especial, el contenido y las consecuencias de sus conclusiones (por analogía y, entre otros muchos ejemplos, la sentencia *Van Orshoven* antes citada, párr. 39).

3. *En lo que respecta a la omisión de comunicación previa de las conclusiones del Comisario del Gobierno y a la imposibilidad de replicarle durante la vista.*

72. El Tribunal recuerda que el principio de la igualdad de condiciones –que es uno de los elementos del concepto más amplio de juicio justo– requiere que se ofrezca a cada una de las partes una posibilidad razonable de presentar sus alegaciones en circunstancias que no la coloquen en una situación clara de desventaja frente a su adversario (véase, entre otros muchos ejemplos, la sentencia *Nideröst-Huber c. Suisse* de 18 de febr. de 1997, Recopilación n.º 1997-I, párr. 23).

73. Ahora bien, con independencia del hecho de que, en la mayoría de los casos, las conclusiones del Comisario del Gobierno no se plasman por escrito en un documento, el Tribunal hace constar que del desarrollo del procedimiento ante el Consejo de Estado (párr. 40 a 52 antes citados) se deduce claramente que el Comisario del Gobierno presenta por primera vez sus conclusiones verbalmente en la vista de la causa y que tanto las partes personadas ante el Consejo como los jueces y el público descubren en ese momento el sentido y el contenido del caso. La demandante no puede hacer valer el derecho a la igualdad de condiciones, reconocido por el artículo 6 párr. 1 del Convenio, para reclamar su derecho a que se le comuniquen, antes de la vista,

unas conclusiones de las que no ha sido informada la otra parte, ni el ponente, ni los jueces del órgano de enjuiciamiento (véase la sentencia *Nideröst-Huber*, antes citada, párr. 23). Por consiguiente, no se ha podido establecer que la igualdad de condiciones se viera quebrantada de modo alguno.

74. No obstante, el concepto de juicio justo implica asimismo, en principio, el derecho de las partes de una causa a ser informadas de cualquier elemento u observación que se someta al juez, incluso si quién los aporta es un letrado independiente, con el fin de influir en su decisión y de rebatirla (véanse las sentencias antes citadas *Vermeulen c. Belgique*, párr. 33, *Lobo Machado c. Portugal*, párr. 31, *Van Orshoven c. Belgique*, párr. 41, *K. D. B. c. Pays-Bas*, párr. 44 y *Nideröst-Huber c. Suisse*, párr. 24).

75. En lo que respecta a la imposibilidad de las partes de replicar a las conclusiones del Comisario del Gobierno al final de la vista, el Tribunal se remite a la sentencia *Reinhardt et Slimane-Kaïd* de 31 de marzo de 1998 (citada *ut supra*). En este caso, el Tribunal había demostrado que se había cometido una infracción contra el artículo 6 párr. 1, dado que el informe del Consejero Ponente, del que se había informado al Fiscal General, no se había puesto en conocimiento de las partes (véase párrafo 105 de la sentencia). En cambio, en lo que respecta a las conclusiones del Fiscal General, el Tribunal se había manifestado del modo siguiente en el párrafo 106 de su sentencia: «La no comunicación de las conclusiones del Fiscal General es también objeto de controversia. Ciertamente, hoy en día, el Fiscal General informa a los letrados de las partes, antes de la vista, sobre el sentido de sus propias decisiones y, cuando expone sus motivos a petición de uno de estos letrados, estos últimos tienen la posibilidad de responder a las conclusiones ya sea verbalmente o mediante una nota añadida a las actas de las deliberaciones (...). Habida cuenta de que ante el Tribunal de Casación sólo se debaten cuestiones de puro Derecho y que las partes están representadas ante este órgano por letrados altamente especializados, esta práctica puede permitir a las partes trabar conocimiento con las conclusiones objeto de litigio, dándoles la oportunidad de comentarlas en condiciones satisfactorias. No ha quedado demostrado, empero, que esta práctica estuviera vigente en el momento en que se produjeron los hechos de la causa».

76. Pero, a diferencia de lo que ocurrió en el caso *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, aquí no se pone en duda que, *en el procedimiento ante*

*el Consejo de Estado, los letrados que lo deseen puedan solicitar al Comisario del Gobierno, antes de la vista, que exponga el sentido general de sus conclusiones. Tampoco se cuestiona que las partes puedan, mediante una nota añadida a las actas de las deliberaciones, rebatir las conclusiones del Comisario del Gobierno, lo que contribuye –y esto es lo esencial, en opinión el Tribunal– a garantizar el respeto del principio de contradicción. De hecho, esto fue lo que hizo el letrado de la demandante en el caso que nos ocupa (párrafo 26 más arriba).*

*Por último, en el caso de que el Comisario del Gobierno alegue verbalmente, durante la vista, un motivo que no ha sido expuesto por ninguna de las partes, el presidente del órgano de enjuiciamiento tendrá que aplazar la vista de la causa para dar la oportunidad a las partes de debatir sobre el mismo (párrafo 49 más arriba).*

*En tales circunstancias, el Tribunal considera que el procedimiento que se sigue ante el Consejo de Estado ofrece garantías suficientes al justiciable, y que no se plantea problema alguno, desde la perspectiva del derecho a un juicio justo, en lo que atañe al respeto del principio de contradicción.*

Por consiguiente, no se produjo vulneración alguna del artículo 6 párr. 1 del Convenio en lo que a este punto de se refiere.

4. *En lo que respecta a la presencia del Comisario del Gobierno en las deliberaciones del Consejo de Estado.*

77. Sobre este punto, el Tribunal señala que el enfoque en el que se funda el gobierno consiste en alegar que, puesto que el Comisario del Gobierno es miembro de pleno derecho del órgano de enjuiciamiento, en cuyo seno actúa, en cierta medida, como segundo ponente, no debería haber ningún obstáculo que le impida asistir a las deliberaciones, ni incluso votar.

78. El hecho de que un miembro del órgano de enjuiciamiento manifieste en público su punto de vista sobre el caso debería, entonces, interpretarse como una contribución a la transparencia del proceso de decisión. Esta transparencia podría contribuir a que los justiciables y el público en general acojan mejor la decisión dictada ya que, si el órgano de enjuiciamiento asume las conclusiones del Comisario del Gobierno, éstas constituirán, en cierto modo, una explicación del texto de la sentencia. Y si, por el contrario, las conclusiones del Comisario del Gobierno no se recogen en la solución adoptada por la sentencia,

éstas se convertirán, de alguna forma, en una opinión disidente que servirá de acicate para la reflexión tanto a los futuros litigantes como a la doctrina.

Por lo demás, la manifestación pública de la opinión de un juez no debería suponer ningún obstáculo para el deber de imparcialidad, puesto que el Comisario del Gobierno, en el momento de las deliberaciones, es sólo uno más de los jueces que intervienen en el proceso, y su parecer no debería ejercer influencia alguna en la decisión de los otros magistrados, entre los que está en minoría, cualquiera que sea el órgano de enjuiciamiento en el que se examine el caso (subsección, subsecciones reunidas, Sección o Asamblea). Además, conviene señalar que, en el caso de autos, la demandante no cuestiona en absoluto la imparcialidad subjetiva o la independencia del Comisario del Gobierno.

79. No obstante, el Tribunal advierte que este enfoque no coincide con el hecho de que el Comisario del Gobierno, pese a asistir a las deliberaciones, no tenga derecho a votar. El Tribunal considera que, al prohibirle votar, amparándose en la regla del secreto de las deliberaciones, el Derecho interno debilita considerablemente la tesis del gobierno, según la cual el Comisario del Gobierno es un auténtico juez, ya que no cabe imaginar que un juez se abstenga de votar, a menos que renuncie a su cargo. Por otra parte, resultaría muy difícil admitir que una parte de los jueces pueda expresar públicamente su opinión, mientras que la otra sólo pueda hacerlo respetando el secreto de las deliberaciones.

80. Además, al examinar en los párrafos anteriores la denuncia de la demandante relativa a la omisión de la comunicación previa de las conclusiones del Comisario del Gobierno y a la imposibilidad de réplica que de ello se deriva, el Tribunal admitió que el papel que desempeña el Comisario del Gobierno en el procedimiento administrativo exige la aplicación de garantías procesales encaminadas a asegurar el respeto del principio de contradicción (véase más arriba párrafo 76). El motivo que llevó al Tribunal a concluir que no se había vulnerado el artículo 6 párr. 1 sobre la materia no fue la neutralidad del Comisario del Gobierno respecto a las partes, sino el hecho de que la demandante dispusiera de garantías suficientes para compensar su poder. El Tribunal considera que esta constatación también se tuvo en cuenta respecto a la denuncia relativa a la participación del Comisario del Gobierno en las deliberaciones.

81. Por último, *también debe tenerse en cuenta la teoría de la apariencia*: si el Comisario del Gobierno se manifiesta públicamente sobre la desestimación o la admisión de los motivos alegados por una de las partes, estas últimas estarían legitimadas para pensar que ha tomado partido por una de ellas.

Para el Tribunal, es lógico que un justiciable, que no esté familiarizado con los misterios de la justicia administrativa, tienda a considerar como un adversario al Comisario del Gobierno que se pronuncie por la desestimación de su recurso. Por el contrario, es indudable que un justiciable cuya argumentación cuente con el respaldo del Comisario del Gobierno, verá en este último a un aliado.

El Tribunal entiende, asimismo, que un litigante pueda tener un sentimiento de falta de equidad si, después de haber oído al Comisario exponer unas conclusiones contrarias a su tesis, lo ve retirarse con los jueces del órgano de enjuiciamiento para asistir a las deliberaciones amparadas por el secreto de la Sala del Consejo (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia *Delcourt c. Belgique* de 17 de ene. de 1970, serie A n.º 11, p. 17, párr. 30).

82. Después de que se dictara la sentencia *Delcourt*, el Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que, aunque la independencia y la imparcialidad del Procurador General ante determinados Tribunales Supremos no eran objeto de crítica, la sensibilidad cada vez mayor del público frente a las garantías de una buena justicia justificaba la importancia creciente que se concede a las apariencias (véase la sentencia *Borgers* antes citada, párr. 24).

Esta es la razón por la que el Tribunal consideró que, con independencia de la objetividad que se reconozca al Fiscal General o al Procurador General, éste, al recomendar la admisión o la desestimación de un recurso, pasaba a convertirse en el aliado o en el adversario objetivo de una de las partes, y que su participación en las deliberaciones le ofrecía, aunque sólo fuera en apariencias, una nueva oportunidad de defender sus conclusiones en la Sala del Consejo, sin estar sometido a la posibilidad de contradicción (véanse las sentencias *Borgers*, *Vermeulen* y *Lobo Machado* antes citadas, respectivamente 26, 34 y 32).

83. El Tribunal no encuentra ningún motivo para apartarse de la jurisprudencia consolidada a la que se ha aludido anteriormente, incluso en lo referente al Comisario del Gobierno cuya opinión no deriva su autoridad de la de la Fiscalía (véanse, *mutatis mutandis*, las sentencias

*J. J. et K. D. B. c. Pays-Bas* de 27 de marzo de 1998, Recopilación 1998-II, respectivamente 42 y 43).

84. El Tribunal hace constar, además, que no se alegó, como en los casos *Vermeulen* y *Lobo Machado*, que la presencia del Comisario del Gobierno fuera imprescindible para contribuir a la unidad de la jurisprudencia o para colaborar en la redacción definitiva de la sentencia (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia *Borgers*, ya citada, párr. 28). De las explicaciones del gobierno se deduce que la presencia del Comisario del Gobierno estaría justificada por el hecho de que, al ser el último que ve y examina el expediente, estaría en las mejores condiciones para responder, durante las deliberaciones, a cualquier pregunta que se le plantee sobre el caso.

85. Desde el punto de vista del Tribunal, la ventaja que supone para el órgano de enjuiciamiento esta presencia meramente técnica debe evaluarse en relación con el interés superior del justiciable, debiendo este último tener la garantía de que el Comisario del Gobierno, con su presencia, no pueda influir de algún modo sobre el resultado de las deliberaciones. No es éste el caso en el actual sistema francés.

86. El Tribunal se ve reforzado en su enfoque por el hecho de que, en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Fiscal General, institución que se inspiró en gran medida en la del Comisario del Gobierno, no asista a las deliberaciones, en virtud del artículo 27 del reglamento de la CJCE.

87. *Cabe, pues, concluir que se produjo una infracción del artículo 6 párr. 1 del Convenio, debido a la participación del Comisario del Gobierno en las deliberaciones del órgano de enjuiciamiento. (...)*

## OBSERVACIONES

- 1 La sentencia comentada presenta la originalidad de emanar de una jurisdicción internacional. Ello no obsta para que esté íntimamente relacionada con el funcionamiento de la justicia administrativa en Francia. Pone de manifiesto que la introducción, en nuestro derecho interno, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no sólo obliga al Consejo de Estado a aplicarlo a la hora de resolver los litigios que se suscitan ante él (*cf.* nuestras observaciones sobre las sentencias *Didier*\* y

*Diop*\*), sino que su actividad se ve asimismo juzgada desde la perspectiva del Convenio.

La demandante, señora Kress, había intentado sucesivamente ante el Tribunal Administrativo de Estrasburgo, el Tribunal Administrativo de Apelación de Nancy y el Consejo de Estado, que se condenara al Hospital Civil de Estrasburgo<sup>1</sup> a reparar el perjuicio que le había sido ocasionado como resultado de una intervención quirúrgica. Al término de un procedimiento que se había iniciado en 1986 y que se cerró en jul. de 1997, había conseguido que se le asignara una indemnización como reparación de la quemadura en el hombro que le había provocado durante su hospitalización una taza de té que se había derramado. En cambio, se habían desestimado sus pretensiones de obtención de una indemnización por las graves complicaciones postoperatorias que había sufrido, no habiéndose apreciado falta alguna por parte el establecimiento hospitalario.

En la demanda que presentó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no cuestionaba las apreciaciones de los tribunales franceses en cuanto al fondo. Denunciaba la duración excesiva del procedimiento contencioso, punto que era irrefutable, así como su desarrollo. Se quejaba a este respecto de que no se le hubieran comunicado, antes de la vista, las conclusiones del Comisario del Gobierno, lo que le había privado de la posibilidad de réplica. Censuraba asimismo que el Comisario, que había resuelto desestimar su recurso de casación, hubiera participado en las deliberaciones del órgano de enjuiciamiento. Sobre uno y otro de estos puntos, la interesada alegaba que se había visto privada de las garantías de un juicio justo, lo que suponía una violación de las disposiciones del artículo 6 del Convenio. La argumentación de la demandante conducía, por tanto, al margen de su situación personal, a poner en tela de juicio el procedimiento que seguían habitualmente el Consejo de Estado, los tribunales administrativos de apelación y los tribunales administrativos.

Aunque esta eventualidad tendría que haberse excluido en el momento de la introducción del Convenio en el Derecho interno, no era menos cierto que se había convertido en una realidad debido a la naturaleza evolutiva de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (I). El Tribunal que resolvió sobre la demanda de la

---

<sup>1</sup> N. T.: Les Hospices Civils de Strasbourg constituye el primer hospital que se fundó en Francia en torno al siglo XII y uno de los más importantes hospitales universitarios de Francia.

señora Kress, siendo adoptada la resolución por la Gran Sala, descartó unánimemente la alegación fundada en el hecho de que no se hubieran comunicado previamente las conclusiones del Comisario del Gobierno y en que no fuera posible replicarle en la vista. En cambio, se condenó por una mayoría de 10 votos contra 7 la participación del Comisario en las deliberaciones (II). Las consecuencias a las que dio lugar la sentencia también son dignas de mención (III).

### **I. Evolución jurisprudencial que llevó a poner en tela de juicio el procedimiento que seguía el Consejo de Estado**

2 Durante mucho tiempo la introducción del Convenio en el derecho interno no pareció tener ningún impacto sobre el papel específico que desempeñaba el Comisario del Gobierno ante los órganos de enjuiciamiento del Consejo de Estado. Surgieron dudas al respecto únicamente como resultado de la evolución de la jurisprudencia europea.

#### *A. La convergencia inicial de las jurisprudencias.*

1.º) Pese a lo que podría dar a entender su denominación, que dejó de utilizarse cuando entró en vigor el decreto de 7 de ene. de 2009, el Comisario del Gobierno no es el representante del gobierno ante los tribunales administrativos de derecho común. Tal y como manifestó el Consejo de Estado en su sentencia de 10 de jul. de 1957 *Gervaise* (Rec. 466; AJ 1957. II.394, cr. Fournier y Braibant), «su misión consiste en formular [ante el órgano de enjuiciamiento] las cuestiones que cada uno de los recursos contenciosos obliga a enjuiciar y en exponer, con total independencia, sus conclusiones, su apreciación, necesariamente imparcial, sobre las circunstancias de hecho del caso y las normas de Derecho aplicables, así como su opinión sobre las soluciones que reclama, según su consciencia, el litigio que se ha sometido al tribunal».

Como miembro de la jurisdicción encargado de arrojar luz sobre el caso, con total independencia, sobre la solución que se debe dar al litigio, el Comisario del Gobierno no es una de las partes del proceso. En el momento en que se levanta para pronunciar sus conclusiones en la vista, ya se ha producido la instrucción contradictoria entre el demandante y el defensor. Precisamente en este sentido cabe aseverar que su intervención se sitúa al margen del procedimiento contradictorio y no afecta a los derechos de las partes.

2.º) En este mismo análisis abundaba una sentencia del Tribunal Europeo de 17 de ene. de 1970, *Delcourt* (Cah. dr. eur. 1971, 190, nota Marcus-Helmons) que se dictó en relación con el papel que desempeña el Procurador General en el Tribunal de Casación de Bélgica, y de forma todavía más rotunda una decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 3 de sept. de 1991 en el caso *Bazerque c. France*, en la que hacía notar que las conclusiones del Comisario del Gobierno «tienen exclusivamente el carácter de un documento interno de trabajo... que no se comunica a las partes y se pone a disposición de los jueces a los que compete pronunciarse sobre el caso».

B. *La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo.*

3 El Tribunal Europeo invirtió, no obstante, la jurisprudencia *Delcourt*, lo que estuvo a punto de repercutir en la misión encomendada al Comisario del Gobierno.

1.º) En su sentencia *Borgers* de 30 de oct. de 1991 (RTDH 1992.204, nota Callewaert), el Tribunal Europeo consideró contraria al artículo 6 del Convenio la intervención de los fiscales del Tribunal de Casación belga, arguyendo dos motivos acumulativos: el hecho de que no se recibiera nota alguna después de que la Fiscalía hubiera presentado sus conclusiones y la circunstancia de que esta última tuviera derecho a asistir a las deliberaciones «teniendo en cuenta la exigencia de respeto de los derechos de la defensa y del principio de igualdad de condiciones, así como del *papel de las apariencias* en la apreciación de su cumplimiento».

La solución de la sentencia *Borgers*, que se adoptó en el marco de un litigio de naturaleza penal, se amplió posteriormente a los recursos en los que estaban en juego unos derechos y obligaciones de carácter civil (CEDH 20 de febr. de 1996, *Vermeulen*, RTDE 1997.373, nota Benoît-Rohmer). Dando un nuevo paso en esta dirección, el Tribunal Europeo condenó el procedimiento que se seguía ante el Tribunal de Casación francés con su sentencia de 31 de marzo de 1998, *Reinhardt et Slimane Kaïd* (JCP 1999.II.10074, nota Soler), sustentando su posición en dos elementos: de un lado, en el «desequilibrio» que resulta del hecho de no comunicar al demandante el informe del Consejero Relator y del proyecto de sentencia que éste mismo ha preparado, aunque el Fiscal General, sin ser miembro del órgano de enjuiciamiento,

es el destinatario de estos documentos; y, de otro, en el hecho de que no se comuniquen a las partes las conclusiones del Fiscal General.

4 2.º) La evolución de la jurisprudencia ha dado lugar a una doble reacción.

a) La primera por parte del Consejo de Estado, que se esforzó en su sentencia *Mme Esclatine* de 29 de jul. de 1998 (Rec. 320, concl. Chauvaux; D. 1999.85, concl.; JCP 1998. I.176, obs. Bonichot y Abraham; AJ 1999.69, nota Rolin; misma revista 2014.113, nota Labetoulle) en destacar que el Comisario del Gobierno «participa en la función de enjuiciamiento que corresponde al tribunal del que forma parte» y que el ejercicio de esta función no está sujeto al principio de contradicción aplicable a la instrucción de los recursos.

b) La otra reacción procedía del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, en una resolución de 4 de febr. de 2000 *Emesa Sugar* (RFDA 2000.415, nota P. D.; RTDH 2000.582, nota Spielmann), consideró que las conclusiones de sus fiscales generales no habían sido objeto de una comunicación previa a las partes, y que no cabía instar a estas últimas a que respondieran a éstas.

Fue en este contexto, en el que proliferaban los conflictos potenciales, en el que se dictó la sentencia *Kress*.

## II. El sentido de las soluciones adoptadas por el Tribunal Europeo.

5 La sentencia de 7 de junio de 2001 considera conforme con el Convenio el procedimiento que se sigue en el Consejo de Estado, en sus disposiciones esenciales. El Tribunal condena, no obstante, en nombre de la «teoría de las apariencias», la participación del Comisario del Gobierno en las deliberaciones del órgano de enjuiciamiento.

### A. *La no vulneración del principio de contradicción.*

Partiendo de premisas distintas a las del Consejo de Estado, el Tribunal de Estrasburgo coincide, no obstante, con éste y considera que el hecho de no comunicar previamente a las partes las conclusiones y de no tener éstas la posibilidad de réplica en la vista no atenta contra el derecho a un juicio justo.

1.º) Los razonamientos del Consejo y del Tribunal difieren en su punto de partida.

a) Para el Consejo de Estado, como puso de relieve la sentencia *Mme Esclatine*, el principio de contradicción afecta a la fase de *instrucción* de las demandas, cerrándose ésta en el momento en que el Comisario del Gobierno expone verbalmente sus conclusiones.

b) Para el Tribunal, «el concepto de juicio justo implica... en principio, el derecho de las partes de un proceso a tener conocimiento de todo elemento u observación que se someta al juez, incluso por un letrado independiente, con el fin de poder influir en su decisión y estar en condiciones de rebatirla».

2.º) La intervención en la vista pública del Comisario del Gobierno no es, sin embargo, censurable y ello por tres tipos de consideraciones a los que alude el Tribunal.

a) La sentencia pone, primero, de manifiesto «que, en el procedimiento ante el Consejo de Estado, los letrados que lo deseen pueden solicitar al Comisario del Gobierno, antes de la vista, que exponga el sentido general de sus conclusiones».

b) La sentencia subraya seguidamente «que las partes pueden, mediante una nota añadida a las actas de las deliberaciones, rebatir las conclusiones del Comisario del Gobierno, lo que contribuye,... a garantizar el respeto del principio de contradicción.»

c) Finalmente, la sentencia recoge la obligación que se impone al juez, en los casos en que el Comisario del Gobierno invoque un motivo no alegado por las partes, de permitir un debate sobre éste entre las partes. Se trata de una obligación aplicable a cualquier argumento que pueda plantear de oficio el órgano de enjuiciamiento, según lo dispuesto en un decreto de 22 de ene. de 1992, que aparece actualmente codificado en el artículo R. 611-7 del Código de Justicia Administrativa.

3.º) En vista de los diferentes elementos arriba citados, el Tribunal considera que el procedimiento que se sigue ante el Consejo de Estado ofrece garantías suficientes al justiciable, y que no se plantea problema alguno, desde la perspectiva del derecho a un juicio justo, en lo tocante al respeto del principio de contradicción.

B. La participación del Comisario del Gobierno en las deliberaciones.

6 El Tribunal condena, en nombre de la «teoría de las apariencias», la participación del Comisario del Gobierno en las deliberaciones.

a) La teoría de las apariencias es anterior a la sentencia *Kress* en la jurisprudencia del Tribunal. Su origen se remonta a un adagio formulado por un jurista británico, Lord Hewart, según el cual «no basta con hacer justicia; también se debe tener la impresión de que se ha hecho justicia» («*justice must not only be done; it must also be seen to be done*»). No sólo hay que administrar justicia, sino que es necesario que se perciba que así ha sido.

b) Mientras que en el caso *Delcourt*, el juez europeo de los Derechos Humanos, pese a citar este adagio, no había deducido del mismo que la participación del Procurador General en las deliberaciones del Tribunal de Casación belga constituía una violación del Convenio, se pronuncia en un sentido muy diferente en el caso *Kress*, dada la orientación de la jurisprudencia más reciente del Tribunal.

La sentencia establece la siguiente conclusión. Aunque, según las explicaciones del gobierno francés, la presencia del Comisario del Gobierno estaría justificada por el hecho de que, al ser el último que ve y examina el expediente, estaría en las mejores condiciones para responder, durante las deliberaciones, a cualquier pregunta que se le plantee sobre el caso, «es imprescindible, para valorar la ventaja que supone esta presencia meramente técnica, tener en cuenta el interés superior del justiciable, el cual debe tener la seguridad de que el Comisario del Gobierno, con su presencia, no va a influir en modo alguno sobre el resultado de las deliberaciones».

### III. Las consecuencias de la sentencia.

7 El Consejo de Estado sacó varias conclusiones de la sentencia *Kress*. Intentó destacar el valor de las prácticas que habían llevado al Tribunal a sustraer las conclusiones del Comisario del Gobierno del estricto procedimiento contradictorio. Le restó importancia a la sentencia en lo referente a la participación del Comisario a las deliberaciones, sin lograr convencer sobre este punto al Tribunal Europeo.

A. *El esbozo de una contestación a las conclusiones.*

El Consejo de Estado articuló en torno a dos ejes los usos que habían permitido al Tribunal Europeo desestimar las alegaciones fundadas en la falta de comunicación previa de las conclusiones y en la imposibilidad de rebatirlas durante la vista.

1.º) Una directiva del Presidente de la Sección de lo Contencioso-Administrativo solicitó a los comisarios del gobierno que dieran a conocer, antes de la vista, el sentido general de sus conclusiones, no sólo a los letrados del Consejo de Estado que así lo solicitaran, sino también a cualquiera de las partes, aunque no estuviera representada.

Más adelante, esta directiva pasó a convertirse en una obligación en virtud del art. R. 711-3 del Código de Justicia Administrativa, en su redacción posterior al decreto de 7 de ene. de 2009.

Por consiguiente, se estableció que se debía dar a las partes la posibilidad de conocer, antes de que se celebrara la vista, el conjunto de los elementos que forman parte del dispositivo de la decisión que el Ponente Público tenga previsto proponer al órgano de enjuiciamiento, con la salvedad de la contestación a las conclusiones con carácter accesorio (CE Secc. 21 de jun. de 2013, *Communauté d'agglomération de Martigues*, Rec. 167; RFDA 2013, 805, concl. de Lesquen; misma revista 2014.47, nota Pacteau; AJ 2013.1276, cr. Domino y Bretonneau; JCP Adm. 2013.2300, nota Pauliat; LPA 28 de nov. de 2013, nota Ferreira; AJ 2013.1839, com. F. Melleray y B. Noyer; Gaz. Pal. 14 de sept. de 2013, nota Seiller; GACA, n.º 60).

2.º) La nota añadida a las actas de las deliberaciones, que no pasa de ser una práctica cuyo único fin es permitir a los letrados, con posterioridad a la vista, completar sus alegaciones verbales y responder a las conclusiones del Comisario del Gobierno, adquirió rango oficial con una sentencia del Consejo de Estado de 12 de jul. de 2002, *M. et Mme Leniau* (Rec. 278; RFDA 2003.307, concl. Piveteau; AJ 2003.2243, com. Gherardi; GACA, n.º 61) y, más adelante, con el decreto de 19 de dic. de 2005.

Posteriormente, se precisaron las facultades y los deberes que tiene el juez cuando se aporta un nuevo elemento antes del cierre de la instrucción (CE Secc. 5 de dic. de 2014, *Lassus*, Rec. 369, concl. Crépey; RFDA 2015.78, concl.; AJ 2015.211, cr. Lessi y L. Dutheillet de Lamothe).

B. *Presencia del Comisario del Gobierno en las deliberaciones, quedando excluida su participación en las mismas.*

8 Si, en el texto de la sentencia *Kress*, el Tribunal Europeo utiliza indistintamente los conceptos de «presencia» y «participación» del Comisario del Gobierno en las deliberaciones, la parte dispositiva de la sentencia sólo pronuncia su condena al respecto debido a la «participación» del Comisario en las deliberaciones. Se ha interpretado, pues, que la sentencia prohíbe la participación del Comisario del Gobierno en las deliberaciones del órgano de enjuiciamiento, pero no su asistencia a las mismas. Con el deseo de clarificar este punto, se ha precisado, mediante decreto de 19 de dic. de 2005, que el Comisario del Gobierno asiste a las deliberaciones sin participar en las mismas. Aunque el texto ha sido acogido favorablemente por una parte de la doctrina (*cf.* F. Sudre, RFDA 2006.286), ello no ha supuesto ninguna atenuación de su jurisprudencia por parte del Tribunal Europeo. Con su sentencia *Martinie* pronunciada por la Gran Sala el 12 de abr. de 2006 (AJ 2006.986, nota F. Rolin; RFDA 2006.577, nota Sermet; JCP Adm. 2006.1131, nota Andriantsimbazovina; Rev. Trésor 2006.350, nota Lascombe y Vandendriessche; LPA 21 de junio de 2006, nota Bensiton; LPA 24 de ago. de 2006, nota Boré Éveno; JDI 2007.707, nota Eudes), el Tribunal hizo constar que la jurisprudencia *Kress* prohíbe, en nombre de las apariencias, tanto la participación del Comisario de Gobierno en las deliberaciones como su presencia en las mismas.

9 Para dar respuesta a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el Código de Justicia Administrativa fue objeto de una modificación mediante el decreto de 1 de ago. de 2006, cuya legalidad fue posteriormente reconocida (CE 25 de mayo de 2007 *Courty*, Rec. 852; AJ 2007.1424, concl. Keller).

– Se prohíbe la presencia del Comisario del Gobierno en las deliberaciones ante los tribunales administrativos y los tribunales administrativos de apelación.

– Ante el Consejo de Estado, se aplica el art. R. 733-3 del Código según el cual «salvo que una de las partes solicite lo contrario, el Comisario del Gobierno asiste a las deliberaciones. No toma parte en ellas». De este texto se deduce que cualquier justiciable puede recusar la presencia del Comisario del Gobierno en las deliberaciones. Se sal-

vaguada, así, la perspectiva totalmente subjetiva del juicio justo que ha hecho suya el Tribunal Europeo. Caso de no producirse una recusación, el Comisario podrá seguir asistiendo a las deliberaciones. El interés en mantener abierta esta posibilidad, siempre que no se oponga a ello una de las partes, reviste una relevancia particular en el caso del Consejo de Estado, juez supremo del orden administrativo. En efecto, su presencia en las deliberaciones permite al Comisario del Gobierno entender mejor los motivos por los que el órgano de enjuiciamiento se suma a su punto de vista o, por el contrario, se aparta. El conocimiento que adquiere de las motivaciones del juez le permitirá dar fielmente cuenta, en sus conclusiones posteriores, de la jurisprudencia o, si no han conseguido convencerlo, proponer que se modifique en el futuro.

El Tribunal Europeo ha admitido que estas disposiciones no hacen caso omiso de la exigencia del derecho a un juicio justo (CEDH 15 de sept. de 2009, *Étienne c. France*, AJ 2009.2468, nota El Boudouhi).

10

El decreto de 7 de ene. de 2009 culminó esta evolución. Para poner coto a los malentendidos sobre el papel del Comisario del Gobierno, sustituyó esta denominación por la de Ponente Público. Dio rango oficial, como ya se ha indicado, a la posibilidad de que las partes tengan conocimiento, antes de la vista, del sentido de las conclusiones. Le reconoció la facultad a sus letrados de presentar «breves observaciones verbales» después de que el Ponente Público pronuncie sus conclusiones,

Estos elementos han llevado al Tribunal de Estrasburgo a reconocer que el hecho de que, a diferencia de las partes, el Ponente Público tenga conocimiento de la nota del magistrado ponente y del proyecto de decisión que ha sometido al órgano de enjuiciamiento tampoco vulnera el derecho a un juicio justo (CEDH 4 de junio de 2013, *Marc-Antoine c. France*, AJ 2013.1580, nota Platon; DA 2013, n.º 74, nota Eveillard; DA 2013. Étude 14, nota Wavelet; RD publ. 2013.1123, nota Milano; misma revista 2014.800, com. Schahmaneche, 891, com. Caylet; RFDA 2014.47, art. Pacteau, Stahl).

## 100. ACTOS ADMINISTRATIVOS ANULACIÓN-REVOCACIÓN

### Consejo de Estado As., 26 de octubre de 2001, *Ternon*

(Rec. 497, concl. Séners; RFDA 2002.77, concl., nota P. Delvolvé; AJ 2001.1034, cr. Guyomar y Collin; y 2002.738, nota Y. Gaudemet; DA 2001, n.º 253, nota Michallet; LPA 2002, n.º 31, p. 7, nota Chaltiel; RGCT 2001.1183, nota Laquière)

Considerando que, mediante una decisión de 16 de dic. de 1983, el Consejo Regional de Languedoc-Roussillon estableció un estatuto general para el personal de esta entidad pública regional; que, mediante unos decretos de fecha 30 de dic. de 1983, el Presidente de este consejo otorgó la titularidad de sus plazas, con efecto a partir del 1 de ene. de 1984, a varios agentes contratados para desempeñar los puestos de trabajo citados en dicho estatuto y, en particular, al señor Eric Ternon, nombrado como adjunto regional de categoría superior y primer nivel; que, tras haber sido anulada la decisión reglamentaria de 16 de dic. de 1983 por el Tribunal Administrativo de Montpellier el 14 de nov. de 1984, el Presidente del Consejo Regional dictó el 14 de ene. de 1986 unos decretos que declaraban nuevamente titulares de sus plazas a los interesados, en las condiciones previstas en las decisiones reglamentarias de fecha 14 de febr. y 7 de nov. de 1985; que, a solicitud del Prefecto regional, el Tribunal Administrativo de Montpellier anuló estos decretos, mediante fallo de fecha 25 de marzo de 1986, que se dictaba con carácter definitivo; que el Presidente del Consejo Regional procedió a continuación, en primer lugar, y por medio del decreto de 31 de dic. de 1987, a nombrar al señor Ternon, con efecto a partir del 1 de ene. de 1988, como agente contratado de la región, y luego, en segundo lugar, a denegarle, por medio de una carta de fecha 25 de marzo de 1988, su reincorporación como funcionario territorial, procediendo finalmente y, en tercer lugar, mediante un decreto de 7 de ene. de 1991, a despedirlo por falta disciplinaria; que el señor Ternon interpuso un recurso de casación contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 1988 por la que el Tribunal Administrativo de Apelación de Burdeos se había negado a anular estas tres resoluciones;

*Sin que sea necesario entrar a examinar los demás motivos del recurso:*

Considerando que el tribunal, después de constatar que el señor Ternon alegaba que estas tres decisiones vulneraban los derechos adquiridos que le había conferido el decreto de concesión de la titularidad como funcionario de 30 de dic. de 1983, resolvió que el interesado carecía de fundamento para hacer valer tales derechos, dado que en la carta de 16 de febr. de 1984 que había dirigido al Presidente del Consejo Regional, dentro del plazo previsto del recurso contencioso, había manifestado su negativa a adquirir la condición de funcionario titular y su voluntad de seguir como agente contratado; que del expediente sometido a los jueces de hecho se desprende, no obstante, que, aun suponiendo que la carta de 16 de febr. de 1984 constituyera un recurso administrativo contra el decreto de 30 de dic. de 1983, dicho recurso no se recibió hasta después de que el interesado renunciara al mismo, habiendo emprendido, ya en el mes de marzo de 1985, acciones para hacer valer los derechos que estimaba detentar debido al carácter definitivo de dicho decreto; que seguidamente el tribunal procedió a someter a un nuevo examen los elementos que obraban en el expediente, llegando a la conclusión de que las dos primeras decisiones respondían a los deseos del señor Ternon y que, por estos mismos motivos, la tercera no tenía por qué respetar las garantías reconocidas a los funcionarios titulares; que, por consiguiente, el señor Ternon tenía motivos fundados para solicitar la anulación de la sentencia impugnada;

Considerando que, según lo dispuesto en el artículo L. 821-2 del Código de Justicia Administrativa, cuando el Consejo de Estado decide la anulación de una decisión tomada por una jurisdicción administrativa que debe pronunciarse en última instancia, puede «resolver el caso por motivos de fondo si así lo justifica el interés de una buena administración de la justicia»; que, en las circunstancias del caso que nos ocupa, procede resolver los recursos por motivos de fondo;

Considerando que los dos recursos de apelación del señor Ternon, relativos a su situación, deben examinarse conjuntamente para resolverlos por medio de una sola decisión;

*En lo que respecta al decreto de 31 de dic. de 1987:*

Considerando que, con su decisión de 2 de marzo de 1994, el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre el contencioso, desestimó las

conclusiones del señor Ternon dirigidas contra dicho decreto; que la autoridad de cosa juzgada que conlleva dicha decisión no permite al señor Ternon impugnar el mismo decreto alegando motivos relacionados con la misma causa jurídica; que, por consiguiente, el señor Ternon carece de fundamento para sostener que el tribunal administrativo actuó irregularmente al negarse a anular este decreto;

*En cuanto a la decisión de 25 de marzo de 1988:*

Considerando que, si bien es cierto que el decreto de 31 de dic. de 1987, que adquirió carácter definitivo, no tenía por objeto ni tuvo por efecto la anulación del decreto de fecha 30 de dic. de 1982, por el que se concedía al señor Ternon el derecho a ocupar un puesto de trabajo como titular en la función pública territorial, no es menos cierto que éste si fue, en cambio, el resultado de la decisión de 25 de marzo de 1988 con la que la región se negó a regularizar la situación laboral del señor Ternon; que el decreto de fecha 25 de oct. de 1995, con el que el Presidente del Consejo Regional anuló el decreto de 30 de dic. de 1983, se limitó a confirmar esta decisión de anulación;

*Considerando que, sin perjuicio de las disposiciones legales que dispongan lo contrario, y con la salvedad de la circunstancia en la que se pretenda dar satisfacción a una petición del beneficiario, la Administración sólo podrá anular una decisión individual explícita, generadora de derechos, cuando ésta sea ilegal, y siempre que lo haga dentro del plazo de cuatro meses a partir de la fecha en que se adoptó la decisión;*

Considerando que, aunque el señor Ternon solicitó a la Administración el 26 de febr. de 1984 que anulara el citado decreto de 31 de dic. de 1983, a continuación, y tal como ya lo ha hecho constar, desistió expresamente de su solicitud; que, por ende, el Presidente del Consejo Regional no estaba legalmente autorizado para pronunciar esta anulación, tal y como hizo con su decisión de 25 de marzo de 1988, reiterada el 25 de oct. de 1995; que el señor Ternon tiene, por consiguiente, motivos fundados para sostener que el tribunal actuó irregularmente al negarse a anular esta decisión;

*En cuanto al despido de 7 de ene. de 1991:*

Considerando que el decreto de 31 de dic. de 1983 confirió la condición de funcionario territorial al señor Ternon, teniendo éste, por

tanto, derecho a acogerse a las garantías estatutarias previstas en la citada ley de 26 de ene. de 1984; que el señor Ternon tiene, por consiguiente, motivos fundados para sostener que su despido disciplinario se pronunció de modo irregular, al no haber estado precedido del preaviso de la comisión administrativa paritaria, reunida en su calidad de consejo de disciplina, según lo dispuesto por el artículo 89 de la citada ley, y que el tribunal cometió una irregularidad al negarse a anular la decisión de 7 de ene. de 1991;

*Sobre las conclusiones por las que se insta a la región a que proceda a la regularización de la situación laboral del funcionario territorial señor Ternon:*

Considerando que, según lo dispuesto en el artículo L. 911-1 del Código de Justicia Administrativa, «cuando su decisión obligue a una persona jurídica de derecho público (..) a adoptar una medida de ejecución en un sentido determinado, la jurisdicción, ante la que se han presentado las conclusiones en este sentido, impone, por medio de la misma decisión, esta medida acompañada, si procede, de un plazo de ejecución»; que, de conformidad con el artículo L. 911-3 del mismo Código, «al serle sometidas unas conclusiones en este sentido, el tribunal puede imponer, a través de la misma decisión y, además de la orden conminatoria prevista en aplicación de los artículos L. 911-1 y L. 911-2, una multa coercitiva que ha de pronunciar en las condiciones previstas en dicho Código y cuya fecha de entrada en vigor le corresponde establecer»;

Considerando que la anulación de la decisión de 25 de marzo de 1988 antes citada implica necesariamente, para la región de Languedoc-Roussillon, la obligación de reconstruir el historial laboral del interesado y de proceder a su reincorporación; que aunque la región argumente que procedió a la anulación explícita del decreto de 30 de dic. de 1983 con el decreto de 25 de oct. de 1995 ya citado, esta decisión, que se limita a ratificar la pronunciada el 25 de marzo de 1988, no tiene incidencia alguna sobre la situación laboral del señor Ternon y, por ende, no impide que se proceda ahora a su reincorporación; que procede instar a la región, de un lado, a que proceda a la reincorporación jurídica del señor Ternon en su calidad de funcionario territorial, después de haber reconstruido su historial laboral, comparándolo con la progresión media de otros agentes que pasaron a ser

titulares de su plaza con la categoría de adjuntos regionales por medio de los decretos dictados el 31 de dic. de 1983, y, de otro lado, a asignarle un puesto de trabajo acorde con la categoría resultante de la reconstrucción de su historial laboral, sin perjuicio de la aplicación eventual de las disposiciones del artículo 97 de la ley de 26 de ene. de 1984; que, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, procede imponer a la región, al no haber ésta justificado que la ejecución se produjo dentro del plazo de tres meses a partir de la notificación de la presente decisión, una multa coercitiva de 1.000 francos por día hasta la fecha en la que se produzca la ejecución;

*Sobre las conclusiones del señor Ternon encaminadas a que el Consejo de Estado ordene la supresión de aquellos fragmentos de las alegaciones de la región que podrían poner en entredicho su dignidad:*

Considerando que el señor Ternon se apoya, para fundamentar sus conclusiones, en las disposiciones del artículo 41 de la ley de 29 de jul. de 1881, retomadas por el artículo L. 741-2 del Código de Justicia Administrativa, que permiten a los tribunales, en las causas que se les someten, pronunciar la orden de supresión de los escritos injuriosos, ultrajantes o difamatorios; que las argumentaciones de la región de Languedoc-Roussillon no incluyen fragmentos que presenten este carácter; que, por ende, las conclusiones del señor Ternon deben ser desestimadas en lo que a este punto se refiere;

*Sobre la aplicación del artículo L. 761-1 del Código de Justicia Administrativa:*

Considerando que procede, en aplicación de las disposiciones de este artículo, condenar a la región de Languedoc-Roussillon a abonar al señor Ternon la suma de 5.880 francos que reclama en concepto de gastos en los que incurrió y que no se incluyeron en las costas, desestimando las conclusiones que formuló la región sobre este punto; (anulación de la decisión del Presidente del Consejo Regional de 25 de marzo de 1988, por la que se denegaba la reincorporación del señor Ternon como funcionario territorial, y de 7 de ene. de 1991, por la que se procedía a su despido; multa coercitiva de mil francos por día contra la Región, si no aporta pruebas, de un lado, de haber procedido, en los tres meses siguientes a la notificación de la presente decisión, a la reincorporación jurídica del señor Ternon en su calidad de funcionario

territorial, tras haber reconstruido su historial laboral y, de otra parte, de haberle asignado un puesto de trabajo acorde con la categoría resultante de esta reconstrucción).

## OBSERVACIONES

- 1 La sentencia *Ternon* modifica el régimen de anulación de los actos administrativos que había establecido la sentencia del Consejo de Estado, *Dame Cachet* de 3 de nov. de 1922 (Rec. 790; RD publ. 1922.552, concl. Rivet; S. 1925.3.9, nota Hauriou). La sentencia se dictó en relación con un caso complejo en el que estaba involucrado un agente de la región de Languedoc-Roussillon, el señor Ternon. Éste había adquirido su titularidad como funcionario con un decreto de 30 de dic. de 1983; solicitó el 16 de febr. de 1984 a la Administración que anulara dicho decreto, no habiendo ésta satisfecho todavía esta demanda cuando el interesado, tras cambiar de opinión, inició acciones judiciales, haciendo valer el carácter definitivo del decreto y de los derechos que había adquirido como resultado de la misma, para conseguir que se regularizara su situación; con su decisión de 25 de marzo de 1988, el Presidente del Consejo Regional se negó a hacerlo, negativa que equivalía a una anulación del decreto de 30 de dic. de 1983.

Esta anulación es precisamente la que invalida, a su vez, el decreto de 26 de oct. de 2001, dando origen a que el Consejo de Estado retome su jurisprudencia *dame Cachet*. No se pronuncia expresamente sobre la revocación, pero contribuye, al menos indirectamente, a clarificar su régimen.

En ambos casos, de lo que se trata es de poner fin a un acto anterior. La anulación tiene efecto sobre el pasado, desde el origen del acto, mientras que la revocación sólo tiene efecto sobre el futuro. La anulación tiene, pues, un efecto retroactivo, contrario al principio de no retroactividad de los actos administrativos (v. nuestras obs. sobre CE 25 de junio de 1948, *Société du journal «L'Aurore»\**), que no tiene la revocación. En ambos casos, se aprecian exigencias contradictorias: si el acto inicial es ilegal, su ilegalidad justifica que se ponga en entredicho; pero los derechos adquiridos que haya podido generar, incluso ilegalmente, no pueden cuestionarse indefinidamente sin que ello suponga un riesgo para la seguridad jurídica (v. nuestras obs. sobre CE 24 de marzo de 2006, *KPMG\**). Hay que buscar, por tanto, un equili-

brio entre legalidad y seguridad. A este respecto, aunque la sentencia *Ternon* suponga una innovación con respecto a la sentencia *Dame Cachet* en lo tocante a la solución propuesta, ambas se sitúan en la misma línea en cuanto al espíritu que las anima.

La solución no es aplicable a todos los supuestos de anulación y de revocación. Hay que recurrir no sólo a otras decisiones de la jurisprudencia, sino también a algunas disposiciones legislativas: todas en conjunto aportan soluciones de una gran complejidad. El sistema sólo se puede entender estableciendo unas distinciones.

### I. Las distinciones.

2 Aunque la distinción esencial obedece a la magnitud temporal de la decisión que pone en entredicho un acto anterior (anulación: desde el pasado en adelante; revocación: en el futuro), debe combinarse con distinciones relacionadas con el acto inicial que desea reconsiderar la Administración, y que tienen que ver con su naturaleza, su alcance, su valor.

A. La *naturaleza del acto inicial* debe ser objeto de una identificación material y formal.

1.º En lo que respecta al primer punto, el acto puede ser reglamentario o de otra naturaleza.

Tiene carácter reglamentario cuando establece unas disposiciones generales e impersonales (por ej., CE As. 21 de oct. de 1966, *Société Graciet*, Rec. 560; v. n.º 57.7).

Si no es reglamentario, es individual, en la mayoría de los casos, afectando la decisión a una persona determinada (por ej., un nombramiento, como ocurre en el caso *Ternon*). Puede no ser ni reglamentario (al no establecer una norma general e impersonal) ni individual (al no afectar a una persona): este acto específico se denomina en ocasiones acto intermediario (concl. Laurent, AJ 1955.II.290) o decisión individual (el ejemplo clásico es el de la declaración de utilidad pública: CE As. 22 de feb. de 1974, *Adam*, Rec. 145; v. n.º 81.6).

2.º Respecto al segundo punto, el acto es en la mayoría de los casos explícito, siendo un documento escrito el que le da carácter formal (por ej., los decretos, los decretos-leyes). Para la aplicación de las reglas de la anulación, «se debe dar el carácter de una una decisión explícita que concede una ventaja financiera a toda aquella decisión

que, sin ser objeto de formalización, se ponga de manifiesto con las actuaciones posteriores que tienen por objeto garantizar su ejecución» (CE [dictamen] 3 de mayo de 2004, *Fort*, Rec. 194; AJ 2004.1530, nota Hul; DA 2004, n.º 88, nota E. G.; – 25 de junio de 2012, *Office national de la chasse et de la faune sauvage*, Rec. 534; JCP Adm. 2012.2332, nota Pauliat).

La legislación ha desarrollado el concepto de las decisiones implícitas, que toman cuerpo una vez transcurrido un plazo determinado durante el cual la Administración guarda silencio sobre la demanda de un administrado. Durante mucho tiempo se aplicó exclusivamente a las decisiones implícitas de desestimación, cuyo plazo de formalización era de cuatro meses. Después de que el artículo 21 de la ley de 12 de abr. de 2000, relativo a los derechos de los ciudadanos y sus relaciones con la Administración, redujera este plazo, en principio, a dos meses, dicho artículo fue modificado por la ley de 12 de nov. de 2013, que otorgó a este silencio de la Administración el valor de una aceptación, salvo en determinados casos, algunos de los cuales deben identificarse mediante decreto (decretos del 23 de oct. de 2014).

- 3 B. El *alcance del acto inicial* se determina en función de los derechos que éste haya o no generado en beneficio de los interesados. La distinción es una de las más delicadas que cabe mencionar. Es más fácil ilustrarla con ejemplos que sistematizarla por medio de una definición.

1.º) Son generadores de derechos los actos que colocan a los interesados en una situación que, en principio, no es susceptible de ser reconsiderada por la Administración. Sólo pueden derivarse de actos individuales.

El beneficiario es, en la mayoría de los casos, la misma persona a la que se refiere la decisión (por ej., el funcionario al que se nombra); puede tratarse, en su caso, de terceros (como ocurre con la negativa a nombrar a unas personas para un determinado cuerpo de la Administración, que puede generar unos derechos de los que se benefician los funcionarios que ya pertenecen a dicho cuerpo: CE Secc. 12 de junio de 1959, *Syndicat chrétien du ministère de l'industrie et du commerce*, Rec. 360; v. n.º 16.5; la anulación de una licencia de obras puede generar unos derechos de los que se benefician los vecinos: – Secc. 4

de mayo de 1984, *Époux Poissonnier*, Rec. 162; AJ 1984.511, concl. Labetoulle; D. 1985.246, nota Fernandez).

Los ejemplos clásicos de actos generadores de derechos son los nombramientos, incluyendo los que se realizan por medio de un contrato de trabajo para la contratación de un agente público (CE Secc. 31 de dic. de 2008, *Cavallo*, Rec. 481, concl. Glaser; RFDA 2009.89, concl.; AJ 2009.142, cr. Liéber y Botteghi; JCP 2009. I.130, párr. 8, cr. Plessix.; JCP Adm. 2009.2062, nota Jean-Pierre; DA marzo de 2009, p. 29, nota F. Melleray; – 21 de nov. de 2012, *Région Languedoc-Roussillon*, Rec. 533; JCP Adm. 2013. 2043, concl. Crépey; DA abr. de 2013, p. 37, nota Brenet), los permisos, la concesión de condecoraciones como la Legión de Honor (CE Secc. 24 de feb. de 1967, *de Maistre*, Rec. 91; JCP 1967.II.15068, concl. Rigaud; AJ 1967.342, obs. Peiser). A éstos, hay que añadir hoy los actos de naturaleza pecuniaria, incluso cuando den lugar a un contrato, como los contratos de agricultura sostenible: su firma por el Estado genera en favor del agricultor unos derechos a beneficiarse de las ayudas objeto del contrato (CE 26 de jul. de 2011, *EARL Le Patis Maillet*, Rec. 419; BJCP 2012.41, concl. Cortot-Boucher). La distinción entre actos pecuniarios que se adoptan en el ejercicio de una competencia vinculada, y que no se veían anteriormente como actos generadores de derechos (CE Secc. 15 de oct. de 1976, *Buissière*, Rec. 419, concl. Labetoulle; AJ 1976.557, cr. Nauwelaers et Fabius), y actos que se adoptan como resultado de una apreciación discrecional, que siempre se han visto como generadores de derechos, se dejó de utilizar a partir de la sentencia (Secc.) de 6 de nov. de 2002, *Mme Soulier* (Rec. 369; RFDA 2003.225, concl. Austray, nota P. Delvolvé; BJCL 2003.33, concl.; AJ 2002.1434, cr. Donnat y Casas; AJFP 2003, n.º 2, p. 20, nota Fuchs; DA jul. de 2003, p. 6, notas Noguellou et Perdu; RD publ. 2003.408, nota Guettier), retomando, así, la sentencia *Dame Cachet*, que no establecía ninguna distinción entre los actos pecuniarios: «una decisión administrativa genera unos derechos en favor de su beneficiario, incluso si la Administración debería haber denegado este beneficio». «En cambio, no surten este mismo efecto las medidas que se limitan a liquidar la deuda nacida de una decisión adoptada anteriormente» (CE Secc. 12 de oct. de 2009, *Fontenille*, Rec. 360, concl. N. Boulouis; AJ 2009.2167, cr. Liéber y Botteghi; DA dic. de 2009.158, obs. F. Melleray; JCP Adm. 2009.2271, nota Jean-Pierre).

Las decisiones cuyo beneficio está sujeto a determinados requisitos (decisiones condicionadas) son generadoras de derechos en la medida en que se cumplan estos requisitos (por ej., CE 25 de jul. de 1986, *Société Grandes Distilleries «les fils d'Auguste Peureux»*, Rec. 340; RFDA 1987.454, concl. Fouquet), no siéndolo en el caso contrario (por ej., CE Secc. 10 de marzo de 1967, *Ministre de l'économie et des finances c. Société Samat*, Rec. 113; AJ 1967.280; concl. Galmot). Tal es el caso concreto de las subvenciones (CE 5 de jul. de 2010, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, Rec. 238; RJEP febr. 2011.38, concl. Cortot-Boucher; JCP Adm. 2010.2285, nota Markus). Cuando determinados actos, tales como los que garantizan la protección de los funcionarios (CE Secc. 14 de marzo de 2008, *Portalis*, Rec. 99, concl. N. Boulouis; RFDA 2008.482, concl., y 931, nota Seiller; AJ 2008.800, cr. Boucher y Bourgeois-Machureau; DA 2008, n.º 63, nota F. Melleray; JCP 2008.2123, nota Jean-Pierre; RD publ. 2009.507, nota Guettier) no puedan ir acompañados de condiciones, generan unos derechos sin más requisitos.

- 4 2.º) Otros actos no son generadores de derechos, en tanto en cuanto no permiten a los interesados mantener unos derechos, lo que no obsta para que tengan, durante su período de vigencia, unos efectos jurídicos, teniendo los interesados derecho a que se apliquen. En este sentido, cabría decir que son actos generadores de derecho (en singular). Tal es el caso del conjunto de los actos reglamentarios y, entre los actos no reglamentarios, de los actos particulares (o decisiones individuales).

La dificultad de identificación de los actos con un mero efecto jurídico se plantea en el caso de los actos individuales. Sólo puede identificarse por medio de ejemplos.

En primer lugar, cabe mencionar las autorizaciones de la policía (CE As. 14 de jul. de 1958, *Graff*, Rec. 414; RD publ. 1959.315, concl. Long; AJ 1958.II.314, cr. Fournier y Combarous; Secc. 1 de febr. de 1980, *Rigal*, Rec. 64; AJ 1981.43, concl. Bacquet), los nombramientos para un puesto de trabajo que se dejan a discreción (hoy se denominan actos «por decisión») del gobierno (CE As. 22 de dic. de 1989, *Morin*, Rec. 279; AJ 1990.90, cr. Honorat y Baptiste).

Mención aparte merecen otros actos que tienen asimismo efectos jurídicos mientras están en vigor, pero que pueden ser objeto de un cuestionamiento más radical que los anteriores. Se trata, de un lado, de los actos que se obtienen mediante fraude (CE Secc. 29 de nov.

de 2002, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, Rec. 414; RFDA 2003.234, concl. Bachelier, nota P. Delvolvé; AJ 2003.276, cr. Donnat y Casas) y, de otro, de actos meramente declarativos (o reconocitivos), que se limitan a sacar las consecuencias de una situación o simplemente a constatarla: tal es el caso de las medidas de liquidación de una deuda nacida de una decisión adoptada con anterioridad (CE 6 de nov. de 2002, *Mme Soulier* y 12 de oct. de 2009, *Fontenille*, citada *ut supra*), de las decisiones relativas a determinadas condecoraciones (CE 12 de dic. de 1941, *Mayer*, Rec. 213; 6 de mayo de 1957, *Leseigneur*, Rec. 285), de los actos de delimitación del dominio público (CE 26 de jul. de 1991, *Consorts Lecuyer*, Rec. 306; CJEG 1992.113, concl. Stirn; AJ 1992.92, nota Teboul).

3.º) Por último, no surten ningún efecto jurídico los actos inexistentes, debido precisamente a la gravedad de los vicios de los que adolecen (v. nuestras obs. sobre CE 31 de mayo de 1957, *Rosan Girard\**).

C. Surge aquí otro elemento de distinción que se debe tener en cuenta: el del valor del acto inicial. Si es legal, no existe ningún motivo relacionado con su legalidad que justifique que la Administración lo haga desaparecer.

Por el contrario, si es ilegal (o, *a fortiori*, inexistente), el principio de legalidad bastaría para justificar su supresión. No obstante, debe también tenerse en cuenta el momento a partir del cual cabe considerar el acto como ilegal: puede que lo sea desde un primer momento o, también, que se vuelva ilegal debido a un cambio en las circunstancias (v. nuestras obs. sobre CE 10 de ene. de 1930, *Despujol\** y 3 de febr. de 1989, *Alitalia\**). También debe tenerse en cuenta la seguridad jurídica a la que los administrados tienen el mismo derecho que a la legalidad y que es, en definitiva, un elemento de la legalidad.

La combinación de todos estos elementos de distinción es la que ha permitido optar por las soluciones adoptadas.

## II. Las soluciones.

- 5 Aunque la distinción entre anulación y revocación constituye la base de las soluciones adoptadas, ambas tienen al menos un elemento en común: son decisiones que emanan de «la autoridad competente para modificar, revocar o anular un acto administrativo». Según la sentencia (Secc.) de 30 de sept. de 2005, *Ilouane* (Rec. 402; RD

publ. 2006.488, com. Guettier), esta autoridad es «*en principio... aquella que, en la fecha de la modificación, de la revocación o de la anulación, tuviera competencia para adoptar dicho acto y, en su caso, si se trata de un acto individual, del superior jerárquico del interesado*». Por consiguiente, aunque las normas de competencia hayan cambiado durante el tiempo transcurrido entre el acto inicial y el nuevo acto, la nueva autoridad que éstas designen es la única que puede modificar, revocar o anular el acto inicial.

A. Las reglas de la *anulación* (con efecto desde el pasado) vienen determinadas por el alcance del acto (ya sea éste generador de derechos o teniendo éste únicamente unos efectos jurídicos) y del valor del acto (legal o ilegal). Cabe afirmar que cuanto mayor sea la fuerza del acto por su alcance y por su valor, menores serán las posibilidades de anularlo, y a la inversa.

1.º En el caso de las *decisiones generadoras de derechos*, no es admisible su anulación si éstas son legales (sin perjuicio de las disposiciones legislativas que puedan existir al respecto). Sólo su ilegalidad puede justificar su anulación.

La sentencia *Dame Cachet* establecía un vínculo entre los requisitos de su anulación y los del recurso del que podían ser objeto unas decisiones: la anulación podía producirse durante el plazo de presentación de un recurso o, en caso de que se ya hubiera interpuesto un recurso, durante el procedimiento y dentro de los límites del recurso.

La solución se ajustaba a la lógica: mientras el acto pudiera ser anulado por el juez, tenía que ser posible su anulación por la Administración. La lógica se llevaba hasta sus últimas consecuencias en los casos en que, no habiendo mediado una publicidad adecuada, no corría el plazo del recurso y la anulación seguía siendo posible: así fue como se admitió en la sentencia *Ville de Bagneux* (As. 6 de mayo de 1966, Rec. 303; RD publ. 1967.339, concl. Braibant; AJ 1966.485, cr. Puissochet y Lecat) que fuera posible revocar una licencia de obras que ya se hubiera notificado al beneficiario, siempre y cuando unos terceros pudieran oponerse a su concesión, por no haber sido ésta objeto de publicación. Esta posibilidad podía poner en peligro la seguridad y la estabilidad jurídicas. La legislación y las sentencias intentaron poner remedio a estos excesos.

En el caso de las decisiones cuya publicidad no era necesaria, el Consejo de Estado consideró que la Administración dejaba de ser competente una vez transcurrido el plazo de la decisión implícita y que, por tanto, ya no era posible anularlas en ningún momento, ni siquiera si eran ilegales (CE Secc. 14 de nov. de 1969, *Ève*, Rec. 498, concl. Bertrand; RD publ. 1970.784, M. Waline; AJ 1969.683, cr. De-noix de Saint Marc y Labetoulle). La necesidad de estabilidad prevalecía por encima de la exigencia de legalidad.

La ley de 12 abr. de 2000 (art. 23-2.º) echó por tierra la sentencia *Ève* al permitir la anulación de las decisiones implícitas de aceptación, no sujetas a la obligación de publicidad, dentro de un plazo de dos meses a partir de su adopción.

- 6 La sentencia *Ternon* siguió esta misma senda, pero se apartó de la jurisprudencia *Dame Cachet*, al proceder a la disociación de anulación y recurso: «*la Administración sólo puede anular, por razón de su ilegalidad y dentro del plazo de cuatro meses a partir de la fecha de su adopción, una decisión individual explícita generadora de derechos*».

A partir de entonces, se establece una distinción entre el plazo de la anulación y el plazo del recurso, diferenciándose el primero tanto por su duración (cuatro meses en lugar de dos) como por su punto de partida (la fecha de adopción de la decisión y no la fecha de la publicación de la que es objeto). El comienzo del plazo de anulación es el mismo que el de los efectos generadores de derechos: el acto los produce desde el momento de su firma, antes incluso de su notificación al beneficiario (CE Secc. 19 de dic. de 1952, *Delle Mattei*, Rec. 594; As. 14 de mayo de 1954, *Clavel*, Rec. 270, concl. Laurent; RD publ. 1954.801, nota M. Waline). Correlativamente, la decisión de anulación debe adoptarse antes de que venza el plazo de cuatro meses, pudiendo su notificación producirse después (CE Secc. 21 de dic. de 2007, *Société Bretim*, Rec. 519, concl. Struillou; RFDA 2008.471, concl.; RD publ. 2008.613, com. Guettier; AJ 2008.338, cr. Boucher y Bourgeois-Machureau).

Por muy importante que sea la innovación de la sentencia *Ternon*, no tiene un ámbito general de aplicación: sólo es válida para las *decisiones individuales explícitas creadoras de derechos*.

No es posible aplicarla cuando la demanda de anulación la presenta el beneficiario (en el caso *Ternon*, pese a que el propio interesado solicitó la anulación de la decisión, retiró su demanda antes de que ésta fuera satisfecha por la Administración).

La sentencia reserva no sólo al legislador, sino también al poder reglamentario, la posibilidad de adoptar soluciones diferentes –no pudiendo éstas aplicarse a las decisiones cuyo plazo de anulación haya vencido, de conformidad con el régimen jurídico anterior (CE 21 de oct. de 2013, *Anane*, Rec. 258; DA febr. 2014.10, nota Eveillard). Determinados requisitos constitucionales, como el de la independencia de jueces y magistrados, pueden excluir la aplicación del régimen de derecho común de la anulación, y no permitir que se reconsidere una medida de nombramiento, a menos que se haga mediante un procedimiento especial (CE Secc. 1 de oct. de 2010, *Mme Tacite*, Rec. 350; Gaz. Pal. 20-21 de oct. de 2010, concl. Guyomar; DA dic. 2010.153, nota Melleray; JCP Adm. 2011.2090, nota Belfanti; RD publ. 2011.559, nota Pauliat). Además, las normas del Derecho de la Unión Europea relativas a la recuperación de las ayudas indebidamente abonadas amplía las posibilidades de anulación (CE 29 de marzo de 2006, *Centre d'exportation du livre français*, Rec. 173 AJ 2006.1396, nota Cartier-Bresson; CJEG 2006.375, nota Girardot; DA 2006.112, nota Bazex y Blezy; Europe 2006.60, nota Cassia); éstas se combinan con las normas del Derecho nacional únicamente en lo que respecta a la forma y al procedimiento (CE Secc. 13 de marzo de 2015, *Office de développement de l'économie agricole d'outre-mer*, DA jul. de 2015, com. 45, Eveillard).

La sentencia Ternon no resuelve el caso de las decisiones *implícitas*. En el caso de las decisiones asimilables a una *aceptación*, el art. 23 de la ley de 12 de abr. de 2000 adopta un dispositivo cuyo ámbito de aplicación define el dictamen contencioso de 12 de oct. de 2006, *Mme Cavallo épouse Cronier* (Rec. 426; AJ 2006.2394, concl. Struillou; BJDU 2006, n.º 6, p. 433, concl.; JCP Adm. 2006.1277, nota Pélissier): las decisiones que hayan sido objeto de un recurso de anulación sólo podrán ser anuladas mientras dure dicho procedimiento, con independencia de que hayan sido o no objeto de publicidad; las que hayan sido objeto de publicidad, y no hayan sido impugnadas ante el juez administrativo, podrán ser anuladas en cualquier momento dentro del plazo de presentación del recurso contencioso; las que no hayan sido objeto de publicidad ni de un recurso contencioso podrán ser anuladas dentro de un plazo de dos meses a partir de su adopción.

En el caso de las decisiones implícitas de desestimación, ni la legislación ni la jurisprudencia han cuestionado la sentencia *Dame Cachet*, que sigue siendo aplicable a éstas (CE 26 de ene. de 2007, *SAS*

*Kaefer Wanner*, Rec. 24; AJ 2007.537, concl. Struillou; DA marzo de 2007, p. 3, com. Noguellou; RD publ. 2007.1617, art. Ba).

2.º) En la mayoría de los casos, tienen un *mero efecto jurídico*. La sentencia *Ternon*, al referirse exclusivamente a las decisiones generadoras de derechos, se aplica únicamente a éstas. El requisito de ilegalidad que sienta esta sentencia sigue, en cualquier caso, condicionando el régimen de anulación aplicable a estas decisiones.

Es preciso insistir en la distinción entre actos individuales y actos reglamentarios.

La anulación de los actos individuales ilegales no generadores de derechos, es posible sin que se establezca ningún plazo. Es lo que se consideró explícitamente en el caso de las decisiones que se consiguen mediante fraude (29 de nov. de 2002, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, citada *ut supra*), e implícitamente en el caso de las medidas de liquidación (6 de nov. de 2002, *Mme Soulier*, citada *ut supra*). Lo mismo debería regir para el conjunto de los actos meramente reconocitivos (o declarativos) e, incluso, si se quiere ir más lejos, para aquellos que no generan derechos (autorizaciones de la policía, nombramientos para un puesto de trabajo a discreción del gobierno).

En el caso de los actos reglamentarios, se sigue aplicando el régimen que se había establecido con la sentencia *Dame Cachet*: «la autoridad administrativa... puede asimismo anular un texto de esta naturaleza, cuando no haya vencido el plazo para la presentación de un recurso contencioso en el momento en el que pronuncia la anulación del texto ilegal o cuando éste haya sido objeto de un recurso gracioso interpuesto dentro de dicho plazo» *Syndicat des compagnies aériennes autonomes et autres*, Rec. 625; RJEP oct. 2010.21, concl. Lenica). Como mucho, el Consejo de Estado ha admitido la anulación sin requisito de plazo en el caso de un reglamento que no se había empezado todavía a aplicar (CE 21 de oct. de 1966, *Société Graciet*, citada *ut supra*; 4 de dic. de 2009, *Mme Lavergne*, Rec. 489; v. n.º 45.1).

B. *La revocación* de un acto (con efecto en el futuro) no es contraria, como la anulación, al principio de irretroactividad de los actos administrativos. Debe facilitarse para permitir a la Administración adaptarse a las nuevas situaciones. Sólo puede plantear dificultades cuando han de tenerse en cuenta unos derechos adquiridos.

1.º) En el caso de los *actos con un mero efecto jurídico*, es posible declarar su revocación sin ningún requisito de legalidad, por mera oportunidad.

La solución es siempre la misma en el caso de los reglamentos: los interesados tienen derecho a que se apliquen mientras estén en vigor, pero no a que se mantengan. Un reglamento puede incluso ser objeto de revocación antes de su fecha prevista de finalización, sin que se pueda invocar en contra de esta medida un principio de legítima confianza desde la perspectiva del derecho interno (CE 25 de junio de 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, Rec. 379; D. 1955.49, concl. Jean Donnedieu de Vabres; – Sect. 27 de ene. de 1961, *Vannier*, Rec. 60, concl. Kahn). Pero el principio de seguridad jurídica puede obligar a imponer unas medidas transitorias (v. CE 24 de marzo de 2006, *KPMG\**).

Lo mismo cabe decir de los actos no reglamentarios, ya sean éstos individuales (CE 22 de dic. de 1989, *Morin*, citada *ut supra*; 4 de jul. de 1958, *Graff*, préc.) o no (22 de febr. de 1974, *Adam*). En particular, los actos adoptados fraudulentamente pueden ser objeto tanto de revocación como de anulación sin que se imponga ningún requisito de plazo (CE 29 de nov. de 2002, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, citada *ut supra*).

La consideración de la ilegalidad del acto es uno de los factores que puede hacer que la facultad de revocación se transforme en una obligación (v. nuestras obs. sobre CE 3 de febr. de 1989, *Alitalia\**).

7

2.º) En el caso de los *actos generadores de derechos*, la ilegalidad es el único motivo que puede justificar su revocación, aunque ésta debe estar limitada, como la anulación, por los derechos adquiridos dimanantes de dichos actos.

Por ello, el régimen de su revocación debe ser el mismo que el de su anulación: cuatro meses a partir de la fecha en que se adoptó la decisión, en el caso de las decisiones explícitas, según la sentencia *Ternon* (en este sentido, v. CE Secc. 6 de marzo de 2009, *Coulibaly*, Rec. 7, concl. de Salins RFDA 2009.215, concl. y 439, nota Eveillard; AJ 2009.817, cr. Liéber y Botteghi; DA 2009 n.º 64, obs. F. Melleray; JCP 2009, n.º 26, cr. Plessix, § 3); soluciones particulares para el resto de los casos, *cfr. supra*. Cuando un acto esté sujeto a unos requisitos, puede ser revocado si éstos ya no se cumplen (CE 7 de ago. de 2008, *Crédit coopératif*, Rec. 316; DA nov. de 2008, p. 29, nota Glaser; JCP 2008.I.225, apart. 4, cr. Plessix; RJEP 2009.31, nota D. Moreau).

No obstante, siguen constituyendo un caso particular los actos pecuniarios, cuya concesión está sujeta a unos requisitos que son vinculantes para la Administración. El reconocimiento por la sentencia *Mme Soulier* de su carácter generador de derechos no impidió al Consejo de Estado admitir, en la misma sentencia, que, cuando ya no se cumplen los requisitos, la Administración puede suprimir con efecto sobre el futuro la ventaja indebidamente concedida al beneficiario: de este modo, aunque no es posible recurrir a la vía de la anulación, queda abierta la vía de la revocación.

Además, el art. 94 de la ley de 28 de dic. de 2011, que añade el art. 37-1 a la ley anterior de 12 de abr. de 2000, permite a las personas públicas recuperar los importes indebidamente abonados a sus agentes, incluyendo aquellos que se deriven de una decisión irregular generadora de derechos, que ha pasado a ser definitiva. El Consejo de Estado ha tenido que precisar, en un dictamen contencioso de 28 de mayo de 2014, *Le Mignon, Communal* (Rec. 144, concl. Dacosta; AJ 2015.1489, concl.; JCP Adm. 2014.27, nota Bourrel), el alcance que tiene este hecho: de un lado, «*un importe abonado indebidamente por una persona pública a uno de sus agentes en concepto de remuneración puede, en principio, repetirse durante un período de dos años a partir del primer día del mes siguiente al de la aprobación del pago, sin que constituya un obstáculo para que esto ocurra la circunstancia de que la decisión generadora de derechos que dio origen al pago ya no pueda anularse*»; de otro lado, en el caso de los pagos indebidos que resulten de la falta de información o de la transmisión de informaciones incorrectas por el interesado en lo que respecta a su situación personal o familiar, «*el pago puede repetirse durante el período de derecho común previsto por el artículo 2224 del Código Civil*», que es de cinco años. «*Estas disposiciones se aplican a cada uno de los elementos de la remuneración de un agente de la Administración*», pero no a las indemnizaciones que se le pudieran adeudar por el perjuicio que se le ha ocasionado.

La diversidad de los actos y de los intereses implicados ha dado lugar a una diversificación de las soluciones, que se caracteriza por su excesiva complejidad. La jurisprudencia y la legislación tienen que seguir esforzándose por alcanzar una mayor sencillez y una mayor unidad. Pero seguirán dejándose guiar, como las sentencias *Dame Cachet* y *Ternon*, por las exigencias tanto de legalidad como de seguridad, cuya conciliación no siempre resulta fácil.

## **101. PENSIONES DE LOS ANTIGUOS COMBATIENTES EXTRANJEROS - CONTROL DE COMPATIBILIDAD CON LOS CONVENIOS INTERNACIONALES**

**Consejo de Estado As., 30 de noviembre de 2001, *Ministre de la  
défense c/ M. Diop, ministre de l'économie, des finances et  
de l'industrie c/ M. Diop***

(Rec. 605, concl. Courtial; RFDA 2002.573, concl.; AJ 2001.1039,  
cr. Guyomar y Collin; RDSS 2002.611, nota Daugareilh; LPA 12  
de abr. de 2002, nota Vial; LPA  
18 de junio de 2002, nota Févrot; RJS 2002.109, nota Lhernould;  
RGDIP 2002.207,  
nota Geslin; RTDH 2003.299, nota Wachsmann)

[...]

Considerando que, de conformidad con el artículo 71 de la ley n.º 59-1454 de 26 de dic. de 1959, que pasó a ser de aplicación a los nacionales senegaleses con el artículo 14 de la ley n.º 79-1102 de 21 de dic. de 1979, modificado por el artículo 22 de la ley n.º 81-1179 de 31 de dic. de 1981: «I – A partir del 1 de ene. de 1961, las pensiones, rentas o prestaciones vitalicias financiadas con cargo al presupuesto del Estado o de entidades públicas, cuyos titulares sean nacionales de los países o territorios que hayan formado parte de la Unión Francesa o de la Comunidad, o que hayan estado bajo protectorado o bajo tutela de Francia, serán sustituidas, durante su período previsto de percepción personal, por unas indemnizaciones anuales en francos, calculadas sobre la base de las cuantías vigentes para las citadas pensiones o prestaciones en la fecha de su conversión...»;

Considerando que se deduce de los elementos que obran en el expediente sometido a los jueces de hecho que el señor Amadou Diop fue reclutado por el ejército francés el 4 de febr. de 1937, que pasó a ser titular de una plaza como ayudante de gendarmería el 1 de jul. de 1947 y dado de baja del ejército con el rango de Sargento Primero el 1 de abr. de 1959; que, como remuneración por sus servicios, se le concedió una pensión militar de jubilación a partir de esa

fecha de acuerdo con los porcentajes vigentes para el conjunto de los agentes; que, no obstante, después de que perdiera su nacionalidad francesa como resultado de la independencia de Senegal, y en aplicación de las antedichas disposiciones legislativas, su pensión fue sustituida, a partir del 2 de ene. de 1975, por una indemnización no sujeta a revalorización en las condiciones previstas por el Código de Pensiones Civiles y Militares de Jubilación; que el Ministro de Defensa y el Ministro de Economía, Finanzas e Industria solicitaron la anulación de la sentencia de 7 de jul. de 1999, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Apelación de París había anulado la decisión implícita del Ministro de la Defensa de denegación de revalorización de su pensión militar, destinada a cubrir la diferencia con los importes que hubiera percibido de haber conservado la nacionalidad francesa, así como del pago de los atrasos que estimaba tener derecho a percibir con los correspondientes intereses capitalizados;

Sobre la legitimidad del motivo, alegado ante el Tribunal Administrativo de Apelación, de vulneración de las disposiciones del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en conjunción con las del artículo 1.º del Primer Protocolo Adicional de este Convenio:

Considerando que el motivo alegado por el señor Diop en el procedimiento de apelación -argumentando que las citadas disposiciones del artículo 71 de la ley de 26 de dic. de 1959 habían dado origen a una diferencia de remuneración entre los antiguos agentes públicos en función de su nacionalidad, no siendo esto compatible con las disposiciones del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en conjunción con el artículo 1.º de su Primer Protocolo Adicional- procedía de la misma causa judicial que el motivo expuesto ante el tribunal administrativo, basado en la incompatibilidad de estas mismas disposiciones con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a la firma en Nueva York el 19 de dic. de 1966, que cuestionaba asimismo la legalidad interna del acto recurrido; que el tribunal no cometió ningún error de derecho al estimar que esta alegación no constituía una nueva demanda no admisible a trámite en el procedimiento de apelación;

Sobre el fundamento legal de la denegación de revalorización de la pensión del señor Diop:

Considerando que, a tenor del artículo 1.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fun-

damentales, ratificado por Francia en aplicación de la ley de 31 de dic. de 1973 y publicado en el Boletín Oficial mediante decreto de 31 de mayo de 1974: «las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio»; que de conformidad con el artículo 14 del mismo Convenio: «El disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio debe garantizarse sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»; que con arreglo a las disposiciones del artículo 1.º del Primer Protocolo Adicional de dicho Convenio: «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas»;

Considerando que en virtud del artículo L. 1 del Código de Pensiones Civiles y Militares de Jubilación, en su redacción resultante de la ley de 20 de sept. de 1948, que es la que cabe aplicar al caso de autos, las pensiones de jubilación son prestaciones pecuniarias, personales y vitalicias, a las que tienen derecho, por los servicios prestados, los agentes públicos que se mencionan en este artículo, hasta el cese regular en sus funciones; que, por consiguiente, el tribunal no cometió ningún error de derecho al estimar que estas pensiones constituyen unas cuantías adeudadas que han de ser entendidas como unos bienes en el sentido del artículo 1.º antes citado del Primer Protocolo adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

Considerando que *cualquier distinción que se establezca entre personas con una situación análoga es discriminatoria, en el sentido de las disposiciones antes citadas del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, si no va acompañada de justificaciones objetivas y razonables, es decir, si no persigue un objetivo de utilidad pública, o si no se funda en criterios objetivos y racionales compatibles con los fines de la ley;*

Considerando que de los propios términos del artículo 71 antes citado de la ley de 26 de dic. de 1959 se desprende que los nacionales de los países que en él se mencionan recibirán a partir de ese momento, en lugar de su pensión, y en aplicación de dichas disposiciones, una indemnización no sujeta a revalorización en las condiciones previstas por el Código de Pensiones Civiles y Militares de Jubilación; que, por ende, y cualquiera que haya sido la intención inicial del legislador, manifestada en las cláusulas preliminares de dichas disposiciones, el tribunal no cometió ningún error de derecho al considerar que este artículo daba lugar a una diferencia de remuneración entre jubilados por razón exclusiva de su nacionalidad;

Considerando que *las pensiones de jubilación constituyen, en el caso de los agentes públicos, una remuneración diferida cuyo objeto es asegurarles unas condiciones materiales de vida acordes con la dignidad de sus funciones pasadas*; que la diferencia de remuneración existente entre los antiguos agentes públicos de Francia, en función de que tuvieran la nacionalidad francesa o que fueran nacionales de Estados que habían accedido a su independencia, no justifica, habida cuenta de la finalidad de las pensiones de jubilación, una diferencia de remuneración; que, pese a que se podía inferir de las cláusulas preliminares de las disposiciones antes citadas del artículo 71 de la ley de 26 de dic. de 1959 que *su objetivo concreto era determinar las consecuencias del acceso a la independencia de los países mencionados en dicho artículo y de la evolución ahora distinta de sus economías con respecto a la de Francia*—consecuencias por las que ya no existía razón alguna que justificara la revalorización de las pensiones en función de la evolución de las remuneraciones que percibían los funcionarios franceses—, *la diferencia de remuneración a la que éstas daban lugar entre los titulares de pensiones, por razón de su nacionalidad, no se fundaba en ningún criterio que pudiera ser considerado como acorde con este objetivo*; que *al ser dichas disposiciones incompatibles, por este motivo, con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, el tribunal no cometió un error de derecho al estimar que no podían justificar la negativa opuesta por el Ministro de Defensa a la demanda presentada por el señor Diop para que se procediera a la revalorización de su pensión;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que el Ministro de Defensa y el Ministro de Economía, Finanzas e Industria carecían de fundamento para solicitar la anulación de la sentencia impugnada;... (desestimación de los recursos...).

## OBSERVACIONES

Con esta sentencia el Consejo de Estado da su visto bueno al Tribunal Administrativo de Apelación de París, tras haberse éste pronunciado en contra de la aplicación de una disposición legislativa que limitaba los derechos a una pensión de jubilación de las personas que hubieran perdido su nacionalidad francesa como resultado de la descolonización, al considerarla incompatible con las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de su Primer Protocolo adicional.

La sentencia *Ministre de la défense c. Diop* constituye un ejemplo muy llamativo del control de compatibilidad de la ley con los convenios internacionales, en un contexto que se había caracterizado durante mucho tiempo por la aplicación de un dispositivo legal muy riguroso, cuyo cuestionamiento, desde un punto de vista jurídico, sólo fue posible mediante la adhesión del juez administrativo a la interpretación muy amplia del Convenio que había hecho del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Además, interfirió con uno de los resultados de la sentencia comentada: la puesta en marcha del procedimiento de la cuestión previa de constitucionalidad.

### **I. El mecanismo de congelación de las pensiones instaurado por el legislador.**

- 1 El señor Diop, de nacionalidad senegalesa, es un antiguo militar de carrera del ejército francés, que se ve afectado por las disposiciones del artículo 71 de la ley de financiación para el ejercicio de 1960 (n.º 59-1454 de 26 de dic. de 1959), cuya aplicación se generalizó por medio de varias leyes posteriores, pese a ser incompatible con algunos compromisos internacionales.

#### *A. El dispositivo legal.*

El artículo 71 de la ley de financiación para el ejercicio fiscal de 1960 disponía que las pensiones públicas de jubilación o invalidez cuyos titulares fueran «nacionales de los países o territorios que hubieran formado parte de la Unión Francesa o de la Comunidad, o que hubieran estado bajo protectorado o bajo tutela de Francia», fueran sustituidas, «durante su período previsto de percepción personal, por

unas indemnizaciones anuales... calculadas sobre la base de las cuantías vigentes para las citadas pensiones... en la fecha de su conversión...», sin perjuicio de las excepciones que se hubieran convenido por decreto.

1.º) El mecanismo que se instauró de este modo era muy riguroso. A diferencia de las pensiones que perciben los ciudadanos franceses, que están sujetas a una revalorización periódica en función de la remuneración de los funcionarios en activo (la llamada regla de la proporcionalidad constante que sentó una ley de 20 de sept. de 1948), las prestaciones que se perciben con arreglo a la ley de 1959 no son objeto de ajuste. Además, no dan lugar a una pensión de viudedad, en caso de fallecimiento del beneficiario, al no disponer éste más que de un derecho de «disfrute personal». En caso de estar previstos por decreto unos mecanismos de revalorización, su puesta en práctica se deja a discreción del gobierno.

2.º) Dado su valor de compromiso internacional, los acuerdos de Evian permitieron mantener los derechos de los nacionales argelinos a una pensión de jubilación, sujeta a revisión y no susceptible de congelación (CE 15 de marzo de 1972, *Dame Vve Sadok Ali*, Rec. 213). Pero una ley de financiación rectificativa de 3 de ago. de 1981 (art. 26) hizo que fracasará este intento de la jurisprudencia, al congelar las «pensiones» con fecha de entrada en vigor del 3 de jul. de 1962, fecha del acceso de Argelia a la independencia.

Del mismo modo, aunque durante un tiempo fue posible excluir las reglas de congelación de las pensiones en el caso de los nacionales de los países africanos miembros de la Comunidad instaurada por la Constitución de 1958, tal y como se falló en el caso de los senegaleses (CE Secc. 15 de feb. de 1974, *Dame Vve Tamba Samoura*, Rec. 116), la desaparición de la Comunidad autorizó al legislador a ampliar a los jubilados senegaleses las reglas que se habían establecido en 1959, con efecto retroactivo a partir del 1 de ene. de 1975 (*cf.* art. 22 de la ley de financiación rectificativa de 31 de dic. de 1981).

3.º) Varios nacionales senegaleses apelaron a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, alegando que la legislación francesa constituía, en su caso, una vulneración del artículo 26 del Pacto de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe toda discriminación en la aplicación de la ley, en particular, por razón del origen nacional.

Aunque la Comisión les dio la razón (3 de abr. de 1989, *Gueye c. France*; RUDH 1989.62), el Consejo de Estado no se sumó a este análisis, al no figurar los derechos a una pensión de jubilación entre la categoría de derechos protegidos por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (CE As. [dictamen] 15 de abr. de 1996, *Mme Doukouré*, Rec. 126, RFDA 1996.808, concl. Ph. Martin; AJ 1996.565, cr. Chauvaux y Girardot; RFDA 1996.1239, nota Dhommeux y 1997.966, nota Sudre).

### B. *Su aplicación.*

2 1.º) Era inevitable que este estado del Derecho tuviera un efecto negativo sobre la situación del señor Amadou Diop. En su condición de antiguo militar de carrera que había prestado servicio en las filas del ejército francés, se le había reconocido el derecho a una pensión proporcional a su período de servicio. Pero la pensión, que había percibido desde el 1 de abr. de 1959, fue congelada el 2 de ene. de 1975. Una solicitud de revalorización que había sometido al Primer Ministro el 2 de agosto de 1994 fue implícitamente denegada. Impugnó esta negativa, amparándose en el artículo 26 del Pacto de las Naciones Unidas en materia de Derechos Civiles y Políticos. El Tribunal Administrativo de París desestimó su demanda con un fallo en el que retomaba el razonamiento del Consejo de Estado en el caso *Mme Doukouré*.

2.º) En el recurso de apelación interpuesto contra el fallo, el recurrente se propuso, entonces, denunciar el carácter discriminatorio de la legislación sobre congelación de pensiones, amparándose en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que prohíbe las discriminaciones, junto con el Primer Protocolo adicional, cuyo artículo 1.º dispone que «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional».

De conformidad con las conclusiones de su Comisario del Gobierno, el juez del recurso de apelación dio la razón al recurrente (CAA París 7 de jul. de 1999, *Diop*, Rec. 530; RFDA 2000.843, concl. Phémolant).

3.º) La sentencia del Tribunal fue objeto de un recurso de casación no sólo por parte del Ministro de Defensa, sino también del Mi-

nistro de Economía, Finanzas e Industria debido a la incidencia en las finanzas públicas que podía tener el reconocimiento de un derecho a una pensión sujeta a revalorización en favor de las personas a las que se había aplicado las reglas de congelación. Este reconocimiento había sido posible, pese a que el artículo L. 58 del Código de Pensiones Civiles y Militares de Jubilación subordinara la concesión de una pensión a la nacionalidad francesa del solicitante, porque la argumentación del juez del recurso de apelación implicaba la no compatibilidad del artículo L. 58 con los convenios internacionales.

## **II. La adhesión del Consejo de Estado a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

En sus conclusiones ante la Asamblea de lo Contencioso, el Comisario del Gobierno Courtial subrayó que el razonamiento que había efectuado el Tribunal Administrativo de Apelación podía apoyarse en una abundante jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo, a la que se sumaba en adelante el Consejo de Estado. Propuso, no obstante, la anulación de la sentencia alegando que el Tribunal se había equivocado al concluir que existía una «incompatibilidad indivisible y absoluta» entre legislación nacional y el Convenio, cuando lo cierto era que una interpretación de la ley que diera preeminencia al criterio de residencia fuera del territorio francés de los interesados permitiría relativizar el alcance de la aparente discrepancia entre las normas implicadas.

El Consejo de Estado asumió la primera parte de este razonamiento. Se distanció de su Comisario en su propuesta de anulación de la sentencia impugnada.

### *A. La confirmación de jurisprudencias anteriores.*

- 3 1.º) Tal y como destacó el señor Courtial, lo que se cuestionaba era el ámbito de aplicación que había que asignar al artículo 14 del Convenio y al artículo 1.º de su Protocolo adicional.

a) A tenor del artículo 14, «el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio debe garantizarse sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

El Comisario del Gobierno recordó que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, el artículo 14 no fue concebido como un principio general abstracto con una existencia independiente, sino que forma «parte integrante de cada una de las disposiciones» del Convenio y de sus protocolos (CEDH 23 de jul. de 1968, *Affaire linguistique belge*). Puso asimismo de relieve que la prohibición de las discriminaciones por razón del «origen nacional» se aplica a las discriminaciones por razón de la nacionalidad de los interesados (CEDH 16 de sept. de 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, D. 1998.438, nota Marguénaud et Mouly; Dr. soc. 1999.215, nota Favard). Por último, se hizo hincapié en que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, «una desigualdad de remuneración, en una situación determinada, puede admitirse o prohibirse, a ojos del Convenio, dependiendo de que exista o no exista una justificación objetiva y razonable».

Sobre todos estos puntos y, en especial, sobre el último, la jurisprudencia del Consejo de Estado coincide con la del Tribunal Europeo (CE As. 5 de marzo de 1999, *Rouquette*, Rec. 37; RFDA 1999.357, concl. Maugüé; AJ 1999.420, cr. Raynaud y Fombeur; RFDA 1999.372, nota de Béchillon y Terneyre; RD publ. 1999.1223, obs. Camby).

b) Más delicada resultaba la vinculación del concepto de respeto de los bienes, que invoca el artículo 1.º del Protocolo adicional, con el derecho al disfrute de una pensión pública.

El Comisario del Gobierno se pronunció en un sentido afirmativo, poniendo de relieve que el concepto de «bienes» se había interpretado de modo amplio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, incluyendo en el mismo los intereses patrimoniales e incluso los derechos a las cuantías adeudadas, siempre y cuando estuvieran suficientemente establecidos para que pudieran exigirse. Por lo demás, el Consejo de Estado admitió que el artículo 1.º del Protocolo adicional se aplica a las cuantías adeudadas constituidas por las primas por rendimiento y por servicio que perciben los militares (CE As. 11 de jul. de 2001 *Ministre de la défense c. Préaud*, Rec. 345; RFDA 2001.1047, concl. Bergeal; AJ 2001.841, cr. Guyomar y Collin; RTDH 2003.1043, nota Kissangoula).

2.º) Sobre estos puntos, la decisión de la Asamblea de lo Contencioso coincide con las conclusiones del Comisario del Gobierno.

a) Así pues, el Consejo de Estado considera que las pensiones civiles y militares de jubilación «son prestaciones pecuniarias, perso-

nales y vitalicias, a las que tienen derecho, por los servicios prestados, los agentes públicos» y que, por consiguiente, el Tribunal Administrativo de Apelación no cometió un error de derecho al resolver que «estas pensiones constituyen unas cuantías debidas que han de ser consideradas como unos bienes en el sentido del artículo 1.º . del Primer Protocolo adicional del Convenio».

b) Del mismo modo, la sentencia destaca que cualquier distinción que se establezca entre personas con una situación análoga es discriminatoria, en el sentido de las disposiciones del artículo 14 del Convenio «si no va acompañada de justificaciones objetivas y razonables, es decir, si no persigue un objetivo de utilidad pública, o si no se funda en criterios objetivos y racionales compatibles con los fines de la ley»;

B. *La falta de compatibilidad con los convenios internacionales del criterio que sirve de fundamento a la congelación de las pensiones.*

4 1.º) Son dos las consideraciones que llevaron al Comisario del Gobierno a recomendar al Consejo de Estado que interpretara la legislación interna de tal modo que fuera compatible con la norma internacional.

a) En términos generales, ha habido casos en los que el Consejo ha optado por interpretar la norma de origen interno a la luz de las exigencias que se derivan del Convenio, en lugar de hacer constar su incompatibilidad con dicho Convenio. Esto ocurría mucho antes y ha seguido ocurriendo después del caso *Ministre de la défense c. Diop*. Antes de que se dictara esta sentencia, la Sección de lo Contencioso había intentado limitar el alcance del régimen al que estaban sujetas las publicaciones de origen extranjero para admitir su compatibilidad con los convenios internacionales (CE Secc. 9 de jul. de 1997, *Association Ekin*, Rec. 300; v. n.º 27.8), sin conseguir con ello convencer al Tribunal de Estrasburgo (CEDH 17 jul. de 2001, *Association Ekin*; RTDH 2002.685, nota de Fontbressin; AJ 2002.52, nota Julien-Laferrière; LPA 22 de febr. de 2002, nota Pech), hecho que llevó más adelante al Consejo de Estado a reconocer las discrepancias con el Convenio (CE 7 de febr. de 2003, *GISTI*, Rec. 30; AJ 2003.996, nota Julien-Laferrière; RFDA 2003.972, nota Fitte-Duval y Rabiller; RD publ. 2003.901, nota Mouzet).

Mucho más significativo resulta otro supuesto de interpretación de la legislación nacional. Nos referimos a la valoración de la compatibilidad del artículo L. 160-5 del Código de Urbanismo -que sienta el principio de la no obligatoriedad de indemnización de las restricciones de propiedad que se deriven de las normas urbanísticas- con el artículo 1.º del Primer Protocolo Adicional. Gracias a una ampliación de las excepciones que cabe hacer al principio de no compensación, la Sección de lo Contencioso pudo llegar a la conclusión de que no había incompatibilidad entre el Protocolo y el artículo L. 160-5 (CE Secc. 3 de jul. de 1998, *Bitouzet*, Rec. 288, concl. Abraham; RFDA 1998.1243, concl. y 1999.841, nota de Béchillon; CJEG 1998.441 y BJDU n.º 5/98, concl.). Con posterioridad al caso *Ministre de la défense c. Diop*, la jurisprudencia aportó otros ejemplos similares de interpretación, por ejemplo, en lo tocante a las consecuencias de la suspensión de los derechos a una pensión de jubilación de un funcionario (CE 7 de ene. de 2004, *Colombani*, Rec. 2; JCP Adm. 2004.471, nota Jean-Pierre; AJ 2004.1653, nota Dord).

b) El Comisario del Gobierno Courtial opinaba que se podía entender que las disposiciones de la ley de financiación para el año 1960 fundaban la diferencia de remuneración, que establecían en detrimento de los titulares extranjeros del derecho a una pensión pública, no sólo en el criterio de nacionalidad, sino también en un criterio que se derivaba de las cláusulas preliminares de la ley *de residencia* en el extranjero. En efecto, el coste de la vida varía en función del lugar en el que se resida. Por tanto, aunque la prestación que percibía el señor Diop sólo representaba un 34% de la que hubiera percibido de no haberse aplicado la congelación, el poder adquisitivo de esta prestación equivalía a cinco veces la renta media nacional de Senegal.

- 5           2.º) La Asamblea de lo Contencioso no llegó tan lejos. Consideró que los propios términos de la ley se oponían a la incorporación por el juez de un criterio de residencia, cuando el legislador se refería exclusivamente a la nacionalidad. Es más, de ser éste el caso, hubiera sido necesario determinar en qué fecha se constataba la condición de residencia. Aunque cabría pensar que la solución más lógica consiste en tomar como referencia la fecha de comienzo del derecho a una pensión, esto podría dar lugar a un trato desigual en el caso de que se produzca un cambio posterior de residencia.

Por consiguiente, el Consejo de Estado resolvió que, aunque cabía deducir de las cláusulas preliminares de las disposiciones del artículo 71 de la ley de 26 de dic. de 1959 «que su objetivo era, en particular, determinar las consecuencias del acceso a la independencia de los países mencionados en dicho artículo y de la evolución ahora distinta de sus economías con respecto a la de Francia, consecuencias por las que ya no estaba justificada la revalorización de las pensiones en función de la evolución de las remuneraciones que percibían los funcionarios franceses, la diferencia de remuneración a la que daban lugar entre los titulares de pensiones, *por razón de su nacionalidad*, no se fundaba en criterio alguno que pudiera ser considerado como acorde con este objetivo».

### III. Las consecuencias de la sentencia.

- 6 Habida cuenta de su motivación, la sentencia *Ministre de la défense c. Diop* es un buen ejemplo de la manera en que el Consejo de Estado aplica el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Se suma al enfoque que había recomendado el Comisario del Gobierno Labetoulle en sus conclusiones sobre el caso *Debout* sobre el que se falló el 27 de oct. de 1978 (Rec. 403). A su entender, la interpretación por el Consejo de Estado del Convenio tiene que conciliar «en la medida de lo posible, dos propósitos: por una parte, evitar cualquier solución que pudiera resultar radicalmente incompatible con la jurisprudencia del Tribunal; por otra, evitar también cualquier solución que pudiera, respecto a un punto determinado, marcar una ruptura con el derecho nacional anterior». Este enfoque explica por qué la sentencia de 30 de nov. de 2001, a la vez que se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal, deja al legislador la posibilidad de justificar una posible diferencia de remuneración, amparándose en el *concepto de residencia* del titular del derecho a una pensión fuera del territorio nacional.

Pero la facultad que se otorga, de este modo, al legislador ha resultado difícil de llevar a la práctica, tanto más cuanto que, al control de compatibilidad con los convenios internacionales, se ha sumado el control de constitucionalidad.

En primer lugar, se dictó la ley de financiación rectificativa de 30 de dic. de 2000 (art. 68) por la que se instauró un mecanismo de descongelación parcial. Además, dada la resonancia que tuvo la película

«*Indigènes*» (estrenada en España como «Días de Gloria»), el legislador procedió a la descongelación total de las pensiones militares de *invalidéz*, que percibían los nacionales de los antiguos territorios bajo soberanía francesa, a partir del 1 de ene. de 2007, con el art. 100 de la ley de 21 de dic. de 2006 por el que se establecía la ley de financiación para 2007.

El primero de estos textos fue impugnado por ser contrario al artículo 14 del Convenio. Aunque el Comisario del Gobierno dictaminó que las nuevas reglas eran incompatibles con el Convenio, al ser éstas aplicables a los titulares de las pensiones *de invalidéz* y a sus derechohabientes, el Consejo de Estado consideró, fundándose en el margen de apreciación que el Convenio dejaba a cada Estado, que el hecho de que el legislador tuviera en cuenta como criterio el lugar de residencia de los interesados en el momento de la liquidación de la pensión, para establecer su cuantía, no era incompatible con el art. 14 (CE Secc. [dictamen] 18 de jul. de 2006, *Ka*, Rec. 349, concl. Vallée; de la misma fecha CE Secc. *GISTI*, Rec. 353, concl. Vallée; RFDA 2006.1201, concl. AJ 2006.1853, cr. Landais y Lenica).

7 Poco después de que se empezara a aplicar el procedimiento de la cuestión previa de constitucionalidad (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Sarran\**), El Consejo de Estado atribuyó una especial gravedad –remitiéndola, por ello mismo, al Consejo Constitucional– la impugnación, por vulneración de los derechos y libertades que garantiza la Constitución, no sólo del art. 68 de la ley de 30 de dic. de 2002 y del art. 100 de la ley de 21 de dic. de 2006, sino también del art. 26 de la ley rectificativa de finanzas para 1981 por la que se regulaba la situación de los nacionales argelinos (CE 14 abr. 2010, *M. et Mme Labane*, Rec. 110; AJ 2010.1018, concl. Courrèges).

El Consejo Constitucional reprobó, por ser contrarias al principio de igualdad, las disposiciones que sometió a examen. Después de haber subrayado que los textos impugnados tenían por objeto garantizar a los titulares de pensiones de jubilación civiles o militares, *en función de su lugar de residencia* en el extranjero en el momento de nacer estos derechos, unas condiciones de vida acordes con la dignidad de las funciones que desempeñaron al servicio del Estado, el Consejo Constitucional destacó que, al establecer unas condiciones de revalorización distintas de la previstas por el Código de Pensiones Civiles y Militares de Jubilación, las disposiciones cuestionadas dejaban sin resolver la diferencia de remuneración con respecto a los *nacionales*

*franceses residentes en el mismo país extranjero*. Ello a pesar de que, si bien el legislador podía justificar una diferencia de remuneración en función del lugar de residencia, teniendo en cuenta las diferencias de poder adquisitivo, no podía en modo alguno, sin vulnerar el principio de igualdad, establecer, en atención a la finalidad de la ley, una diferencia por razón de su nacionalidad entre titulares de una pensión civil o militar de jubilación financiada con cargo a los presupuestos del Estado. Por consiguiente, el Consejo Constitucional derogó a partir del 1 de ene. de 2001 el art. 26 de la ley de 3 de ago. de 1981 y el art. 68 de la ley de 30 de dic. de 2002, al igual que el art. 100 de la ley d 21 de dic. de 2006, en tanto en cuanto el hecho de que siguiera vigente este artículo hubiera tenido como consecuencia que se generara una nueva vulneración del principio de igualdad en detrimento de los nacionales argelinos (CC n.º 2010-1 QPC, 28 de mayo de 2010, Rec. 91; RFDC 2010 n.º 84, 811, nota Racine).

8 Correspondía al legislador, el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado establecer, cada uno en su esfera de competencia, las consecuencias que había que sacar de la decisión n.º 2010-1 PPC, procediendo, si fuera necesario, a reforzar sus efectos.

Con el art. 211 de la ley de 29 de dic. de 2010 de financiación para 2011, el legislador definió nuevas reglas para el cálculo de las pensiones militares de invalidez y de las pensiones civiles y militares de jubilación de las personas que entraban en el campo de aplicación del art. 71 de la ley de 26 de dic. de 1959, precisando que las reglas debían aplicarse a las causas en curso en la fecha de la decisión de 28 de mayo de 2010, entrando en vigor «la revisión de las pensiones» a partir de la fecha de recepción por la Administración de la demanda que ha dado origen a dichas causas. El legislador estableció el 1 de ene. de 2011 como fecha de entrada en vigor del art. 211.

Con posterioridad a su decisión n.º 2010-1 QPC, el Consejo Constitucional definió, mediante la interpretación de las disposiciones del art. 62 de la Constitución en su redacción resultante de la ley constitucional de 23 de jul. de 2008, los efectos de una decisión de inconstitucionalidad que fuera consecuencia de una remisión al Consejo de Estado o al Tribunal de Casación, en los siguientes términos: «Aunque, *en principio*, la declaración de inconstitucionalidad debe beneficiar al autor de la cuestión previa de constitucionalidad, y la disposición que sea declarada contraria a la Constitución no puede aplicarse a las causas en curso en la fecha de publicación de la decisión del Con-

sejo Constitucional, las disposiciones del art. 62 de la Constitución reservan a este último la facultad tanto de establecer la fecha de derogación y de aplazar sus efectos, como de prever el cuestionamiento de los efectos que la disposición haya podido tener antes de producirse dicha declaración» (CC n.º 2010-108 QPC, 25 de marzo de 2011, Rec. 154).

Por su parte, el Consejo de Estado se vio obligado no sólo a pronunciarse sobre la aplicación de las disposiciones legislativas resultantes del art. 211 de la ley de financiación para 2011, sino también a ejercer sobre determinadas cuestiones, no expresamente reguladas por el legislador, el control de compatibilidad con los convenios internacionales, en línea con la sentencia *Diop*, ello como consecuencia de una sentencia de 13 de mayo de 2011 *Mme M'Rida*, que se dictó en Asamblea (Rec. 211, concl. Geffray; RFDA 2011.789, concl., nota Verpeaux; AJ 2011.1136, cr. Domino y Bretonneau).

9 En lo que respecta a la aplicación del nuevo dispositivo legislativo, el Consejo de Estado se fundó tanto en su decisión n.º 2010-1 QPC de 28 de mayo de 2010, dictada a propósito de la remisión al que él mismo había procedido, como en la decisión n.º 2010-108 QPC de 25 de marzo de 2011. Por ello mismo, confirmó la autoridad de cosa juzgada a la interpretación que había dado el Consejo Constitucional al art. 62 de la Constitución. Vistos los art. 61-1 y 62 de la Constitución y las decisiones n.º 2010-1 QPC y 2010-108 QPC, el Consejo de Estado considera que: *«cuando el Consejo Constitucional, después de haber derogado una disposición que ha sido declarada inconstitucional, haga uso de la facultad que le confieren las disposiciones [del art. 62], procediendo ya sea a establecer él mismo las condiciones y los límites en los que cabría proceder a una revisión de los efectos que ha producido la disposición, ya sea a decidir que el legislador tendrá que prever una aplicación a las causas en curso de las disposiciones que haya adoptado para subsanar la inconstitucionalidad constatada, corresponderá seguidamente al juez, al que compete pronunciarse sobre un litigio relativo a los efectos producidos por la disposición calificada de inconstitucional, proceder a la revisión de estos efectos, renunciando, para resolver el litigio, si procede de oficio, a la aplicación de la disposición, dentro de los límites y las condiciones establecidas por el Consejo Constitucional o por el legislador»*.

10 En función de este enfoque, reiterado por otras dos decisiones de la Asamblea de 13 de mayo de 2011, *Mme Lazare* (Rec. 235), de un

lado, y *Mme Delannoy et M. Verzele*, de otro (Rec. 238; RFDA 2011.772, concl. Thiellay; AJ 2011.1136, cr. Domino y Bretonneau), el Consejo de Estado se preocupó por conferirle la mayor eficacia posible a la cosa juzgada con la decisión de 28 de mayo de 2010. Con tal fin, la sentencia *Mme M'Rida* interpreta «la revisión de las pensiones» que hizo posible el art. 211 de la ley de financiación para 2011, como «aplicable también a las solicitudes de una pensión en favor de familiares», ya se trate de una pensión de viudedad o de orfandad. Es más, en cada uno de estos supuestos, el Consejo de Estado reconoció un derecho a una pensión en favor de familiares, sin que sean aplicables las disposiciones legislativas que lo excluían por razón de la nacionalidad extranjera de los solicitantes, alegando que dicho criterio es contrario a las disposiciones del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en conjunción con el artículo 1.º del Primer Protocolo Adicional. Por consiguiente, la aplicación de la jurisprudencia *Diop* ha permitido excluir unas disposiciones legislativas no expresamente censuradas por el Consejo Constitucional en su decisión de 28 de mayo de 2010.

En suma, lejos de ser incompatibles, puede ser muy útil conjugar los efectos del control de constitucionalidad y del control de compatibilidad con los convenios internacionales.

Encontramos un ejemplo adicional de esta complementaridad en la ley de 3 de ene. de 1969, relativa al ejercicio de actividades ambulantes y al régimen aplicable a las personas que circulan en Francia sin domicilio ni residencia fija. Desde un punto de vista constitucional, las disposiciones de esta ley relativas al *permiso* de circulación han sido consideradas contrarias al principio de igualdad (CC n.º 2012-379 QPC, 5 de oct. de 2012, Rec. 314; AJ 2012.2393, nota E. Aubin), a diferencia del *libro* de circulación.

Desde el punto de vista de los convenios internacionales, se ha considerado que las sanciones previstas por vía reglamentaria por no ser titular o no presentar el libro de circulación constituyen un atentado inadmisibles contra la libertad de circulación que garantiza el art. 2 del Protocolo n.º 4 adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CE 9 de nov. de 2014, *Peillex*; AJ 2014.2280).

El hecho de que el juez administrativo tenga en cuenta las disposiciones del art. 14 del Convenio, que prohíbe las discriminaciones, junto con las del art. 1.º de su Primer Protocolo, puede llevarle

asimismo a excluir la aplicación de una disposición legislativa contraria a estas disposiciones (CE 10 de abr. de 2015, *Société Red Bull on Premise*; Dr. fisc. 2015.434, concl. Bonhert) cuando el Consejo Constitucional haya derogado, con efecto diferido la misma disposición por ser contraria al principio constitucional de igualdad tributaria (CC n.º 2014.417 QPC, 19 de sept. de 2014, Rec. 408).

## **102. RESPONSABILIDAD. FALTA PERSONAL Y FALTA DE SERVICIO. ACCIÓN RECURSORIA. RÉGIMEN DE VICHY**

**Consejo de Estado As., 12 de abril de 2002, Papon**

(Rec. 139, concl. Boissard; RFDA 2002.582, concl.; AJ 2002.423, cr. Guyomar et Collin y 2014.115, nota Donnat; LPA 28 de mayo de 2002, concl. Boissard, nota E. Aubin; D. 2003.647, nota Delmas Saint-Hilaire; JCP 2002.II.10161, nota Moniolle; Gaz. Pal. 28-30 de jul. de D. 2002.27, nota Petit; RD publ. 2002.1511, nota Degoffe, y 1531, nota Alvés; RD publ. 2003.470, nota Guettier; RFDC 2003.513, com. Verpeaux)

Considerando que el señor Papon, que desempeñó, entre junio de 1942 y agosto de 1944, el puesto de Secretario General de la Prefectura del departamento de Gironda, fue condenado el 2 de abr. de 1998 por el Tribunal Penal de este mismo departamento a una pena de diez años de reclusión criminal por complicidad en crímenes contra la humanidad, acompañada de privación de sus derechos cívicos, civiles y familiares durante diez años; que esta condena se dictó debido a la colaboración activa que prestó el interesado a la detención e internamiento de varias decenas de personas de origen judío, entre ellas, numerosos niños, la mayoría de las cuales, después de ser reagrupadas en el campo de Merignac, fueron trasladadas, durante los meses de jul., ago. y oct. de 1942 y ene. de 1944, en cuatro convoyes, desde Burdeos hasta Drancy, antes de ser deportadas al campo de Auschwitz donde murieron; que el Tribunal Penal de Gironda, al pronunciarse el 3 de abr. de 1998 sobre las indemnizaciones debidas a la parte civil, condenó al señor Papon a pagar a la parte civil, de un lado, las cuantías que éstas reclamaban en concepto de daños y perjuicios y, de otro, los gastos en los que éstas incurrieron durante el procedimiento y que no se habían incluido en las costas; que el señor Papon solicita, después de que el Ministro del Interior se negara a dar satisfacción a la demanda que interpuso ante él, que el Estado sea condenado a servirle de garante y a asumir en su lugar el pago del importe de 4.720.000 francos (719.559 euros) que se le reclama por estas condenas;

*Sobre el fundamento de la demanda interpuesta:*

Considerando que según lo dispuesto en el artículo 11 de la ley de 13 de jul. de 1983, relativo a los derechos y obligaciones de los funcionarios: «*Cuando un funcionario sea demandado por un tercero por una falta de servicio y no se haya elevado el conflicto de atribuciones, la colectividad pública deberá, siempre que no se pueda imputar a dicho funcionario una falta personal disociable del ejercicio de sus funciones, servirle de garante contra las condenas que se pronuncien contra él*»; que, para la aplicación de estas disposiciones, procede –con independencia del motivo por el que el funcionario haya de asumir una responsabilidad frente a la víctima del perjuicio– distinguir tres casos; que, en el primero de ellos, al tener el daño por el que ha sido condenado civilmente el agente como único origen una falta servicio, la Administración estará obligada a proteger íntegramente al interesado de las condenas que se pronuncien contra él; que, en el segundo, en cambio, al tener el daño como único origen una falta personal disociable del ejercicio de sus funciones, el agente no podrá –cualquiera que haya sido el vínculo entre esta falta y el servicio– contar con que la Administración le sirva de garante; que, en el tercero, al conjugarse, en la producción del daño, una falta personal con los efectos de una falta de servicio que nada tiene que ver con ésta, la Administración sólo estará obligada a cubrir el valor de la parte del daño imputable a dicha falta de servicio; que corresponde al juez administrativo que, en este último supuesto, ha de pronunciarse sobre un litigio que enfrenta a un funcionario con su administración, determinar la contribución final de una y otra parte a la cuantía de las reparaciones, habida cuenta de la existencia y de la gravedad de sus faltas respectivas;

*Sobre la existencia de una falta personal:*

Considerando que la valoración efectuada por el Tribunal Penal de Girona sobre el carácter personal de la falta cometida por el señor Papon, en el litigio que enfrenta a este último a la parte civil y que se enmarca en una causa distinta, no es vinculante para el juez administrativo que debe pronunciarse en el marco, arriba expuesto, de las relaciones entre el agente y el servicio;

Considerando que de los hechos constatados por el juez penal, cuya decisión está, en cambio, revestida de la autoridad de cosa juzga-

da, se desprende que el señor Papon, en el momento en que era Secretario General de la Prefectura de Gironda entre 1942 y 1944, prestó su colaboración activa a la detención e internamiento de 76 personas de origen judío que fueron, más adelante, deportados a Auschwitz donde perdieron la vida; que, aunque el interesado alega que se limitaba a obedecer las órdenes recibidas de sus superiores jerárquicos o a actuar bajo coacción de las fuerzas de ocupación alemanas, se desprende de la instrucción que el señor Papon aceptó, en primer lugar, que se colocara bajo su autoridad directa el Departamento de Asuntos Judíos de la prefectura de Gironda, pese a que esta asignación no era acorde con las funciones que desempeñaba el Secretario General; que, en segundo lugar, veló por propia iniciativa, y adelantándose a las instrucciones procedentes de sus superiores, por que se desarrollaran con la mayor eficacia y rapidez las operaciones necesarias para la localización, detención e internamiento de las personas afectadas; que, por último, se esforzó personalmente por que tuvieran la mayor capacidad posible los cuatro convoyes que el Tribunal Penal de Gironda colocó bajo su autoridad, de los 11 que salieron de este departamento entre jul. de 1942 y junio de 1944, haciendo todo lo que estaba en su mano para que los niños, que habían sido entregados a familias de acogida tras la deportación de sus padres, no pudieran ser excluidos de estas operaciones; que semejante comportamiento, que no es posible justificar exclusivamente por la presión que ejercían sobre el interesado los ocupantes alemanes, reviste por la gravedad excepcional de los hechos y de sus consecuencias un carácter inexcusable y constituye, por este mismo motivo, una falta personal disociable del ejercicio de sus funciones; que la circunstancia alegada por el señor Papon, según el cual los hechos que se le imputan se cometieron en el marco del servicio y no están desprovistos de todo vínculo con el servicio, no altera en lo más mínimo su carácter de falta personal a la hora de aplicar las disposiciones antes citadas del artículo 11 de la ley de 13 de jul. de 1983;

*Sobre la existencia de una falta de servicio:*

Considerando que, si bien constituye un hecho probado que la deportación entre 1942 y 1944 de personas de origen judío detenidas y luego internadas en Gironda en las condiciones que se detallan más arriba fue organizada a petición de las fuerzas de ocupación alemanas, no es menos cierto que la instalación del campo de internamiento

de Merignac y la facultad concedida al prefecto, desde oct. de 1940, de internar en este campo a los nacionales extranjeros «de raza judía», la propia existencia de un Departamento de Asuntos Judíos dentro de la prefectura, encargado en particular de establecer y mantener actualizado un fichero en el que se censara a las personas «de raza judía» o de confesión israelita, la orden dada a las fuerzas de policía para que colaboraran en las operaciones de detención e internamiento de las personas que figuraran en dicho fichero y a los responsables administrativos para que prestaran ayuda a la organización de convoyes con dirección a Drancy –actos y actuaciones todos ellos de la Administración francesa y que no eran resultado de una coacción directa de los ocupantes– permitieron y facilitaron, con independencia de la acción del señor Papon, las operaciones que fueron el prelude de la deportación;

Considerando que, aunque el artículo 3 del Decreto-Legislativo de 9 de agosto de 1944, relativo al restablecimiento de la legalidad republicana en el territorio continental, ratifica expresamente la nulidad de todos los actos de la autoridad de hecho que decía ser «el gobierno del Estado francés» –actos que «establecieron o aplicaron una discriminación, de cualquier tipo que sea, fundada en la condición de ser judío»–, *dicho artículo no puede tener como efecto que se cree un régimen de irresponsabilidad del poder público frente a los hechos o las actuaciones cometidas por la Administración francesa en aplicación de los citados actos, entre el 16 de junio de 1940 y la fecha de restablecimiento de la legalidad republicana en el territorio continental*; que, por el contrario, las disposiciones antes citadas del Decreto-Legislativo, al declarar la nulidad por ilegalidad manifiesta de los actos que establecían o aplicaban esta discriminación, reconocieron necesariamente que las actuaciones a las que dieron lugar estos actos podían tener un carácter culposos;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que la falta de servicio objeto de análisis compromete, contrariamente a lo que sostiene el Ministro del Interior, la responsabilidad del Estado; que incumbe, por tanto, a este último asumir, en aplicación del segundo apartado del artículo 11 de la ley de 13 de jul. de 1983, una parte de las condenas pronunciadas, estableciéndose ésta en función de la medida en que la falta de servicio contribuyó en la producción del daño reparado por el Tribunal Penal de Gironda;

*Sobre el reparto final de la responsabilidad:*

Considerando que, dadas las circunstancias del caso, se procedería a una valoración justa de la participación respectiva que cabe atribuir a las faltas analizadas más arriba, si se condena al Estado a asumir la mitad del importe total de las condenas civiles pronunciadas contra el recurrente el 3 de abr. de 1998 por el Tribunal Penal de Gironda;... [condena del Estado a asumir la mitad del importe total de las condenas civiles; desestimación de las demás pretensiones].

### OBSERVACIONES

- 1 El 2 de abr. de 1998, el Tribunal Penal de Gironda condenó al señor Maurice Papon a una pena de diez años de reclusión criminal por complicidad en crímenes contra la humanidad, consistentes en la detención y secuestro, en 1942 y 1944, en un época en la que era Secretario General de la Prefectura de Gironda, de setenta y seis personas debido a su pertenencia a la «raza judía» o a la religión israelita.

Al día siguiente, al pronunciarse sobre las indemnizaciones debidas, lo condenó a pagar a la parte civil (herederos de las víctimas, organizaciones que se habían sumado a su demanda) un importe total de 4,72 millones de francos (cerca de 720.000 euros), de los cuales 3,2 millones de francos correspondían a los gastos incurridos y 1,6 millones a las indemnizaciones por daños y perjuicios.

El señor Papon, amparándose en el artículo 11 de la ley de 13 de jul. de 1983 sobre los derechos y obligaciones de los funcionarios, solicitó al Ministro del Interior que lo protegiera contra las condenas civiles pronunciadas contra él. Al haber sido desestimada su demanda, recurrió a la jurisdicción administrativa para que condenara al Estado. Dado que se trataba de un litigio relacionado con la situación individual de un funcionario nombrado por decreto del Presidente de la República, el Consejo de Estado era competente para pronunciarse en primera y última instancia.

Con su sentencia de 12 de abr. de 2002, condenó al Estado a asumir la mitad del importe total de las condenas civiles pronunciadas contra el recurrente por el Tribunal Penal.

Ni la rudeza del recuerdo de los hechos ni el rigor del análisis jurídico pueden hacer olvidar *«la inmensidad de los sufrimientos*

*de los hombres y las mujeres que fueron arrojados a (los) convoyes y conducidos hacia la muerte*», como ponía de relieve la señora Boisard en sus conclusiones.

Si nos atenemos al terreno del derecho administrativo, la sentencia *Papon* es un ejemplo particularmente ilustrativo de la acción recursoria que un agente puede emprender contra el servicio público (I). Impide que se reconozca la irresponsabilidad del Estado pretextando la alternancia de regímenes políticos (II).

- 2 I. Las acciones recursorias de la Administración contra sus agentes y, a la inversa, de los agentes contra su administración dieron lugar a las sentencias de principio del Consejo de Estado de 28 de jul. de 1951, *Laruelle\**, *De ville\**.

La sentencia *Laruelle* admite que una colectividad pública pueda demandar a sus agentes por el perjuicio que le han ocasionado debido a sus faltas personales separables del ejercicio de sus funciones. La sentencia *Delville* admite, a la inversa, la posibilidad de que un agente, condenado por los tribunales ordinarios a indemnizar a la víctima por un perjuicio cuya responsabilidad se le imputa, pueda demandar a su administración por la falta de servicio que ha cometido y que ha contribuido a la producción del perjuicio.

La sentencia *Papon* se sitúa precisamente en línea con la jurisprudencia *Delville*, pero, además de servir de ejemplo ilustrativo por el carácter dramático de los hechos de la causa, sistematiza asimismo, gracias a su redacción rigurosa, los principios en los que ambas se basan.

Precisa los casos en que un agente puede demandar a su administración (A) y la medida en que esta última puede contribuir a la reparación (B).

- 3 A. La sentencia se refiere a las disposiciones de la ley de 13 de jul. de 1993, relativa a los derechos y obligaciones de los funcionarios (art. 11 apartado 2), que obliga a la Administración, en el caso de que un funcionario sea demandado por un tercero por una falta de servicio y de que no se haya elevado el conflicto de atribuciones, a asumir las condenas pronunciadas contra el funcionario siempre y cuando a éste no se le pueda imputar una falta personal dissociable del ejercicio de sus funciones. Ya se habían introducido fórmulas similares en textos anteriores que establecían el estatuto de los funcionarios

(«ley» de 14 de sept. de 1941, art. 24; ley de 19 de oct. de 1946, art. 14; decr. de 4 de febr. de 1959, art. 11). Éstas se limitaban a consagrar un principio general del Derecho que ha de respetarse, aunque no se apoye en ningún texto (CE Secc. 26 de abr. de 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, Rec. 243; v. n.º 61.7). Nos llevan a distinguir tres casos.

1.º) «En el primero... *el perjuicio por el que se condena civilmente al agente tiene su origen exclusivamente en una falta de servicio*». Causa extrañeza que esto pueda ser posible ya que, por regla general, no se puede considerar personalmente responsable a un funcionario por las consecuencias perjudiciales de una falta de servicio, ni siquiera cuando él mismo la ha cometido (TC 30 de jul. de 1873, *Pelletier\**); si es objeto de una demanda ante los tribunales ordinarios por esta falta de servicio, se ha de dar traslado de la demanda al Tribunal de Conflictos.

No obstante, puede ocurrir que un funcionario sea condenado por los tribunales ordinarios por una falta de servicio. Esto es lo que sucede cuando la Administración omite, voluntariamente o por negligencia o ignorancia, dar traslado de la demanda al Tribunal de Conflictos. También puede ser consecuencia de la imposibilidad en la que se ve la Administración de efectuar la remisión debido a la existencia de unos textos legales que se lo impiden (el Decreto-Legislativo de 1 de junio de 1828 prohíbe dar traslado al Tribunal de Conflictos de las demandas en materia penal).

El reconocimiento por los tribunales ordinarios de la responsabilidad personal del agente por una falta que se le imputa no tiene carácter vinculante para la jurisdicción administrativa. Esta última puede considerar que «*la falta que se ha cometido presenta fundamentalmente el carácter de una falta de servicio, quedando excluida cualquier falta personal separable de las funciones del agente*» (*Centre hospitalier de Besançon*); de ser éste el caso, «*la Administración está obligada a asumir íntegramente la responsabilidad que se imputa al interesado en las condenas civiles pronunciadas contra él*» (*Papon*).

- 4      2.º) El segundo caso es aquel «*en el que el perjuicio se deriva exclusivamente de una falta personal separable de las funciones que desempeña el agente*».

Este caso se puede desagregar en varios supuestos.

La más radical de las hipótesis es la de una falta personal que está desprovista de todo vínculo con el servicio: el agente no la cometió ni en el servicio ni fuera del servicio con unos medios que le hubieran permitido, o al menos facilitado, desempeñar sus funciones. La víctima no hubiera podido inculpar a la Administración; el agente es el único responsable frente a la víctima.

Más matizado es el supuesto de una falta personal que, aún siendo la única falta que se ha cometido, se produjo en el servicio o, aunque se cometiera fuera del servicio, no está desprovista de todo vínculo con el mismo. La jurisprudencia *Lemonnier*\* (26 de jul. de 1918), *Mimeur* (18 de nov. de 1949, Rec. 492; v. n.º 31.5) hubiera permitido a la víctima solicitar una reparación por parte de la Administración, ya que, aunque ésta no haya cometido falta alguna, debe responder por las consecuencias perjudiciales de la falta personal de su agente, al no estar ésta desprovista de todo vínculo con el servicio. Pero cabe también la posibilidad de que la víctima haya intentado que se imputara una responsabilidad personal al agente ante los tribunales ordinarios, y que estos últimos lo hayan condenado justamente, al ser su falta una falta personal.

En ambos casos, ni la víctima ni el agente pueden imputar a la Administración una falta de servicio. El agente no puede ejercer una acción recursoria contra la Administración.

La solución es exactamente la contraria a la que prevalece cuando sólo se ha cometido una falta de servicio. En este caso, puesto que la única falta es la falta personal del agente, «*el agente que la ha cometido no puede., cualquiera que sea el vínculo entre esta falta y el servicio, esperar que la Administración le sirva de garante*». La sentencia *Papon* formula a este respecto un principio que ya se había aplicado en varias ocasiones (CE 19 de febr. de 1954, *Consorts Delaprée*, Rec. 117; 9 de oct. de 1970, *Commune de Lusignan*, Rec. 477; 28 dic. de 2001, *Valette*, AJ 2002.359, concl. Schwartz).

3.º) Queda por exponer el tercer caso, «*en el que los efectos de una falta personal se conjugan, en la producción del daño, con los de una falta de servicio independiente*».

Ya se había presentado esta circunstancia en el caso *Delville*\*, en el que cabía imputar un accidente, a la vez, al estado de ebriedad del agente (falta personal) y al estado deficiente de los frenos del camión que conducía (falta de servicio). El Consejo de Estado había señalado, con motivo de este procedimiento, que «*la víctima puede solicitar una indemnización por la totalidad del perjuicio que se le ha ocasionado*

*o bien a la Administración, ante los tribunales administrativos, o bien al agente responsable, ante los tribunales ordinarios».*

Ante la jurisdicción administrativa, intenta que se declare responsable a la Administración no tanto porque la falta personal no esté del todo desprovista de un vínculo con el servicio, sino por la falta de servicio en sí misma (CE 3 de febr. de 1911, *Anguet\**); la Administración puede, a continuación, demandar a su agente para que éste asuma las consecuencias perjudiciales que le ha ocasionado con la falta personal que cometió (CE 28 de jul. de 1951, *Laruelle\**).

Las víctimas pueden optar por denunciar la falta personal del agente y conseguir que los tribunales ordinarios lo condenen a reparar la totalidad del perjuicio ocasionado. Esto fue lo que decidieron hacer en el caso *Papon*: se constituyeron como parte civil contra este último con el fin de que fuera condenado, a la vez, en el ámbito penal y en el ámbito civil, habiendo sido efectivamente condenado el interesado por el tribunal penal en estos dos ámbitos.

Pero, debido a la existencia de una falta de servicio que, en conjunción con la falta personal, contribuyó a la producción del daño, el agente puede demandar a la Administración y conseguir el reembolso de las indemnizaciones que él mismo ha tenido que pagar. Esto es lo que se había reconocido en la sentencia *Delville\**.

Y es exactamente el enfoque que retoma la sentencia *Papon*, aclarando, empero, con mayor rotundidad que: «la Administración sólo está obligada a hacerse cargo de la cuantía equivalente a la parte imputable a dicha falta de servicio».

- 5 B. Por consiguiente, es necesario determinar su contribución a la deuda. Al igual que ocurre con la acción recursoria de la Administración contra su agente (*Laruelle\**), la del agente contra su administración (*Delville\**, *Papon*) entra en el ámbito de competencia de la jurisdicción administrativa, ya que, en ambos casos, el tribunal ha de pronunciarse sobre las relaciones de derecho público entre las partes.

*«Corresponde al juez administrativo, en este... supuesto, determinar la contribución final de una y otra parte a la cuantía de las reparaciones, habida cuenta de la existencia y de la gravedad de sus faltas respectivas».* Le compete pronunciarse sobre la existencia de una falta personal y de una falta de servicio y sobre el reparto final de la deuda entre el agente y el servicio.

1.º) Tratándose de una falta personal, la posición de los tribunales ordinarios no es vinculante para el juez administrativo, y ello por dos motivos.

El primero tiene que ver con la autoridad de cosa juzgada: ésta sólo es vinculante cuando se produce una identidad de objeto, de causa y de partes, siendo válido este requisito tanto en Derecho Administrativo como en Derecho Privado (por ej., CE Secc. 26 de feb. de 1937, *Société des ciments Portland de Lorraine*, Rec. 254; Secc. 16 de marzo de 1962, *Compagnie d'assurances l'Urbaine et la Seine*, Rec. 182).

En el caso de una acción recursoria del agente contra la Administración, mientras que el juez ordinario se pronuncia sobre un litigio que enfrenta a las víctimas con el agente, el juez administrativo se pronuncia sobre un litigio que enfrenta al agente con la Administración (por tanto, no hay identidad de partes); el juez ordinario condena al agente por su falta personal, debiendo el juez administrativo condenar a la Administración por su falta de servicio (no hay, pues, identidad de causa).

Así pues, «la valoración efectuada por el Tribunal Penal de Gironde, en lo que respecta al carácter personal de la falta cometida por el señor Papon, en un litigio que enfrenta al señor Papon y a la parte civil, y que está relacionado con una causa distinta, no es vinculante para el juez administrativo, que ha de pronunciarse, como se indica más arriba, sobre las relaciones entre el agente y la Administración».

En segundo lugar, profundizando en el análisis, la falta personal no se aprecia necesariamente de la misma manera en las relaciones entre el agente y la víctima, de un lado, y entre el agente y la Administración, de otro. Cuando es la Administración la que inicia una acción recursoria contra sus agentes, puede imputarles a estos últimos una falta personal que la víctima no ha podido alegar contra ellos, tal y como puso de manifiesto el caso *Moritz-Jeannier* (TC 26 de mayo de 1954, Rec. 708; CE Secc. 22 de marzo de 1957, Rec. 196; v. n.º 63.4). A la inversa, la falta a la que se ha reconocido un carácter personal en el marco de las relaciones entre la víctima y el agente no lo es necesariamente en las relaciones entre el agente y el servicio. Puede, en tal caso, ser considerada exclusivamente como una falta de servicio.

La autonomía de la falta personal se evidencia también con respecto a la falta penal: la falta penal no es necesariamente una falta personal (TC 14 de ene. de 1935, *Thépaз\**). En caso de que se produzca una condena penal, la calificación de los hechos por el juez de lo

penal es vinculante para el juez administrativo; la autoridad de cosa juzgada concierne únicamente a la constatación de los hechos (CE As. 8 de ene. de 1971, *Ministre de l'intérieur c. Dame Desamis*, Rec. 19, AJ 1971.297, concl. J. Théry; CJEG 1972.1, nota J. V.).

El Consejo de Estado parte, pues, «de los hechos constatados por el juez penal, cuya decisión tiene... a este respecto la autoridad de cosa juzgada», para establecer en su sentencia el papel desempeñado por el señor Papon. Al término de su análisis, concluye «que semejante comportamiento, que no es posible justificar exclusivamente por la presión que ejercían sobre el interesado los ocupantes alemanes, reviste por la gravedad excepcional de los hechos y de sus consecuencias un carácter inexcusable y constituye, por este mismo motivo, una falta personal dissociable del ejercicio de sus funciones». Más allá del caso que nos ocupa, la sentencia contribuye a aclarar los criterios de la falta personal (v. nuestras obs. sobre TC 30 de jul. de 1873, *Pelletier\**).

Confirma que, incluso cuando se comete en el servicio o cuando *a fortiori* no está del todo desprovista de un vínculo con el servicio, la falta del agente sigue siendo, debido a sus características propias, una falta personal.

6 2.º) La falta personal puede combinarse con una falta de servicio (*Anguet\**).

Esta última puede emanar de un agente perfectamente identificado: cabe, entonces, hablar de falta «individual» de servicio, puesto que quien la ha cometido es el agente, aunque no deja de ser, al mismo tiempo, la falta de un «administrador más o menos sujeto a error» —en oposición con la falta personal, que es la que comete el agente, pudiendo ésta dissociarse del servicio—.

La falta de servicio puede ser anónima y emanar de una administración en su conjunto. Se entiende, entonces, como una falta *del* servicio. Puede ser el resultado de un conjunto de medidas. Este supuesto es el que se da en el caso de autos. La sentencia analiza los «*actos o actuaciones de la Administración francesa*» («*la propia existencia de un Departamento de Asuntos Judíos*», «*la orden dada a las fuerzas de policía para que colaboraran en las operaciones de detención e internamiento*») para llegar a la constatación de que se cometió una falta de servicio.

La existencia de esta última no basta para que prospere la acción recursoria del agente contra la Administración. Del mismo modo, cuando la acción recursoria la emprende la Administración contra su

agente (*Laruelle\**), este último no puede ampararse en una falta de servicio provocada por sus propias maniobras, y sólo puede alegar dicha falta de servicio si él mismo no la promovió o si ésta contribuyó, por encima de la falta personal, a provocar los perjuicios ocasionados a las víctimas.

Esto fue lo que ocurrió en el caso que nos ocupa; los «actos o actuaciones de la Administración francesa... permitieron y facilitaron, con independencia de la acción del señor Papon, las operaciones que fueron el prelude de la deportación».

De ello se deduce «que la falta de servicio que se analiza en los párrafos anteriores hizo incurrir en responsabilidad... al Estado».

7

3.º) Falta por determinar en qué proporción: aquí es donde reside la cuestión del reparto final de responsabilidades.

Cuando se le obliga a asumir la totalidad de la deuda que se ha generado con respecto a las víctimas, el agente puede solicitar a la Administración que se haga cargo de la misma «en función de la medida en que la falta de servicio haya contribuido a la producción del daño».

Puede resultar delicado evaluar esta medida, dando margen a una cierta subjetividad. No obstante, el juez administrativo no procede a determinar la parte de responsabilidad que corresponde a cada uno de los autores de las faltas hasta no haber efectuado un análisis cuyo fin es identificar la contribución exacta de cada falta en la producción del daño. El método no se utiliza únicamente en las acciones recursorias, puesto que el Consejo de Estado lo aplica en todos los supuestos de responsabilidad en los que concurren varias causas a la producción del daño: a cada uno de los coautores se le imputa la parte de reparación que corresponde a la importancia de su intervención. Esto es lo que sucede en caso de acción recursoria por parte de la Administración contra sus agentes (*cfr.* el caso *Moritz-Jeannier*). Lo mismo cabe decir a la inversa.

En el caso de autos, la señora Broissard proponía que se admitiera la «responsabilidad preponderante» del señor Papon y que, de los 720.000 euros que lo había condenado a pagar el Tribunal Penal, se obligara al Estado a hacerse cargo de 200.000. El Consejo de Estado optó por «una valoración justa», admitiendo que las faltas cometidas habían contribuido en igual medida a producir el daño, y condenó al Estado a asumir la mitad de la cuantía total de las condenas civiles pronunciadas contra el recurrente.

De este modo, reconoció también la responsabilidad del Estado por las actuaciones del régimen de Vichy.

8            **II.** *Así pues, se descartó la fórmula de la irresponsabilidad por la que había optado la jurisprudencia en circunstancias similares.*

A. Ésta se fundaba en la declaración de nulidad que, con motivo de la Liberación, había afectado a «todos los actos constitucionales, legislativos o reglamentarios, así como a los decretos promulgados para su ejecución... en el territorio continental con posterioridad al 16 de junio de 1940 y hasta el restablecimiento del gobierno provisional de la República francesa» (Decretos-Legislativos de 9 de ago. de 1944 y 31 de marzo de 1945).

El Consejo de Estado había llegado a la conclusión de que «esta declaración de nulidad era válida para los efectos resultantes de la aplicación» de dichos actos, y que una medida que se derivara de éstos debía «ser considerada como constitutiva de un acto carente de fundamento jurídico», por lo que no podía dar lugar a una reparación, a menos que así lo dispusiera un texto legislativo (CE As. 4 de ene. de 1952, *Époux Giraud*, Rec. 4; RD publ. 1952.151, nota M. Waline; Secc. 25 de jul. de 1952, *Delle Remise*, Rec. 401; 11 de febr. de 1959, Vincent, Rec. 1095).

Se puede asimilar esta jurisprudencia a la posición de determinados gobiernos según los cuales las deudas de un régimen no tienen que ser asumidas por el régimen siguiente.

Estas argumentaciones, además de desembocar en una denegación de justicia, adolecen de defecto por dos motivos: por una parte, hacen caso omiso de la unidad y de la continuidad del Estado, cualesquiera que sean las variaciones que experimente su organización; por otra parte, son contrarias al vínculo necesario entre vulneración de la legalidad y falta. En la medida en que toda ilegalidad tiene un carácter culposo (CE Secc. 26 de ene. de 1973, *Ville de Paris c. Driancourt*, Rec. 78; v. n.º 14.4), todo acto «nulo y sin valor» también lo tiene *a fortiori*. Si un acto inexistente se considera «nulo y sin efecto» (v. nuestras obs. sobre CE As. 31 de mayo de 1957, *Rosan Girard\**), el hecho de que carezca de efecto lo sitúa en el terreno de la legalidad (ausencia de derechos adquiridos, ausencia de plazo para presentar un recurso), y no en el de la responsabilidad: el acto «inexistente» no pue-

de serlo hasta el punto de no haber existido de hecho y de no haber provocado unas consecuencias perjudiciales.

Las sentencias de 1952 y 1959 carecían de un fundamento jurídico sólido (v., en este sentido, la nota ya citada de M. Waline). Sólo podían justificarse equiparando, de alguna forma, los daños causados por el régimen de Vichy con los daños de guerra y, como ocurre en el caso de estos últimos, debido a la no aplicabilidad, en tales circunstancias, del régimen de derecho común de responsabilidad del poder público y a la necesidad de una legislación especial, que éstas reclaman indirectamente.

La sentencia *Papon* retoma esta jurisprudencia: las disposiciones que declaraban la nulidad de los actos del gobierno de Vichy «no podían tener como consecuencia que se instituyera un régimen de irresponsabilidad del poder público»; «todo lo contrario», «al sancionar con la nulidad la ilegalidad manifiesta» de estos actos, «tenían necesariamente que reconocer que las actuaciones a las que dieron lugar podían tener un carácter culposo». En el dictamen contencioso-administrativo emitido en Asamblea el 16 de febr. de 2009, *Mme Hoffman-Glemane* (Rec. 43, concl. Lenica; RFDA 2009.316, concl., 525, nota Delaunay, 536, nota Roche; AJ 2009.589, cr. Liéber y Botteghi; DA 2009, n.º 60, nota F. Melleray; JCP 2009.1074, nota Markus), el Consejo de Estado dio mayor fuerza a estas fórmulas.

9 B. Para la reparación de los daños ocasionados a las víctimas, efectuó dos tipos de valoraciones.

Con la sentencia *Papon*, se condenó al Estado, en el marco de la acción recursoria, a hacerse cargo de una parte de la indemnización adeudada a las víctimas por las faltas de servicio que él mismo había cometido.

En el dictamen contencioso de 16 de febr. de 2009, *Mme Hoffman-Glemane*, el Consejo de Estado procedió a una valoración más general. Hizo constar que «para compensar los perjuicios materiales y morales ocasionados a las víctimas de la deportación y a sus derechohabientes, el Estado ha tomado una serie de medidas...». Y enumeró aquellas que se habían ido sucediendo entre los años 1945 y 2000, entre las cuales figuraban el decreto de 10 de sept. de 1999 relativo a la reparación de los perjuicios resultantes de los expolios de bienes (v. CE 3 de oct. de 2012, *Kaplan*, Rec. 345; JCP Adm. 2013.2020, nota Markus) y el decreto de 13 de jul. de 2000 por el que se instauró una medida de reparación para los huérfanos cuyos padres hubieran sido

víctimas de las persecuciones antisemitas. Aunque este último, por sí solo, según la sentencia (As.) de 16 de abr. de 2001, *Pelletier* (Rec. 173; v. n.º 61.5),» no modific(aba) los requisitos que debían cumplir las personas que se creían legitimadas para interponer demandas de responsabilidad contra el Estado», formaba parte de las medidas que, según indica el dictamen contencioso, «se habían tomado en su conjunto y, pese a derivarse de un proceso muy gradual y cimentado en bases demasiado amplias,... deben ser consideradas como facilitadoras, en la medida de lo posible, de la indemnización... de los perjuicios de todo tipo que ocasionaron las acciones del Estado que contribuyeron a la deportación».

El dictamen añade lo siguiente: «*La reparación de los sufrimientos excepcionales que soportaron las personas víctimas de las persecuciones antisemitas no podían, sin embargo, reducirse a unas medidas de carácter económico. Requería el reconocimiento solemne del perjuicio que padecieron colectivamente estas personas, del papel que desempeñó el Estado en su deportación, así como del recuerdo que debe permanecer para siempre, en la memoria de la nación de sus sufrimientos y los de sus familias. Este reconocimiento se ha conseguido con un conjunto de actos y de iniciativas por parte de las autoridades públicas francesas*».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo suyo este análisis, con una decisión de 24 de nov. de 2009 (cfr. *Mélanges Costa*, p. 596). La sentencia *Papon* se enmarca en este conjunto de acciones.

## 103. ACTOS ADMINISTRATIVOS. CIRCULARES

### Consejo de Estado Secc., 18 de diciembre de 2002, *Mme Duvignères*

(Rec. 463, concl. Fombeur; RFDA 2003.274, concl., y 510, nota Petit; AJ 2003.487, cr. Donnat y Casas; misma revista 2012.691, cr. Domino et Bretonneau; JCP Adm. 2003, n.º 5, p. 94, com. J. Moreau; LPA 23 de junio de 2003, nota Combeau; Mélanges Moderne, p. 357, art. Prétot)

Considerando que la solicitud de la señora Duvignères, que el Ministro de Justicia se negó a satisfacer con su carta de 23 de febr. de 2001, y cuya anulación se solicita, debe ser considerada, contrariamente a lo que sostiene la defensa, como tendente a la derogación, de un lado, del decreto de 19 de dic. de 1991 de aplicación de la ley de 10 de jul. de 1991, relativa a la asistencia jurídica, y, de otro, de la circular de 26 de marzo de 1997, relativa al procedimiento de asistencia jurisdiccional, en tanto en cuanto ambos textos legales no excluyen la ayuda personalizada a la vivienda como ingreso a tener en cuenta para determinar el derecho de los interesados a acogerse a la asistencia jurisdiccional;

*Sobre las conclusiones tendentes a la anulación de la carta de 23 de febr. de 2001, por oponerse ésta a la derogación parcial del decreto de 19 de dic. de 1991:*

Considerando que la ley de 10 de jul. de 1991, relativa a la asistencia jurídica, prevé que la concesión de esta última esté condicionada por los ingresos de los que dispone el solicitante; que, en su artículo 5, se estipula que «quedarán excluidas de la valoración de los ingresos las prestaciones familiares, así como determinadas prestaciones con un fin determinado, de acuerdo con las modalidades previstas por decreto promulgado por el Consejo de Estado»; que el artículo 2 del decreto de 19 de dic. de 1991, cuya promulgación se fundó en dichas disposiciones, indica que quedan excluidas de los ingresos que han de tenerse en cuenta para determinar el derecho a la asistencia jurisdiccional «las prestaciones familiares que se enumeran en el artículo L. 411-1 del Código de la Seguridad Social, así como las prestaciones

con un fin especial que se enumeran en el artículo 8 del decreto de 12 de dic. de 1998 (..)»; que el primero de estos textos menciona el subsidio familiar de vivienda, pero no la ayuda personalizada a la vivienda que se instauró con el artículo L. 351-1 del Código de la Construcción y la Vivienda; que esta última prestación tampoco figura entre las que enumera el artículo 8 del decreto de 12 de dic. de 1988, relativo a la determinación de los ingresos mínimos de inserción; que, por consiguiente, se desprende del artículo 2 del decreto de 19 de dic. de 1991 que la ayuda personalizada a la vivienda debe, a diferencia del subsidio familiar de vivienda tenerse en cuenta entre los ingresos que permiten determinar el derecho a acogerse a la asistencia jurisdiccional;

*Considerando que el principio de igualdad no es incompatible con el hecho de que la autoridad investida del poder reglamentario regule de modo distinto situaciones diferentes, ni que establezca excepciones a la igualdad por motivos de interés general, siempre y cuando la diferencia de trato resultante, en uno y otro caso, tenga un nexo con el objeto de la norma que la ha establecido y que no sea manifiestamente desproporcionada en relación con las diferencias de situación que puedan servirle de justificación;*

Considerando que de las disposiciones antes citadas de la ley de 10 de jul. de 1991 se desprende que el propósito del legislador era, de un lado, excluir el subsidio familiar de vivienda de los ingresos que han de tenerse en cuenta para determinar el derecho a acogerse a la asistencia jurídica y, de otro, dejar que sea el propio poder reglamentario el que defina las modalidades con arreglo a las cuales se habrán de considerar con este mismo propósito determinadas «prestaciones sociales con un fin especial»; que, por consiguiente, la posibilidad de que las personas que solicitan acogerse a la asistencia jurisdiccional sean objeto de un trato distinto en función de que perciban la ayuda personalizada a la vivienda o el subsidio familiar de vivienda se deriva, en principio, de la Ley;

Considerando, no obstante, que la ayuda personalizada a la vivienda y el subsidio familiar de vivienda, que no son compatibles entre sí, persiguen fines sociales distintos; que, además, la concesión a una familia de la primera o del segundo depende esencialmente del régimen de propiedad de la vivienda que ocupa y de la existencia o no de un convenio entre la entidad de financiación y el Estado; que, por consiguiente, el decreto impugnado no podía –sin generar una diferencia de trato manifiestamente desproporcionada con respecto a las dife-

rencias de situación que existen entre los solicitantes de una asistencia jurídica, en función de que sean titulares de una u otra prestación— incluir la totalidad de la ayuda personalizada a la vivienda entre los ingresos que han de tenerse en cuenta para determinar el derecho a acogerse a la asistencia jurisdiccional; que, así pues, el decreto de 19 de dic. de 1991 vulnera, en lo que a este punto se refiere, el principio de igualdad; que, por tanto, la señora Duvignères tiene motivos fundados para pedir la anulación de la decisión contenida en la carta de 23 de febr. de 2001, por medio de la cual el Ministro de Justicia se negó a proponer la derogación parcial de dicho decreto:

*Sobre las conclusiones tendentes a la anulación de la carta de 23 de febr. de 2001, por oponerse ésta a la derogación parcial de la circular de 26 de marzo de 1997:*

*Considerando que no cabe dar traslado al juez del exceso de poder de la interpretación, que por vía preferente de circulares o de instrucciones efectúa la autoridad administrativa de las leyes y reglamentos que le corresponde promulgar, en los casos en que esta interpretación, al estar desprovista de un carácter imperativo, no pueda en modo alguno, y cualquiera que sea su fundamento, modificar una situación jurídica; que, por el contrario, las disposiciones imperativas de carácter general de una circular o de un reglamento deben ser consideradas como susceptibles de producir esta modificación, al igual que la negativa de derogarlas; que el recurso interpuesto contra estas últimas debe ser admitido a trámite cuando estas disposiciones establezcan, al no existir ningún texto legal sobre la materia, una nueva regla que adolezca de defecto por falta de competencia o cuando, al haber sido dictadas por el órgano competente, se afirme con el fundamento suficiente que son ilegales por otros motivos; que lo mismo cabe decir cuando existen motivos sobrados para alegar que la interpretación que dichas disposiciones pretenden imponer o bien desconoce el sentido y el alcance de las disposiciones legislativas o reglamentarias que pretendían aclarar, o bien reitera una regla contraria a una norma de rango superior;*

Considerando que, aunque la circular impugnada de 26 de marzo de 1997 se limita a sacar las consecuencias del artículo 2 del decreto de 19 de dic. de 1991, reitera, sin embargo, por medio de disposiciones imperativas de carácter general la regla que estableció de modo ilegal

dicha disposición; que, por consiguiente, la señora Duvignères está legitimada y tiene motivos fundados para pedir la anulación de la carta de 23 de febr. de 2001, al oponerse ésta a la derogación por este motivo de la circular impugnada;

(anulación de la decisión del Ministro de Justicia de 23 de febr. de 2001 por la que contestaba negativamente a la solicitud de derogación parcial del decreto de 19 de dic. de 1991 y de la circular de 26 de marzo de 1997).

## OBSERVACIONES

- 1 La sentencia *Mme Duvignères* arroja luz sobre el régimen contencioso-administrativo de las circulares, que hasta entonces había estado vigente, en línea con la sentencia del Consejo de Estado (As.) de 29 de ene. de 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker* (Rec. 64; RPDA 1954.50, concl. Tricot; AJ 1954. II bis.5 cr. Gazier y Long; RD publ. 1955.175, nota M. Waline).

Esta sentencia se dictó en relación con la circular del Ministro de Justicia de 26 de marzo de 1997, relativa al procedimiento de asistencia jurídica. La ley de 10 jul. de 1991 en materia de asistencia jurisdiccional (que sustituye a la antigua ayuda judicial) distingue la asistencia jurisdiccional y la ayuda para el acceso al derecho. Subordina su concesión a un límite máximo de ingresos. Del cálculo de estos últimos, excluye las prestaciones familiares, así como algunas prestaciones con un fin especial cuya consideración ha de ser precisada por decreto promulgado en el Consejo de Estado. Entre las que excluía el decreto de 19 de dic. de 1991, figura el subsidio familiar de vivienda, pero no la ayuda personalizada a la vivienda. La circular de 26 de marzo de 1997 reiteró esta solución.

La señora Duvignères, que había solicitado la ayuda jurisdiccional, se encontró con una negativa porque sus ingresos, entre los que se había incluido la ayuda personalizada a la vivienda, excedían del límite máximo que condicionaba la concesión de la asistencia jurisdiccional. Solicitó entonces al Ministro de Justicia que derogara el decreto de 19 de dic. de 1991 y la circular de 26 de marzo de 1997, en tanto en cuanto éstos no excluían la ayuda personalizada a la vivienda de los ingresos que había que tener en cuenta para determinar el derecho de los interesados a acogerse a la asistencia jurisdiccional. Habiendo

sido desestimada su solicitud, apeló al Consejo de Estado por la vía del recurso por exceso de poder.

En cuanto al fondo, la sentencia que dictó el Consejo aplica el principio de igualdad (v. nuestras obs. sobre CE 9 de marzo de 1951, *Société des concerts du Conservatoire*\*). Recuerda primero sus límites: «el principio de igualdad no es incompatible con el hecho de que la autoridad investida del poder reglamentario regule de modo distinto situaciones diferentes, ni que establezca excepciones a la igualdad por motivos de interés general, siempre y cuando la diferencia de trato resultante, en uno y otro caso, tenga un nexo con el objeto de la norma que la ha establecido y que no sea manifiestamente desproporcionada en relación con las diferencias de situación que puedan servirle de justificación». Destaca, seguidamente, que el propio legislador pretendió excluir el subsidio familiar de vivienda de los ingresos que había que tener en cuenta para determinar el derecho a acogerse a la asistencia jurisdiccional. La autoridad reglamentaria, a la que la ley encomendó la tarea de determinar las soluciones aplicables a las prestaciones con un fin especial, debía respetar el principio de igualdad. Comparando el subsidio familiar de vivienda con la ayuda personalizada a la vivienda, se constata que las diferencias no son suficientes para excluir una y no el otro del cálculo del límite máximo de ingresos: al incluir la ayuda personalizada a la vivienda, el decreto de 19 de dic. de 1991 vulneró el principio de igualdad; por ello, se anuló la negativa a derogarlo en lo que a este punto se refiere.

Se podría haber considerado que esta anulación bastaba por sí sola y que era innecesario proceder al examen de la circular de 26 de marzo de 1997, que se limitaba a retomar el dispositivo del decreto. Puesto que no iba a aportar nada nuevo a este último, se tendría que haber llegado a la conclusión de que no modificaba una situación jurídica y, por ende, no era susceptible de impugnación por la vía del recurso por exceso de poder: éste no se hubiera admitido a trámite ni contra la negativa a derogar la circular ni contra la propia circular.

La sentencia *Mme Duvignères* supone precisamente una innovación a este respecto: admite que la circular, al tener carácter imperativo, pueda ser remitida al juez administrativo y, al ser ilegal, deba ser anulada por éste, al igual que la negativa a proceder a la derogación.

La sentencia resuelve, pues, el régimen contencioso-administrativo de numerosas medidas que pueden adoptar, con distintas denominaciones (circulares, instrucciones, directivas), los jefes de servicio y, sobre todo, los ministros, en relación con sus administraciones, para

regular su actividad -y a las que estas últimas prestan a menudo más atención que a las disposiciones legislativas y reglamentarias. Como comentaba el señor Tricot en sus conclusiones sobre la sentencia *Institution Notre-Dame du Kreisker*, «la circular es un cajón de sastre que da cabida a todo tipo de objetos: órdenes del día, consejos, recomendaciones, directivas de organización y de funcionamiento, normas de Derecho». Es, pues, necesario realizar una selección para distinguir cuáles de ellas no pasan de ser simples documentos contra los que no cabe una impugnación y cuáles deben ser susceptibles de impugnación. Hay dos escollos que conviene evitar: una laxitud excesiva en la admisión del recurso por exceso de poder que pueda llegar hasta el punto de saturar inútilmente la jurisdicción administrativa; una actitud restrictiva que corra el riesgo de restarle importancia práctica a las circulares en la vida administrativa.

La sentencia *Mme Duvignères* consigue un nuevo equilibrio, al admitir que toda circular imperativa modifica una situación jurídica (I) y puede, por ende, ser objeto de un control de legalidad por la vía del recurso por exceso de poder (II).

- 2            I. «Las disposiciones imperativas de carácter general de una circular o de una instrucción deben ser consideradas como susceptibles de modificar una situación jurídica». Con esta fórmula, la sentencia deja atrás la distinción entre circulares interpretativas y circulares reglamentarias que prevalecía desde la sentencia *Notre-Dame du Kreisker* (A), y opta por tener en cuenta la autoridad que el autor pretende darle al documento (B).

A. La distinción entre circulares interpretativas y circulares reglamentarias, que prevaleció durante tanto tiempo, podía parecer sencilla y, por ello, satisfactoria (1.º). Sin embargo, esta dicotomía se fue resquebrajando progresivamente (2.º).

1.º) Durante mucho tiempo se consideró que las circulares interpretativas, que comentan un texto, sirven de recordatorio de una solución adoptada, o incluso pueden recomendar un determinado comportamiento sin exigirlo, no modificaban una situación jurídica y, por tanto, no son susceptibles de recurso porque no añaden nada al estado del Derecho.

Por ello, se declaró que no eran admisibles a trámite los recursos contra las circulares por medio de las cuales un ministro se limita a dar

a conocer la forma en que interpreta las disposiciones que le corresponde aplicar o hacer respetar por las administraciones (CE 10 de jul. de 1995, *Association «Un Sysiphe»*, Rec. 292; AJ 1995.644, concl. Schwartz; DA febr. 1996, nota Lajartre; JCP 1995. II.22519, nota Ashworth: «con su circular de 20 de sept. de 1994, el Ministro de la Educación Nacional se limitó, después de haber expuesto su interpretación del principio de laicidad, a solicitar a los responsables de los establecimientos a los que iba dirigida la circular que propusieran a sus consejos de administración una modificación de los reglamentos internos acorde con esta interpretación; esta instrucción no contiene en sí misma ninguna disposición directamente aplicable a los administrados y que pueda ser cuestionada por la vía del recurso por exceso de poder»).

- 3 En cambio, sí son reglamentarias y podrían dar lugar a un recurso por exceso de poder las circulares que crean una auténtica norma de Derecho cuyo respeto se exige a los interesados (CE As. 1 de abr. de 1949, *Chaveneau*, Rec. 161; v. n.º 45.3 circular por la que se decidió suprimir los servicios de un capellán en los colegios públicos, privando así a los alumnos internos de la posibilidad de practicar su culto y de recibir una enseñanza religiosa; – As. 29 de ene. de 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, citada *ut supra*: circular del Ministro de la Educación Nacional por la que se establecen las nuevas normas para la constitución de expedientes de solicitud de subvención dirigida a los departamentos por los establecimientos privados de enseñanza secundaria).

La distinción entre el carácter interpretativo y reglamentario no sólo servía para distinguir las circulares unas de otras; tenía que ver con el contenido mismo de las circulares, pudiendo algunas de sus disposiciones ser meramente interpretativas y otras reglamentarias; entre estas últimas, cabía establecer una nueva distinción según fueran legales o ilegales (CE 13 de ene. de 1975, *Da Silva et CFDT*, Rec. 16; v. n.º 83.5).

- 4 2.º) Pese a estar basada en un principio claro, la distinción entre circulares interpretativas y circulares reglamentarias resultaba difícil de poner en práctica. Su aplicación no era siempre absolutamente constante ni indiscutible.

Algunas ponían de relieve que el ministro se había limitado a interpretar las disposiciones de una ley o de un reglamento, o a transmitir a sus subordinados unas directivas para su aplicación, mientras que el examen de la circular objeto de litigio ponía de manifiesto que, en realidad,

el ministro había establecido unas nuevas normas de Derecho. Así fue como se llegó a considerar que no tenía carácter reglamentario una circular que preveía la necesidad de tener en cuenta, para la adjudicación de los contratos públicos, un criterio adicional relativo al empleo, no debiendo dicha circular ser vista más que como una simple declaración de intenciones, sin que de ella se derivara un nuevo criterio, cuando lo cierto era que incitaba, al menos, a concederle importancia a esta declaración (CE 10 de mayo de 1996, *Fédération nationale des travaux publics*, Rec. 164; CJEG 1996.433 et RFDA 1997.13, concl. Fratacci; AJ 1997.196, nota Maljean-Dubois; D. 1997. SC.110, obs. Terneyre). Con las decisiones de esta naturaleza, se corría el riesgo de dar la posibilidad a los ministros de atribuirse, por medio de las circulares, un auténtico poder reglamentario que superaba el estrecho marco de la jurisprudencia *Jamart\**, no estando sujeto dicho poder al control jurisdiccional.

5 Estos inconvenientes fueron los que llevaron al Consejo de Estado a estrechar su control sobre las circulares, estableciendo unos pasos a seguir cuyo orden cronológico había puesto de relieve la señora Fombeur en sus conclusiones sobre la sentencia *Mme Duvignères*.

Para determinar si una circular era un acto susceptible de ser recurrido por exceso de poder, el Consejo de Estado llegó incluso a establecer una primera fase en la que se examinaba si era conforme a la legalidad; de la respuesta a esta pregunta dependía la naturaleza de la circular. Si es legal, no modifica una situación jurídica: de su legalidad depende su carácter interpretativo; en cambio, si es ilegal, es una circular reglamentaria: puede ser impugnada y ha de ser anulada. La argumentación es muy clara en las sentencias de 15 de mayo de 1987, *Ordre des avocats à la Cour de Paris* (Rec. 175; RFDA 1988.145, concl. Marimbert), de 29 de junio de 1990, *GISTI\**, y de 2 de junio de 1999 (Secc.), *Meyet* (Rec. 161; v. n.º 40.2). Se dio un nuevo paso con la sentencia de 18 de junio de 1993, *Institut français d'opinion publique*, Rec. 178; RA 1993.322, concl. Scanvic: el carácter interpretativo y el carácter imperativo de una circular también se tienen en cuenta; si la interpretación que se efectúa en la circular es contraria a la legalidad, puede ser objeto de un recurso por exceso de poder.

El examen de la legalidad de la interpretación ha dado lugar a dos corrientes jurisprudenciales que la señora Fombeur resumía del modo siguiente: en la primera de ellas, «el juez debe tener en cuenta el conjunto del Derecho aplicable para comprobar si la circular ofrece una interpretación correcta»; en la segunda, «la circunstancia de que el tex-

to interpretado por la circular sea ilegal no confiere un carácter reglamentario a la circular».

La sentencia *Villemain* de 28 de junio de 2002 (v. n.º 40.4) siguió la senda abierta por la primera corriente. Ésta hace hincapié en las «*disposiciones imperativas*»; al examinar la circular impugnada desde la perspectiva de una ley que crea una nueva situación jurídica, pone de manifiesto que la interpretación que se hace de la circular debe ser examinada con respecto a la legalidad en su conjunto. Aunque el órgano de enjuiciamiento que dictó esta sentencia (la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo) le confiere una autoridad especial, se había apelado a este tribunal sobre todo debido a las conclusiones que había que sacar del Pacto Civil de Solidaridad y no tanto en relación con el régimen contencioso-administrativo de las circulares.

- 6 B. Esta última cuestión es la que justificó el examen por la Sección Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado del caso *Mme Duvignères*. Su contestación tenía en cuenta la voluntad del autor de la circular (1.º) y no ya el estado del Derecho vigente (2.º).

1.º La sentencia se pronuncia explícitamente sobre las circulares o instrucciones por medio de las cuales una autoridad administrativa expone su interpretación de las leyes y reglamentos que tiene la misión de promulgar. A partir de entonces, el hecho de que una circular se limite a interpretar los textos legales aplicables no excluye que pueda modificar una situación jurídica. La solución no depende de su objeto (la interpretación), sino de su efecto (la obligación): – cuando «*no tiene carácter imperativo*», «*no puede... modificar una situación jurídica*»; En cambio, «*las disposiciones imperativas... se han de considerar como susceptibles de modificar una situación jurídica*».

Por ello, la primera no puede ser objeto de un recurso por exceso de poder, mientras que las segundas sí. Éste es precisamente el caso de la circular impugnada de 26 de marzo de 1997, circular que, «*mediante unas disposiciones imperativas y de carácter general*», incluye la ayuda personalizada a la vivienda entre los ingresos que se deben tener en cuenta a la hora de examinar las solicitudes de asistencia jurisdiccional.

Pueden tener carácter imperativo otras medidas, además de las circulares, por ejemplo, una decisión de la Comisión Reguladora de la Energía, que es una autoridad administrativa independiente y que pre-

sentaba dicha decisión como una mera recomendación (CE 3 de mayo de 2011, SA *Voltais*, Rec. 723; ACCP junio de 2011, p. 60, nota Le Chatelier).

La distinción entre circulares imperativas y circulares no imperativas sustituyó, pues, a la que se establecía entre circulares reglamentarias y circulares interpretativas.

Esta nueva distinción no contradice en su totalidad a la anterior, ya que las disposiciones de carácter general son, en realidad, disposiciones reglamentarias. Además, cabe preguntarse, como ocurre en el marco de la jurisprudencia *Notre-Dame du Kreisker*, cuál es el grado de autoridad que el autor de una circular atribuye a esta última. Aunque las fórmulas categóricas no plantean ninguna dificultad, otras pueden resultar ambiguas: el juez debe intentar determinar lo que constituye un mandato y lo que no es más que una opinión. Además, dentro de un mismo documento, puede haber disposiciones imperativas y otras que no tienen este carácter. La línea divisoria, teóricamente clara, puede plantear dificultades en la práctica.

No engloba todos los casos de circulares, puesto que tanto la sentencia *Mme Duvignères*, como la sentencia *IFOP*, tienen como único objeto unas circulares que se limitan a interpretar unas leyes y reglamentos.

Pero las circulares pueden tener un objeto distinto; el ejemplo más sencillo lo encontramos en aquellas que emiten los jefes de servicio y, en particular, los ministros para garantizar la organización y el funcionamiento de los servicios que están bajo su autoridad, en aplicación de la jurisprudencia *Jamart\** de 7 de febr. de 1936. Si incluyen unas disposiciones imperativas de carácter general, habrá que considerarlas como circulares reglamentarias, que modifican una situación jurídica al igual, o incluso más que las circulares que tienen por único objeto una interpretación. Existen también circulares que no tienen nada que ver con una interpretación y que no imponen un determinado comportamiento, aunque sí lo permiten (por ej., una circular que prevé unas sanciones escolares colectivas: CE 8 de marzo de 2006, *Fédération des conseils des parents d'élèves des écoles publiques*, Rec. 112; AJ 2006.1107, concl. Keller; DA 2006, n.º 97, nota Taillefait).

Esta clase de circulares, pese no ser objeto de una mención formal en la jurisprudencia *IFOP-Duvignères*, debe, no obstante, enmarcarse en las distinciones que ésta establece: existen, de un lado, las circulares no imperativas, que pueden o no transmitir una interpreta-

ción, y que no conllevan, por tanto, una modificación de una situación jurídica, y, de otro, las circulares imperativas que imponen una solución, esté ésta o no vinculada con la interpretación del Derecho -y cualquiera que sea esta interpretación respecto al estado del Derecho anterior.

7 2.º) En lo que a este último punto de refiere, la sentencia *Mme Duvignères* suprime las ambigüedades que podía conllevar la jurisprudencia.

En principio, una decisión que se limita a retomar otra decisión anterior, y que no produce ningún efecto nuevo, no modifica una situación jurídica y no puede, por tanto, ser impugnada por la vía del recurso por exceso de poder. Las «decisiones confirmatorias» constituyen un ejemplo de lo anterior, al margen de las circulares (CE As. 12 de oct. de 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, Rec. 391; v. n.º 26.3: artículos del nuevo Código Procesal Civil que se limitan a reproducir, con modificaciones meramente formales, los artículos de unos decretos). El hecho de que no añadieran nada nuevo a los textos aplicables contribuyó a que fueran consideradas por la jurisprudencia *Notre-Dame du Kreisker* como interpretativas y, por tanto, no susceptibles de modificar una situación jurídica.

No obstante, las soluciones no eran constantes. Además de las circulares, algunas decisiones recientes podían modificar una situación jurídica sin que añadieran nada nuevo en cuanto al fondo (CE As. 16 de ene. de 1981, *Fédération des associations de propriétaires et agriculteurs de l'Île-de-France et Union nationale de la propriété immobilière*, Rec. 19).

Lo mismo ocurre actualmente con las circulares de carácter imperativo: incluso cuando no añaden nada nuevo a los textos que interpretan, obligan a aplicarlos. En lo que a este aspecto se refiere, el efecto que surten estas circulares es tanto más fuerte cuanto mayor sea la importancia que le conceden determinados funcionarios o, en cualquier caso, cuanto mayor sea la atención que éstos prestan a los textos que retoman. «*El afán de pragmatismo y de eficacia*» (cr. Donnat y Casas) es el que justifica que la sentencia *Mme Duvignères* admita la posibilidad de recurso por exceso de poder en el caso de estas circulares. Este es el motivo por el que se autorizó un examen en cuanto al fondo de una circular sobre el uso de signos religiosos en los colegios, a pesar de que ésta se limitaba a interpretar la ley sin hacer caso omiso de su sentido y de su campo de aplicación y sin vulnerar ninguna nor-

ma internacional (CE 8 de oct. de 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, Rec. 367; v. n.º 23.6), mientras que en el pasado este mismo recurso hubiera sido declarado no admisible a trámite (*cf.* CE 10 de jul. de 1995, *Association «Un Sysiphe»*, citada *ut supra*).

- 8            **II.** El recurso interpuesto contra una circular imperativa permite examinar su legalidad y debe admitirse a trámite por motivos de fondo, ya sea total o parcialmente, en la medida en que vulnere la Ley (v., en el caso de una anulación parcial: CE 30 de ene. de 2015, *Département des Hauts-de-Seine*, JCP Adm. 2015.2077, concl. Vialettes, nota Domingo, sobre una circular del Ministro de Justicia relativa a las modalidades de acogida de los jóvenes extranjeros sin familia). La ilegalidad es objeto de examen en sí misma (A); puede deberse a varios motivos (B).

A. La evolución de la jurisprudencia *Notre-Dame du Kreisker* había llevado a vincular la inadmisibilidad de un recurso contra una circular con su ilegalidad (v. *supra* n.º 105.4 y las sentencias de 15 de mayo de 1987, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, de 29 de junio de 1990, *GISTI\**, y de 2 de junio de 1999, *Meyet*, citada *ut supra*). La solución era sin duda satisfactoria, en la práctica, puesto que permitía comprobar la legalidad de las circulares interpretativas. Pero no era totalmente coherente desde un punto de vista jurídico, ya que invertía el orden de los factores: cuando se interpone un recurso ante él, el juez debe, en principio, examinar sucesivamente si es admisible primero, y luego si tiene fundamento.

La sentencia *Mme Duvignères* restablece la coherencia jurídica y jurisdiccional sin renunciar a las ventajas prácticas: estas últimas son resultado del reconocimiento de la admisibilidad del recurso contra cualquier circular imperativa; a su vez, la coherencia se consigue con el examen sucesivo de la admisibilidad y del fondo.

B. Los motivos de ilegalidad de una circular imperativa se enumeran en la sentencia con una fórmula sintética que intenta cubrir todos los motivos que cabe alegar. Pueden englobarse en dos grandes categorías según el efecto que tenga la circular, pudiendo ésta dar lugar al establecimiento de una nueva norma (1.º) o a la reiteración de una norma ya existente (2.º).

1.º) La nueva norma que establece una circular puede ser ilegal, en primer lugar, por incompetencia de su autor. A este respecto, conviene recordar que el poder reglamentario es privativo de las autorida-

des designadas por la Constitución o por ley, y que los ministros sólo disponen de esta potestad en su condición de jefes de los servicios que están bajo su autoridad, salvo que se estipule lo contrario en un texto legal (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Jamart*\* de 7 de febr. de 1936). Son muy numerosas las circulares que cabría considerar, tanto después como antes de la sentencia *Mme de Duvignères*, como ilegales por incluir disposiciones reglamentarias cuyo autor no tenía competencia para adoptarlas.

Aunque el autor de la circular sea competente para emitirla, la circular puede ser ilegal «*por otros motivos*». La sentencia es muy poco clara a este respecto. Incluso parece dar a entender que estos otros motivos se distinguen de la ilegalidad, consistiendo esta última en hacer una interpretación de las disposiciones legislativas o reglamentarias que es contraria a su sentido y a su campo de aplicación. En realidad, todos estos motivos confluyen en el error de derecho y la infracción de la norma de Derecho. La sentencia *Mme Duvignères* no se refiere al supuesto en el que la circular «*es contraria a las exigencias inherentes a la jerarquía de las normas*» que se mencionaba en las sentencias *IFOP–Villemain*. Pero la solución propuesta no plantea ninguna duda: el mero hecho de que la circular infrinja una norma, ya sea ésta la que ella misma interpreta o cualquier otra, permite considerarla como ilegal, tanto si establece una nueva norma como si retoma una norma ya existente.

- 9 2.º) La reiteración de una ilegalidad es en sí misma una ilegalidad.

Dado que las circulares se limitan a recordar el estado anterior del Derecho, fueron consideradas durante mucho tiempo como meramente interpretativas, hecho que llevaba a desestimar como inadmisibile el recurso que se interponía contra ellas –y a permitir que subsistieran unas circulares ilegales–.

La solución sólo era lógica en apariencia y producía unos efectos nefastos.

En realidad, no se respetaba la lógica puesto que la Administración está obligada a no aplicar un reglamento ilegal incluso en los casos en que no haya sido objeto de impugnación ni de anulación por la vía del recurso por exceso de poder (CE Secc. 14 de nov. de 1958, *Ponard*, Rec. 554).

Bastaba dar un paso más para admitir que la circular imperativa, que reitera una norma ilegal, puede ser a la vez impugnada y anulada.

Esto es precisamente lo que hace la sentencia *Mme Du vignères*. Después de haber anulado la negativa a derogar el decreto de 19 de dic. de 1991, por incluir este último la ayuda personalizada a la vivienda entre los ingresos que deben tenerse en cuenta para la concesión de la asistencia jurisdiccional, anula también la negativa a derogar la circular de 26 de marzo de 1997 alegando que, «*aunque se limita a sacar las consecuencias... del decreto..., reitera, sin embargo, por medio de disposiciones imperativas de carácter general, la regla que estableció de modo ilegal dicha disposición*». El control de legalidad de la norma reiterada está, no obstante, sujeto a dos limitaciones: sólo afecta a la legalidad interna y, por ende, no permite invocar un defecto de incompetencia o un vicio procesal del que presuntamente adolece la medida inicial (CE 2 de dic. de 2011, *Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC)*, Rec. 602); ya no procede dicho control porque el acto, cuyo contenido reitera la circular, ha sido objeto de anulación o derogación, pasando a ser obsoleta la circular y carente de objeto el recurso contra ella (CE 12 de nov. de 2014, *Fédération de l'hospitalisation privée-Médecine chirurgie obstétrique (FHP-MCO)*, Rec. 339; AJ 2015.166, concl. Vialettes).

## 104. RESPONSABILIDAD. JUSTICIA IMPUTABILIDAD. CONDICIONES

**Consejo de Estado Secc., 27 de febrero de 2004, Mme Popin**

(Rec. 86, concl. Schwartz; AJ 2004.653, cr. Donnat y Casas, y 672, concl. Schwartz;

D. 2004.1922, nota Legrand; DA 2004, n.º 86, nota Lombard n.º 102, nota R. S.;

E. LPA 18 de oct. de 2004, p. 13, obs. F. Melleray; RD publ. 2005.559, obs. Guettier; GACA, n.º 1).

*Considerando que la justicia se imparte de forma indivisible en nombre del Estado; que, por consiguiente, corresponde a éste en exclusiva responder, frente a los justiciables, por los daños que puedan derivarse del ejercicio de la función jurisdiccional que desempeñan, bajo control del Consejo de Estado, los tribunales administrativos; que esto es así incluso cuando la Ley confiere a órganos dependientes de otras personas jurídicas la competencia de conocer de determinados litigios, ya sea en primera instancia o en la fase de apelación;*

Considerando que la sanción que impuso el Consejo de Administración, reunido como órgano disciplinario de la Universidad de Ciencias Humanas de Estrasburgo (Université Marc Bloch Strasbourg II) el 22 de ene. de 1998 a la señora Popin, catedrática de universidad, se dictó en el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales que la Ley confiere en primera instancia a las universidades; que de lo que antecede se desprende que el Estado es el único que podría, en su caso, haber incurrido en responsabilidad frente a la señora Popin como resultado de esta decisión jurisdiccional; que, por tanto, las conclusiones expuestas por la señora Popin, cuyo objeto es que la Universidad de Ciencias Humanas de Estrasburgo sea condenada por este motivo, deben necesariamente ser desestimadas;

*Sobre la aplicación del artículo L. 761-1 del Código de Justicia Administrativa:* – Considerando que estas disposiciones impiden que se pueda reclamar a la Universidad de Ciencias Humanas de Estrasburgo-Université Marc Bloch Strasbourg II, que no representa a la parte perdedora en esta causa, el pago a la señora Popin del importe que ésta reclama en concepto de gastos incurridos y no incluidos en las

costas; que no procede, dadas las circunstancias del caso, que se obligue a la señora Popin a hacerse cargo del importe que la Universidad de Ciencias Humanas de Estrasburgo-Université Marc Bloch Strasbourg II le reclama por el mismo concepto (desestimación).

## OBSERVACIONES

La señora Popin, catedrática de la Universidad de Ciencias Humanas Marc Bloch de Estrasburgo, había sido objeto de una sanción impuesta por el Consejo de Administración de dicha universidad, que fue anulada por el Consejo Nacional de Enseñanza e Investigación (CNESER), tras interponer la interesada un recurso de apelación. Solicitó entonces a la universidad que reparara los perjuicios que le había ocasionado; no habiendo obtenido satisfacción a esta solicitud, recurrió ante el Consejo de Estado (órgano directamente competente para resolver los litigios relacionados con la situación individual de un funcionario nombrado por decreto del Presidente de la República) para que condenara a la universidad.

Siguiendo la propuesta del Comisario del Gobierno Schwartz, el Consejo de Estado consideró *«que la justicia se imparte de forma indivisible en nombre del Estado»* y, dado que la sanción se impuso a la señora Popin en *«el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales que la Ley confiere en primera instancia a las universidades»*, desestimó, por estar mal encauzadas, las conclusiones presentadas por la señora Popin contra la universidad.

El Consejo resolvió, así, el problema de la imputabilidad de los daños que puede ocasionar la justicia (I). Se dejó sin resolver la cuestión de las condiciones en las que se pueden reparar estos daños.

### **I. El problema de la imputabilidad de los daños que puede ocasionar la justicia tuvo su origen en la diversidad de tribunales que la imparten.**

1 Esta diversidad no sólo obedece a la dualidad de los dos órdenes jurisdiccionales, administrativo y ordinario, en cuya cúspide se sitúan respectivamente el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación.

Dentro de cada uno de estos órdenes se han creado unas jurisdicciones especializadas, cuya particularidad depende, en el caso de algu-

nas de ellas, de su vinculación con instituciones dotadas de personalidad jurídica.

Hallamos este tipo de tribunales en los colegios profesionales, como el Colegio de Médicos. A la pregunta sobre la naturaleza jurídica de los colegios profesionales (v. nuestras obs. sobre CE 2 de abr. de 1943, *Bouguen\**), se suma la duda sobre si cabe o no atribuir un carácter jurisdiccional a sus órganos disciplinarios: el Consejo de Estado respondió afirmativamente, habida cuenta de «*la naturaleza de las cuestiones*» sobre las que deben pronunciarse (cfr. CE As. 12 de dic. de 1953, *de Bayo*, Rec. 544; v. n.º 50.2).

Se han instaurado otras jurisdicciones en el seno de determinadas entidades públicas: tal es el caso de las secciones disciplinarias de los consejos universitarios, a las que compete pronunciarse sobre las faltas que se imputan a sus profesores y estudiantes.

Ahora bien, cuando unas instituciones distintas del Estado ocasionan un daño, son ellas y no el Estado las que tienen que hacerse cargo de la reparación (por ej., en el caso de las consecuencias perjudiciales de la negativa ilegal de un consejo universitario a proponer la renovación de un profesor adjunto: CE 24 de ene. de 1996, *Collins*, Rec. 14). Se podría tener la tentación de aplicar la misma solución cuando el daño es el resultado de una decisión jurisdiccional adoptada por uno de sus órganos.

La jurisprudencia tendía más bien a estar en desacuerdo con esta posición. Por ejemplo, el Consejo de Estado había desestimado por motivos de fondo, debido al principio de irresponsabilidad aplicable en aquella época a la función judicial, y no por estar mal encauzada, una solicitud de indemnización dirigida contra el Estado por una falta que se imputaba a la jurisdicción del Colegio de Médicos (CE As. 4 de ene. de 1952, *Pourcelet*, Rec. 4; D. 1952.304, concl. J. Delvolvé; JCP 1952. II.7126, nota Rivero). La solución de la irresponsabilidad hacía que resultara innecesario resolver la cuestión de la imputabilidad. Esta última cuestión quedaba pendiente de una solución definitiva.

La sentencia *Mme Popin* consiguió resolverla mediante una fórmula lapidaria: «*La justicia se imparte de forma indivisible en nombre el Estado*».

Esta fórmula se ampara en una larga tradición que se remonta al Antiguo Régimen («*toda justicia emana del Rey*») y que reserva al Estado la función soberana por excelencia que es la justicia, convirtiendo al Estado en una República indivisible, «*que está exclusivamen-*

*te integrada por el pueblo francés»* (CC no 91-290 DC, 9 de mayo de 1991, Rec. 50; GDCC, no 10). Los fallos y las sentencias de las jurisdicciones de derecho común se dictan «*en nombre del pueblo francés»*, constituyendo el Estado su personificación jurídica, según la fórmula que utilizan como encabezamiento, y cuya ausencia en las sentencias de las jurisdicciones especiales no implica cuestionamiento alguno de este principio. Como ponía de relieve el Comisario del Gobierno Schwartz, «nuestra historia política y jurídica ha convertido la justicia, cualquiera que sea el órgano encargado de impartirla, en la expresión de la voluntad del pueblo, en el marco del ejercicio de la soberanía nacional, indivisible por naturaleza... La República francesa está integrada por un solo pueblo, una sola soberanía, un solo Estado y una sola justicia».

Por consiguiente, corresponde en exclusiva al Estado responder por los daños que puedan derivarse del ejercicio de la función jurisdiccional.

2 La sentencia *Mme Popin* está sujeta a dos limitaciones.

La primera tiene que ver con el hecho de que sólo abarca expresamente a «*la función jurisdiccional que desempeñan, bajo control del Consejo de Estado, las jurisdicciones administrativas»*: el resto de las jurisdicciones quedarían, por tanto, fuera del campo de aplicación del principio.

Y, sin embargo, los tribunales ordinarios imparten justicia en nombre del Estado, en la misma medida que los tribunales administrativos. Si el Consejo de Estado se abstuvo de pronunciarse expresamente sobre el caso de los perjuicios ocasionados por estos últimos, fue sin duda por respeto hacia la autonomía del orden judicial y de su jurisdicción suprema, el Tribunal de Casación, al que probablemente dejó la tarea de tomar posición al respecto.

No se imponía la misma reserva en el caso de las jurisdicciones arbitrales, que se constituyen mediante convenio entre las partes para la solución de sus litigios: se trata de una justicia privada, que no se imparte en nombre del Estado; por consiguiente, éste no está obligado a responder por ella. Ello, sin duda, no representa ningún inconveniente para los arbitrajes entre personas privadas. La solución resulta algo más compleja cuando interviene en el arbitraje una persona pública, y en especial, el Estado, supuesto cuya exclusión de principio (CE As. 13 de dic. de 1957, *Société nationale des ventes des surplus*, Rec. 677; D. 1958.517, concl. Gazier, nota L'Huillier; Dr. soc. 1958.89, concl.;

AJ 1958.II.91, cr. Fournier y Braibant; JCP 1958. II.10800, nota Motulski; RPDA 1958.80, nota Borella) admite hoy en día numerosas excepciones.

La segunda restricción se deriva de la apostilla de que el Estado sólo tiene que responder por la función jurisdiccional «*ante los justiciables*». Es decir, ante las personas que han sido parte de la causa; en el ámbito disciplinario, como en el caso *Mme Popin*, son las personas demandadas; en el ámbito penal, son los demandantes, los defensores y los intervinientes.

No se puede descartar la posibilidad de que unas personas que no hayan sido parte en una causa se hayan visto lesionadas por una decisión de justicia; su calidad de terceros no supone ningún obstáculo para que se les de la posibilidad de recurrir a una vía de derecho que les permita impugnarla: la oposición de terceros (CE 29 de nov. de 1912, *Boussuge\**); ello tampoco les impide pedir, si procede, responsabilidades al Estado.

Si, con una decisión de justicia adoptada por un órgano de una institución dotada de personalidad jurídica, distinta del Estado, se reconoce la responsabilidad de este último, un tercero puede demandarlo por la vía de una acción recursoria análoga a la que puede emprender la Administración contra su agente, en caso de falta personal por parte de éste (v. nuestras obs. sobre CE 28 de jul. de 1951, *Laruelle\**).

Pero, para ello, habría que reconocer que la justicia puede cometer faltas.

## **II. A este respecto, lo que hay que determinar son los requisitos para poder exigir responsabilidades al poder judicial.**

- 3 La naturaleza de la función jurisdiccional excluyó durante mucho tiempo cualquier responsabilidad por parte de ésta, tal y como ocurría con la función legislativa (v. nuestras obs. sobre CE 14 de ene. de 1938, *La Fleurette\**): «*Las decisiones adoptadas en el ejercicio de la función jurisdiccional no pueden dar lugar a una demanda por responsabilidad del Estado*» (CE As. 12 de jul. de 1969, *L'Étang*, Rec. 388; v. n.º 55.2). En este contexto, la irresponsabilidad prevalecía por encima de la imputabilidad (v. *supra* CE 4 de ene. de 1952, *Pourcelet*).

Estaba vinculada con la fuerza de la verdad legal que posee toda decisión judicial. Las vías de recurso de las que podía ser objeto la función jurisdiccional permitían revisar un posible error. Cuando se

agotaban las vías de recurso, la decisión adoptada ya no podía ser considerada ni culposa ni perjudicial, puesto que se daba por hecho que era necesariamente correcta.

Esta exigencia de principio terminó por ceder, al igual que se acabó por cuestionar la irresponsabilidad del legislador.

Se observó, en primer lugar, que la actividad jurisdiccional no sólo conlleva la adopción de decisiones investidas de la autoridad de cosa juzgada; algunas medidas, algunas actuaciones (incluso la desidia o la lentitud) no pueden apoyarse en la fuerza de la verdad legal, que les hace ser inmunes a cualquier crítica. Pueden ser constitutivas de falta. Esto es lo que reconoció el Consejo de Estado (As.) en su sentencia de 29 de dic. de 1978, *Darmont* (Rec. 542; AJ 1979, n.º 11, p. 45, nota Lombard; D. 1979.279, nota Vasseur; RD publ. 1979.1742, nota J.-M. Auby); «*en virtud de los principios generales por los que se rige la responsabilidad de los poderes públicos, una falta..., que cometa un tribunal administrativo en el ejercicio de la función jurisdiccional, puede dar derecho a una indemnización*». Pero, al igual que otras actividades soberanas (hacienda, policía), esta falta ha de ser «grave» para que el Estado incurra en responsabilidad.

La evolución que llevó a rebajar el umbral a partir del cual era posible imputar una responsabilidad a la Administración, pasando de la falta grave a la falta leve, en el caso de algunas actividades, tales como las actividades médicas y quirúrgicas (CE 10 de abr. de 1992, *M. et Mme V.\**, con nuestras obs.o) e incluso las actividades tributarias y policiales (v. nuestras obs. sbre CE 10 de febr. de 1905, *Tomaso Grecco\**), desembocó en un resultado idéntico en el ámbito de la justicia; basta una falta leve para que la Administración incurra en responsabilidad.

Esto fue lo que admitió el Consejo de Estado (As.) en su sentencia de 28 de junio de 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Magiera* (Rec. 248, concl. Lamy; RFDA 2002.756, concl.; AJ 2002.596, cr. Donnat y Casas, y 2003.85, nota Andriantsimbazovina; D. 2003.23, nota Holderbach-Martin; DA oct. de 2002, p. 27, nota Lombard; Gaz. Pal. 2002.1444, nota Guillaumont; JCP 2003.II.10151, nota Menuret; GACA, n.º 5), en el caso de un procedimiento excesivamente largo. Amparándose, a la vez, en las disposiciones del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el caso de los litigios que recaen en el ámbito de aplicación de dicho convenio y, en todos los

demás casos, en los principios generales por los que se rige el funcionamiento de los tribunales administrativos, reconoció «*que los justiciables tienen derecho a que sus demandas se resuelvan en un plazo razonable*»; obviamente, «*el incumplimiento de esta obligación no tiene incidencia alguna sobre la validez de la decisión jurisdiccional que se adopta una vez completado el procedimiento*», pero «*los justiciables deben, no obstante, tener la posibilidad de asegurarse de que se cumpla*»; por ello, «*cuando la vulneración del derecho a un plazo razonable para la resolución de la demanda les cause un perjuicio, pueden reclamar la reparación del daño que les ha ocasionado el funcionamiento deficiente del servicio público de la justicia*». La solución es válida también cuando el justiciable es una colectividad pública distinta del Estado (CE Secc. 17 de jul. de 2009, *Ville de Brest*, Rec. 286; AJ 2009.1605, cr. Liéber y Botteghi; DA oct. de 2009.141, nota F. Melleray; JCP Adm. 2010.2006, nota Albert; RD publ. 2010.1134, nota Braud; RFDA 2010.405, nota Givernaud).

- 4 En virtud del decreto de 28 de jul. de 2005 (art. R. 311-1-7.º CJA), el Consejo de Estado es competente en primera y última instancia para conocer de las demandas por responsabilidad dirigidas contra el Estado debido a la duración excesiva del procedimiento ante la jurisdicción administrativa. De este modo se evita un nuevo riesgo de demora excesiva en la reparación de las consecuencias perjudiciales derivadas de un primer procedimiento demasiado largo. Se plantea una dificultad especial cuando la duración excesiva es resultado de unas demandas interpuestas sucesivamente ante los dos órdenes jurisdiccionales. Las soluciones formuladas por el Tribunal de Conflictos (TC 30 de junio de 2008, *M. et Mme Bernardet*, Rec. 559; RFDA 2008.1165, concl. de Silva, nota Seiller; AJ 2008.1593, cr. Geffray y Liéber; DA nov. de 2008, p. 55, nota F. Melleray; JCP 2008. II.10153, nota Cholet; JCP Adm. 2008.2273, nota Renard-Payen) fueron sustituidas, con la ley n.º 2015-177 de 16 de febr. de 2015, por una solución más sencilla, que convierte a este tribunal en el «único competente para conocer de una demanda por daños y perjuicios motivada por el perjuicio causado por la duración excesiva de los procedimientos relacionados con un mismo litigio, y en los que las mismas partes se enfrentaron ante los tribunales de las dos jurisdicciones, a tenor de las reglas de competencia aplicables, debiendo, además, en su caso, ser presentada la demanda ante el mismo tribunal»;

La sentencia ya citada de 17 de jul. de 2009, *Ville de Brest*, aportó algunas precisiones sobre la valoración, de un lado, del plazo razonable y, de otro, de los perjuicios ocasionados: se debe valorar cuál es el plazo razonable, en cada caso, tanto de forma global, teniendo en cuenta sobre todo el ejercicio de las posibilidades de recurso, como de forma concreta (complejidad del caso, condiciones de desarrollo del procedimiento, comportamiento de las partes, interés en llegar a una solución rápida); aunque globalmente el plazo sea razonable, una de las pretensiones puede tener un carácter que justifique la concesión de una indemnización; los perjuicios ocasionados pueden ser tanto morales como materiales, pero, aunque deben ser directos, como en todo régimen de responsabilidad, pueden verse compensados, al menos en parte, por la ventaja que el retraso puede suponer para la víctima, en particular, en el terreno económico (en el caso que nos ocupa, por la diferencia en los tipos de interés).

En una causa que dio lugar a tres demandas ante el Consejo de Estado, éste consideró que, en la última de ellas, cuyas «consecuencias en términos jurisprudenciales justificaron que se resolviera en la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo», la duración de dos años y ocho meses no había sido excesiva, mientras que la duración, más larga, de las dos primeras se había debido al interés que había en resolver rápidamente el litigio (CE 30 de ene. de 2015, *Dahan* – comparar con CE Ass. 13 de nov. de 2013, *Dahan*, Rec. 279; v. n.º 27.11).

- 5 En el caso de los contenciosos que pueden tener su origen en un funcionamiento deficiente de la justicia administrativa, que no sea la duración excesiva del procedimiento, cabía preguntarse, de un lado, si se debía mantener la exigencia de una falta grave y, de otro, si la responsabilidad del Estado se podía admitir en relación con el contenido propiamente dicho de una decisión judicial: a este respecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 30 de sept. de 2003, *Köbler* (caso C-224/01, Rec. I.10239), consideró que «*el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños ocasionados a particulares por las infracciones del Derecho Comunitario que cabe imputar a los primeros... siendo éste de aplicación si la infracción se deriva de una decisión del tribunal que ha de resolver en última instancia, y siempre que la norma de Derecho Comunitario infringida tenga como objeto reconocer unos derechos a los particulares, que la infracción esté suficientemente califica-*

*da y que exista un nexo de causalidad directa entre esta infracción y el perjuicio ocasionado a las personas afectadas».*

El Consejo de Estado respondió a estos interrogantes por medio de su sentencia de 18 de junio de 2008 *Gestas* (Rec. 230; RFDA 2008.755, concl. C. de Salins, nota Pouyaud; DA ago.-sept. de 2008, p. 43, nota Gautier; JCP 2008.II.10141 y JCP 2008. I.191, apartado 6, cr. Plessix.; JCP Adm. 2008.2187, nota J. Moreau; LPA 14 de mayo de 2009, nota Chaltiel): salvo en el caso de duración excesiva del procedimiento, no cabe declarar responsable al Estado por la función judicial que desarrolla un tribunal administrativo a menos que éste haya cometido una falta grave; no incurrirá en responsabilidad si la falta se deriva del contenido mismo de una decisión judicial que ha adquirido carácter de definitiva, excepto «*en el caso en que se aprecie en el contenido de la decisión judicial una infracción manifiesta de una norma del Derecho Comunitario cuyo objeto sea reconocer unos derechos a los particulares*».

El Tribunal de Justicia Europeo ha adoptado una solución análoga debido a la duración poco razonable de la resolución de un caso por las jurisdicciones europeas (26 de nov. de 2013, *Gascogne Sack Deutschland GmbH*; AJ 2014.683, nota Bonichot).

- 6 En la jurisdicción ordinaria, la evolución ha sido similar, aunque se ha producido fundamentalmente gracias al legislador. Éste estableció, con la ley de 17 de jul. de 1970, los requisitos para la indemnización del perjuicio ocasionado por una detención provisional; con la ley de 30 de dic. de 1996, suprimió el requisito que se había establecido en 1970 de anomalía manifiesta y gravedad excepcional que debía tener el perjuicio ocasionado. En términos más generales, la ley de 5 de jul. de 1972 (art. 11) (en la actualidad art. L. 141-1 del Código de Organización Judicial), después de haber afirmado que «*el Estado tiene la obligación de reparar el daño ocasionado por el funcionamiento deficiente de la administración judicial*», añade: «*debe asumir esta responsabilidad solamente en caso de falta grave o denegación de justicia*». Las jurisdicciones ordinarias han tenido la ocasión de hacer constar que esta disposición es aplicable a los usuarios del servicio público de la justicia (por ej., Civ. 1.º 4 de nov. de 2010; JCP Adm. 2011.2165, nota Renard-Payen), de valorar si se ha cometido una denegación de justicia, la cual puede derivarse, en especial, de una duración excesiva del procedimiento judicial (por ej., misma sentencia y Civ. 1.º 25 de marzo de 2009, Bull. civ. I, n.º 65; JCP Adm. 2009.2287, nota Renard-Payen), o de una falta grave (por ej., Civ 1 de marzo

de 1996, *Malaurie c. Agent judiciaire du Trésor*, Bull. civ. I, n.º 84, p. 56; JCP 1999.II.10069, informe Sargos; D. 2000.398, nota Matsopoulou, sobre la divulgación de informaciones que permiten identificar a las personas sospechosas con motivo de una investigación; As. plen. 23 de feb. de 2001, *Mme Bolle, Vve Laroche*, Bull. As. plen., n.º 7; JCP 2001.II.1119, concl. de Gouttes, nota Collomp; AJ 2001.788, nota S. Petit; D. 2001.1752, nota C. Debbasch; JCP 2001. II.10583, nota Menuret, sobre el desgraciado caso de Grégory Villemin: «es constitutiva de una falta grave toda deficiencia que se caracterice por un hecho o un conjunto de hechos que pongan de manifiesto la incapacidad del servicio público de la justicia para cumplir la misión que le ha sido encomendada»).

Pero sólo puede invocar el artículo L. 141-1 «el usuario que ha sido directa o indirectamente víctima del funcionamiento del servicio público de la justicia»; no tiene esta posibilidad una persona que no haya sido parte de la causa (Civ. 1.º, 12 de oct. de 2011, Bull. civ. I, n.º 166; D. 2011.3040, nota S. Petit).

La fórmula de la ley de 1972 ha llevado a cuestionar si se podía reclamar la responsabilidad por el funcionamiento de la justicia sin que se hubiera cometido una falta. Una respuesta negativa hubiera resultado paradójica: el propósito del legislador era ampliar la responsabilidad del Estado; no hubiera sido lógico que su texto la limitara al supuesto de la falta grave, cuando la responsabilidad sin falta forma parte del derecho común de la responsabilidad del poder público. Al no querer excluir esta responsabilidad cuando no ha habido falta, la ley de 1972 abre la posibilidad de que se reconozca esta misma responsabilidad en favor de las personas que no son usuarias del servicio público de la justicia, para evitar que se pueda vulnerar el principio de igualdad ante las cargas públicas: el Tribunal de Casación la admite, por ejemplo, en el caso de los colaboradores ocasionales de los servicios judiciales (30 de ene. de 1996, *Morand c. Agent judiciaire du Trésor*; v. n.º 72.7).

**105. RECURSO POR EXCESO DE PODER.  
EFECTO DE LAS ANULACIONES  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS.  
MODULACIÓN EN EL TIEMPO**

**Consejo de Estado As., 11 de mayo de 2004, *Association AC! et autres***

(Rec. 197, concl. Devys; RFDA 2004.438, estudio Stahl y Courrèges, y 454, concl.

Devys; AJ 2004.1049, com. Bonichot, y 1183, nota Landais y Lenica; DA jul. de 2004, nota Lombard, y ago-sept. de 2004, nota O. Dubos y F. Melleray; JCP 2004.II.10189 y JCP Adm. 2004.1826, nota Bigot; LPA 17 de nov. de 2004, nota Montfort, y 4 de febr. de 2005, nota Crouzatier-Durand; D. 2005.30, com. Frier; RD publ. 2005.536, com. Guettier; Just. y cas. 2007.15, com. Arrighi de Casanova, AJ 2014.116, nota Schœttl)

Considerando que las demandas arriba citadas se interpusieron contra los Decretos-Leyes de 5 de febr. de 2003 con los que el Ministro de Asuntos Sociales, Trabajo y Solidaridad dio su aprobación, de un lado, a diferentes acuerdos vinculados con el convenio de 1 de ene. de 2001 sobre la ayuda para la reinserción laboral y prestaciones de desempleo y, de otro, al convenio de 1 de ene. de 2004 sobre la ayuda para la reinserción laboral y prestaciones de desempleo, así como a su reglamento anejo, los anexos de dicho reglamento y los acuerdos de aplicación relacionados con el citado convenio; que, dado que todas las demandas someten a juicio unas cuestiones análogas, procede unir-las para que se resuelvan mediante una sola decisión;

*Sobre la legalidad de los Decretos-Leyes impugnados:*

*En lo que respecta a la consulta del Comité Superior para el Empleo:*

Considerando, de un lado, que de las disposiciones conjuntas de los artículos L. 351-8, L. 352-1, L. 353-2 y L. 352-2-1 del Código de Trabajo se desprende que las medidas de aplicación de los artículos L. 351-3 a L. 351-7 de dicho Código -que definen los principios con

arreglo a los cuales se concede la prestación por desempleo de la seguridad social a la que tienen derecho los trabajadores que han sido privados de un puesto de trabajo- se establecen por medio de acuerdos entre los empresarios y los trabajadores y deben ser aprobadas, para el período de vigencia de estos acuerdos, por el Ministro del Trabajo, previa consulta con el Comité Superior para el Empleo; que, cuando el acuerdo no haya sido firmado por la totalidad de las organizaciones más representativas de la patronal y de los trabajadores, el ministro no podrá proceder a su aprobación hasta que el Comité Superior para el Empleo no haya emitido un dictamen favorable motivado y, en caso de oposición escrita y motivada de al menos dos de las organizaciones de la patronal o de dos de las organizaciones de los trabajadores que participan en el acuerdo, no podrá proceder a su aprobación sin una nueva consulta al Comité y en base a un informe que detalle el alcance de las disposiciones en cuestión, así como las consecuencias de su aprobación; que la consulta al Comité Superior para el Empleo tiene el carácter de un procedimiento sustancial;

Considerando, de otro lado, que de conformidad con los artículos R 322-12 a R. 322-14 del Código de Trabajo, el Comité Superior para el Empleo está básicamente compuesto por diez representantes de las organizaciones profesionales de empresarios más representativas y de diez representantes de las organizaciones sindicales de trabajo más representativas, nombrados mediante decreto del Ministro de Trabajo a propuesta de dichas organizaciones; que la Comisión Permanente, creada en el seno del Comité Superior para el Empleo, para emitir en su nombre dictámenes sobre las cuestiones de carácter urgente, está básicamente compuesta por cinco representantes de las organizaciones profesionales de empresarios y cinco representantes de las organizaciones sindicales de trabajadores, nombrados por el ministro entre los miembros del Comité Superior, a propuesta de éste; que estas disposiciones impiden, por tanto, que formen parte de la Comisión Permanente o del Comité Superior para el Empleo personas que, al no haber sido nombradas o designadas por el ministro, no puedan ser consideradas en modo alguno como miembros del Comité ni de la Comisión a los que es obligatorio consultar, pese a que no se cuestione en absoluto su condición de representantes de las organizaciones de empresarios o de trabajadores implicados;

Considerando que de los elementos que obran en el expediente se desprende que se realizó una primera consulta a la Comisión Perma-

nente del Comité Superior para el Empleo el 15 de ene. de 2003 y, como resultado de la oposición manifestada por escrito por dos organizaciones de trabajadores, se procedió, el 6 de febr. de 2003, a una segunda consulta sobre el proyecto de aprobación por el Ministro de Asuntos Sociales, Trabajo y Solidaridad de los acuerdos suscritos el 27 de dic. de 2002, relativos a los convenios de 1 de ene. de 2001 y 1 de ene. de 2004 sobre reinserción laboral y prestaciones de desempleo; que no se cuestiona que varias de las personas que participaron en las dos reuniones de la Comisión Permanente no habían sido nombradas como miembros del Comité Superior para el Empleo por el Ministro de Trabajo, contrariamente a lo que dispone el artículo R. 322-13 del Código de Trabajo; que, por consiguiente, La Comisión Permanente del Comité Superior para el Empleo se reunió el 15 de ene. y el 4 de febr. de 2003 con una composición irregular; que, por tanto, los recurrentes tienen motivos fundados para sostener que la consulta a la que obliga la Ley se efectuó en condiciones irregulares, por lo que los decretos impugnados adolecen de un vicio de ilegalidad;

*En lo que respecta a la legalidad de algunas de las cláusulas de los acuerdos suscritos:*

Considerando, en primer lugar, que el artículo L. 352-2 del Código de Trabajo reconoce al conjunto de las organizaciones sindicales más representativas de empresarios y de trabajadores el derecho a participar en las negociaciones y en la firma de los acuerdos que se suscriban para la aplicación del artículo 352-8 del mismo Código, y subordina la posibilidad de aplicar dichos acuerdos al conjunto de los trabajadores y empresarios al hecho de que hayan sido aprobados por el Ministro de Trabajo; que de ello se deduce que los firmantes de estos acuerdos no pueden, sin infringir la ley, ampararse, a la hora de modificar o completar algunas de sus disposiciones, en actos en cuya negociación no hayan participado el conjunto de las organizaciones sindicales más representativas de trabajadores y empresarios o que no hayan sido objeto de aprobación por parte del Ministro de Trabajo;

Considerando que el artículo 5 del convenio de 1 de ene. de 2004, aprobado por uno de los decretos impugnados, prevé la creación de una Comisión Paritaria Nacional compuesta exclusivamente por representantes de las organizaciones firmantes de este convenio; que los artículos 2, 4, 6 y 10 del reglamento anejo a este convenio encomiendan a

esta comisión la tarea de definir, respectivamente, los casos en que se considera legítima una dimisión, los casos en que una baja voluntaria no prohíbe percibir una prestación por desempleo, el procedimiento para solicitar las prestaciones a las que pueden acogerse los asalariados cuya empresa ha reducido o ha cesado su actividad sin que su contrato de trabajo haya sido rescindido y, por último, los casos de recuperación de sus derechos por el asalariado que solicita su baja voluntaria; que estas disposiciones tienen, por tanto, como efecto y como resultado reservar en exclusiva a las organizaciones firmantes del convenio, que forman parte de la Comisión Paritaria Nacional, la misión de definir en dichos ámbitos las reglas que completan este convenio; que, por tanto, vulneran las disposiciones del artículo L. 352-2 del Código de Trabajo; que estas disposiciones de los artículos 2, 4, 6 y 10, pese a ser separables de otras disposiciones del reglamento anejo al convenio de 1 de ene. de 2004, forman parte entre todas de un todo indivisible y, por ende, no podían ser objeto de una aprobación;

Considerando, en segundo lugar, que de conformidad con los dos primeros apartados del artículo 1.º de la ley de 17 de jul. de 2001: «A partir del 1 de jul. de 2001, las cuotas de los empresarios y asalariados, que se mencionan en el artículo L. 351-3-1 del Código de Trabajo, pueden ser utilizadas por las partes firmantes del acuerdo que prevé el artículo L. 351-8 del mismo Código para financiar las medidas que se definen a continuación y cuyo objeto es facilitar la reinserción profesional de los titulares de la prestación por desempleo prevista en el artículo L. 351-3 del mismo Código, estableciéndose por decreto la cuantía máxima de las cuotas que puede ser utilizada para este fin. /I. – Cuando los beneficiarios de la prestación por desempleo a la que se alude en el primer apartado acepten un empleo en una localidad alejada de su lugar habitual de residencia, podrán acogerse, si así lo autoriza la Agencia Nacional para el Empleo, a una ayuda para el fomento de la movilidad geográfica (...)»; que estas disposiciones reconocen, pues, a la Agencia Nacional para el Empleo, la facultad de conceder una ayuda para el fomento de la movilidad geográfica a los demandantes de empleo beneficiarios de una prestación por desempleo;

Considerando que los acuerdos de aplicación n.º 11 de los convenios de 1 de ene. de 2001 y 1 de ene. de 2004 disponen que la ayuda «se concederá teniendo en cuenta las prioridades y orientaciones establecidas por las oficinas de Assedic (Asociación para el Empleo en la Industria y el Comercio)» y que su cuantía estará sujeta a un tope

máximo «dentro de los límites de la partida presupuestaria asignada a este tipo de ayudas por la oficina de Assedic, según las modalidades establecidas por el grupo paritario nacional de seguimiento»; que, al reconocer que corresponde a las oficinas de Assedic conceder esta ayuda, los firmantes del acuerdo vulneraron las disposiciones legislativas ya citadas; que las disposiciones de los acuerdos de aplicación n.º 11 de los convenios de 1 de ene. de 2001 y 1 de ene. de 2004, pese a ser separables de las disposiciones de estos últimos, forman cada una por sí sola un todo indivisible y, por tanto, no podían ser objeto, sin infringir la Ley, de una aprobación;

*Sobre las consecuencias de la ilegalidad de los Decretos-Leyes impugnados: En lo que respecta a la misión del juez:*

*Considerando que la anulación de un acto administrativo implica, en principio, que a partir de ese momento se ha de asumir que dicho acto no existió nunca; que si resulta, no obstante, que este efecto retroactivo de la anulación puede tener consecuencias manifiestamente excesivas debido tanto a los efectos que dicho acto pudo tener sobre situaciones que se dieron cuando todavía estaba en vigor, como al interés general que puede presentar el hecho de que sus efectos se mantengan temporalmente, corresponde al juez administrativo —después de recabar al respecto las observaciones de las partes y de examinar el conjunto de los motivos, ya sean éstos de orden público o motivos que se hayan alegado ante él— tener en cuenta, de un lado, las consecuencias de la retroactividad de la anulación sobre diferentes intereses públicos o privados y, de otro, los inconvenientes que se derivarían, en lo que respecta al principio de legalidad y al derecho de los justiciables a un recurso efectivo, de una limitación en el tiempo de los efectos de la anulación; que es competencia del juez valorar, sopesando estos elementos, si pueden justificar que se obvie con carácter excepcional el principio del efecto retroactivo de las anulaciones contencioso-administrativas y, en caso afirmativo, prever en su decisión de anulación que, sin perjuicio de las acciones contenciosas que se hayan podido emprender hasta esa fecha contra los actos adoptados sobre la base del acto en cuestión, la totalidad o parte de los efectos de dicho acto, anteriores a su anulación, pasen a tener carácter definitivo e incluso, si procede, que la anulación no surta efecto hasta una fecha posterior que le corresponde establecer al propio juez.*

*En lo que respecta a la aplicación de estos principios a los Decretos-Leyes objeto de litigio:*

*En lo que respecta a los decretos relativos al convenio de 1 de ene. de 2004:*

Considerando que de los elementos que obran en el expediente se desprende que la desaparición retroactiva de las disposiciones de los Decretos-Leyes de aprobación de las estipulaciones ilegales, relativas a las facultades de la Comisión Paritaria Nacional y a la ayuda para el fomento de la movilidad geográfica, podría tener consecuencias manifiestamente excesivas, en lo que respecta a los intereses en juego y a los inconvenientes que conllevaría una limitación en el tiempo de los efectos de su anulación; que no procede, por tanto, que la anulación de estas disposiciones se acompañe de una limitación de este naturaleza.

Considerando, en cambio, que de las disposiciones del Código de Trabajo antes citadas se desprende que la ley obliga a las organizaciones más representativas de empresarios y de trabajadores, al Ministro de Trabajo o, en su defecto, al Primer Ministro adoptar la medidas necesarias para garantizar la continuidad del régimen de seguro del desempleo; que, por consiguiente, incumbe obligatoriamente a los poderes públicos, en caso de anulación del decreto a través del cual el Ministro de Trabajo aprueba los acuerdos suscritos para la aplicación del artículo 351-8, adoptar sin demora las medidas que imponen dichas disposiciones; que, habida cuenta del interés que suscita la continuidad del pago de las prestaciones y de la recaudación de las cotizaciones, continuidad que sería objeto de una vulneración manifiesta si se anulaban retroactivamente las disposiciones de los decretos impugnados de aprobación de las estipulaciones del convenio de 1 de ene. de 2004, así como sus anexos y acuerdos de aplicación, con la salvedad de las disposiciones relativas a las facultades de la Comisión Paritaria Nacional y a la ayuda para el fomento de la movilidad geográfica, procede, para permitir al Ministro de Trabajo o, en su defecto, al Primer Ministro dictar las disposiciones necesarias para garantizar dicha continuidad, declarar que no se producirá su anulación total -sin perjuicio de los derechos de las personas que entablaron acciones contenciosas antes de la fecha de la presente decisión- sino hasta el 1 de jul. de 2004;

*En cuanto a los decretos relativos al convenio de 1 de ene. de 2001:*

Considerando que no se contempla que la desaparición retroactiva de las disposiciones de los decretos relativos al convenio de 1 de ene. de 2001, por las que se aprueban las disposiciones ilegales de ayuda al fomento de movilidad geográfica, pudiera tener consecuencias manifiestamente excesivas que justifiquen una limitación en el tiempo de los efectos de su anulación;

*Considerando, en cambio, que si bien el hecho de que la retroactividad de la anulación pudiera tener una consecuencia negativa sobre las finanzas públicas, y crear dificultades a los servicios administrativos encargados de sacar las conclusiones, no basta, por sí solo para identificar una situación que autorice al juez a hacer uso de su facultad de modulación en el tiempo de los efectos de esta anulación, en el caso presente se deduce de los elementos que obran en el expediente y, en particular, de las reacciones de las partes a la medida de instrucción impuesta por la 1.<sup>a</sup> subsección responsable de la instrucción del caso, que la desaparición retroactiva de las disposiciones de los Decretos-Leyes relativos al convenio de 1 de ene. de 2001, distintas de aquellas que aprueban las estipulaciones relacionadas con la ayuda al fomento de la movilidad geográfica, al restablecer las normas que estaban anteriormente en vigor, podrían dar origen a graves incertidumbres respecto a la situación y a los derechos de los beneficiarios de prestaciones y de los cotizantes y provocar, habida cuenta de las disposiciones de los artículos L. 351-6-1 y L. 351-6-2 del Código de Trabajo, relativas a los plazos dentro de los cuales se pueden presentar reclamaciones de esta naturaleza, solicitudes de reembolso de las cotizaciones y prestaciones cuya generalización podría afectar gravemente a la continuidad del régimen de seguro del desempleo; que, por consiguiente, una anulación retroactiva del conjunto de las disposiciones de los decretos impugnados relativos a este convenio tendría, dadas las circunstancias del caso, consecuencias manifiestamente excesivas; que, en tales condiciones, procede limitar en el tiempo los efectos de la anulación y, habida cuenta de que los decretos impugnados sólo surtieron efecto entre el 1 de ene. y el 31 de dic. de 2003 y ya no pueden, por tanto, ser objeto de regularización, disponer que, sin perjuicio de las acciones contencioso-administrativas emprendidas hasta la fecha de la presente decisión contra los actos adoptados en base a éstas, los efectos de las disposiciones de los decretos objeto de litigio, con la salvedad de aquellas que aprueban el acuerdo*

de aplicación n.º 11 relativo al convenio de 1 de ene. de 2001, deben ser considerados como definitivos;

Decide:

Artículo 1: Se admiten las intervenciones del señor Baraud, la señora Semmache, la señorita Szabo y el sindicato CGT, trabajadores en paro y con contratos precarios de Gennevilliers-Villeneuve-Asnières.

Artículo 2: Se procede a la anulación de las disposiciones de los decretos de fecha 5 de febr. de 2003 con las que el Ministro de Asuntos Sociales, Trabajo y Solidaridad aprobó las estipulaciones del artículo 2, apartado e) del artículo 4, artículo 6 y apartado b) del párrafo 2 del artículo 10 del reglamento anejo al convenio de 1 de ene. de 2004, relativo a la ayuda a la reinserción laboral y a la prestación de desempleo, en tanto en cuanto dichas disposiciones se remiten a las deliberaciones de la Comisión Paritaria Nacional, así como al acuerdo de aplicación n.º 11.

Artículo 3: Sin perjuicio de las acciones contencioso-administrativas que se hayan entablado antes de la fecha de la presente decisión contra los actos que se adopten fundándose en las mismas, *se procede a la anulación, a partir del 1 de julio de 2004*, de las disposiciones que no sean aquellas que anuló el artículo 2 del decreto de aprobación del reglamento anejo al convenio de 1 de ene. de 2004 ni las disposiciones de aprobación de dicho convenio, los anexos I a XII de este reglamento y los acuerdos de aplicación del 1 al 10 y 12 de este convenio.

Artículo 4: Se procede a la anulación del Decreto-Ley de fecha 5 de febr. de 2003 por el que el Ministro de Asuntos Sociales, Trabajo y Solidaridad dio su aprobación a los acuerdos de aplicación 1 a 12 relativos al convenio de 1 de ene. de 2001 sobre la ayuda para la reinserción laboral y las prestaciones de desempleo, en tanto en cuanto ratifica el acuerdo de aplicación n.º 11.

Artículo 5: *Quedan anuladas todas las disposiciones, salvo aquellas que anuló el artículo 4*, de los decretos de 5 de febr. de 2003, por medio de las cuales el Ministro de Asuntos Sociales, Trabajo y Solidaridad aprobó las estipulaciones de los acuerdos que modifican o completan el convenio de 1 de ene. de 2001. *No obstante, sin perjuicio de las acciones contencioso-administrativas que se hayan emprendido con anterioridad a la fecha de la presente decisión contra los actos fundados en dichas disposiciones, tienen carácter definitivo los efectos anteriores a esta anulación de las disposiciones en cuestión...*

## OBSERVACIONES

1 La sentencia *Association AC! et autres*, dictada por la Asamblea que retoma las conclusiones del Comisario del Gobierno Devys, modera sensiblemente la afirmación de la sentencia *Rodières\** según la cual «se ha de asumir que los actos anulados por exceso de poder no existieron nunca». Sin perjuicio de los requisitos que enumera, incluye entre «las funciones del juez» la posibilidad de modular en el tiempo los efectos de una anulación contencioso-administrativa.

La facultad que se reconoce de este modo al juez se puso rápidamente en práctica en el marco de varios recursos interpuestos por diferentes recurrentes, entre ellos, el movimiento «Amigos de la Actuación Conjunta contra el Desempleo» (*Amis d'agir ensemble contre le chômage* o *AC!*), contra los decretos de 5 de febr. de 2003 del Ministro de Trabajo, relativos al régimen del seguro de desempleo, cuyo objetivo era doble. De un lado, su propósito era ratificar las cláusulas adicionales del convenio de seguro de desempleo de 1 de ene. de 2001, suscrito por tres años, y que se encontraba en una situación de desequilibrio financiero. Era necesario, por ello, aumentar el porcentaje de cotización y reducir la duración de las prestaciones para el último año de vigencia del convenio. De otro lado, por medio de estos decretos se aprobaba el nuevo convenio de seguro de desempleo, suscrito por un nuevo período de tres años, a partir del 1 de ene. de 2004.

Tal y como puso de manifiesto el Comisario del Gobierno Devys en sus conclusiones, las ratificaciones ministeriales, que tienen carácter reglamentario y condicionan la entrada en vigor de las disposiciones del convenio, adolecían de diversas ilegalidades. En primer lugar, se había producido un defecto procesal de irregularidad en la composición del Comité Superior para el Empleo, cuya consulta era obligatoria según lo estipulado en el Código de Trabajo. Su composición no había sido objeto de modificación desde 1990, pese a los cambios sobreenvidados en la representación de los agentes sociales.

Además, las ilegalidades afectaban a determinadas estipulaciones de los convenios ratificados. El Comisario del Gobierno había identificado tres ilegalidades, entre ellas, la principal a su entender era la atribución a las Asociaciones para el Desarrollo del Empleo en la Industria y el Comercio (ASSEDIC) de una facultad de suspensión del derecho a acogerse a una prestación de desempleo. La Asamblea de lo Contencioso-Administrativo sólo asumió las otras dos causas de ilegali-

lidad detectadas por el Comisario del Gobierno. Una de ellas consistía en que las partes del convenio habían autorizado a las ASSEDIC a que definieran ellas mismas las prioridades de concesión de la ayuda al fomento de la movilidad geográfica, cuando la Ley atribuía esta competencia a la Agencia Nacional para el Empleo (ANPE), entidad pública del Estado que había sido sustituida por el «Polo Empleo» tras su asociación con la Unión Nacional para el Empleo en la Industria y el Comercio (ENEDIC). La otra ilegalidad se derivaba de la delegación en favor de una Comisión Paritaria Nacional, que emanaba exclusivamente de los firmantes del convenio, de la facultad de establecer determinadas modalidades del régimen de indemnización, a pesar de que el Código de Trabajo instaurara un procedimiento específico de negociación en el que, en un principio, debían participar el conjunto de las organizaciones sindicales más representativas.

La originalidad de la decisión comentada radica en el hecho de que, además de dar lugar a la anulación de los decretos, en tanto en cuanto permiten la ratificación de unas cláusulas que presentan ilegalidades concretas, hace constar que el defecto procesal, que afecta en su conjunto a los decretos, no pone en entredicho el carácter definitivo de los efectos de la ratificación de las cláusulas adicionales del convenio de ene. de 2001 y, en el caso del convenio de 1 de ene. de 2004, no surtiría efecto hasta el 1 de jul. de 2004, sin perjuicio, no obstante, de las acciones contencioso-administrativas que se hubieren entablado antes de esa fecha.

Las conclusiones del Comisario del Gobierno arrojan luz tanto sobre los fundamentos de la solución elegida como sobre las modalidades de su puesta en práctica. Unas decisiones adoptadas con posterioridad permitieron calibrar las consecuencias de lo que se había dado en llamar la jurisprudencia *AC!*

### **I. Los fundamentos de la solución.**

- 2 La solución innovadora por la que optó la Asamblea de lo Contencioso-Administrativa obedece a tres grupos de motivos: la necesidad de adaptar a las realidades concretas la jurisprudencia tradicional cimentada en una ficción jurídica; la consideración de las lecciones derivadas del derecho comparado; la voluntad del juez de definir con más precisión los efectos de la cosa juzgada con objeto de garantizar que se respetara en la práctica.

A. *La voluntad de reducir el desfase entre las afirmaciones de principio y la realidad.*

3 1.º) La fórmula de la sentencia *Rodière*\* tiene como finalidad conseguir que el recurso por exceso de poder alcance una eficacia óptima. Toda persona que tenga interés en alcanzar este fin debe tener la posibilidad de conseguir que el juez administrativo anule el acto administrativo con efecto retroactivo. Aunque puede haber una parte de ficción en la aseveración según la cual el acto anulado por exceso de poder pasa a ser un acto que no existió nunca, esta ficción constituye una garantía para el justiciable. Ello no obsta para que los actos anulados hayan existido, en realidad, y hayan tenido unos efectos jurídicos como ha sido, de hecho, el caso.

2.º) Por ello, incluso antes de que se dictara la sentencia *AC !*, la jurisprudencia hizo lo posible para que prevalecieran, en algunos casos, las exigencias de la realidad sobre la lógica de la desaparición retroactiva del acto anulado.

a) En sus conclusiones, el Comisario Devys recordaba la teoría de los funcionarios de hecho (CE 2 de nov. de 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes*, Rec. 666), así como la jurisprudencia sobre la intangibilidad de los derechos adquiridos por el beneficiario de una decisión individual, que pasa a tener carácter definitivo pese a la ilegalidad de un acto anterior que la ha determinado. Tal es el caso, por ejemplo, de un nombramiento que no se ha impugnado dentro del plazo del recurso contencioso-administrativo, y que se deriva de un concurso que se anuló con posterioridad (CE Secc. 10 de oct. de 1997, *Lugan*, Rec 346, concl. Péresse; AJ 1997.952, cr. Chauvaux y Girardot).

b) Existen otras limitaciones que atenúan el principio de la desaparición retroactiva del acto anulado. Para mantener la disciplina dentro de la función pública, el Consejo de Estado consideró que la obligación de acatar un acto no desaparecía retroactivamente como resultado de su anulación (CE 18 de dic. de 1935, *Lavigne*, Rec. 1197). Cuando en un texto legal se ha dado por supuesto que el silencio por parte de la Administración en el momento de vencer un determinado plazo equivalía a una autorización, como ha ocurrido con la licencia de obras, el Consejo de Estado ha considerado que la anulación de la

decisión adoptada por la Administración, dentro del plazo establecido, no convertía al solicitante en titular de la autorización solicitada, ello con el fin de impedir que unas consecuencias tan insólitas como lamentables pudieran derivarse de una anulación en un caso análogo a éste (CE Secc. 7 de dic. de 1973, *Entreprise J. Fayolle et Fils*, Rec. 703; AJ 1974.82, cr. Franc y Boyon; p. 87, nota B. G.; D. 1974.156, nota Liet-Veaux). Por motivos elementales de equidad, no cabe deducir de la anulación por exceso de poder de una licencia de obras que su titular se convierte retroactivamente en sospechoso de un delito de construcción sin licencia de obras (Sección de Obras Públicas, dictamen n.º 321-127 de 13 de dic. de 1977).

El deseo de respetar la seguridad jurídica ha llevado incluso a admitir que la anulación por el juez de una deliberación por la que se anotaron unos ingresos en el presupuesto de una colectividad territorial, con posterioridad a la aprobación del presupuesto, no afectaba retroactivamente la legalidad de dicha aprobación (CE Secc. 27 de mayo de 1994, *Braun Ortega et Buisson*, Rec. 264).

3.º) Pese a estos ajustes del principio sentado por la sentencia *Rodière\**, ocurre con frecuencia que la consolidación de determinados efectos de una situación generada por la desaparición retroactiva de un acto anulado requiera la intervención del legislador, adquiriendo ésta la forma de una *ley de validación*. El punto central de la argumentación desarrollada por Devys consistió en demostrar que una modulación en el tiempo por parte del juez de los efectos de una anulación contencioso-administrativa permitía ahorrarse el esfuerzo de dictar una ley de validación. La circunstancia de que este tipo de ley sea objeto de un control exhaustivo, por iniciativa del Consejo Constitucional y por efecto del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no excluye la necesidad de actuar sobre las propias causas de las validaciones. Tampoco dispensa al Comisario del Gobierno de hacer constar que «puesto que el juez se ve abocado *in fine*, en función de los diferentes intereses en juego, a valorar si existe un interés general que, por ser suficiente o tener carácter imperioso, justifica que se pongan reparos a la retroactividad de la anulación contencioso-administrativa, resulta... preferible que tome la decisión cuando pueda precisar los efectos de la anulación que le corresponde pronunciar».

B. *La influencia del derecho comparado.*

4 El cambio de perspectiva con respecto a la jurisprudencia tradicional tiene también su origen en la consideración de las enseñanzas extraídas del derecho comunitario y del derecho constitucional comparado.

1.º) En lo que respecta al derecho comunitario, el Comisario no desaprovechó la oportunidad de referirse al art. 174 del Tratado de Roma, que retoma hoy en día el art. 264 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Después de haber sentado que, en principio, cuando se presenta ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación de un acto comunitario que éste considera fundamentado, declarándolo «nulo y sin valor», este mismo artículo establece una excepción en los términos siguientes: «No obstante, en lo que atañe a los reglamentos, el Tribunal de Justicia *indica*, si lo considera necesario, *aquellos efectos del reglamento anulado que deben considerarse como definitivos*».

El Tribunal de Luxemburgo aplica estas disposiciones a sus sentencias interpretativas (CJCE 8 de abr. de 1976, *Melle Defrenne c. Sabena*, caso 43/75, Rec. 455), así como a las sentencias con las que examina la validez de un acto comunitario por la vía de excepción (CJCE 15 de oct. de 1980, *Roquette frères*, caso 145/79, Rec. 2917). En un primer momento, dado que su jurisprudencia había omitido tener en cuenta los derechos de los justiciables que habían tenido la precaución de impugnar a su debido tiempo la validez del acto comunitario, el efecto diferido de una declaración de invalidez suscitó reservas tanto por parte del Consejo de Estado (CE Secc. 26 de jul. de 1985, Office national interprofessionnel des céréales, Rec. 233) como del Tribunal Constitucional italiano (13 de abr. de 1989, *Société Fragd*, RUDH 1989.258). Pero el juez comunitario hizo, más adelante, un uso sensato de sus facultades.

2.º) El Comisario Devys demostró asimismo que las jurisdicciones constitucionales europeas, cuando se ven en la necesidad de declarar inconstitucional una ley por vía de excepción, precisan de forma matizada los efectos en el tiempo de sus decisiones. En Alemania o en Italia, se atribuye un efecto retroactivo a una decisión de esta naturaleza, pero existen atenuantes que tienen en cuenta las exigencias de justicia en materia penal o de seguridad jurídica. En Austria, la declaración de inconstitucionalidad tiene un efecto meramente derogatorio,

pero quedan a salvo los derechos de la persona y el juez constitucional tiene la facultad de decidir que su decisión tendrá un efecto más radical (*cf.* AIJC 1987.34).

C. *La voluntad de precisar anticipadamente los efectos de la cosa juzgada.*

- 5 Retomando a este respecto el tono didáctico del enunciado de la sentencia *Rodière\**, el Consejo de Estado se ha preocupado recientemente, al motivar sus decisiones de anulación, de indicar su alcance. Y el Comisario del Gobierno de citar, entre otras, la decisión de la Asamblea de 29 de junio de 2001 *Vassilikiotis* (Rec. 303, concl. Lamy; AJ 2001.1046, cr. Guyomar y Collin; RDSS 2003.1513, art. Blanco; LPA 24 de oct. de 2001, nota Damarey; GACA, n.º 66), que define las obligaciones que ha de asumir la Administración a resultados de la anulación de una disposición reglamentaria contraria al derecho comunitario, así como la decisión de 27 de jul. de 2001, *Titran* (Rec. 411; v. n.º 84.11) que retrasa dos meses más los efectos de la negativa a derogar un reglamento ilegal. Estas influencias convergentes predisponían a una evolución de la jurisprudencia, como pone de manifiesto un estudio de dos miembros del Consejo de Estado por encargo del Presidente de la Sección de lo Contencioso-Administrativo de 21 de marzo de 2004 (*cf.* RFDA 2004.438).

## II. La nueva misión del juez.

Dado que empezaba a perfilarse una evolución de la jurisprudencia, no es de extrañar que, una vez admitido el cambio, este último se haya materializado, en la decisión comentada, en forma de un considerando de principio sobre «la misión del juez». Conviene hacer hincapié en el campo de aplicación de la facultad de modulación y en las formas que ésta adopta, en los criterios de puesta en práctica y en las obligaciones procesales que incumben al juez.

A. *El ámbito de la modulación y las formas que ésta adopta.*

- 6 1.º) Dado que, como ya se ha mencionado, el efecto retroactivo de la anulación es una garantía para el justiciable, ésta sigue teniendo carácter de principio. La modulación de sus efectos en el tiempo, que constituye una exclusión del principio, está destinada exclusivamente

a desempeñar un papel «excepcional». Además, con esta reserva importante, tal y como lo ha subrayado el Comisario del Gobierno, la modulación se aplicará esencialmente en caso de anulación de actos reglamentarios, aunque no se excluya *a priori* en el caso de los actos administrativos que no tienen carácter reglamentario.

2.º) Si se cumplen los requisitos que se exigen para la modulación, se podrá optar entre dos modalidades de exclusión del efecto retroactivo de la anulación.

a) En la primera, corresponde al juez establecer que «la totalidad o una parte de los efectos (del acto en cuestión) *anteriores* a su anulación adquieran carácter definitivo». De este modo se congelan los efectos pasados.

b) En la segunda alternativa, el juez tiene la facultad de precisar «que la anulación no *surtirá efecto hasta una fecha posterior* que él mismo se encargará de determinar».

De este modo, se deja un margen de tiempo a la Administración para poner fin a la ilegalidad detectada por el juez.

c) Las dos posibilidades por las que puede optar el juez no son excluyentes entre sí y pueden aplicarse simultáneamente, tal y como se desprende tanto de la sentencia comentada, como de la jurisprudencia posterior (CE As. 23 de dic. de 2013, *Société Métropole Télévision (M6)*, *Société Télévision française 1 (TF1)* Rec. 322).

#### B. *Los criterios de aplicación de la modulación.*

7

Antes de excluir el efecto retroactivo de la anulación, el juez tiene que *sopesar los intereses* que hay en juego. En primer lugar, ha de determinar si el efecto retroactivo de la anulación «puede tener consecuencias manifiestamente excesivas debido tanto a los efectos que (el acto ilegal) ha producido y a las situaciones que se crearon durante su período de vigencia, como al interés general que puede llevar aparejado el mantenimiento temporal de sus efectos». Le corresponde, a continuación, y sin perjuicio de las obligaciones procesales específicas que se mencionan más adelante, tener en cuenta «de un lado, las consecuencias de la retroactividad de la anulación en lo que respecta a diferentes intereses públicos y privados que están en juego y, de otro, los inconvenientes que puede traer consigo, desde el punto de vista del principio de legalidad y del derecho de los justiciables a un recurso efectivo, una limitación en el tiempo de los efectos de la anulación».

Sólo mediante la recopilación de todos estos datos puede decidir modular los efectos de la anulación. Aunque el juez dispone de un cierto margen de apreciación, éste está sujeto a algunas limitaciones. Debe respetar las acciones contencioso-administrativas que se hayan entablado antes de la fecha de la decisión jurisdiccional de anulación. En caso contrario, se estaría vulnerando el derecho a un recurso efectivo.

### C. *Las obligaciones de orden procesal.*

8 Son dos las obligaciones de naturaleza procesal que no puede dejar de cumplir el juez si se plantea la posibilidad de modular los efectos de la anulación.

1.º) Tiene que recabar previamente las observaciones de las partes del litigio en lo que respecta a las consecuencias de la retroactividad de la anulación. El Consejo de Estado hizo lo posible para que esta cuestión fuera objeto de un debate contradictorio en profundidad. Este debate puede también celebrarse después de que una de las partes haya presentado sus conclusiones sobre el mismo objeto.

El juez puede incluso aplazar su decisión con el fin de recabar información sobre los efectos en el tiempo de la anulación que le corresponde pronunciar (CE 12 de mayo de 2010, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, Rec. 919; CE 15 de mayo de 2013, *Fédération nationale des transports routiers* Rec. 797; AJ 2013.1876, nota Connil).

2.º) Más apremiante es la obligación que tiene el juez de examinar «el conjunto de los motivos de orden público que se alegan ante él y que pueden condicionar la legalidad del acto en cuestión» Tal y como puso de relieve el Comisario del Gobierno Devys, en la medida en que el juez está obligado a «sopesar las consecuencias de una anulación y las exigencias de la legalidad, tiene necesariamente que evaluar el «peso» de la ilegalidad en relación con los diferentes motivos alegados... y con los motivos de orden público», es decir, aquellos que debe plantear de oficio el juez, aunque los hayan omitido una parte o la otra.

### III. **Las consecuencias de la decisión.**

La jurisprudencia *Association AC !* se ha aplicado con mayor frecuencia y con más amplitud de lo que cabía esperar. Cumple plenamente su papel de prevención de las leyes de validación.

El deseo de garantizar la seguridad jurídica que la inspira se ha expresado asimismo con respecto a la determinación de los efectos en el tiempo de los cambios en la jurisprudencia.

A. *Una aplicación más frecuente y más amplia de lo que cabía esperar.*

9 La sentencia de 11 de mayo de 2004 constituye el primer caso de aplicación. Los requisitos sentados por la nueva jurisprudencia se cumplían a partir del momento en que un simple defecto procesal vinculado con la composición irregular de un organismo consultivo podía poner en peligro el régimen del seguro de desempleo. Son numerosos los casos posteriores de aplicación que retomaban esta lógica. La experiencia ha demostrado que la jurisprudencia *Association AC!* podía aplicarse a otros supuestos.

Se comprobó que el margen de apreciación del juez administrativo podía verse limitado por la primacía del Derecho de la Unión Europea.

1.º En la mayoría de los casos, el juez administrativo aplaza los efectos de la anulación por exceso de poder *de un acto reglamentario* porque hay una desproporción manifiesta entre la naturaleza de la irregularidad que ha detectado y sus consecuencias prácticas.

a) Los supuestos en los que se aprecia un desfase de esta naturaleza están sobre todo relacionados con anulaciones por motivos de legalidad *externa*.

La anulación del decreto de 26 de dic. de 2005 por el que se establecían las modalidades de traslado definitivo a los departamentos y regiones del personal técnico, obreros y servicios que desempeñaban sus funciones en los colegios e institutos, y que se debió a un defecto procesal, se aplazó al 1 de ene. de 2009 debido a los graves problemas que podía ocasionar a las colectividades públicas y a los agentes implicados (CE 16 de mayo de 2008, *Département du Val-de-Marne*, Rec. 619; JCP Adm. 2008.228 y BJCL 2008.509, concl. Séners; AJ 2008.1504, nota Crouzatier-Durand; RD publ. 2009.1517, com. Bottini).

Se aplazaron cuatro meses los efectos de la anulación del decreto de 19 de dic. de 2008 por el que se establecía, en aplicación de la ley de 5 de marzo de 2007, la lista de los tribunales en los que se tenía previsto crear un «polo de instrucción de casos penales», cuando la ilegalidad detectada consistiera en una irregularidad en la composición del Comité

Paritario Mixto al que había que consultar previamente (CE 19 de dic. de 2008, *Kierzkowski-Chatal*, Rec. 467). Prevalció una solución del mismo tipo en el caso de la anulación parcial, por defecto procesal, del decreto de 15 de febr. de 2008, que estableció la sede y las competencias de los tribunales de comercio (CE 8 de jul. de 2009, *Commune de Saint-Dié des Vosges et autres*, Rec. 255; Gaz. Pal. 30 de jul. de 2009, p. 2, concl. Guyomar; AJ 2010.398, nota Touzeil-Divina).

La anulación del decreto de 18 de ene. de 2008, relativo a la puesta a disposición de las personas discapacitadas de transporte público urbano de conducción asistida, que se debió al hecho de que el Ministro responsable de los transportes lo había aprobado sin que hubiera sido firmado también por el Ministro encargado de las personas con discapacidad, se aplazó al 1 de sept. de 2009 habida cuenta del interés general que lleva aparejada la existencia de una reglamentación de este tipo (CE 3 de marzo de 2009, *Association française contre les myopathies*, Rec. 69).

Amparándose fundamentalmente en el requisito constitucional de «transposición al Derecho interno de las directivas comunitarias» (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Société Arcelor Atlantique et Lorraine\**), el Consejo de Estado aplazó casi once meses los efectos de la reprobación de un decreto por el que se había procedido a dicha transposición, invadiendo las competencias del legislador (CE 24 de jul. de 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, Rec. 294; RFDA 2009.963, concl. Geffray, y 1272, cr. Roblot-Troizier; AJ 2009.1818, cr. Liéber y Botteghi).

**10**      b) Los casos de aplicación de la jurisprudencia *Association AC!* como resultado de la anulación de un reglamento por motivos de *legalidad interna* ponen de manifiesto la gravedad de las consecuencias de una anulación retroactiva.

El Consejo de Estado, después de haber censurado un error de derecho cometido por la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones (ART) en la determinación de algunas tarifas, procedió a un aplazamiento de dos meses de los efectos de su decisión, con el fin de evitar que se creara una situación de aplicación de unas tarifas cuyo modo de determinación infringía un reglamento comunitario 25 de febr. de 2005, *France Télécom*, Rec. 86; RFDA 2005.787, concl. Prada-Bordenave; AJ 2005.997, cr. Landais y Lenic; DA 2005, n.º 57, nota Bazex y Blazy; JCP Adm. 2005.1162, nota Saulnier-Cassia; *ibid.*, n.º

1263, nota Breen; RD publ. 2005.1643, nota Idoux; LPA 10 de oct. de 2005, obs. F. Melleray).

Del mismo modo, después de haber anulado, con una sentencia de 21 de dic. de 2006, el decreto por el que se nombraba a los miembros del Consejo Superior de la Función Pública del Estado, alegando que había omitido asignar un puesto al sindicato recurrente, el Consejo de Estado decidió, de un lado, que la anulación sólo surtiría efecto a partir del 1 de marzo de 2007 y, de otro, que los efectos que se hubieran producido con anterioridad a la anulación se considerarían como definitivos (CE 21 de dic. de 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, Rec. 576). Se dio satisfacción al sindicato recurrente cuya representatividad era clara, sin que por ello perdieran valor los textos estatutarios adoptados tras la consulta con el Consejo Superior cuya composición era irregular.

Determinadas consideraciones relativas a la *continuidad del servicio público* del gas y el alumbrado público dieron lugar a que se aplazaran los efectos de la anulación de las cláusulas reglamentarias en materia de tarifas de las adendas de un contrato de concesión (CE 31 de jul. de 2009, *Ville de Grenoble, Société gaz électricité de Grenoble*, Rec. 642; BJCP n.º 67, 2009.460, concl. N. Boulouis).

El Consejo de Estado se refirió a la *seguridad jurídica* para conseguir que se aplazaran los efectos de la anulación de la subida ilegal de la cuantía máxima establecida para los contratos públicos que podían acogerse a la exención de publicidad y convocatoria de licitación (CE 10 de febr. 2010, *Perez*, Rec. 17; JCP Adm. 2010.2068, concl. N. Boulouis), o que se estableciera una fecha de entrada en vigor intermedia entre la fecha de adopción del acto y la fecha de su censura, en un litigio muy complejo relativo a la remuneración de los derechos de autor (CE 17 de dic. de 2010, *SFIB, Association UFC Que choisir, SA Rue du commerce*, Rec. 927; AJ 2011.854, nota Bui-Xuan).

- 11** 2.º) La jurisprudencia *Association AC!* no quedó reducida a la anulación de actos reglamentarios. Se aplicó también a *actos individuales*, hecho que constituye una originalidad desde la perspectiva del Derecho comparado (*cf.*, Const. belga, 21 de febr. de 2013, n.º 14/2013).

Por ejemplo, dos sentencias de 12 de dic. de 2007 ordenaron un aplazamiento de un mes, a partir de la fecha en que se pronunciaron, de los efectos de la anulación, por defecto procesal, del nombramien-

to de magistrados, debido al menoscabo que podía suponer para el funcionamiento del servicio público de la justicia una anulación retroactiva e inmediata (CE 12 de dic. de 2007, *Sire*; de la misma fecha, *Vignard*; AJ 2008.638, concl. Guyomar; D. 2008.1457, nota Caille; AJFP 2008.172, nota Guegen, RD publ. 2009.1157, com. Bottini; v. en este mismo sentido, el aplazamiento de tres meses de la anulación por defecto procesal del nombramiento como Fiscal Adjunto del Tribunal de Casación de un Fiscal General del Tribunal de Apelación, y la anulación consiguiente del nombramiento de su sucesor: CE Secc. 30 de dic. de 2010, *Robert*, Rec. 530; DA 2011, n.º 25, nota F. Melleray).

- 12** 3.º) Analizando los casos sucesivos, la determinación de los efectos de la anulación parece ser el medio más apropiado para garantizar el respeto efectivo de la autoridad de cosa juzgada. Resultan significativas a este respecto las soluciones por las que ha optado el Consejo de Estado para hacer frente a las consecuencias de la anulación, por motivos de legalidad interna, de las tarifas reguladas establecidas para la venta de electricidad o gas natural, aplicables durante un período determinado. En función de las circunstancias, el juez administrativo puede decidir o bien aplazar la fecha de entrada en vigor de su decisión, por ejemplo, retrasándola seis meses (CE 28 de nov. de 2012, *Société Direct Énergie et autres*, Rec. 782), o bien, por el contrario, instar a la Administración a que se atenga a la cosa juzgada en el plazo de tres meses (CE 22 de oct. de 2012, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication*, Rec. 781; AJ 2012.2373, cr. Domino y Bretonneau, y 2013.126 nota Laffaille; RTDE 2013.894, obs. Muller) o incluso de un mes (CE 10 de jul. de 2012, *SA GDF Suez et association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, Rec. 272).

- 13** 4.º) La facultad de modulación de la que dispone el juez administrativo se puede ejercer incluso en caso de discrepancia con el Derecho de la Unión Europea. El hecho de que el Tribunal de Luxemburgo considerara que determinadas formas de plasma tienen el carácter de medicamentos, y no de productos sanguíneos lábiles, ha llevado a anular la decisión de ámbito nacional de no someterlas al mismo régimen que los medicamentos, aunque con efecto diferido, habida cuenta de la magnitud de las existencias disponibles que estaban sujetas a este cambio de régimen (CE 23

de jul. de 2014, *Société Octapharma France*, Rec. 243; AJ 2014.2315, nota Mamoudy).

No obstante, si el Tribunal de Justicia ha desestimado las conclusiones tendentes a limitar los efectos en el tiempo de su sentencia, el juez nacional no puede en modo alguno admitir una conclusiones del mismo tipo (CE 28 de mayo de 2014, *Association Vent de Colère!, Fédération nationale et autres*, Rec. 150; RFDA 2014.783, concl. Legras; Dr. fisc. 2014, com. 450, nota Maitrot de la Motte y Dubout).

#### B. *La prevención de las leyes de validación.*

**14** El uso que ha hecho el Consejo de Estado de su facultad de modulación ha traído consigo un menor recurso a las leyes de validación. La decisión jurisdiccional sirve como alternativa de una ley de validación, sobre todo si se tiene en cuenta que, cada vez que tiene que resolver un caso que justifica su aplicación, el juez se preocupa por garantizar la continuidad de las acciones contencioso-administrativas que se hayan entablado antes de pronunciar su sentencia (CE 16 de mayo de 2008, *Département du Val-de-Marne et autres*; v. n.º 107.9).

Pero ello no permite concluir que las leyes de validación estén destinadas a desaparecer.

Por una parte, el juez administrativo sólo puede, en efecto, aplicar la jurisprudencia *Association AC!* a los actos sujetos a su control y evitar exclusivamente en estos supuestos que se recurra a tales leyes. Esta jurisprudencia no es de aplicación en el caso de los litigios que son competencia del juez ordinario.

Por otra parte, una vez el Consejo de Estado se ha negado a efectuar una aplicación positiva de esta jurisprudencia, el legislador puede plantearse si procede adoptar una ley de validación. Por ello, después de que se anulara el decreto de 30 de sept. de 2004, por el que se establecía que la semana laboral en el sector hotelero y de la restauración debía ser de 39 horas (CE 18 de oct. de 2006, *Fédération des services CFDT et autres*, Rec. 428; Dr. soc. 2006.1096, concl. Devys; JCP S 2006.1875, nota Noury), se adoptó una medida de validación legislativa contra la que el Consejo Constitucional no opuso ninguna objeción (*n.º 2006-544 DC, 14 de dic. de 2006*, Rec. 129; JCP 2007. Actu. 1, nota Mathieu; LPA 2 de marzo de 2007, nota Disant; RFDA 2007.134, nota Schoettl).

C. *Extrapolación a los efectos de los cambios en la jurisprudencia.*

**15** El Consejo de Estado se ha visto en la necesidad de determinar si procede modular en el tiempo los efectos de una nueva jurisprudencia.

En principio, dado que el juez se limita a reconocer el estado del Derecho existente, tiene la obligación de aplicarla al conjunto de los litigios que le corresponde resolver, con independencia de la fecha en que se hayan suscitado (CE 7 de oct. de 2009, *Société d'équipement de Tahiti et des îles*, Rec. 917; BJCL 2009.781, concl. N. Boulouis; AJ 2009.2437, cr. Jeanneney y 2480, nota J. D. Dreyfus; CMP nov. de 2009, n.º 365, obs. Eckert).

No obstante, esta posición de principio admite algunas excepciones:

Por una parte, la aplicación inmediata de una nueva jurisprudencia se descarta si tiene como efecto «*un menoscabo excesivo de las relaciones contractuales vigentes*» (CE As. 16 de jul. de 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, Rec. 360, concl. Casas) o del derecho al recurso (CE 17 déc. 2014, *Serval*, Rec. 392); o de ambos a la vez (CE As. 4 de abr. de 2014, *Département de Tarn-et-Garonne\**).

Por otra parte, en un litigio sobre responsabilidad por daños y perjuicios en el que se habían abonado, mientras se establecía definitivamente la indemnización, unas cuantías provisionales calculadas sobre la base de la jurisprudencia anterior, el Consejo de Estado consideró que las disposiciones del art. 1.º del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativas a la protección de los bienes, impedían que estas cuantías se revisaran (CE 22 de oct. de 2014, *Centre hospitalier de Dinan c. Consorts Étienne*, Rec. 316; Gaz. Pal. 26 de nov. de 2014, nota Guyomar; JCP Adm. 2015.2188, nota Lantero). El hecho de que el juez proceda a una modulación de los efectos en el tiempo de una anulación por exceso de poder o de una nueva jurisprudencia es una prueba patente de su facultad creadora.

## 106. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA. MEDIDAS TRANSITORIAS

Consejo de Estado As., 24 de marzo de 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*

(Rec. 154; RFDA 2006.463, concl. Aguila, nota Moderne;  
BJCP 2006.173, concl., nota Terneyre;  
AJ 2006.841, trib. Mathieu, 897, trib. Melleray, 1028, cr. Landais y  
Lenica; Bull. Jol. Sociétés 2006.711, nota Barbieri, 723, obs.  
Aguila; D. 2006.1191, nota Cassia; Europe mayo de 2006, p. 9,  
nota D. Simon; JCP 2006.1229, obs. Plessix y 1343, nota J.-M.  
Belorgey; Procédures mayo de 2006, p. 4, nota Travier;  
RDC 2006.856, nota Brunet; RD publ. 2006.1169, art. Camby  
y 2007.285, art. Woehrling; RMCUE 2006.457, nota Chaltiel; RTD  
civ. 2006.527, obs. Encinas de Munagorri;  
Rev. soc. 2006.583, obs. Merle)

### I. En cuanto al marco jurídico del litigio.

Considerando que, con la ley n.º 2003-706 de 1 de ago. de 2003 de seguridad financiera, se incorporó al Código de Comercio el apartado 2 del capítulo II del título II del libro VIII cuyo título es «Sobre la deontología y la independencia de los Interventores de Cuentas», apartado que incluye los artículos L. 822-9 a L. 822-16, y que fue posteriormente completado con el título V del artículo 162 de la ley n.º 2005-845 de 26 de jul. de 2005 con el cual se establecieron unas excepciones a la obligación de secreto profesional, y con los artículos 13 a 17 del Decreto-Legislativo n.º 2005-1126 de 8 de sept. de 2005 relativo a la Intervención General de la Administración del Estado;

Considerando que de conformidad con el artículo L. 822-16 del Código de Comercio: «Por decreto del Consejo de Estado se aprueba un Código Deontológico para la profesión, previa consulta con el Consejo Superior de la Intervención General de la Administración del Estado y, en lo atañe a las disposiciones aplicables a los interventores de cuentas responsables de auditar a las personas y entidades que acuden a la oferta pública de valores, previa consulta con la Autoridad de los Mercados Financieros»;

Considerando que a tenor del primer apartado del título I del artículo L. 822-11: «El interventor de cuentas no puede aceptar, recibir o conservar, directa o indirectamente, intereses que procedan de personas o entidades cuyas cuentas le corresponda certificar, en el sentido de los títulos I y II del artículo L. 233-3»; que de conformidad con el segundo apartado del título I, el Código Deontológico, al que se refiere el artículo L. 822-16, «define los vínculos personales, financieros y profesionales, que se derivan de la misión del interventor de cuentas o que ya existían con anterioridad, y que son incompatibles con ésta. Precisa, en particular, las situaciones en las que, al formar parte el interventor de cuentas de una red pluridisciplinaria, nacional o internacional, cuyos miembros tienen un interés económico común, se ve afectada su independencia por los servicios que presta a personas o entidades bajo control o responsables del control (...) de la persona o entidad cuyas cuentas tiene la misión de certificar. El Código Deontológico especifica asimismo las restricciones que se deben imponer a la custodia de intereses financieros por los asalariados y colaboradores del interventor de cuentas en las empresas cuyas cuentas le corresponde certificar»; que el título II del artículo L. 822-11 se propone establecer una separación entre las funciones de auditoría y de asesoría; que con este fin su primer apartado «prohíbe al interventor de cuentas prestar a la persona o entidad cuyas cuentas ha de certificar, o a personas que ejerzan un control sobre éstas o estén sujetas a su control, un servicio de asesoría o cualquier otro que no forme parte de los trámites directamente vinculados con la misión del interventor de cuentas, según se define en las normas relativas al ejercicio profesional mencionadas en el sexto apartado del artículo L. 821-1»; que su segundo apartado prohíbe al interventor de cuentas, que sea socio de «una red nacional o internacional, cuyos miembros tengan un interés económico común y que no se limite a desarrollar una actividad exclusiva de control legal de cuentas», «certificar las cuentas de una persona o entidad que, en virtud de un contrato suscrito con esta red o con uno de sus miembros, tenga derecho a que se le presten unos servicios no directamente vinculados con la misión del interventor de cuentas, según lo dispuesto por el Consejo Superior de la Intervención General de la Administración del Estado (...)»;

Considerando que, sobre la base y para la aplicación de estas disposiciones, el decreto impugnado aprobó, por medio de su artículo 1.º, el Código Deontológico de la profesión de interventor de

cuentas, que se anexa a este decreto; que el título I de este código, relativo a los principios fundamentales de comportamiento de estos profesionales, destaca, en su artículo 5, el requisito de independencia del interventor de cuentas; que el título II, después de haber establecido, en el artículo 10, una lista de los servicios que se prohíbe prestar al interventor de cuentas, impone a los interesados la obligación, cuando se encuentren en una «situación de riesgo», de adoptar las «medidas de salvaguarda» adecuadas; que el título III se refiere a la aceptación, el desarrollo y la continuidad de la misión del interventor de cuentas; que el título IV atañe al ejercicio como socio de una red; que el artículo 22 define el concepto de red; que el artículo 23 excluye la posibilidad de que un interventor de cuentas que forme parte de una red pueda certificar las cuentas de una persona a la que dicha red presta unos servicios no directamente vinculados con su misión; que el artículo 24 enumera los servicios cuya prestación por un miembro de la red, por encargo de una persona que ejerce un control o que está sujeta al control de la persona o entidad cuyas cuentas son objeto de certificación, merman la independencia del interventor de cuentas; que el título V tiene por objeto definir los vínculos personales (artículo 27), financieros (artículo 28) y profesionales (artículo 29) incompatibles con el ejercicio de la misión de un interventor de cuentas; que el artículo 29 prohíbe, en particular, al interventor de cuentas aceptar una misión legal si él mismo o la red a la que pertenece prestaron, durante los dos años anteriores, determinados servicios a la persona a la que tendría que controlar; que el artículo 30 obliga al interventor de cuentas a determinar las consecuencias del hecho de que sobrevenga, durante su misión alguna de las situaciones mencionada en los artículos 23, 24, 27, 28 y 29; que, finalmente los títulos VI y VII establecen las normas relativas a los honorarios y a la publicidad;

## **II. Sobre los motivos fundados en la vulneración del Derecho comunitario.**

[...]

## **III. Sobre los motivos fundados en la vulneración del Derecho nacional.**

[...]

En lo que respecta a los motivos relativos a la entrada en vigor inmediata del decreto:

En cuanto al motivo de vulneración del principio de confianza legítima:

Considerando que el principio de confianza legítima, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, sólo debe respetarse en el ordenamiento jurídico nacional en el caso en que la situación jurídica sobre la que debe pronunciarse el juez administrativo francés se rija por el Derecho Comunitario; que no se da esta circunstancia en el caso que nos ocupa, puesto que la directiva de 10 de abr. de 1984, relativa a la acreditación de las personas a las que se encomienda el control legal de los documentos contables, pese a ratificar el principio según el cual las personas a las que se encomienda un control legal deben ser independientes, se limita a asignar a los Estados miembros la tarea de definir el contenido de esta obligación; que, por tanto, carece de toda eficacia el motivo fundado en la vulneración del principio invocado;

*En cuanto al motivo fundado en la aplicación del Código Deontológico a las situaciones contractuales ya existentes:*

*Considerando que no cabe aplicar una nueva disposición legislativa o reglamentaria a situaciones contractuales que ya existían con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, sin que ésta adquiera un carácter retroactivo; que de ello se deduce, sin perjuicio de las normas generales aplicables a los contratos administrativos, que sólo es posible autorizar la aplicación de la nueva norma a situaciones de esta naturaleza por medio de una disposición legislativa, dictada por motivos de orden público, aunque sea implícitamente;*

*Considerando que, con independencia del cumplimiento de este requisito, incumbe a la autoridad a la que se reconoce un poder reglamentario dictar, por motivos de seguridad jurídica, las medidas transitorias que requiera, en su caso, una nueva reglamentación; que lo mismo ocurre, en particular, cuando las nuevas normas puedan suponer un menoscabo excesivo para las situaciones contractuales ya existentes que se establecieron con arreglo a la Ley;*

Considerando que las disposiciones de la ley de 1 de ago. de 2003 de seguridad financiera, relativas a la deontología y a la independencia de los interventores de cuentas, cuya aplicación garantiza el Código

Deontológico, son de obligado cumplimiento, debido a los imperativos de orden público en los que se fundan, para los miembros de la profesión que estas mismas disposiciones se encargan de regular y organizar, sin que su efecto se interrumpa una vez terminado el mandato que los interesados asumieron contractualmente; *que, no obstante, dado que el decreto impugnado no incluye ninguna disposición transitoria, los requisitos y prohibiciones que establece el Código podrían suponer, para las relaciones contractuales legalmente instituidas antes de su entrada en vigor, un menoscabo que, al tener un carácter desproporcionado en relación con el objetivo perseguido, es contrario al principio de seguridad jurídica*; que procede, por consiguiente, anular el decreto impugnado, al no incluir éste ninguna medida transitoria relativa a los mandatos de los interventores de cuentas que éstos ya habían asumido antes de la fecha de su entrada en vigor, la cual coincide, de conformidad con la normas de derecho común, con la víspera de su publicación en el *Boletín Oficial* de la República francesa de 17 de nov. de 2005;

(Anulación del decreto de 16 nov. de 2005 de aprobación del Código Deontológico, al no prever éste ninguna medida transitoria relativa a los mandatos de los interventores de cuentas que éstos hubieren asumido antes de la fecha de su entrada en vigor).

## OBSERVACIONES

- 1 Como resultado de los escándalos financieros que tenían su origen en las deficiencias del control de cuentas de las grandes empresas, especialmente en Estados Unidos (caso *Enron*), los Estados se propusieron reforzar la legislación en la materia. En Francia, la ley de seguridad financiera de 1 de ago. de 2003, cuya consecuencia más notable fue la creación de la Autoridad de los Mercados Financieros, como resultado de la fusión de la Comisión del Mercado de Valores y del Consejo de los Mercados Financieros (v. CE 3 de dic. de 1999, *Didier\**), reformó la profesión de interventor de cuentas mediante la introducción de nuevas normas en el Código de Comercio (art. L. 822-1 a L. 822-16); el principio fundamental en el que se fundaban era la separación de las funciones de «auditoría» y de asesoría. Después de una larga preparación, se aprobó con el decreto de 16 de nov. de 2005 el Código Deontológico de la profesión.

Las grandes firmas internacionales instaladas en Francia lo atacaron ante el Consejo de Estado. Alegaron dos clases de motivos.

Los primeros se fundaban en la vulneración del Derecho Comunitario: atentado contra la libre competencia, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, que se mencionaban en el tratado constitutivo de la Comunidad Europea; vulneración de una directiva. El Consejo de Estado los desestimó, después de proceder a un análisis que adoptaba el mismo enfoque por el que había optado su jurisprudencia en materia de relaciones entre Derecho Comunitario y Derecho nacional (*cfr.* nuestras obs. sobre CE 30 de oct. de 2009, *Mme Perreux\**). Este fragmento de la sentencia no se reproduce en la exposición anterior de la misma.

El resto de los motivos se fundaban en la vulneración del Derecho nacional. Se procedió, primero, a desestimar la alegación que, en lo tocante a la legalidad externa, censuraba que fuera competencia del Primer Ministro establecer la lista de servicios de asesoría y de otro tipo que tiene prohibido prestar un interventor de cuentas al organismo que le ha encargado la certificación de sus cuentas, habiendo la ley permitido esta definición. En cuanto a la legalidad interna, en términos generales, se examinaron las alegaciones fundadas en la supuesta falta de precisión de algunos de los artículos del Código Deontológico; aunque éstas fueron desestimadas, la sentencia admitió la posibilidad de que se alegara «*la vulneración del objetivo de valor constitucional de accesibilidad e inteligibilidad de la norma*», reconocido por el Consejo Constitucional en su decisión *n.º 99-421 DC de 16 de dic. de 1999*, relativa a la codificación (Rec. 136; AJ 2000.31, nota Schoettl; D. 2000. VII, nota Mathieu; DA abr. de 2002, p. 6, nota Moysan; RFDC 2000.120, nota Ribes; RTD civ. 2000.186, nota Molfessis): cabe, pues, considerar la alegación como «operante», aunque no prosperara en el caso de autos. Se examinan, a continuación, varios artículos del Código Deontológico: el análisis detallado de cada uno de ellos es buena prueba del grado de control que ejerce el juez, sobre todo en lo que respecta a la adecuación de las medidas a la finalidad que han de cumplir (*cfr.* nuestras obs. sobre CE 4 de abr. de 1914, *Gomel\**). La contribución fundamental de la sentencia aparece en la parte final, que se ocupa de los «medios necesarios para la entrada en vigor inmediata del decreto»: el Consejo de Estado considera, en lo que respecta a «la aplicación del Código Deontológico a las situaciones contractuales ya existentes», que «incumbe a la autoridad investida del poder reglamentario dictar,

por motivos de seguridad jurídica, las medidas transitorias que se deriven, si procede, de la nueva reglamentación».

De este modo se reconoce que la seguridad jurídica es un elemento de la legalidad (I); que ésta impone la obligación de adoptar, si procede, unas medidas transitorias (II).

2 I. Por más relevante que sea el reconocimiento de la seguridad jurídica en la sentencia comentada, no constituye una innovación absoluta: había ya algunos precedentes (A); la contribución de la sentencia radica en la formulación explícita del principio (B).

A. La seguridad jurídica estaba ya presente de modo implícito en varias soluciones formuladas por el Derecho Administrativo, en especial, en relación con los actos administrativos.

Es obvio que estos últimos no pueden utilizarse contra sus destinatarios si no han sido antes objeto de la publicidad destinada a dar a conocer las medidas a las personas a las que van dirigidas: es obligatoria la publicación, en el caso de los actos reglamentarios, y la notificación, en el caso de los actos individuales. El reconocimiento del principio de no retroactividad por la sentencia de 25 de junio de 1948 *Société du journal «L'Aurore»*\* constituía también una aplicación parcial del principio de seguridad jurídica. La sentencia *KPMG* la amplía, al «considerar que una nueva disposición legislativa o reglamentaria no puede aplicarse a situaciones contractuales que se hayan concretado antes de su fecha de entrada en vigor, sin que de este modo se justifique que se le atribuya un carácter retroactivo». El régimen derogatorio y de suspensión de los actos administrativos (v. nuestras obs. sobre CE 26 de oct. de 2001, *Ternon*\*), al no poder aplicarse cuando existen unos derechos adquiridos, garantiza a la vez la estabilidad de las situaciones jurídicas y la seguridad jurídica de sus beneficiarios. Al admitir la posibilidad de una limitación en el tiempo de los efectos de una anulación contencioso-administrativa, la sentencia *Association AC!*\* de 11 de mayo de 2004 se proponía también evitar las consecuencias manifiestamente excesivas de su carácter retroactivo.

Pero ninguna de las soluciones se había fundado en el principio de seguridad jurídica enunciado como tal.

Sí estaba presente desde hacía mucho tiempo en el Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya lo había reconocido, en una sentencia de 6 de febr. 1962, *Bosch*

(caso 13/61, Rec. 89, concl. Lagrange), como principio general del Derecho Comunitario. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había incluso admitido que era «necesariamente inherente tanto al Derecho del Convenio Europeo como al Derecho comunitario» (13 de junio de 1979, *Marckx c. Belgique*, § 58, serie A, n.º 31; AFDI 317, nota Pelloux; JDI 1982.183, obs. Rolland; GACEDH 570).

Cuando se invocaba como un principio del Derecho comunitario, el Consejo de Estado sólo admitía su aplicabilidad en la medida en que el litigio cayera en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, descartándolo en todos los demás casos (por ej., CE 3 de dic. de 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, Rec. 624; v. n.º 96.7).

No obstante, en sus informes anuales, se había ocupado ya desde 1991 (EDCE 1991, n.º 43, p. 15) «de la seguridad jurídica» y, en 2006 (EDCE 2006, no 57, p. 227), unos días antes de que se dictara la sentencia *KPMG*, de poner de manifiesto que «la seguridad jurídica constituye uno de los fundamentos del Estado de derecho». La doctrina reclamaba asimismo el reconocimiento de un auténtico principio de seguridad jurídica. Progresivamente iba madurando la aceptación del principio. El paso definitivo se dio con la sentencia *KPMG*.

3 B. En ella se considera expresamente que «los requisitos y prohibiciones que impone el código podrían suponer... un menoscabo que... resultaría contrario al principio de seguridad jurídica». Aunque se incluye al final de una frase, la fórmula no se presta a equívocos.

Se ve reforzada por el enunciado de la sentencia (Secc.) de 27 de oct. de 2006, *Société Techna et autres* (Rec. 451; RFDA 2007.265, concl. Séners, 601, nota Roblot-Troizier; AJ 2006.2385, cr. Landais y Lenica; D. 2007.621, nota Cassia; JCP 2006.I.201, 59, obs. Plessix, y II.10208, obs. Damarey; JCP Adm. 2007.2001, nota F. Melleray; LPA 1-2 de ene. de 2007, nota Chaltiel; Procédures dic. de 2006, p. 21, obs. Deygas), que habla del «principio de seguridad jurídica, reconocido tanto por el Derecho nacional como por el ordenamiento jurídico comunitario».

Conviene observar que ninguna de estas sentencias se refiere explícitamente a un «principio general del Derecho», aunque sí se utiliza esta expresión en otras sentencias (por ej., CE 26 de oct. de 1945, *Aramu*, Rec. 213; v. n.º 51.2; 17 de febr. de 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*\*). Es indudable, no obstante, que nos hallamos ante un nuevo principio general del Derecho, que es de obligado cumplimiento por toda autoridad administrativa, incluso cuando

no exista ningún texto legal al respecto. Su reconocimiento es una prueba de que la veta de los principios generales del Derecho, que parecía haberse agotado con la ola de los «*grandes*» principios reconocidos en las décadas de 1950 y 1960 y cuya aplicación se había limitado a los principios propios de determinadas materias, no se ha agotado y sigue conteniendo principios de un carácter muy general. El Consejo de Estado considera que, al igual que el principio de igualdad ante la Ley, el principio de seguridad jurídica se establece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, lo que contribuye a otorgarle un valor constitucional (21 de ene. de 2015, *EURL 2 B*; AJ 2015.880, nota Eveillard).

En cambio, la sentencia *KPMG* no reconoce que el principio de la confianza legítima forme parte del Derecho nacional. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas le atribuye una entidad independiente del principio de seguridad jurídica (por ej., 5 de junio de 1973, *Commission c. Conseil*, Rec. 575; 4 de jul. de 1973, *Westzucker*, caso 1/73, Rec. 723; 25 de ene. de 1979, *Racke*, caso 98/78, Rec. 69), aunque ambos principios estén a menudo relacionados (por ej., 14 de jul. de 1972, *Azienda Colori Nazionali c. Commission*, Rec. 934).

La seguridad jurídica tiene un carácter objetivo, mientras que la confianza legítima tiene un carácter subjetivo: consiste en que los interesados encuentren motivos para creer en la existencia y en el mantenimiento de un determinado estado del derecho. Aunque los dos conceptos puedan solaparse, no se superponen.

4

Cuando una medida entra en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, el principio de confianza legítima es de obligado cumplimiento en la misma medida que el principio de seguridad jurídica (en este sentido, por ej., CE 3 de dic. de 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, citada *ut supra*); si los interesados son prudentes y están lo bastante bien informados para prever la adopción de una medida, su confianza legítima no se verá turbada por ésta (por ej., CE As. 11 de jul. de 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles*, Rec. 340; RFDA 2002.33, concl. Séners, nota Dubouis); en el supuesto contrario, pueden estar legitimados para quejarse.

Fuera del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, no cabe invocar como motivo la vulneración de la confianza legítima; se trata de un motivo inoperante (CE As. 5 de marzo de 1999, *Rouquette*, Rec. 37; RFDA 1999.357, concl. Maugüé y 372, nota Béchillon y Terneyre; AJ 1999.420, cr. Raynaud y Fombeur; DA mayo de 1999,

p. 23, nota C.M.; RD publ. 1999.1223, nota Camby). El Consejo de Estado (9 de mayo de 2001, *Entreprise personnelle de transport Freymuth*, Rec. 865) ha hecho hincapié en ello, contrariamente al Tribunal Administrativo de Estrasburgo (8 de dic. de 1994, AJ 1995.555, concl. Pommier; JCP 1995.II.22474, concl.; RFDA 1995.963, art. Heers). La sentencia *KPGM* se limita a retomar fórmulas anteriores, al considerar «*que el principio de confianza legítima, que forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario, sólo debe respetarse en el orden jurídico nacional en el caso de que la situación jurídica sobre la que debe pronunciarse el juez administrativo francés se rija por el Derecho comunitario*» –no dándose esta circunstancia en este caso concreto. Se suma, así, a la postura del Consejo Constitucional, según el cual «*ninguna norma de valor constitucional garantiza el llamado principio de confianza legítima*» (CC n.º 97-391 DC, 7 de nov. de 1997, Rec. 232; AJ 1997.969, nota Schoettl; LPA 4 de marzo de 1998, nota Mathieu; RA 1997.634, nota Meindl; RFDC 1998.157, nota L. Philip). Pero, en materia fiscal, el Consejo de Estado ha admitido, en consonancia con el artículo 1.º del Protocolo Adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, relativo al derecho a la protección de los bienes, que un contribuyente podía hacer valer la «expectativa legítima» que le había generado un sistema de desgravación fiscal, la cual se había visto frustrada por el legislador que decidió su derogación retroactiva (C 9 de mayo de 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c. Société EPI*, Rec. 200, concl. Boucher; AJ 2012.1392, cr. Domino y Bretonneau).

El hecho de que el Consejo Constitucional se haya negado hasta ahora a reconocer expresamente el valor constitucional del principio de seguridad jurídica no obsta para que, amparándose en el artículo 16 de la Declaración de 1789, considere que el legislador «*no puede en modo alguno... privar a unas exigencias constitucionales de las garantías legales, ni admitir que sufran menoscabo unas situaciones legalmente constituidas y se cuestionen los efectos que cabía legítimamente esperar que ocasionaran las mismas*» (CC n.º 2013-682 DC, 19 de dic. de 2013, Rec.1094; AJ 2014.649, trib. B. Delaunay; CCC 2014.130, nota Roblot-Troizier) – aproximándose de este modo al reconocimiento de la confianza legítima y de la seguridad jurídica.

**II.** El pleno reconocimiento del principio de seguridad jurídica por el Consejo de Estado le llevó a exigir, en determinados casos, la adopción de *medidas transitorias*.

**5** Para entender los requisitos que ha formulado a este respecto, conviene recordar las normas de entrada en vigor de las nuevas disposiciones (A); sólo debe preverse una transición en determinados supuestos (B).

A. En principio, cualquier disposición legislativa o reglamentaria entra en vigor de forma inmediata. Según el artículo 1.º del Código Civil, con el enunciado que le dio el Decreto-Legislativo de 20 de febr. de 2004, relativo a las modalidades y efectos de la publicación de determinados actos administrativos, «*Las leyes y, cuando sean objeto de publicación en el Boletín Oficial de la República francesa, los actos administrativos, entran en vigor en la fecha que se establece en los mismos o, en su defecto, al día siguiente de su publicación*» (salvo en el caso de urgencia, en el que el gobierno puede ordenar, por medio de una disposición especial, su entrada en vigor inmediata).

Este principio se conjuga con el principio según el cual nadie tiene derecho a que se mantenga un reglamento; éste puede ser modificado o derogado en cualquier momento, incluso cuando su aplicación se admitió durante un período de tiempo (CE 25 de junio de 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, Rec. 379; n.º 102.9). El Consejo de Estado lo ha vuelto a recordar en su sentencia (Secc.) de 13 de dic. de 2006, *Mme Lacroix* (Rec. 541, concl. Guyomar; RFDA 2007.6, concl. y 275, nota Eveillard; AJ 2007.358, cr. Lenica y Boucher; D. 2007.72, nota Bui-Xuan; RD publ. 2007.590, com. Guettier; RTD civ. 2007.72, nota Deumier) en relación con un decreto que preveía un nuevo régimen para las cotizaciones que deben pagar los interventores de cuentas.

**6** El alcance del principio de la entrada en vigor inmediata debe, no obstante, relativizarse en función de dos consideraciones.

En primer lugar, tal y como dispone el artículo 1.º del Código Civil, «la entrada en vigor (de un acto)..., cuya ejecución requiere unas medidas de aplicación, se aplaza para que coincida con la fecha de entrada en vigor de dichas medidas». Este aplazamiento es aplicable tanto a las disposiciones legislativas (por ej., CE 13 de jul. de 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec. 475; D. 1963.607, nota J.-M. Auby; Secc. 9 de junio de 1978, *Époux Jaros*, Rec. 238; Gaz. Pal. 22-23 de febr. de 1979,

concl. Genevois, nota Flauss), como a las disposiciones reglamentarias (CE As. 27 de nov. de 1964, *Ministre des finances et des affaires économiques c. Dame Vve Renard*, Rec. 590, concl. Galmot; RD publ. 1965.716, concl. AJ 1964.678, cr. Puybasset y Puissochet; D. 1965.632, nota J.-M. Auby). La autoridad encargada de adoptar las medidas necesarias para la aplicación del nuevo texto legal comete una ilegalidad y una falta si tarda demasiado en adoptarlas. Pero, mientras no se hayan adoptado estas medidas, no puede aplicarse el nuevo texto.

En segundo lugar, las nuevas disposiciones no pueden aplicarse a situaciones regularmente constituidas al amparo de las antiguas normas», como hace constar la sentencia *Mme Lacroix*. Por ejemplo, una nueva reglamentación en materia de urbanismo no puede aplicarse a los edificios que se hayan construido o cuya construcción se haya autorizado en aplicación de la antigua reglamentación (CE Secc. 28 de ene. de 1955, *Consorts Robert et Bernard*, Rec. 54, concl. F. Grévisse).

Esta prohibición afecta, en particular, a los contratos legalmente suscritos en virtud de una legislación o de una reglamentación cuya aplicación tiene una duración limitada. En principio, las nuevas disposiciones no son aplicables a estos contratos. Esto es lo que hace constar expresamente la sentencia *KPMG*: «una nueva disposición legislativa o reglamentaria no puede aplicarse a situaciones contractuales ya existentes en la fecha de su entrada en vigor, sin que adquiera por ello un carácter retroactivo» y, en el caso de las disposiciones reglamentarias, sin que pase a ser ilegal. El Tribunal de Casación considera que tiene también carácter retroactivo la aplicación de nuevas medidas a los contratos en curso (Civ. 1.º 29 de abr. de 1960, D. 1960.294, nota G. Holleaux; Sala mixta 22 de sept. de 2006, D. 2006.2391, obs. Robardet; RTD civ. 2006.779, nota Crocq).

7 La sentencia *KPMG* contempla, no obstante, dos excepciones.

La primera está relacionada con las «normas generales aplicables a los contratos administrativos». Se hace alusión en ellas a la mutabilidad de los contratos administrativos (v. CE 11 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways\**): el interés del servicio público en beneficio del cual se han suscrito estos contratos justifica su modificación, salvo en los casos de compensación de la nueva carga que ha de asumir el cocontratante como resultado de ésta. La segunda excepción tiene que ver con «una disposición legislativa» que «sólo amparándose en motivos de orden público... puede, aunque sea únicamente de modo implícito, autorizar la aplicación de la nueva

norma a estas situaciones» contractuales. Aunque la ley pueda disponer explícitamente la aplicación inmediata, «el legislador no puede admitir que unos contratos legalmente establecidos sufran un menoscabo, que no esté justificado por un motivo de interés general suficiente, sin pasar por alto las obligaciones que se derivan de los artículos 4 y 16 de la Declaración de 1789» (CC n.º 2015-710 DC, 12 de febr. de 2015).

Pueden tenerse en cuenta, de forma conjunta, la mutabilidad de los contratos administrativos y el imperativo de orden público (CE As. 8 de abr. de 2009, *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet*, Rec.116, concl. Geffray; RFDA 2009.449, concl.; AJ 2009.1090, cr. Liéber y Botteghi y 1747, estudio Nicinski; DA 2009, n.º 85, nota F. Melleray; JCP Adm. 2009.2147, nota Linditch, n.º 2157, nota Bonnet; RJEP oct. de 2009.16, nota Plessix).

El concepto de orden público cubre las necesidades imperiosas, en particular, en el ámbito económico y social (por ej., CE 21 de mayo de 1969, *Entreprise Marc Varnier*, Rec. 261). El caso de la regulación de los precios es, sin duda, el más ilustrativo: siempre se ha permitido la aplicación de unas medidas de contención de los precios a los contratos en curso (CE 17 de jul. de 1950, *Dilly*, Rec. 443), salvo en caso de que exista una disposición que estipule lo contrario. La aplicación inmediata de las leyes de orden público (y de los reglamentos considerados desde el punto de vista de su fundamento) puede ser admitida sin que haya sido objeto de una decisión expresa. En lo que respecta a las «disposiciones de la ley de 1 de ago. de 2003 de seguridad financiera, relativas a la deontología y a la independencia de los interventores de cuentas», la sentencia *KPMG* admite que «debido a los imperativos de orden público en los que se fundan», estas disposiciones «son de obligado cumplimiento para los miembros de la profesión que... (éstas) se encargan de regular y organizar, sin que su efecto se interrumpa una vez terminado el mandato que los interesados asumieron contractualmente».

Con independencia de que la ley haya o no haya previsto su aplicación inmediata a las situaciones ya existentes con anterioridad, puede resultar necesario adoptar unas medidas transitorias.

- 8 B. Esto es lo que sostiene la sentencia *KPMG*: «incumbe a la autoridad a la que se reconoce un poder reglamentario dictar, por motivos de seguridad jurídica, las medidas transitorias que requiera, en su caso, una nueva reglamentación; que lo mismo ocurre, en parti-

*cular, cuando las nuevas normas puedan suponer un menoscabo excesivo para las situaciones contractuales ya existentes que se establecieron con arreglo a la Ley».*

En el caso de los interventores de cuentas a los que una empresa encomendó, cuando aún estaban vigentes las disposiciones anteriores, que llevaran a cabo unas misiones cuya acumulación prohíbe a partir de ahora el nuevo Código Deontológico, el Consejo de Estado pone de relieve que *«dado que el decreto impugnado no incluye ninguna disposición transitoria, los requisitos y prohibiciones que establece el Código podrían suponer, para las relaciones contractuales legalmente instituidas antes de su entrada en vigor, un menoscabo que, al tener un carácter desproporcionado en relación con el objetivo perseguido, es contrario al principio de seguridad jurídica».*

Las medidas transitorias no son necesarias en todos los casos. En la sentencia *Mme Lacroix*, el Consejo de Estado consideró que, habida cuenta de la fecha en que se había dictado la nueva normativa relativa al impago de las cotizaciones adeudadas por los interventores de cuentas, *«que concedía a los interesados el tiempo suficiente para cumplir con sus obligaciones, el decreto de 27 de mayo de 2005 no requería ninguna disposición transitoria destinada a aplazar o preparar su aplicación».* En cambio, sí se vulnera el principio de seguridad jurídica cuando no se prevé un aplazamiento de al menos un año en la entrada en vigor de una reforma sustancial de un concurso-oposición, el cual requiere un trabajo largo y específico de preparación, por lo que los candidatos han de disponer de un plazo razonable para adaptarse a los cambios (CE 25 de junio de 2007, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, Rec. 277; AJ 2007.1823, concl. de Silva; CFP oct. de 2007, p. 39, nota Guyomar).

La sentencia *KPMG* obliga a comparar el objetivo perseguido con los problemas resultantes de las nuevas normas; el carácter excesivo de estos últimos es el que hace necesario que se adopten unas medidas transitorias.

- 9 La sentencia *KPMG* no tenía en cuenta las consecuencias de la ausencia de unas disposiciones transitorias en el decreto de aprobación del nuevo Código Deontológico. La dificultad residía en el hecho de que el decreto no incluía ninguna disposición ilegal; su ilegalidad se apreciaba y se debía exclusivamente a la falta de unas medidas transitorias. Esta falta no justificaba que se anulara en su totalidad. La solución radicaba en su anulación parcial *«en tanto en cuanto no incluye unas medidas*

*transitorias*». Se trata de una solución muy similar a la de la anulación de un decreto de clasificación de un espacio protegido por dejar fuera del mismo a algunas parcelas (CE As. 16 de dic. de 2005, *Groupement foncier des ventes de Nonant*, Rec. 583; v. n.º 27.1). El gobierno no tardó en reaccionar, puesto que, un mes después de que se dictara la sentencia *KPMG*, el 24 de abr. de 2006, se dictó un decreto que otorgaba a los interventores de cuentas un plazo, que vencía el 1 de jul. de 2006, para adaptarse a las disposiciones del nuevo Código Deontológico.

10 El requisito de unas medidas transitorias no se limita al caso de las nuevas medidas que afectan a unas situaciones contractuales. Puede estar relacionado con otros supuestos. Obliga al juez a prever él mismo unas medidas transitorias (por ej., CE 9 de abr. de 2014, *Société Addmedica*, Rec. 814-815; RJEP dic. de 2014, concl. Lallet) y a determinar el plazo a partir del cual entrarán en vigor las nuevas disposiciones (CE 17 de junio de 2015, *SIPEV et AFLCAM*, dem. n.º 375853).

Este requisito lo cumplía el decreto de 1 de ago. de 2003, que era objeto de examen en la sentencia *Société Techna* de 27 de oct. de 2006, citada *ut supra*. Este decreto regulaba, de conformidad con una directiva de 28 de ene. de 2002, la información sobre los componentes de los productos alimentarios para animales que debía aparecer en los embalajes de estos productos: aplazaba la entrada en vigor de las nuevas disposiciones y permitía, hasta que se agotaran las existencias, la comercialización de productos etiquetados de acuerdo con la normativa anterior; establecía como fecha límite el 6 de nov. de 2003, correspondiendo ésta a la fecha en que debería aplicarse el dispositivo que obliga a cumplir la directiva.

Sin embargo, este decreto fue impugnado ante el Consejo de Estado; el juez de los recursos, mediante una orden de 29 de oct. de 2003 (Rec. 422), había ordenado que se suspendiera debido tanto a la urgencia como a las dudas importantes que podía suscitar su legalidad, habida cuenta de la cuestión prejudicial que había presentado, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la *High Court of Justice* sobre la validez de la directiva cuya transposición pretendía regular el decreto adoptado.

Después de que el Tribunal de Justicia hubiera resuelto el 6 de dic. de 2005 (caso C-453/03, C-11/04, C-12/04, C-194/04, *Abna Ltd. et autres*, Rec. I. 10423) que, en lo esencial, la directiva era acorde con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se pudo reemprender el examen del recurso en cuanto al fondo contra el decreto de 1 de ago.

de 2003; con su sentencia de 27 de oct. de 2006, el Consejo de Estado (Secc.) desestimó el recurso en cuanto al fondo, al considerar que el decreto era legal. Por consiguiente, el decreto cuya suspensión se había dictado pasó a ser de aplicación «a partir de la fecha en que se pronunció esta decisión jurisdiccional». Pero el periodo transitorio que se había establecido había llegado a vencimiento desde hacía tres años. En sentido estricto, la sentencia de desestimación tendría que haber supuesto la entrada en vigor inmediata del decreto, aunque su suspensión anterior hubiera tenido como efecto la imposibilidad de aplicarlo y, por tanto, que no se pudiera conceder el período transitorio previsto; lógicamente, la Administración no estaba en condiciones de obligar a que se dictara un decreto que incluyera nuevas disposiciones transitorias.

La sentencia *Techna* opta por una solución que se plantea en los siguientes términos: «en el caso que nos ocupa, deben conciliarse, de un lado, tanto el objetivo de seguridad sanitaria que persiguen las nuevas disposiciones como la obligación de llevar a cabo la transposición de una directiva comunitaria y, de otro, el principio de seguridad jurídica, que merece reconocimiento tanto en el Derecho nacional como en el orden jurídico comunitario y que, en el caso que nos ocupa, implica para las empresas que se dedican a la producción y comercialización de los productos en cuestión el derecho, en lo que respecta a la normativa de etiquetado de dichos productos, a que se les conceda un período transitorio, según lo previsto en el decreto de 1 de ago. de 2003, destinado a permitir que se adapten a las nuevas disposiciones». Por tanto, se aplaza al 1 de febr. de 2007 la fecha de ejecución de la sentencia, debiendo ésta, al igual que la del decreto, ser publicada en el Boletín Oficial (como se hizo efectivamente el 19 de nov. de 2006): los interesados dispusieron, pues, de un plazo de cerca de tres meses después de dictada la sentencia, es decir, una duración análoga a la que había establecido el decreto de 1 de ago. de 2003.

Pero, al mismo tiempo, se superaba el plazo a partir del cual había que aplicar la directiva de cuya transposición se ocupaba el decreto, cosa que normalmente no es posible (CE 2 de nov. de 2014, *Fédération autonome des sapeurs-pompiers professionnels*, Rec. 502; AJ 2015.463, nota Eveillard). Esta superación del plazo es consecuencia de los mecanismos que, en interés del control de la legalidad, habían llevado a solicitar al Tribunal de Justicia que procediera a una valoración de la legalidad de la directiva y, por consiguiente, a suspen-

der la aplicación del decreto que obligaba a su transposición hasta que no se hubiera pronunciado este órgano al respecto.

Al igual que la jurisprudencia *AC!* y la jurisprudencia *KPMG*, la sentencia *Techna* se sitúa en el punto de confluencia del Derecho nacional y el Derecho Comunitario: modula en el tiempo los efectos de una sentencia de desestimación, tal y como la sentencia *AC!* había modulado los efectos de una sentencia de anulación; aplica, así, el principio de seguridad jurídica, estableciendo ella misma un período transitorio previo a la aplicación de un decreto anteriormente suspendido, tal y como había hecho la sentencia *KPMG* al exigir que se estableciera un período transitorio cuando se dictara un decreto.

## **107. DIRECTIVAS COMUNITARIAS. TRANSPOSICIÓN. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

**Consejo de Estado As., 8 de febrero de 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres***

(Rec. 55, concl. Guyomar; RFDA 2007.384, concl.; RTDE 2007.378, concl., nota Cassia; AJ 2007.577, cr. Lenica y Boucher; DA mayo de 2007, estudio Gautier y F. Melleray; Europe marzo de 2007, p. 5, com. D. Simon; JCP 2007.II.10049, nota Cassia; JCP Adm. 2007.2081, nota G. Drago; LPA 28 de febr. de 2007, com. Chaltiel; RTD civ. 2007.80, com. Encinas de Munagorri; RMCUE 2007.335, com. Chaltiel; JCP Adm. 2007.I.166. apart. 2 y RJEP 2007.298, obs. Plessix; RFDA 2007.564, 578, 601 y 789, notas Levade, Magnon, Roblot-Troizier Canedo-Paris; LPA 8 de jul. de 2007, nota Chrestia; RTD civ. 2007.299, com. Rémy-Corlay; D. 2007.2272, nota Verpeaux; D. 2007.2742, com. Deumier; RD publ. 2007.1031, nota Roux; RRJ 2008.255, nota Michéa; Mélanges Gicquel, p. 454, com. Schrameck; Mélanges Genevois, p. 473, com. Glaser)

*En cuanto al marco jurídico del litigio:*

Considerando que, para favorecer la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, la directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de oct. de 2003 estableció un sistema de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad Europea; que el anexo I de dicha directiva establece la lista de actividades a las que se aplica; que de conformidad con su artículo 4: «Los Estados miembros velarán por que, a partir del 1 de enero de 2005, ninguna instalación lleve a cabo las actividades que se enumeran en el anexo I, y que dan lugar a las emisiones que se citan en relación con dicha actividad, salvo si su titular posee un permiso [...]»; que, a tenor de su artículo 6, la autorización de emitir gases de efecto invernadero conlleva, en especial: «e) La obligación de restituir, en los cuatro meses siguientes al final de cada año natural, unos derechos de emisión equivalentes a las emisiones totales de la instalación durante

dicho año [...]»; que el artículo 9 de dicha directiva dispone que cada Estado miembro tiene la obligación de elaborar, para el período de tres años posterior al 1 de ene. de 2005 y, a continuación, para unos períodos quinquenales, un plan nacional de asignación de derechos de emisión, en el que se especifique la cantidad total de derechos que tiene previsto asignar para el período del que se trate; que según el artículo 10: «Para el período de tres años, que comenzará el 1 de enero de 2005, los Estados miembros asignarán gratuitamente al menos el 95% de los derechos de emisión. Para el período de cinco años que comenzará el 1 de enero de 2008, los Estados miembros asignarán gratuitamente al menos el 90% de los derechos de emisión»; que, en virtud de su artículo 11, incumbe a cada Estado miembro, en base a su plan nacional de asignación de derechos de emisión, decidir, para cada uno de los períodos, la cantidad total de derechos que se van a asignar y la asignación de dichos derechos al titular de cada una de las instalaciones, concediéndose cada año una parte de la cantidad total de derechos; que su artículo 12 sienta el principio según el cual cabe transferir los derechos de emisión de una persona a otra dentro de la Comunidad Europea;

Considerando que, con el Decreto-Legislativo de 15 de abr. de 2004 de establecimiento de un régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, se procedió a la incorporación al Derecho nacional de aquellas de las disposiciones de la directiva de 13 de oct. de 2003 pertenecientes al ámbito de la Ley; que, con este mismo fin, se introdujo en el Capítulo IX del Título II del Libro II del Código de Medio Ambiente un apartado 2 titulado «Derechos de emisión de gases de efecto invernadero», que incluye los artículos L. 229-5 a L. 229-9, cuyas modalidades de aplicación se detallan en un decreto dictado por el Consejo de Estado; que, sobre esta base, se dictó el decreto n.º 2004-832 de 19 de ago. de 2004, modificado por el decreto n.º 2005-189 de 25 de febr. de 2005; que, por lo demás, el plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero para el período 2005-2007 fue aprobado por medio del decreto n.º 2005-190 de 25 de febr. de 2005;

Considerando que la empresa Arcelor Atlantique et Lorraine y el resto de los recurrentes solicitaron el 12 de jul. de 2005 al Presidente de la República, al Primer Ministro, al Ministro de Ecología y Desarrollo Sostenible y al Ministro Delegado de Industria, principalmente, la derogación del artículo 1.º del decreto n.º 2004-832 de 19 de ago.

de 2004, en tanto en cuanto posibilita la aplicación de dicho decreto a las instalaciones del sector siderúrgico y, subsidiariamente, la de los Títulos I y II del artículo 4 y del artículo 5 de dicho decreto; que la presente demanda persigue la anulación de las decisiones implícitas de desestimación de la solicitud de los demandantes, solicitando éstos asimismo que se inste a las autoridades competentes a proceder a las derogaciones antes citadas;

Considerando que la autoridad competente ante la que se presenta una solicitud de derogación de un reglamento ilegal está obligada a darle traslado, con independencia de que el reglamento fuera ilegal desde la fecha de su publicación, o bien que la ilegalidad sobreviniera como resultado de circunstancias de derecho o de hecho posteriores a dicha fecha;

*Sobre las conclusiones contra la negativa a derogar el artículo 1.º del decreto:*

Considerando que, según los términos del art. 1.º del decreto de 19 de ago. de 2004: «El presente decreto se aplica a las instalaciones clasificadas para la protección del medio ambiente que se dediquen a la producción o transformación de metales ferrosos, la producción de energía, productos minerales, papel o pasta de papel, y que respondan a los criterios que se establecen en el anexo del presente decreto, en lo que respecta a la emisión de dióxido de carbono a la atmósfera, con la salvedad de aquellas instalaciones o partes de instalaciones que se utilicen para la investigación, el desarrollo y la experimentación de nuevos productos y procedimientos»; que, de acuerdo con el punto II-A del anexo del decreto, figuran entre las instalaciones afectadas, debido a sus actividades de producción y de transformación de metales ferrosos, las «instalaciones de calcinación o sinterización de minerales metálicos, incluyendo los minerales sulfurados», así como las «instalaciones para la producción de arrabio y acero (fusión primaria o secundaria), incluyendo la maquinaria de colada continua con una capacidad superior a 2,5 toneladas por hora»;

Considerando que la sujeción de las actividades de producción y transformación de metales ferrosos al régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero se menciona en el anexo I de la directiva de 13 de oct. de 2003, limitándose el anexo del decreto de 19 de ago. de 2004 a retomar, sin ningún cambio, el contenido del mismo;

que, tal y como se ha mencionado, la directiva excluye la posibilidad de que un Estado miembro sustraiga las actividades a las que se alude en el anexo I del campo de aplicación de dicho régimen;

Considerando, en primer lugar, que la autoridad reglamentaria no está autorizada, por tanto, en el caso que nos ocupa, a proceder a consideración alguna respecto al ámbito de aplicación del decreto; que, por ende, debe necesariamente descartarse el motivo fundado en el error manifiesto del que presuntamente adolece el decreto;

Considerando, en segundo lugar, que se alega el motivo de que el artículo 1.º del decreto vulnera supuestamente el principio de seguridad jurídica en tanto principio general del Derecho comunitario; que, sin embargo, no se puede interpretar la circunstancia de que las empresas del sector siderúrgico no sean capaces de prever el precio al que tendrán que comprar, en su caso, los derechos de emisión como una vulneración de dicho principio;

Considerando, en tercer lugar, que las empresas recurrentes sostienen que el artículo 1.º del decreto pasa por alto varios principios de valor constitucional;

Considerando que, aunque de conformidad con el artículo 55 de la Constitución, «los tratados o acuerdos que se aprueban o ratifican regularmente tienen, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, siempre y cuando cada uno de estos acuerdos o tratados sea objeto de aplicación por la otra parte», la preeminencia que se concede de este modo a los compromisos internacionales no puede aplicarse, en el orden jurídico nacional, a los principios y disposiciones de valor constitucional»; *que, si en las disposiciones del artículo 88-1 de la Constitución, se establece que «la República (francesa) forma parte de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea, organizaciones constituidas por Estados que eligieron libremente, en virtud de los tratados de constitución de las mismas, ejercer en común algunas de sus competencias», declaración de la que se deriva la obligación constitucional de transposición a su ordenamiento nacional de las directivas, es obvio que el control de constitucionalidad de los actos reglamentarios con los que se efectúa directamente dicha transposición debe realizarse según unas modalidades específicas siempre que afecte a disposiciones precisas e incondicionales; que, por ende, si el control de las normas de competencia y de procedimiento no se ve afectado, incumbe al juez administrativo, ante el que se alega como motivo una vulneración de una disposición o de un*

*principio de valor constitucional, investigar si existe una norma o un principio general del Derecho comunitario que, debido a su naturaleza y alcance, según se interpreta en la jurisprudencia actual en la que se apoya en ese momento el juez comunitario, garantice mediante su aplicación el respeto efectivo de la disposición o del principio de valor constitucional invocado; que, en caso afirmativo, procede que el juez administrativo, con el fin de garantizar la constitucionalidad del decreto, determine si la directiva que dicho decreto incorpora al Derecho nacional es conforme con dicha regla o principio general del Derecho comunitario; que le corresponde, cuando no se plantee ninguna dificultad insalvable, descartar el motivo alegado, o, por el contrario, elevar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial, en las condiciones previstas por el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; que, en cambio, si no existe ninguna norma o principio general del Derecho comunitario que garantice el respeto efectivo de la disposición o del principio constitucional invocado, le incumbe directamente al juez administrativo examinar la constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias impugnadas;*

Considerando que las empresas recurrentes sostienen que se hizo caso omiso del derecho a la propiedad y de la libertad de emprender, en tanto en cuanto la inclusión de las empresas del sector siderúrgico en el régimen citado las coloca en una situación en las que se ven obligadas a adquirir unos derechos de emisión de gases de efecto invernadero; que, en efecto, el porcentaje de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que se les impone es superior a las posibilidades de reducción efectiva de las emisiones de gases de efecto invernadero de las que disponen, dadas las actuales restricciones tecnológicas y económicas.

Considerando que el derecho a la propiedad y la libertad de emprender constituyen unos principios generales del Derecho Comunitario; que tienen, en lo que respecta al motivo alegado, un alcance que garantiza el respeto efectivo de los principios y disposiciones de valor constitucional cuya vulneración se alega; que procede, por consiguiente, que el Consejo de Estado determine si la directiva de 13 de oct. de 2003, en tanto en cuanto incluye dentro de su ámbito de aplicación a las empresas del sector siderúrgico, no infringe ella misma estos principios generales del Derecho Comunitario;

Considerando que no cabe interpretar que el hecho de que se incluya a las empresas del sector siderúrgico en el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero suponga por sí solo un motivo de vulneración de los principios generales del Derecho Comunitario que garantizan el derecho a la propiedad y la libertad de emprender, dado que una infracción de esta naturaleza no puede derivarse, en su caso, más que del nivel de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero asignado a dicho sector en el marco del plan nacional de asignación de derechos previsto en el artículo 8 de la directiva y aprobado por un decreto independiente del decreto impugnado;

Considerando que las empresas recurrentes denuncian asimismo la vulneración del principio de igualdad, que tiene valor constitucional;

Considerando que sostienen, en primer lugar, que las empresas del sector siderúrgico estarían situadas en una situación diferente al resto de las empresas sometidas al régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y no deberían, por tanto, ser objeto del mismo trato; que, no obstante, el principio constitucional de igualdad no implica que las personas que se encuentran en diferentes situaciones tengan que estar sujetas a regímenes diferentes; que de todo ello se deduce que no procede invocar el motivo alegado;

Considerando, no obstante, que las empresas recurrentes alegan asimismo que el artículo 1.º del decreto impugnado vulnera el principio de igualdad, dado que las empresas que forman parte de sectores competidores, en especial, de los sectores del plástico y el aluminio, y que emiten cantidades equivalentes de gases de efecto invernadero, no están obligadas a adscribirse al régimen de comercio de los derechos de emisión;

*Considerando que el principio de igualdad, cuya aplicación tiene, a este respecto, valor constitucional, constituye un principio general del Derecho Comunitario; que del estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se deduce que la omisión de este principio puede derivarse, principalmente, del hecho de que otras situaciones comparables se aborden de forma diferente, salvo en los casos en que dicha diferencia de trato obedezca a una causa objetiva; que el alcance del principio general del Derecho Comunitario permite garantizar, en lo que al motivo alegado se refiere, el respeto objetivo del principio constitucional en cuestión; que, por*

consiguiente, procede que el Consejo de Estado determine si la directiva de 13 de oct. de 2003, al incluir a las empresas del sector siderúrgico en su ámbito de aplicación, no infringe a este respecto un principio general del Derecho comunitario que tiene obligación de respetar;

Considerando que, de los elementos que obran en el expediente, se desprende que las industrias del plástico y del aluminio emiten gases de efecto invernadero idénticos a aquellos cuya emisión se limita en la directiva de 13 de oct. de 2003; que estas industrias producen materiales que pueden, en parte, sustituir a los que produce la industria siderúrgica y que, por tanto, entran en competencia con esta última; que, sin embargo, no se ven afectadas, como tales, por el régimen de comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, no estando directamente sujetas a este régimen salvo en el caso de que tengan instalaciones de combustión con una potencia calorífica superior a 20 megavatios; *que, aunque la decisión de no incluir inmediatamente, como tales, a las industrias del plástico y del aluminio en este régimen se adoptó teniendo en cuenta su participación relativa en las emisiones totales de gases de efecto invernadero y la necesidad de implementar progresivamente un dispositivo de conjunto, ello no obsta para que siga resultando muy difícil determinar si la diferencia de trato que insta la directiva está objetivamente justificada*; que, por ende, procede que el Consejo de Estado se abstenga de pronunciarse sobre las conclusiones de la demanda, contrarias a la negativa a derogar el artículo 1.º del decreto impugnado, hasta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no se haya, a su vez, pronunciado sobre la cuestión prejudicial de validez de la directiva de 13 de oct. de 2003, en lo tocante al principio de igualdad, al prever ésta la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones siderúrgicas, a la vez que excluye del mismo a las industrias del aluminio y del plástico;

*En cuanto a las conclusiones contrarias a la negativa de derogación de los títulos I y II de los artículos 4 y 5 del decreto:*

Considerando que, dado que, con la presente decisión, se aplaza la resolución sobre las conclusiones principales de las empresas recurrentes, procede que, mientras no haya recibido contestación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la cuestión prejudicial que le ha planteado, el Consejo de Estado aplaze, a su vez,

su examen de las conclusiones de la demanda contrarias a la negativa de derogación de los títulos I y II de los artículos 4 y 5 del decreto de 19 de ago. de 2004;

Decide:

(Aplazamiento de la resolución hasta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no se haya pronunciado sobre la validez de la directiva de 13 de oct. de 2003, en lo tocante al principio de igualdad, dado que prevé la aplicación del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones siderúrgicas, a la vez que excluye del mismo a las industrias del aluminio y del plástico).

## OBSERVACIONES

- 1 La sentencia *Sarran*\* de 30 de oct. de 1998 ratificó la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico nacional. Sin abandonar esta posición, el Consejo de Estado, por medio de la sentencia de su Asamblea *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, dictada de conformidad con las conclusiones de su Comisario del Gobierno Guyomar, adapta las modalidades de puesta en práctica de la misma al control que este órgano ejerce sobre los actos reglamentarios de transposición de una directiva comunitaria.

Se había cuestionado la legalidad de un decreto promulgado para permitir la transposición de la directiva 2003/87/CE de 13 de oct. de 2003, por la que se establecía un régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Para conseguir una reducción de las emisiones, la directiva obliga a los Estados miembros a velar por que, a partir del 1 de ene. de 2005, ninguna de las instalaciones se dedique a las actividades que se enumeran en su anexo I, sin que el titular de la instalación haya obtenido previamente un permiso. Las emisiones de gases de efecto invernadero están sujetas a unas cuotas, que se establecen en el plan nacional plurianual sometido a la Comisión Europea, y se reparten entre las empresas en forma de derechos de emisión. Un derecho es igual al equivalente de una tonelada de dióxido de carbono. Al final de cada año, el titular de la instalación declara el volumen real de gases que ha emitido y restituye el número de dere-

chos correspondiente a este volumen. Está obligado a pagar una multa por cada uno de los derechos que no restituya, a menos que adquiriera estos derechos en el mercado.

Un Decreto-Legislativo de 15 de abr. de 2004, ratificado por una ley de 9 de dic. de 2004, incorporó al Derecho nacional las disposiciones de la directiva relacionadas con el ámbito legislativo. Se promulgó, a continuación, un decreto de 19 de ago. de 2004 que retomaba, en su anexo, el anexo de la directiva. Figuran, entre las actividades que ya no pueden emitir gases de efecto invernadero sin un permiso, la producción y la transformación de metales ferrosos y, en particular, la producción de arrabio y acero.

Después de haber solicitado en vano la derogación de este decreto, basándose en la jurisprudencia *Alitalia\**, la empresa Arcelor Atlantique et Lorraine, importante productor de acero, apeló al Consejo de Estado, alegando que la autoridad reglamentaria había hecho caso omiso de varios principios constitucionales y, en particular, del principio de igualdad. Se censuraba el hecho de que el texto legal no incluyera en su ámbito de aplicación a las industrias del plástico y el aluminio. La empresa interpuso paralelamente un recurso contra la directiva ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, en un intento de demostrar que le afectaba directa e individualmente —hecho que justificaba la admisibilidad de su recurso— y haciendo valer la vulneración de los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario. Tal y como puso de relieve el Comisario del Gobierno, el litigio que se sometió al Consejo de Estado le obligaba a cuestionarse si le correspondía «controlar la constitucionalidad de los actos reglamentarios de transposición de una directiva».

En línea con la jurisprudencia *Sarran\**, lo más lógico es que se contestara afirmativamente a esta pregunta. La incorporación de una directiva a la legislación de un Estado miembro se rige por las normas propias de este último. Si un decreto es contrario a un principio constitucional, lo normal es que sea censurado por el juez de la legalidad. Pero la sentencia comentada no opta por esta solución, al menos en su totalidad.

El Comisario del Gobierno convenció al Consejo de Estado para que retomara en nombre propio una jurisprudencia del Consejo Constitucional, según la cual se deduce del artículo 88-1 de la Constitución la obligación constitucional de incorporar al Derecho nacional las directivas, con algunas reservas.

Partiendo de estas premisas, se definieron las modalidades de control de las medidas nacionales de transposición de las directivas que debían cumplir, a la vez, con esta exigencia constitucional y con el ordenamiento jurídico comunitario. Pese a todo, este enfoque, que se concretó en un considerando de principio, no resuelve todas las dudas que plantea la sentencia.

### **I. Referencias constitucionales renovadas.**

2 Desde el punto de vista constitucional, la construcción europea se rigió, durante mucho tiempo, exclusivamente por las disposiciones de la Constitución aplicables al conjunto de los tratados.

La incorporación al ordenamiento jurídico nacional del Tratado de París, por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), y luego del Tratado de Roma, por el que se instituyó la Comunidad Económica Europea (CEE), fue posible, según los órganos administrativos del Consejo de Estado, gracias a las disposiciones del apartado 15 del Preámbulo de la Constitución de 1946, según las cuales «siempre que se cumpla con el requisito de reciprocidad, Francia dará su consentimiento a las limitaciones de la soberanía que resulten necesarias para la organización y la defensa de la paz». Una vez se han incorporado estos tratados al ordenamiento interno, su autoridad es superior a la de las leyes según lo dispuesto, durante la IV República, en el artículo 28 de la Constitución y, durante la V República, en el artículo 55.

La ley constitucional de 25 de junio de 1992, que hubo que promulgar para poder incorporar al Derecho nacional el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, introdujo en el texto de la Constitución unas disposiciones relativas a la construcción europea que adoptaron la forma del título XV titulado «De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea». Las disposiciones que incluye este título estaban encaminadas fundamentalmente a eliminar los obstáculos de orden constitucional contra la ratificación del Tratado de Maastricht, puestos de relieve por el Consejo Constitucional en su decisión *n.º 92-308 DC de 9 de abr. de 1992* (Rec. 55; GDCC, 12.ª ed., 2003, p. 778). Pero, como resultado de una enmienda parlamentaria, incluyen también el artículo 88-1 según el cual «la República (francesa) forma parte de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea, organizaciones constituidas por Estados que eligieron libremente, en virtud de los tratados

de constitución de las mismas, ejercer en común algunas de sus competencias».

Aunque durante mucho tiempo fue considerado como un simple artículo introductorio destinado, en opinión de uno de sus redactores, el diputado A. Lamassoure, a evitar que Europa entrase en la Constitución «por la puerta trasera», el artículo 88-1 ha servido de fundamento a una jurisprudencia del Consejo Constitucional que constituye el hilo conductor de la jurisprudencia *Arcelor*.

A. *La contribución de la jurisprudencia del Consejo Constitucional.*

- 3 Son tres las lecciones que cabe extraer de la jurisprudencia del Consejo Constitucional, en la que han dejado huella tres decisiones fundamentales: la decisión n.º 2004-496 DC d.º 10 de junio de 2004 relativa a la economía digital (Rec. 101; v. n.º 96.7), la decisión n.º 2004-505 DC de 19 de nov. de 2004 relativa al tratado de establecimiento de una Constitución para Europa (Rec. 173; GDCC, n.º 25) y la decisión n.º 2006-540 DC de 27 de jul. de 2006 que se adoptó en relación con la ley en materia de derechos de autor (Rec. 88; LPA, 14, 15 y 16 de ago. de 2006, nota Schoettl; RFDC 2006, n.º 68, p. 837, nota Chaltiel; Europe oct. de 2006, obs. D. Simon; D. 2006.2157, nota Castets-Renard; D. 2006.2878, nota Magnon; DA 2006, n.º 155, nota Cassia y Saulnier-Cassia; LPA 22 de ago. de 2006, nota Mathieu; RTD. civ. 2006.791, nota Revet; LPA 4 de dic. de 2006, nota L. Janicot; JCP 2007.II.10066, nota Verpeaux; RTD civ. 2007.80, nota Encinas de Munagorri; RFDC 2007.100, nota Charpy).

1. El artículo 88-1 de la Constitución no es una disposición meramente introductoria del título XV. Tiene, al menos, dos consecuencias importantes.

a) Según lo dispuesto en la decisión n.º 496 DC: «*La incorporación al Derecho nacional de una directiva comunitaria responde a una exigencia constitucional*». Según esta misma decisión, no cabe sustraerse a este requisito, «salvo que nos hallemos ante una disposición expresa contraria a la Constitución; si no hay ninguna disposición de esta naturaleza, incumbe en exclusiva al juez comunitario, al que se somete, si procede, una cuestión prejudicial, controlar que toda directiva comunitaria respete tanto las competencias definidas en los trata-

dos, como los derechos fundamentales que garantiza el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea».

Recordemos que, según el artículo 6 párrafo 2 del Tratado de la Unión Europea, esta última «aboga por el respeto de los derechos fundamentales, tal y como se definen en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales..., y tal y como se desprende de las tradiciones constitucionales que comparten todos los Estados miembros, en tanto principios generales del Derecho comunitario». La esencia de este texto vuelve a estar presente en el párrafo 3 del art. 6, en el enunciado literal resultante del Tratado de Lisboa.

La decisión n.º 496 DC deduce del requisito de transposición que no incumbe, en principio, al Consejo Constitucional pronunciarse sobre las denuncias de inconstitucionalidad que se presenten contra unas disposiciones legislativas que «se limitan a sacar las consecuencias necesarias de las disposiciones incondicionales y precisas de una directiva».

b) Por su parte, la decisión n.º 505 DC sostiene que, con el artículo 88-1, «el poder constituyente ha consagrado la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario incorporado al ordenamiento jurídico nacional e independiente del ordenamiento jurídico internacional».

2. No obstante, el juez constitucional no saca conclusiones de alcance general y absoluto ni de la exigencia constitucional de transposición de las directivas ni de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario.

a) En lo que respecta al ordenamiento jurídico comunitario, el Consejo Constitucional, con su decisión n.º 505 DC, limitó el alcance del artículo I-6 del tratado por el que se establece una Constitución para Europa, artículo según el cual la citada Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión, en el ejercicio de las competencias que se le reconocen a esta última, «tienen primacía sobre el Derecho de los Estados miembros». Para ello, consideró que el artículo I-6 hallaba sus límites en las disposiciones del artículo I-5, a tenor de las cuales la Unión ha de respetar la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como «*su identidad nacional*, inherente a las estructuras fundamentales de dichos Estados, de carácter tanto político como constitucional».

b) El requisito constitucional de transposición de las directivas también se ve limitado en caso de que éstas contengan «una disposición expresa contraria a la Constitución» francesa, según la terminología de la decisión *n.º 496 DC*, habiendo ésta sido sustituida, con la decisión *n.º 540 DC* de 27 de jul. de 2006, por otra fórmula: la transposición de una directiva no puede en modo alguno suponer una vulneración de una norma o de un principio «*inherente a la identidad constitucional de la República francesa*, salvo que se efectúe con el consentimiento del poder constituyente».

Según la opinión de los comentaristas más autorizados, ha de interpretarse que la reserva de Ley es susceptible de aplicación a aquellas disposiciones que son propias del ordenamiento jurídico francés y de las que no existe equivalente alguno entre los derechos fundamentales que garantiza el Derecho comunitario originario (Tratados Constitutivos de la Unión Europea y de las Comunidades Europeas) y que recoge el Derecho Comunitario que se deriva de éste (reglamentos, directivas).

3. Después de haber reconocido el arraigo constitucional de la transposición de directivas, el Consejo Constitucional consideró que le correspondía a él mismo, desde que se dictó su decisión *n.º 540 DC de 27 de jul. de 2006*, censurar una disposición de Ley que incorpore al derecho nacional una directiva comunitaria contraria a esta decisión, salvo, como acabamos de señalar, cuando de la transposición no se derive una vulneración de una norma o de un principio «*inherente a la identidad constitucional de Francia*». Además, dada la dificultad de orden práctico que plantea al juez constitucional la necesidad de conocer de un procedimiento prejudicial del Tribunal de Justicia, la decisión antes citada destaca que sólo cabe declarar no conforme al artículo 88-1 una disposición legislativa «*manifiestamente incompatible con la directiva que pretende incorporar al ordenamiento jurídico nacional*».

B. *El reconocimiento de esta contribución por el Consejo de Estado.*

- 4
1. En su recomendación dirigida a la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo para que se sumara a la interpretación que hacía el Consejo Constitucional del artículo 88-1 de la Constitución, el Co-

misario del Gobierno se apoyó especialmente en dos clases de argumentos.

a) El primer argumento se fundaba en el hecho de que la declaración, por motivos relacionados con una norma sustancial, de inconstitucionalidad de una disposición legislativa nacional, la cual se limita exclusivamente a transcribir una directiva comunitaria, debería haber llevado al Consejo Constitucional a pronunciarse «indirectamente» sobre la constitucionalidad de dicha directiva. De este modo, y dado que las normas de referencia pueden ser sustancialmente las mismas, en lo que respecta a los derechos y las libertades en juego, el control ejercido por el Consejo Constitucional, pese a ser indirecto, hubiera hecho caso omiso de la comunidad de valores que es el fundamento de la Unión Europea.

b) El Comisario del Gobierno Guyomar se preocupó también de subrayar que la solución elegida por el Consejo Constitucional era acorde con una corriente jurisprudencial a la que se habían adscrito varias jurisdicciones de los Estados miembros de la Unión Europea y, en particular, los jueces constitucionales alemanes e italianos.

El Tribunal Constitucional alemán reconoció que, mientras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia permitiera el ejercicio de un control del respeto de los derechos fundamentales a nivel comunitario, no consideraba necesario investigar si un acto de Derecho Comunitario derivado vulnera los derechos que garantiza la Constitución alemana (7 de junio de 2000, RTDE 2001.1, nota Grewe). No obstante, tal y como hizo constar posteriormente, si una directiva deja a los Estados miembros un margen de apreciación, se podrá proceder a un control de la medida nacional de transposición (Tribunal Const. Ord. 4 de oct. de 2011, 1 BVL 3/08).

El Tribunal Constitucional italiano reconoce la supremacía del Derecho comunitario, con la única salvedad de la protección de los «derechos supremos» del ordenamiento jurídico italiano que coloca a un nivel supraconstitucional (*cf.* sentencia n.º 232 de 13 de abr. de 1989, *Société Fragd*, RUDH 1989.258). Esta última decisión presenta asimismo el interés de poner de manifiesto que no existe necesariamente una coincidencia entre los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico nacional y los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario.

2. Pese a instar al Consejo de Estado a sumarse a la opinión del Consejo Constitucional, según el cual «para considerar que de las disposiciones... del artículo 88-1 de la Constitución se desprende la obligación constitucional de transposición de las directivas» y a tomar como modelo «sus modalidades de control», ello no impidió al Comisario Guyomar hacer hincapié en que la especificidad de la posición institucional del Consejo de Estado obliga a proceder a algunas adaptaciones.

Se trata, en esencia, de proceder, «para facilitar el examen de los motivos de inconstitucionalidad» alegados contra la medida nacional de transposición, «a la traslación del bloque de constitucionalidad francesa al orden jurídico comunitario». Esta «operación de traslación» debe permitir que el control de constitucionalidad, que ejerce el Consejo de Estado sobre el acto reglamentario de transposición, «se efectúe, en parte, con el sello de aprobación del Derecho Comunitario».

## **II. Las modalidades de control del acto reglamentario de transposición.**

En línea con el enfoque que defendía el Comisario del Gobierno, la sentencia comentada describe, en un considerando de principio, las modalidades de control del acto reglamentario de transposición de una directiva, distinguiendo las responsabilidades que compete ejercer al propio juez administrativo y la parte de control que se reserva al juez comunitario.

### *A. La misión del juez administrativo.*

5 Son tres los elementos del control que son competencia exclusiva del juez administrativo francés.

1. En primer lugar, le incumbe controlar la *legalidad externa* del acto de transposición. La sentencia comentada especifica, a este respecto, que «el control de las normas de competencia y de procedimiento no figura entre sus atribuciones».

Esta solución es acorde con una jurisprudencia consolidada, según la cual las medidas que adoptan las autoridades nacionales, para asegurarse de que se apliquen las normas internacionales aprobadas por Francia, deben dictarse en el más estricto respeto de las reglas de reparto de las competencias del Derecho nacional (CE Secc. 7 de jul. de 1978, *Jonquères d'Oriola*, Rec. 300; RD publ. 1979.546, concl. Rougevin-

Baville). Aunque la transposición sea obligatoria, ello no significa que se cree una situación de competencia vinculada. Las autoridades francesas tienen que ajustarse a las normas procesales y de competencia, incluso cuando ello suponga una demora en la transposición.

2. Según lo expuesto en la sentencia: «el control de constitucionalidad de los actos reglamentarios... debe ejercerse con arreglo a modalidades específicas en los casos de incorporación al Derecho nacional de *disposiciones precisas e incondicionales*» de una directiva.

De ello se deduce *a contrario* que las modalidades tradicionales de control son las que deben aplicarse cuando la directiva deje un margen de apreciación a las autoridades nacionales, pudiendo éstas elegir entre varias alternativas, o cuando la directiva proceda a una armonización mínima y esté prevista la posible adopción de medidas nacionales complementarias.

3. Incluso en el caso de que la transposición afecte a unas «disposiciones precisas e incondicionales», el control de constitucionalidad se seguirá ejerciendo de acuerdo con las modalidades de derecho común cuando el principio constitucional cuya vulneración se denuncia no tenga equivalente en el Derecho Comunitario originario.

La sentencia es categórica: «si no existe una norma o un principio general del Derecho Comunitario que garantice el respeto efectivo de la disposición o del principio constitucional invocado, corresponderá al juez administrativo examinar *directamente* la constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias cuestionadas».

#### B. *La competencia ejercida en común con el juez comunitario.*

- 6 La originalidad de la sentencia radica en la posibilidad de que el Consejo de Estado recurra a la remisión de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, para que este último valore la validez de la directiva desde la perspectiva del Derecho Comunitario originario, siempre que el principio constitucional cuya vulneración se alega tenga su equivalente en el ordenamiento jurídico comunitario. En lugar de situar el debate en el terreno de la jerarquía de las normas, según provengan del Derecho nacional o del Derecho Comunitario, lo que se intenta es hacer lo posible para que la competencia se reconozca a un solo juez cada vez que coinciden ambos Derechos. Ello explica que se recurra al procedimiento en dos fases que describe la sentencia y que ella misma se encarga de poner en práctica: búsqueda previa de una equi-

valencia de contenido en los derechos en cuestión; en caso de que se localice esta equivalencia, definición de las misiones respectivas del juez comunitario y del juez nacional.

1. El procedimiento de verificación para determinar si hay identidad de contenido entre la norma constitucional y el derecho comunitario originario (tratados constitutivos, incluyendo los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario) se describe en la sentencia en los siguientes términos: «incumbe al juez administrativo, ante el que se alega como motivo la vulneración de una disposición o de un principio de valor constitucional, investigar si existe una norma o un principio general del Derecho comunitario que, debido a su naturaleza y alcance, según se interpreta en la jurisprudencia en la que se apoya en ese momento el juez comunitario, garantiza mediante su aplicación el respeto efectivo de la disposición o del principio de valor constitucional invocado».

En este sentido, la sentencia hace constar que varios de los principios constitucionales cuya vulneración se alega, como son el derecho de propiedad, la libertad de emprender y el principio de igualdad, constituyen asimismo «principios generales del Derecho Comunitario» con el mismo valor que los tratados fundacionales.

2. Una vez completada esta investigación, la sentencia define las funciones que incumben respectivamente al juez administrativo francés y al juez comunitario.

«Para cerciorarse de la constitucionalidad del decreto, procede que el juez administrativo investigue si la directiva que dicho decreto incorpora al Derecho nacional es conforme» a la norma o al principio general del Derecho Comunitario.

En tal caso, pueden darse dos circunstancias:

– «cuando no se plantee ninguna dificultad importante», corresponde al juez administrativo «desestimar el motivo alegado»; esto fue lo que resolvió la sentencia en el caso respectivo de las alegaciones fundadas en la vulneración del derecho de propiedad y de la libertad de emprender;

– en caso contrario, es decir, cuando el juez administrativo tenga una duda importante sobre la conformidad de la directiva respecto a los principios generales del ordenamiento comunitario, tendrá que remitir al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

La remisión de la cuestión prejudicial es, por lo demás, una obligación que ha de cumplir el juez nacional puesto que el Tribunal de Justicia es el único competente para invalidar un acto de Derecho derivado (CJCE 22 de oct. de 1987, *Foto Frost*, Rec. 4099; GACJUE, n° 67), estando habilitado el juez nacional para desestimar por iniciativa propia un motivo no procedente de invalidación.

Basándose en estos principios, el Consejo de Estado remitió una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo para que se pronunciara sobre la validez de la directiva desde la perspectiva del principio de igualdad. Efectivamente, mientras que la producción de acero está sujeta a las disposiciones de la directiva, no es éste el caso de las industrias del plástico y del aluminio, aunque emitan gases de efecto invernadero y produzcan materiales que pueden sustituir en parte a los que fabrica la industria siderúrgica.

### III. Las consecuencias de la jurisprudencia.

Desde el momento en que se dictó la sentencia, se comprobó que la solución que ésta proponía en relación con los actos internos de transposición de las directivas podía aplicarse a las decisiones marco previstas por el Tratado de la Unión Europea en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal.

Se identificaron otras consecuencias de esta jurisprudencia con una nueva decisión del Consejo de Estado, relativa al control de compatibilidad con los convenios internacionales de las medidas nacionales de transposición de una directiva, y con el resultado que se obtuvo tras plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en el caso *Arcelor*.

Comprobaremos, por último, que la institución de la cuestión previa de constitucionalidad (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Sarran*\*) no debería dar lugar a que se ponga en entredicho la solución propuesta por la sentencia comentada.

A. *La extrapolación de la jurisprudencia Arcelor al control de compatibilidad con los convenios internacionales.*

7 La argumentación que subyace detrás de la jurisprudencia *Arcelor* se extrapoló, antes de transcurrido un año, al control de compatibilidad de la ley con los convenios internacionales, cuando éste interfiere

con el control del Derecho Comunitario derivado en relación con el derecho originario (CE Secc. 10 de abr. de 2008, *Conseil national des barreaux*, Rec. 129, concl. Guyomar; RFDA 2008.575, concl., 608, com. Roblot-Troizier, 711, nota Labayle y Mehdi; AJ 2008.1085, cr. Boucher et Bourgeois-Machureau; JCP 2008. II.10125, nota Tinière; DA 2008, n.º 83, com. M. Gautier; D. 2008.2322, nota Cutajar; RTD civ. 2008.444, com. Deumier; RJEP jul. de 2008, p. 19 y RGDIP 2008.695, nota Azoulai).

Durante la tramitación de un recurso interpuesto contra unas medidas de transposición de una directiva, se cuestionaron, desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tanto la directiva como la ley de transposición.

Nos estamos refiriendo a la directiva 2001/97/CE de 4 de dic. de 2001, conocida como «segunda directiva contra el blanqueo de capitales», que imponía a los Estados miembros la obligación de establecer un dispositivo de lucha contra el blanqueo de capitales, de la que se derivaba una doble exigencia para determinadas profesiones: en primer lugar, la de informar espontáneamente a la autoridad responsable de la lucha contra el blanqueo de todo hecho que pudiera ser un indicio de una operación de esta naturaleza (declaración de sospechas) y, en segundo lugar, la de responder a las solicitudes de información que emanen de dicha autoridad.

Una aplicación sin matices de estas disposiciones a la profesión jurídica podía suponer una vulneración del secreto profesional, protegido tanto por el Código Penal como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cabía invocar a este respecto tanto su artículo 8, relativo al respeto de la vida privada, en lo que atañe a las actividades de asesoría del abogado, como su artículo 6, sobre el derecho a un juicio justo, en lo que respecta al papel de representación ante los tribunales del abogado.

El Consejo de Estado aceptó ejercer un control sobre cada uno de estos puntos.

Respecto al primero, dedujo del enunciado del artículo 6 párr. 2 del Tratado de la Unión Europea –en el que se dispone que la Unión Europea debe respetar los derechos fundamentales que protege el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su calidad de principios generales del Derecho Comunitario– que a él mismo le corresponde investigar si la directiva es compatible con los derechos fundamentales que protege el Convenio. En el ejercicio de este control, «*incumbe al*

*Consejo de Estado, cuando no se plantee ninguna dificultad insalvable, desestimar el motivo alegado o, en caso contrario, remitir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicias de las Comunidades Europeas».*

En lo que al segundo punto se refiere (incompatibilidad de la ley de transposición con el Convenio), «compete al juez administrativo asegurarse, en primer lugar, de que la ley efectúa una transposición exacta de las disposiciones de la directiva» y, de ser éste el caso, asumir que «la alegación fundada en la vulneración de este derecho fundamental por la ley de transposición sólo se podrá valorar según el procedimiento de control de la propia directiva».

Por consiguiente, al igual que ocurría en el caso *Arcelor*, el control establece una relación estrecha entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Consejo de Estado, no obstante, consiguió eludir la cuestión prejudicial, remitiéndose a la interpretación de la directiva, compatible con los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que había formulado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 26 de junio de 2007 (*Ordre des barreaux francophones et germanophones*, caso 305/05, Rec. I.5305) dictada con motivo de la cuestión previa de constitucionalidad que le había remitido el Tribunal Constitucional belga.

Aunque había supuesto que podría censurar al Consejo de Estado por no haber procedido a una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el que se habían cuestionado las medidas de aplicación de la directiva, adoptadas por el Consejo Nacional de la Abogacía, consideró que la obligación de informar sobre unas sospechas no suponía un menoscabo desproporcionado del principio de secreto profesional al que están sujetos los abogados (CEDH 6 de dic. de 2012, *Michaud c. France*, AJ 2013.173, com. Burgogue-Larsen; Mélanges Bon, com. Garlicki).

#### B. *Los efectos del control.*

- 8 Los efectos del control no serán los mismos cuando se produzca una remisión prejudicial o cuando no se produzca.

1. *En caso de remisión prejudicial al Tribunal de Justicia*, la resolución del litigio pendiente ante el juez administrativo dependerá de la posición que adopte el juez comunitario.

a) Si este último llega a la conclusión de que se aprecian motivos para invalidar el acto de Derecho derivado, desde la perspectiva del Derecho Comunitario originario, el juez administrativo estará obligado a desestimar las alegaciones de inconstitucionalidad o de incompatibilidad con los convenios que tengan el mismo contenido que el tratado.

Esto fue lo que ocurrió en el caso *Arcelor*. Habida cuenta de la facultad de apreciación del legislador comunitario, de la posibilidad que éste tiene de adoptar un «enfoque por fases», de «la complejidad y la novedad» del sistema de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y del deseo de no entorpecer su «viabilidad administrativa» en esta fase inicial, El Tribunal de Justicia resolvió que la directiva no vulneraba el principio de igualdad (CJCE gr. ch. 16 de dic. de 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, caso 127/ 07; RJEP 2009, n.º 22, nota Donnat; Europe febr. de 2009, n.º 56, nota D. Simon). Seguramente el Consejo de Estado sacó las conclusiones de este análisis al desestimar el recurso presentado por la empresa Arcelor (CE 3 de junio de 2009, Rec. 214; RFDA 2009.800, concl. Guyomar, y 1031, cr. Santulli; Europe 2009, n.º 296, nota Simon; RGDIP 2010.223, nota Matringe; AJ 2009.1710, nota Lafaille).

En línea con el enfoque por el que había optado el Tribunal de Justicia, se dictó posteriormente una nueva directiva cuyo objetivo era incorporar otras actividades en el régimen de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, en particular, las actividades aeronáuticas. El Consejo de Estado ejerció sobre los actos reglamentarios de transposición el mismo control que había ejercido en el caso *Arcelor* (CE 6 de dic. de 2012, *Société Air Algérie*, Rec. 398; AJ 2012.2373, cr. Domino y Bretonneau; RFDA 2013.653, nota Cassia, 667, cr. Roblot-Troizier; RTDE 2013.871, obs. Ritleng; LPA 9 de jul. de 2013, nota Lainé).

b) En caso de que se declare la nulidad total o parcial de la directiva, se procederá por la vía de excepción a la anulación o declaración de ilegalidad del acto reglamentario de transposición por vulnerar un principio constitucional cuyo contenido es idéntico al de la norma comunitaria que se ha transgredido.

c) Pueden presentarse casos que se sitúen entre los dos supuestos extremos arriba expuestos:

- declaración de nulidad de la directiva por el Tribunal al amparo de una norma específica del ordenamiento jurídico comunitario;
- interpretación de la directiva por el Tribunal de Justicia en un sentido acorde con las normas de Derecho a las que está sujeta, tal y como ocurrió con la «segunda directiva contra el blanqueo de capitales»;
- declaración de nulidad de la directiva con efecto diferido en el tiempo, para permitir, por ejemplo, a las autoridades comunitarias que cumplan con el principio de igualdad (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Association AC!*\*).

2. *En caso de que no se proceda a una remisión prejudicial*, no tendría normalmente por qué plantearse ninguna dificultad si el juez administrativo considera que carecen de fundamento legal todos los motivos alegados.

Si el acto de transposición es ilegal, los efectos de la sentencia de anulación estarán condicionados por el contenido del acto anulado y por los motivos de su reprobación.

a) Si la anulación se funda en un motivo de legalidad externa, la transposición tendrá que aplazarse hasta que se redacte un texto de Derecho interno acorde con las normas de competencia y de procedimiento que se habían vulnerado anteriormente.

b) Si la anulación afecta a un texto reglamentario de transposición de una disposición de la directiva que no tiene carácter incondicional, corresponderá a la autoridad nacional competente volver a examinar la situación, renunciando, si resulta necesario, a una posibilidad que ofrece la directiva, pero que es contraria al Derecho nacional.

c) El caso más complejo es el de la anulación motivada por el incumplimiento de un requisito constitucional específico. Una reforma constitucional podría suprimir dicho requisito o admitir algunas excepciones, a menos que Francia consiga que las autoridades comunitarias acepten renegociar la directiva para adaptarla a su Derecho nacional. En definitiva, la sentencia comentada es un buen ejemplo de los esfuerzos que hace el Consejo de Estado para mantener bajo su control los actos de las autoridades administrativas, en el marco de un universo jurídico multipolar.

C. *La incidencia limitada de la cuestión previa de constitucionalidad sobre la jurisprudencia Arcelor.*

9 La primacía que se confiere al control de constitucionalidad sobre el control de compatibilidad con los convenios internacionales en la ley de 10 de dic. de 2009, promulgada en aplicación del art. 61-1 incorporado a la Constitución con la reforma constitucional de 23 de jul. de 2008, nos lleva a interrogarnos sobre la vigencia de la jurisprudencia *Arcelor*. No parece que haya ningún motivo para que esto le afecte.

De un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con su sentencia de 22 de junio de 2010 *Melki et Abdeli* (v. n.º 96.8), hizo efectivamente constar, amparándose en unos motivos cuya importancia ha sido puesta de manifiesto por los comentaristas más autorizados (AJ 2010.1578, cr. Aubert, Broussy y Donnat), que el juez ante el que se suscita la cuestión de constitucionalidad de una ley de transposición de una directiva debe, *antes* de proceder al control de constitucionalidad, someter al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial sobre la validez de la directiva desde la perspectiva del Derecho primario y, si se ha abstenido de hacerlo, corresponde en último caso a los tribunales nacionales, cuyas decisiones no pueden ser objeto de un recurso, proceder a una remisión prejudicial.

De otro lado, tras la decisión del Consejo de Estado de proceder a la remisión prejudicial (CE 8 de oct. de 2010, *Daoudi*, Rec. 371; AJ 2010.2433, concl. Liéber; RFDA 2010.1257, cr. Roblot-Troizier), el Consejo Constitucional consideró que el cumplimiento del requisito constitucional de transposición de las directivas no está relacionado con los derechos y libertades garantizados por la Constitución y, por consiguiente, no cabe invocarlo en el marco de una cuestión previa de constitucionalidad (CC n.º 2010-79 QPC, 17 de dic. de 2010, *M. Kamel Daoudi*, Rec. 406; Constitutions 2011.54, nota Levade; Europe 2011, n.º 98, nota Simon). Así pues, el Consejo de Estado debería mantener el control sobre los actos de las autoridades administrativas cuyo objeto sea la transposición de las directivas de la Unión Europea.

**108. CARTA DEL MEDIO AMBIENTE.  
VALOR CONSTITUCIONAL.  
INVOCABILIDAD**

**Consejo de Estado As., 3 de octubre de 2008, *Commune d'Annecy***

(Rec. 322; RFDA 2008.1147, concl. Aguila, 1158, nota L. Janicot, 1240, com. Roblot-Troizier; Dr. envir. oct. de 2008.19, concl.; RJ env. 2009.85, concl., nota X. Braud; AJ 2008.2166, cr. Geffray y Liéber; JCP 2008. I.225, § 2, cr. Plessix; DA 2008, n.º 152, nota F. Melleray, JCP Adm. 2008.2279, nota Billet; JCP 2009.II.10028 (1.º caso), nota Mathieu; Europe nov. de 2008, n.º 55, com. D. Simon; LPA 2 de dic. de 2008, nota Pissaloux; BJDU 2008.244, nota Carpentier; RD publ. 2009.449, nota Carpentier, 481, nota Thibaud; RLCT n.º 40, 2008.50, com. P. Roche; RJ env. 2009.219, nota Champeil-Desplats; Politeia 2009, n.º 15.109, nota A. Rainaud; D. 2009.1853, nota Gay; Rev. europ. dr. envir., n.º 3/2009.435, nota Boyer)

Considerando que el Decreto de 1 de ago. de 2006, promulgado en aplicación del artículo L. 145-1 del Código de Urbanismo, resultante del artículo 187 de la ley de 23 de febr. de 2005 relativo al desarrollo de los espacios rurales, incorpora nuevas disposiciones a la parte reglamentaria del Código de Urbanismo en lo que respecta a la «delimitación, en el entorno de los lagos de montaña, de los ámbitos respectivos de aplicación de las disposiciones específicamente referidas a la montaña y de aquellas otras específicamente referidas al litoral», según las cuales: «(...) Artículo R. 145-11. – La delimitación del ámbito de aplicación al entorno de los lagos de más de mil hectáreas de las disposiciones del presente capítulo y de las disposiciones que se refieren específicamente al litoral, y que figuran en el Capítulo VI del presente Título, se efectúa ya sea por iniciativa del Estado, o por iniciativa conjunta de los municipios ribereños del lago. / Artículo R. 145-12. – 1. – Cuando la delimitación se efectúe por iniciativa del Estado, el prefecto remitirá a los municipios ribereños un expediente en el que se incluya: / a) Un plan de delimitación que abarque al conjunto del lago; / b) Una nota, en la que se expongan los motivos de relieve geográfico, configuración

del entorno (edificado y sin edificar), visibilidad desde el lago, preservación en sus márgenes de los equilibrios económicos y ecológicos, y calidad del entorno y de los paisajes, que se han tenido en cuenta para optar por la delimitación propuesta. / Se considerara que los municipios han emitido su opinión favorable si el concejo municipal no se pronuncia dentro de un plazo de dos meses a partir de la fecha de envío del proyecto al alcalde. /II. – Cuando la delimitación se efectúe por iniciativa de los municipios, éstos deberán remitir al prefecto el expediente previsto en el punto 1 del presente artículo, acompañado de las actas de deliberación de cada uno de los concejos municipales. / Artículo R. 145-13. – El prefecto velará por que se someta a investigación pública el expediente, acompañado de las recomendaciones o propuestas de los concejos municipales, en las condiciones previstas por los artículos R. 123-7 a R. 123-23 del Código de Medio Ambiente. / Una vez completada la investigación pública, el prefecto remitirá al ministro responsable del urbanismo el expediente de delimitación, así como el informe del Comisario o de la Comisión que se ha encargado de dicha investigación, acompañado de una copia de los registros de la misma. / Artículo R. 145-14. – El Decreto del Consejo de Estado por el que se aprueba la delimitación se publicará en el Boletín Oficial de la República francesa. Deberá mantenerse a disposición del público en la prefectura y en el ayuntamiento de cada uno de los municipios ribereños. Estará expuesto durante un mes en el ayuntamiento de dichos municipios.»;

Sin que sea necesario entrar a examinar el resto de los motivos de la demanda:

Considerando que el artículo 34 de la Constitución prevé, en su enunciado resultante de la Ley Constitucional de 1 de marzo de 2005, que «la Ley determina los principios fundamentales (...) de la preservación del medio ambiente»; que se especifica en el artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente, al que se alude en el Preámbulo de la Constitución, en virtud de la misma Ley Constitucional, que «Toda persona tiene derecho, en las condiciones y dentro de los límites que define la Ley, a tener acceso a las informaciones relativas al medio ambiente que obran en poder de las autoridades públicas y, en particular, a participar en la elaboración de aquellas decisiones públicas que incidan en el medio ambiente.»; *que estas últimas disposiciones, así como el conjunto*

*de los derechos y obligaciones que se definen en la Carta del Medio Ambiente, tienen valor constitucional, al igual que todas aquellas disposiciones que se derivan del Preámbulo de la Constitución; que los poderes públicos y las autoridades administrativas están obligados a cumplirlas en sus ámbitos respectivos de competencia;*

Considerando que las disposiciones antes citadas, resultantes de la Ley Constitucional de 1 de marzo de 2005, encomiendan al legislador la tarea de precisar «las condiciones y los límites» dentro de los cuales debe ejercerse el derecho de toda persona a conocer las informaciones en materia de medio ambiente, que obran en poder de las autoridades públicas, y a participar en las decisiones públicas que tengan consecuencias medioambientales; que, por consiguiente, sólo son competencia de la autoridad reglamentaria, desde su entrada en vigor, las medidas de aplicación de las condiciones y de los límites establecidos por el legislador; que, no obstante, las disposiciones que se hayan adoptado en el ámbito reglamentario, en el ejercicio de una competencia, tal y como se disponía con anterioridad, siguen siendo aplicables después de la entrada en vigor de estas nuevas normas, incluso cuando hayan sido dictadas en relación con un ámbito que es ahora competencia exclusiva de la Ley;

Considerando que de cuanto antecede se desprende que, *desde la entrada en vigor de la Ley Constitucional de 1 de marzo de 2005, sólo es posible adoptar una disposición reglamentaria en el ámbito de aplicación del artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente cuando ésta permita la aplicación de unas disposiciones legislativas, en particular, aquellas previstas en el Código del Medio Ambiente y en el Código de Urbanismo, ya sean éstas posteriores o anteriores a esta fecha, y siempre y cuando no sean incompatibles con las exigencias de la Carta del Medio Ambiente;*

Considerando, de un lado, que no cabe en modo alguno considerar que el artículo L. 110-1 del Código del Medio Ambiente, que se limita a enunciar los principios cuyo alcance ha de establecerse en el marco de otras leyes, fije las condiciones y los límites que impone el artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente;

Considerando, de otro lado, que de conformidad con el artículo L. 145-1 del Código de Urbanismo: «(...) En el entorno de los lagos de montaña con una superficie superior a 1000 hectáreas, corresponde al Consejo de Estado, previa consulta de los municipios ribereños o a propuesta de éstos, proceder por decreto a la delimitación del

sector en el que habrán de aplicarse exclusivamente, habida cuenta fundamentalmente de su relieve geográfico, las disposiciones específicamente relacionadas con el litoral, que figuran en el Capítulo VI del presente Título. Dicho sector no podrá suponer una reducción de la franja litoral de 100 metros que se establece en el Título III del artículo 146-4. En el resto de los sectores de los municipios ribereños del lago, situados en las zonas de montaña que se mencionan en el primer apartado, sólo se podrán aplicar las disposiciones específicamente relacionadas con la montaña que figuran en el presente Capítulo.»; que estas disposiciones no tenían como objeto determinar las condiciones y los límites de aplicación de los principios de libre acceso a la información y de participación del público, que está obligada a respetar la autoridad reglamentaria para delimitar las zonas afectadas; que, dado que el legislador no había establecido dichos límites y condiciones, cabe considerar que el decreto impugnado de 1 de ago. de 2006, cuyas disposiciones, además de una investigación pública, prevén unas modalidades de información y de publicidad que contribuyan en su conjunto a establecer el procedimiento de consulta y de participación que entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente, fue promulgado por una autoridad que no tenía competencia en la materia.

Considerando que de cuanto antecede se deduce que el municipio de Annecy tiene motivos fundados para solicitar la anulación del decreto impugnado.

[...]

(Anulación).

## OBSERVACIONES

- 1 La sentencia *Commune d'Annecy*, que anula un decreto sobre los lagos de montaña, dio al Consejo de Estado la oportunidad de aplicar, poco después de que lo hiciera el Consejo Constitucional, la Ley Constitucional de 1 de marzo de 2005 relativa a la Carta del Medio Ambiente, y de matizar su jurisprudencia sobre el alcance del Preámbulo de la Constitución.

El litigio se planteó porque el municipio recurrente estaba obligado, por su situación geográfica, a someterse a un doble régimen jurídico. Debido a su altitud, entraba en el ámbito de aplicación de la ley

de 9 de nov. de 1985, relativa al desarrollo y a la protección de la montaña (para abreviar, la «ley montaña»).

Debido a la existencia en su territorio de un lago de más de 100 hectáreas, estaba sujeto a la ley de 3 de ene. de 1986, relativa a la ordenación, protección y desarrollo del litoral (para abreviar, la «ley litoral»). Las disposiciones de esta última ley, que combinaba ambas legislaciones, fueron objeto de una modificación con un artículo de la ley de 23 de febr. de 2005 sobre el desarrollo de los espacios rurales, en el que se disponía que: «en el entorno de los lagos de montaña con una superficie superior a 1.000 hectáreas, corresponde al Consejo de Estado, previa consulta de los municipios ribereños o a propuesta de éstos, proceder por decreto a la delimitación del sector en el que habrán de aplicarse exclusivamente, habida cuenta fundamentalmente de su relieve geográfico, las disposiciones específicamente relacionadas con el litoral».

Antes de proceder a dictar, para cada uno de los municipios implicados, un decreto de delimitación del sector en el que sólo se aplicaría la «ley litoral», el gobierno estableció, mediante Decreto de 1 de ago. de 2006, un procedimiento general de delimitación que incluía una investigación pública. El municipio de Annecy impugnó la legalidad de dicho decreto, amparándose en la Ley Constitucional de 1 de marzo de 2005 relativa a la Carta del Medio Ambiente. Esta última ley modifica, en su artículo 1.º, el Preámbulo de la Constitución de 1958, incorporando, a continuación de la Declaración de Derechos de 1789 y del Preámbulo de la Constitución de 1946, un nuevo texto de referencia: la Carta del Medio Ambiente de 2004. El artículo 2 incluye el texto de la Carta del Medio Ambiente que consta, a su vez, de una exposición de motivos y de diez artículos. El artículo 3 de la Ley Constitucional completa el artículo 34 de la Constitución, al disponer que será la Ley la que determine los principios fundamentales «de la preservación del medio ambiente».

El municipio sostuvo que el decreto vulneraba el principio de participación que enuncia la Carta del Medio Ambiente en su artículo 7. Hizo valer asimismo, en el transcurso del procedimiento, que el gobierno había invadido una competencia que se reservaba en exclusiva al legislador tanto en el artículo 34 de la Constitución como en el artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente.

Siguiendo las conclusiones del Comisario del Gobierno Aguila, el Consejo de Estado admitió las alegaciones de incompetencia del

poder reglamentario. Su sentencia se presenta como el punto de llegada de la jurisprudencia sobre el alcance del Preámbulo de la Constitución (I). La relevancia de la solución que consagra esta sentencia es tanto mayor cuanto que se enmarca en un contexto renovado por la Ley Constitucional de 23 de jul. de 2008 (II).

### **I. La culminación de la evolución de la jurisprudencia sobre el alcance del Preámbulo.**

Ante las dudas que se le planteaban sobre el alcance de la Carta del Medio Ambiente, el Consejo de Estado aportó, tal y como le instaba su Comisario del Gobierno Aguila, una respuesta de conjunto.

A. *Las preguntas sobre el alcance de la Carta del Medio Ambiente.*

2 El artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente, que ocupaba el centro de la argumentación del municipio, decía lo siguiente: «Toda persona tiene derecho, en las condiciones y dentro de los límites que define la Ley, a tener acceso a las informaciones relativas al medio ambiente que obran en poder de las autoridades públicas y, en particular, a participar en la elaboración de aquellas decisiones públicas que incidan en el medio ambiente».

Si nos atenemos a las cláusulas preliminares de la Ley Constitucional de 1 de marzo de 2005, el alcance del texto es incierto. La exposición de motivos del Proyecto de Ley Constitucional ponía de relieve que la Carta «dicta una norma que todos están obligados a cumplir, tanto los poderes públicos como las jurisdicciones y los sujetos del Derecho». El ponente del texto ante el Senado subrayaba «la aplicabilidad del nuevo derecho que se ha generado». Pero el ponente ante la Asamblea Nacional, amparándose en la circunstancia de que el derecho a participar se ejerce en «las condiciones y dentro de los límites que establece la Ley», aducía, por el contrario, que «el derecho de acceso a la información y el derecho de participación en materia de Medio Ambiente no podrán ser directamente aplicables, ni directamente invocados ante el juez, porque su puesta en práctica tiene que ser sancionada por la Ley».

La idea según la cual la mediación de la Ley es esencial para la materialización de los principios enunciados en la Carta del Medio Ambiente había encontrado eco en la jurisprudencia del Consejo de

Estado. Según la decisión de 19 de junio de 2006, *Association «Eau et rivières de Bretagne»* (Rec. 703; BJCL 2006.775, concl. Guyomar; AJ 2006.1584, cr. Landais y Lenica), «si se han adoptado unas disposiciones legislativas para garantizar la puesta en práctica de los principios enunciados en los artículos 1, 2 y 6 de la Carta del Medio Ambiente... la legalidad de las decisiones administrativas deberá valorarse en relación con dichas disposiciones, siempre y cuando que, en el caso de que sean disposiciones legislativas anteriores a la entrada en vigor de la Carta del Medio Ambiente, éstas no sean incompatibles con los requisitos que se derivan de dicha Carta».

Por su parte, el Consejo Constitucional, en *su decisión n.º 2008-564 DC de 19 de junio de 2008*, adoptada en relación con la ley en materia de organismos genéticamente modificados (Rec. 313; JCP 2008.II.10138, nota Levide; AJ 2008.1614, nota O. Dord; RA 2009.130, com. Arlettaz; JCP 2009. II.10028 (2.º caso), nota Mathieu), consideró que las disposiciones del artículo 5 sobre el principio de precaución, «al igual que el conjunto de los derechos y obligaciones que se definen en la Carta del Medio Ambiente, tienen valor constitucional» y «son de obligado cumplimiento por los poderes públicos y las autoridades administrativas dentro de su ámbito respectivo de competencia».

Pese a su rotundidad, la posición que adoptó el Consejo Constitucional no era jurídicamente vinculante para el Consejo de Estado. Efectivamente, aunque no cabe la menor duda de que una decisión que adopta el Consejo Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de un determinado texto, está revestida de la autoridad que le confiere el artículo 62 de la Constitución, no ocurre lo mismo con la jurisprudencia del Tribunal de Casación, pese a que, en la práctica, el Consejo de Estado la tenga muy en cuenta.

#### B. *La solución elegida.*

- 3 1. Tras analizar todos estos elementos, el Comisario del Gobierno Aguila subrayó que «cualquier justiciable debe tener la posibilidad de invocar la Carta del Medio Ambiente ante el juez y, muy especialmente, ante el juez administrativo». A su entender, no es sólo el valor constitucional de la Carta el que se debe consagrar, sino también su invocabilidad.

El reconocimiento del valor constitucional de la Carta del Medio Ambiente no se prestaba a controversias, puesto que el juez adminis-

trativo aplica «la Constitución, toda la Constitución», tal y como destacaba el Comisario Aguila. Por ello, la cuestión de la invocabilidad por el justiciable constituyó el meollo de su argumentación. Según él, «ni el carácter impreciso de una disposición constitucional, ni el hecho de que se remita a la Ley impiden que se pueda invocar contra un acto administrativo». Matizando y precisando su análisis, hizo constar, no obstante, «*que el alcance concreto de un principio puede variar según su grado de precisión, según su objeto o según la naturaleza del contencioso*». Con este entramado analítico, llegó a la conclusión de que, aunque «un principio constitucional con un carácter excesivamente general pueda difícilmente servir de fundamento directo para el reconocimiento de un derecho subjetivo en beneficio de un particular» -y el Comisario del Gobierno citaba como ejemplo «el derecho a un puesto de trabajo» o el principio de solidaridad nacional, ambos de los cuales se proclaman en el Preámbulo de la Constitución de 1946-, este principio puede, en cambio «ser siempre invocado, en condiciones normales, en el marco de un recurso por exceso de poder contra un acto reglamentario».

2. Sin sumarse en todos sus puntos a este análisis, la decisión comentada sostiene que las disposiciones del artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente, «como el conjunto de los derechos y obligaciones que se definen en esta Carta, *tienen valor constitucional, al igual que todas aquellas disposiciones que proceden del Preámbulo de la Constitución*» y que «los poderes públicos y las autoridades administrativas están obligados a cumplirlas en sus ámbitos respectivos de competencia»;

## II. Las consecuencias de la solución.

El Consejo de Estado sacó las consecuencias del alcance jurídico que se concedía de este modo a la Carta del Medio Ambiente y, en términos más generales, al Preámbulo de la Constitución Su decisión tuvo otras consecuencias adicionales tras la implementación del control de constitucionalidad de la ley promulgada, que instauró la reforma constitucional de jul. de 2008.

### A. *Las consecuencia inmediatas.*

- 4 El derecho que se reconoció al municipio de Annecy a invocar el artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente hubiera debido normalmente llevar al juez a comprobar si el principio de participación del público

había sido vulnerado por el decreto de 1 de ago. de 2006. Pero el Consejo de Estado no adoptó esta perspectiva. Anuló el decreto por infracción de las normas de reparto de las competencias entre la ley y el reglamento, sentadas por el artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente.

Inspirándose, a este respecto, en la posición que había adoptado el Consejo Constitucional en su decisión *n.º 2008-564 DC de 19 de junio de 2008*, consideró que las disposiciones del artículo 7 encomendaban en exclusiva al legislador la tarea de precisar «las condiciones y los límites» dentro de los cuales debe ejercerse el derecho de toda persona a conocer las informaciones en materia de medio ambiente, que obran en poder de las autoridades públicas, y a participar en la elaboración de las decisiones públicas que tengan consecuencias medioambientales. De todo ello resulta que, desde la entrada en vigor del artículo 7, sólo son competencia de la autoridad reglamentaria «las medidas de aplicación de las condiciones y de los límites establecidos por el legislador».

Dado que el decreto impugnado no se limitaba a establecer las medidas de aplicación de las disposiciones legislativas adoptadas en el ámbito de aplicación del artículo 7 de la Carta, invadía ilegalmente la competencia reconocida en exclusiva al legislador. Por este motivo, se anuló el decreto.

La sentencia deja claro que la ampliación de la competencia del legislador en materia de medio ambiente sólo surte efecto «a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley Constitucional de 1 de marzo de 2005» y que no tiene efecto retroactivo. De lo anterior se deduce que «las disposiciones que se adoptaron en el ámbito reglamentario, en el ejercicio de una competencia, tal y como se disponía con anterioridad, siguen siendo aplicables después de la entrada en vigor de estas nuevas normas, incluso cuando hayan sido dictadas en un ámbito que es ahora competencia exclusiva de la Ley».

Tal y como se ha señalado muy acertadamente (*cf.* nota É. Carpentier, RD publ. 2009.475), la solución que se adoptó en relación con este último punto es acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en materia de aplicación en el tiempo de la «reserva de ley», y del Tribunal Constitucional italiano.

El Consejo Constitucional consideró igualmente que el desconocimiento por el legislador de su competencia no puede ser invocado contra una disposición legislativa anterior a la Constitución de 1958 (*CC n.º 2010-28 QPC, 17 de sept. de 2010, Rec. 233*).

B. *Las consecuencias de la decisión.*

5 Con la sentencia *Commune d'Annecy* se consiguió que la Carta del Medio Ambiente tuviera más peso ante el juez administrativo, en un contexto que se caracterizaba por la aplicación, desde el 1 de marzo de 2010, del control previo de constitucionalidad (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Sarran\**).

Conviene distinguir las condiciones respectivas de actuación del juez administrativo y del juez constitucional.

6 1.º Son muy numerosos los supuestos en los que el propio Consejo de Estado ha determinado la aplicabilidad de la Carta del Medio Ambiente.

a) El Consejo se consideró competente para ratificar que la Ley Constitucional de 1 de marzo de 2005 derogaba algunas disposiciones legislativas o reglamentarias anteriores por ser incompatibles con la Carta del Medio Ambiente (CE 12 de ene. de 2009, *Association France Nature environnement*, DA 2009, n.º 75, nota Fort). Estimó, por ejemplo, que la Carta había tenido como efecto la derogación de disposiciones legislativas anteriores que facultaban a la autoridad reglamentaria a definir las condiciones y los límites de la información al público sobre la propagación de organismos genéticamente modificados. Por consiguiente, anuló por incompetencia los decretos promulgados posteriormente a la Carta y relativos a dichas cuestiones (CR 24 de jul. de 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, Rec. 294; v. n.º 107.9).

Aunque el legislador dispone de una competencia amplia en lo que respecta al principio de participación resultante del art. 7 de la Carta del Medio Ambiente, no ocurre lo mismo en lo que atañe al cumplimiento del deber de prevención que se establece en el art. 3 de la Carta. En este sentido, se ha admitido su competencia reglamentaria para dictar medidas de protección del patrimonio piscícola que se adoptan amparándose en la instauración por la Ley de una policía especial en este ámbito (CE As. 12 de jul. de 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*, Rec. 192, concl. Cortot-Boucher; RFDA 2014.97, concl., nota Robbe; misma revista, 2013.1259, com. Roblot-Troizier; DA dic. de 2013, p. 40, nota Pissaloux; AJ 2013.1737, cr. Domino y Bretonneau; JCP 2013.1215, nota Janicot; Envir. 2013, n.º 10, p. 46, nota Trouilly; Mélanges Bon, com. Carpentier).

7

b) En otros casos, no ha hecho falta constatar la derogación de disposiciones anteriores incompatibles para que se tuviera en cuenta la Carta del Medio Ambiente.

El Consejo de Estado considera, por ejemplo, que el principio de precaución, tal y como se expone en el art. 5 de la Carta del Medio Ambiente, no requiere necesariamente unas disposiciones legislativas o reglamentarias que precisen las modalidades de su puesta en práctica (19 de jul. de 2010, *Association du quartier des Hauts de Choiseul*, Rec. 333; AJ 2010.2114, nota Dubrulle; BJDU n.º 4/2010.282, nota Trémeau; Constitutions 2010.611, nota Carpentier). El principio «se aplica a las actividades que inciden sobre el medio ambiente en unas condiciones susceptibles de perjudicar la salud de las poblaciones implicadas» (CE 8 de oct. de 2012, *Commune de Lunel*, Rec. 862). Por este motivo, puede invocarse contra una autorización de urbanismo (CE 30 de ene. de 2012, *Société Orange France*, Rec. 2, concl. Botteghi; DA 2012, n.º 44, com. Pissa-loux; JCP Adm. 2012.2275, nota Charmeil; RDI 2012.327, nota Van Lang), de un acto de declaración de utilidad pública (CE As. 12 de abr. de 2013, *Association coordination interrégionale stop THT et autres* Rec. 60; v. n.º 81.10) o de un decreto relativo a la protección contra los riesgos sanitarios que se derivan de una exposición al amianto (CE 26 de febr. de 2014, *Association Ban Asbestos France et autres*, Rec. 752-753; AJ 2014.1566, nota Deharbe; LPA 10 de oct. de 2014, nota Coq).

Esta última decisión reconoce asimismo la invocabilidad del artículo 1.º de la Carta del Medio Ambiente relativa al derecho a un medio ambiente sano.

Cuando unas disposiciones legislativas permiten garantizar el respeto de un principio sentado por la Carta, el juez administrativo se ampara en las mismas. Si desestimó un recurso contra un decreto, por el que se autorizaba la instalación de un reactor nuclear de tipo EPR en la central e Flamanville, fue por considerar pertinente una alegación fundada en la vulneración del art. 7 de la Carta del Medio Ambiente desde la perspectiva de las disposiciones legislativas de aplicación del principio de participación: CE, 23 de abr. de 2009, *Association France Nature Environnement et autres*, AJ 2009.858, obs. Y. J.: RJEP agosto-sept. de 2009, p. 25, concl. de Silva). La referencia a los textos legislativos vigentes puede, por último, obligar al juez administrativo, en el marco de un procedimiento de control previo de constitucionalidad, a restar importancia a las alegaciones fundadas en el incumplimiento de

la Carta del Medio Ambiente: esto fue lo que ocurrió en el caso de la impugnación de unas disposiciones del Código de Minería que regulaban la suspensión de las operaciones mineras (CE 15 de abr. de 2011, *Association Après Mines Moselle Est*, Rec. 1027).

8 2.º) El Consejo Constitucional puede velar de dos maneras por que se cumpla con la Carta del Medio ambiente.

a) el marco del control *a priori*, puede valorar la constitucionalidad de una ley que ha sido votada, pero no promulgada, desde la perspectiva de las normas y de los principios constitucionales y, en particular, del conjunto de las disposiciones de la Carta (CC n.º 2008-564 DC, 19 de junio de 2008; v. n.º 110.2).

b) Puede asimismo pronunciarse, desde el 1 de marzo de 2010 y por remisión del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, sobre la compatibilidad de unas disposiciones legislativas, aplicables a un litigio, con los derechos y libertades que protege la Constitución y, en particular, con los que se enuncian en la Carta del Medio Ambiente (CC n.º 2011-116 QPC, 8 de abr. de 2011, Rec. 183; D. 2011.1258, nota Rebeyrol; AJ 2011.1158, nota K. Foucher).

Dentro de este contexto, pronunció la derogación con efecto diferido de varias disposiciones legislativas (*cf.* por ej., CC n.º 2012-282 QPC, 23 de nov. de 2012, Rec. 596; JCP Adm. 2013.2005, nota Capitani et Moritz), lo que dio lugar a que se adoptara la ley de 27 de dic. de 2012 relativa a la aplicación del principio de participación del público que se establece en el artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente, y a continuación el Decreto-Legislativo n.º 2013-714 de 5 de ago. de 2013.

\*\*\*

9 En suma, la sentencia *Commune d'Annecy* se inscribe en un movimiento de mayor alcance en el que la Constitución, y no exclusivamente la Carta del Medio Ambiente, ocupa un lugar más relevante ante el conjunto de las jurisdicciones.

**109. DIRECTIVAS COMUNITARIAS.  
INVOCABILIDAD.  
CONTROL DE LAS DISCRIMINACIONES**

**Consejo de Estado As., 30 de octubre de 2009, Mme Perreux**

(Rec. 407, concl. Guyomar; RFDA 2009.1125, concl., nota Cassia; misma revista 2010.126, nota Canedo-Paris y 201, cr. Santulli; AJ 2009.2385, cr. Liéber y Botteghi; Europe 2009 Repère 11, D. Simon; misma revista marzo de 2010, cr. Kalfèche p. 10; JCP 2009.542, nota S. y V. Corneloup; JCP Adm. 2009.551, § 2, cr. Plessix; DA 2009, Étude 21, M. Gautier; JCP Adm. 2010.2036, nota O. Dubos y D. Katz; Europe ene. de 2010, p. 5, estudio R. Kovar; D. 2010.351, nota Chrestia; D. 2010.553, nota G. Calvès; «L'Observateur de Bruxelles» ene. de 2010, p. 26, com. J. Biancarelli; RGDIP 2010.232, nota L. Azoulai; RTDE 2010.223, nota Ritleng; AJ 2010.1412, estudio L. Coutron; AJ 2014.120, nota Raynaud)

Considerando que la señora Perreux solicitó, en su escrito de interposición del recurso, la anulación, por una parte, del decreto de 24 de ago. de 2006 sobre nombramiento de los miembros de la judicatura, en la medida en que nombraba a la recurrente Vicepresidenta, responsable de la aplicación de las penas, en el Tribunal de Primera Instancia de Périgueux y, según alega esta misma, nombraba a la señora Dunand como funcionaria de la Administración Central y, por otra parte, del decreto de 29 de ago. de 2006 del Ministro de Justicia, por el que se nombraba a la señora Dunand juez de aplicación de las penas en el Tribunal de Primera Instancia de Périgueux, en calidad de responsable de formación en la Escuela Nacional de la Judicatura a partir del 1 de sept. de 2006;

*Sobre las conclusiones de la demandante dirigidas contra el decreto de 24 de ago. de 2006, en tanto en cuanto nombra a la señora Perreux Vicepresidenta, responsable de la aplicación de las penas, en el Tribunal de Primera Instancia de Périgueux:*

Considerando que, por medio de un escrito de 17 de ene. de 2007, la recurrente desistió de sus conclusiones; que conviene que se incorpore este escrito al expediente;

*Sobre la admisibilidad de las demás conclusiones de la señora Perreux:*

Considerando que, con posterioridad a este desistimiento, la señora Perreux limitó el resto de sus conclusiones dirigidas contra el decreto de 24 de ago. de 2006 a la impugnación del nombramiento como funcionaria de la Administración Central de la señora Dunand; que, dado que no se hace alusión a esta medida en el decreto impugnado, como hace constar certeramente el Ministro de Justicia, no cabe admitir estas conclusiones; que, en cambio, la señora Perreux tiene legitimación procesal para impugnar el decreto de 29 de ago. de 2006, en tanto en cuanto ella misma podía ocupar el puesto para el que fue nombrada la señora Dunand por dicho decreto; que, por tanto, procede admitir sus conclusiones tendentes a la anulación de este decreto.

*Sobre la intervención del Sindicato de la Judicatura:*

Considerando que el litigio relativo al nombramiento de la señora Perreux como Vicepresidenta, responsable de la aplicación de las penas, en el Tribunal de Primera Instancia de Périgueux, concluye con el desistimiento que se incorpora al expediente con la presente decisión; que, por consiguiente, ha dejado de tener objeto la intervención del Sindicato de la Judicatura para apoyar unas conclusiones a las que ha renunciado la propia señora Perreux;

Considerando que, dado que no son admisibles las conclusiones de la señora Perreux contra el decreto de 24 de ago. de 2006, tampoco es admisible la intervención del Sindicato de la Judicatura para apoyar dichas conclusiones;

Considerando, en cambio, que el Sindicato de la Judicatura está procesalmente legitimado para intervenir en apoyo de las conclusiones de la demandante, señora Perreux, en tanto en cuanto se formulan contra el decreto de 29 de ago. de 2006: que, por tanto, cabe admitir que intervenga a este respecto;

*Sobre la legalidad de las decisiones impugnadas:*

Considerando que la señora Perreux, sostiene, para sustentar su demanda, que el Ministro de Justicia habría cometido un error de derecho al desechar su candidatura al puesto de responsable de la formación en el Escuela Nacional de la Judicatura, por motivo de su militan-

cia sindical, y que, por ende, habría cometido un error manifiesto en la evaluación de méritos con su decisión a favor de la candidatura de la señora Dunand;

Considerando que la recurrente alega que se han de aplicar al caso las normas relativas a la carga de la prueba, que se establecen en el artículo 10 de la directiva n.º 2000/78/CE del Consejo de 27 de nov. de 2000, cuyo plazo de transposición venció el 2 de dic. de 2003, con anterioridad a la fecha de las decisiones impugnadas, no habiéndose efectuado la transposición de dicha disposición, de manera general, sino hasta el 27 de mayo de 2008 con el artículo 4 de la ley de esa misma fecha, relativa a diversas disposiciones de adaptación al Derecho comunitario en el ámbito de la lucha contra las discriminaciones;

*Considerando que la transposición a la legislación nacional de las directivas comunitarias, que es una obligación que impone el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, reviste, además y en virtud del artículo 88-1 de la Constitución, el carácter de una obligación constitucional; que, por cada uno de estos dos motivos, incumbe al juez nacional, juez de derecho común de la aplicación del Derecho comunitario, garantizar la efectividad de los derechos que se deriven para toda persona de esta obligación frente a las autoridades públicas; que todo justiciable puede, por tanto, solicitar la anulación de las disposiciones reglamentarias que podrían ser contrarias a los objetivos definidos por las directivas y, con el fin de impugnar una decisión administrativa, hacer valer, por vía de acción o de excepción, que una vez transcurridos los plazos previstos, las autoridades nacionales no puedan permitir que se mantengan unas disposiciones reglamentarias, ni seguir aplicando unas normas de Derecho nacional, escritas o no escritas, que podrían no ser compatibles con los objetivos establecidos por las directivas; que, además, todo justiciable puede ampararse, para sustentar un recurso contra un acto administrativo no reglamentario, en las disposiciones precisas e incondicionales de una directiva, cuando el Estado no haya adoptado, dentro de los plazos que ésta establecía, las medidas de transposición necesarias;*

Considerando que, a tenor del artículo 10 de la directiva de 27 de nov. de 2000: 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con su sistema judicial, para que, cuando una persona considere que se ha visto lesionada por la vulneración, en su caso personal, del principio de igualdad de trato, y ésta haga constar, ante una jurisdicción o cualquier otra instancia competente, unos he-

chos que permitan presumir que se ha cometido en su contra una discriminación directa o indirecta, incumba a la parte demandada demostrar que no se ha cometido una violación del principio de igualdad de trato. /2. El párrafo 1 no impide a los Estados miembros adoptar unas normas en materia probatoria que resulten más ventajosas para los demandantes. /3. El párrafo 1 no se aplica a los procedimientos penales. /4. Los párrafos 1, 2 y 3 se aplican asimismo a todo procedimiento que se entable al amparo del artículo párrafo 2. /5. Los Estados miembros pueden abstenerse de aplicar el párrafo 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos incumba a la jurisdicción o instancia competente; que, en virtud del párrafo quinto de dicho artículo, las disposiciones antes citadas relativas a la carga de la prueba no afectan a la competencia que recae sobre los Estados miembros a la hora de decidir el régimen aplicable a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos incumbe a la jurisdicción; que ésta es la misión del juez administrativo en el Derecho público francés; que, por tanto, habida cuenta de la excepción que incluye el párrafo 5 del artículo 10, las disposiciones de este último carecen de todo efecto directo ante la jurisdicción administrativa;

*Considerando, no obstante, que en términos generales incumbe al juez administrativo, en el desarrollo del procedimiento inquisitivo, pedir a las partes que le aporten todos los elementos de valoración necesarios para afianzar su convicción; que esta responsabilidad debe ejercerse, cuando se alegue que una medida puede ser considerada discriminatoria, teniendo en cuenta las dificultades especiales que plantea en este ámbito la aportación de pruebas y las exigencias que se deriven de los principios de valor constitucional de los derechos de la defensa y de igualdad de trato de las personas; que, aunque corresponde al recurrente –que se considera perjudicado por una medida de esta naturaleza– aportar al juez los elementos de hecho que puedan hacer presumir que se ha vulnerado este último principio, incumbe a la defensa aportar todos aquellos elementos que permitan establecer que la decisión impugnada se funda en elementos objetivos ajenos a cualquier discriminación; que la convicción del juez, a quien compete valorar si la decisión impugnada ante él se adoptó o no por motivos a los que cabe atribuir un carácter discriminatorio, ha de establecerse mediante estos intercambios contradictorios; que, en caso de duda, le corresponde completar estos intercambios ordenando cualquier medida de instrucción que considere oportuna;*

Considerando que de los elementos que obran en el expediente se desprende que, para sustentar sus alegaciones, la señora Perreux se funda en unos elementos de hecho relacionados tanto con la calidad de su candidatura como con los procedimientos que se utilizaban anteriormente para la designación al cargo de responsable de la formación para la aplicación de penas en la Escuela Nacional de la Judicatura, para sostener que su candidatura se descartó debido a sus responsabilidades sindicales, conocidas por la Administración; que estos elementos de hecho se han visto corroborados por una deliberación de fecha 15 de sept. de 2008 de la Alta Autoridad para la Lucha contra las Discriminaciones y para la Igualdad, deliberación que ésta consideró oportuno incorporar al expediente, en aplicación del artículo 13 de la ley de 30 de dic. de 2004; que, si bien estos elementos pueden llevar a suponer que se produjo una discriminación, de los elementos que obran en el expediente y, en particular, de los elementos de comparación aportados en su defensa por el Ministro de Justicia, se deduce que la decisión de nombrar a la señora Dunand, en lugar de la señora Perreux, para el puesto de responsable de la formación en la Escuela Nacional de la Judicatura, obedece a unos motivos relacionados con las capacidades, aptitudes y méritos respectivos de las candidatas; que la preferencia que se dio a la candidatura de la señora Dunand se basa, en efecto, en un análisis comparado, que llevó a cabo la comisión de nombramiento creada a tal efecto, de las evaluaciones profesionales de las dos magistradas y de las apreciaciones que incluía el dictamen motivado de 10 de abr. de 2006, de conformidad con el artículo 12 del decreto de 21 de dic. de 1999 por el que se rigen los puestos de trabajo de la Escuela Nacional de la Judicatura, vigente en la fecha en que se tomó la decisión impugnada; que se ajustaba asimismo a los criterios establecidos previamente en la descripción del puesto de trabajo que publicó la Escuela, elaborada en base al funcionamiento y a las características del equipo pedagógico, así como a las capacidades lingüísticas necesarias para las misiones internacionales; que, en tales condiciones, cabe considerar que esta elección, pese a no coincidir con la del director de la escuela, cuya opinión había que recabar según el artículo 10 del mismo decreto, no obedece a motivos de carácter discriminatorio; que, por consiguiente, no adolece de un error de derecho;

Considerando que, contrariamente a lo que alega la recurrente, no se desprende de los elementos que obran en el expediente que la elec-

ción de la señora Dunand adolezca de un error manifiesto en la evaluación;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que la demanda de la señora Perreux debe ser necesariamente desestimada, al igual, por tanto, que sus conclusiones tendentes a la aplicación de las disposiciones del artículo L. 761-1 del Código de Justicia Administrativa;

*Decide:*

(Consta, en el expediente, el desistimiento de las conclusiones de la recurrente contra el decreto de 24 de ago. de 2006, en tanto en cuanto nombra a la señora Perreux para ocupar un cargo en el Tribunal de Primera Instancia de Périgueux; no ha lugar a pronunciarse sobre la intervención del Sindicato de la Judicatura en apoyo de de las conclusiones a las que ha renunciado la recurrente; no se admite dicha intervención para apoyar el resto de las conclusiones contra el decreto; se admite la intervención en apoyo de las conclusiones contra el decreto de 29 de ago. de 2006; desestimación de las demás pretensiones de la demandante).

## OBSERVACIONES

El litigio que dio lugar a la sentencia *Mme Perreux*, dictada por la Asamblea de lo Contencioso, tuvo como origen la impugnación por la recurrente, amparándose en el Derecho Comunitario, de una decisión del Ministro de Justicia que, según la opinión de la Alta Autoridad contra las Discriminaciones y por la Igualdad («Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité» o HALDE), se había producido en circunstancias que permitían «presumir» una discriminación por motivo de las responsabilidades sindicales que desempeñaba la interesada dentro del Sindicato de la Judicatura.

La señora Perreux, que había pasado a formar parte de la judicatura en 1990, ejercía desde sept. de 2002 las funciones de juez de la aplicación de las penas en el Tribunal de Primera Instancia de Burdeos. Presentó en tres ocasiones su candidatura para el puesto de responsable de la formación de la Escuela Nacional de La Judicatura (École nationale de la magistrature o ENM), pero, cada vez que lo hacía, se elegía a otro candidato. Finalmente, la elección del Ministro de Justi-

cia recayó en una magistrada, que había ejercido anteriormente las funciones de juez de la aplicación de las penas en el Tribunal de Primera Instancia de Périgueux, al tiempo que, por un decreto de 24 de ago. de 2006, nombraba a la señora Perreux Vicepresidenta de este mismo tribunal, puesto que había solicitado únicamente con carácter subsidiario, siendo su primera opción la de responsable de formación en la ENM. Para sustentar su demanda contra la desestimación de su candidatura, se había amparado, por una parte, en la posición de la HALDE y, por otra, en la directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de nov. de 2000, relativa al establecimiento de un marco jurídico general en favor de la igualdad de trato en materia de empleo y de trabajo. Invocaba especialmente el párrafo 1.º del art. 10 de dicho texto, relativo a la carga de la prueba en los casos de discriminación, según el cual: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias... para que, cuando una persona considere que se ha visto lesionada por la vulneración, en su caso personal, del principio de igualdad de trato, y ésta haga constar, ante una jurisdicción..., unos hechos que permitan presumir que se ha cometido en su contra una discriminación directa o indirecta, incumba a la parte demandada demostrar que no se ha cometido una violación del principio de igualdad de trato».

Al no haberse incorporado todavía la directiva invocada a la legislación nacional, en la fecha en que se adoptaron las decisiones individuales objeto de litigio, la jurisprudencia del Consejo de Estado tendría que haber llevado a considerar como inoperante el motivo fundado en la vulneración del principio. Pero, a tenor de las conclusiones del señor Guyomar, que intervenía como Ponente Público, el Consejo de Estado revisó su posicionamiento anterior. Si bien es cierto que la sentencia aporta unas aclaraciones muy útiles sobre la función del juez en el control de las medidas que pueden tener carácter discriminatorio, merece sobre todo nuestra atención porque reconoce la posibilidad que tiene todo particular de ampararse, en apoyo de un recurso que haya interpuesto contra un acto administrativo individual, en las disposiciones precisas e incondicionales de una directiva, incluso cuando ésta no haya sido objeto de transposición.

Para comprender los motivos y el alcance del cambio radical operado por el juez, es imprescindible recordar el contenido de la jurisprudencia anterior; ésta presentaba, en realidad, muchos matices en sus manifestaciones.

## I. La jurisprudencia anterior.

- 1 La jurisprudencia del Consejo de Estado se remitía a una sentencia de principio dictada por la Asamblea el 22 de dic. de 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn Bendit* (Rec. 524; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17.<sup>a</sup> ed., p. 616). Aunque es indudable que, en sus orígenes, esta sentencia reflejaba un desacuerdo entre el juez administrativo francés y el Tribunal Europeo de Justicia, se había producido con posterioridad un acercamiento de las soluciones consagradas por cada una de las jurisdicciones.

A. *El desacuerdo inicial entre el Consejo de Estado y el Tribunal de Justicia.*

- 2 1.º) El desacuerdo que había surgido estaba relacionado con el alcance que había que otorgar a las disposiciones del art. 189 del Tratado de Roma, que pasó a ser con el Tratado de Ámsterdam el art. 249, y cuyo contenido reproduce ahora el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El artículo en cuestión enumera y define las diferentes categorías de actos comunitarios en los siguientes términos:

«El reglamento tiene un alcance general. Es obligado cumplirlo en su totalidad y se aplica directamente en todos los Estados miembros.

La directiva es vinculante para todo Estado miembro destinatario en cuanto al objetivo que se ha de alcanzar, pero se reconoce a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios.

La decisión es obligatoria en todos y cada uno de sus elementos para el conjunto de los destinatarios a los que enumera. Las recomendaciones y los dictámenes no son vinculantes».

La oposición entre reglamentos y directivas era todavía más acentuada en el texto del Tratado de Roma, al igual que en el del Tratado de Ámsterdam, debido a la circunstancia de que los reglamentos se publican en el Boletín Oficial de la Unión Europea, mientras que las directivas y las decisiones se notifican directamente a sus destinatarios.

En la práctica, la diferencia entre reglamentos y directivas se había atenuado, al haber adquirido estas últimas una precisión cada vez mayor y al ser objeto de publicación en el *Boletín Oficial*.

3

2.º) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas atribuyó tanto a las directivas como a las «decisiones» un efecto directo sobre los órdenes jurídicos nacionales, obviamente no en lo que respecta a las relaciones de los particulares entre ellos, pero sí en sus relaciones con los Estados, y autorizó a los particulares a ampararse en sus disposiciones para sustentar sus recursos.

Esta solución se enunció por primera vez en los años setenta (en lo que respecta a las «decisiones»: 6 de oct. de 1970, *Franz Grad*, Rec. 825, concl. Roemer; en lo que respecta a las directivas: 17 de dic. de 1970, *Société SACE*, Rec.1213, concl. Roemer).

Fue posteriormente ratificada con la sentencia de 4 de dic. de 1974 *Van Duyn* (Rec. 1337, concl. Mayras) en relación con la directiva n.º 64/221 de 25 de febr. de 1964 relativa a la coordinación de las medidas especiales aplicables a los extranjeros en materia de tránsito y de permanencia justificados por motivos de orden público. Según el Tribunal de Luxemburgo, «aunque, a tenor de las disposiciones del art. 189 [del Tratado de Roma], los reglamentos son directamente aplicables y, por tanto, pueden producir efectos directos, ello no significa que otras categorías de actos, a los que se alude en este mismo artículo, no puedan producir efectos análogos»; y el Tribunal subraya a este respecto que «no sería compatible con el carácter vinculante que el art. 189 reconoce a la directiva excluir, en principio, que las personas interesadas puedan invocar la obligación que ésta impone; sobre todo, en el caso de que las autoridades comunitarias hayan obligado a los Estados miembros, por medio de una directiva, a adoptar un determinado comportamiento, el efecto útil de un acto de esta naturaleza se vería debilitado si se impidiera a los justiciables invocarla ante la justicia y las jurisdicciones nacionales, viéndose estas últimas privadas de la posibilidad de tenerla en cuenta como un elemento del Derecho Comunitario».

4

3.º) Daniel Cohn-Bendit se amparó tanto en la directiva n.º 64/221 de 25 de febr. de 1964 como en la jurisprudencia del Tribunal para impugnar la legalidad de la negativa del Ministro del Interior a derogar la medida de expulsión de la que había sido objeto debido al papel que había desempeñado en los acontecimientos de 1968.

En sus conclusiones sobre este litigio, el Comisario del Gobierno Genevois había expuesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las directivas, sin ocultar las reservas que suscitaba si se tenía en cuenta el enunciado literal del art. 189 del Tratado de Roma y el equilibrio necesario entre las facultades respectivas de las instituciones co-

munitarias y de las autoridades nacionales. Después de descartar las dos soluciones extremas, una de las cuales consistía en limitarse a adoptar la solución del Tribunal de Luxemburgo y la otra en negarse, por el contrario, a aplicar directamente a un litigio individual la directiva n.º 64/221, el Comisario recomendaba una solución intermedia; remitir la cuestión al juez comunitario, por deferencia, confiando en que procedería a modificar su propia solución. En efecto, desde su punto de vista: «en el ámbito de la Comunidad Europea, no debe haber ni un gobierno de los jueces ni una guerra de jueces. Debe haber un espacio para el diálogo entre los jueces».

- 5 4.º) El Consejo de Estado consideró, por el contrario, que se deducía «claramente» del art. 189 del Tratado de Roma que las directivas no son reglamentos, que compete en exclusiva a las autoridades nacionales asegurarse de que se apliquen y de que surtan efecto en el Derecho nacional, de tal modo que «cualesquiera que sean, por lo demás, las precisiones que contengan», se descarte toda posibilidad de que puedan ser invocadas... para sustentar un recurso dirigido contra un acto administrativo individual».

B. *Un acercamiento posterior incompleto.*

- 6 La sentencia *Cohn-Bendit* fue objeto de muchos estudios y de críticas frecuentes por parte de la doctrina, siendo a la vez, al menos en un primer momento y por iniciativa propia, retomada por determinados tribunales de los Estados miembros. Todo ello dio lugar a un doble movimiento.

1.º) Las reservas manifestadas tanto por el Consejo de Estado como por otras jurisdicciones nacionales, en Italia y en Alemania, respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre las directivas, llevaron a este alto tribunal a precisar aún más sus contornos.

Mientras que, al comienzo de los años setenta, parecía empeñada en reconocer un efecto directo a las directivas, adoptó un nuevo enfoque a partir de la sentencia de 5 de abr. de 1979, *Ratti* (aff. 148/78, Rec. 1629). Se hacía hincapié en el hecho de que un «Estado miembro, que no ha adoptado dentro de los plazos establecidos las medidas de ejecución impuestas por la directiva, no puede alegar contra los particulares el incumplimiento por él mismo de las obligaciones que de ella se derivan». Por consiguiente, el Tribunal no opta por un efecto directo de alcance general, sino más bien por una invocabilidad de sustitución

contra un Estado que no cumple con sus obligaciones. Es más, esta invocabilidad sólo es válida en el caso de una disposición «incondicional y suficientemente precisa» de una directiva. En cambio, una directiva no puede, por sí sola, crear unas obligaciones que se impongan a un particular (CJCE 14 de jul. de 1994, *Faccini Dori*, caso C-91/92, Rec. 3352).

La voluntad de luchar contra la inobservancia del Estado, que no ha incorporado a su debido tiempo una directiva a su legislación nacional, ha llevado al juez comunitario a considerar que el Estado que no cumple está obligado a reparar los daños que ocasione a los particulares por la no transposición de una directiva (CJCE 19 de nov. de 1991, *Francovitch et Mme Bonifaci*; AJ 1992.143, nota Le Mire; LPA 29 de ene. de 1992, com. de Guillenschmidt y Bonichot; JDI 1992.425, nota Constantinesco; Europe, dic. de 1991, nota D. Simon; JCP 1992.II.21783, nota Barav).

7 2.º) Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado vela, antes incluso de que se dictara la sentencia *Mme Perreux*, y amparándose en el art. 189 del Tratado, por que las autoridades nacionales se ajustaran a las directivas.

El caso más sencillo se da cuando se han adoptado las medidas nacionales de transposición. Antes de que se dictara la sentencia *Société Arcelor Atlantique et Lorraine\**, el Consejo de Estado ejercía un control sobre la legalidad de los actos de transposición, teniendo en cuenta los objetivos que se establecían en la directiva (CE 28 de sept. de 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, Rec. 512; AJ 1984.695, concl. Jeanneney; RD publ. 1985.811, nota J.-M. Auby).

Una directiva puede asimismo ser invocada para sustentar una excepción de ilegalidad contra una medida reglamentaria con la que sólo se ha procedido a su transposición parcial. De este modo, se puede anular un acto individual de aplicación de la disposición reglamentaria supuestamente ilegal (CE 8 de jul. de 1991, *Palazzi*, Rec. 276; AJ 1991.827, nota Julien-Laferrrière; LPA 17 de jul. de 1992, nota de Béchillon; JCP 1992.II.21870, nota Haïm).

Este tipo de razonamiento se ha aplicado al conjunto de los supuestos en los que se produce un defecto de transposición. En particular, la jurisprudencia, ya antes de la sentencia de 30 de oct. de 2009, permitía a los interesados invocar, *por vía de excepción*, la incompatibilidad con una directiva suficientemente precisa de unas disposiciones

de Derecho nacional que servían de fundamento al acto individual impugnado ante el juez, incluso en el supuesto de que las normas de Derecho interno se derivaran no de una ley o de un reglamento, sino de la jurisprudencia, como ocurre, por ejemplo, con los requisitos de adjudicación de los contratos de obras públicas (CE As. 6 de feb. de 1998, *Tête*, Rec. 30, concl. Savoie; AJ 1998.403, cr. Raynaud y Fombeur; RFDA 1998.407, concl.; CJEG 1998.283, concl., nota Subra de Bieusses; JCP 1998.II.1223, nota Cassia; – Secc. 20 de mayo de 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*, Rec. 201, concl. Savoie; AJ 1998.553, cr. Raynaud y Fombeur; RFDA 1998.609, concl.).

Una vez completados estos desarrollos, el desacuerdo que subsistía estaba únicamente relacionado con la negativa del Consejo de Estado a confrontar directamente un acto individual –o, más exactamente, un acto no reglamentario, concepto que abarca a los actos declaratorios de utilidad pública– con una directiva que no hubiera sido todavía objeto de transposición.

## II. La adhesión del Consejo de Estado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

### A. *Los motivos de la adhesión.*

8 En sus conclusiones, el Ponente Público hizo una exposición exhaustiva de las causas que actuaban en favor de la renuncia a la jurisprudencia *Cohn Bendit*. Cabría situarlas en dos planos distintos.

1.º) En términos generales, el Ponente Público puso de manifiesto que la posición del Consejo de Estado había evolucionado desde 1978, habiéndose inclinado este órgano por una cooperación con el juez comunitario, más que por una confrontación.

Retomando, pues, una jurisprudencia más antigua y de signo contrario, según la cual una sentencia, que dicta el Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento prejudicial, sólo es vinculante para el juez nacional dentro de los límites de dicho procedimiento (CE Secc. 26 de jul. de 1985, *Office national interprofessionnel des céréales*, Rec. 233; AJ 1985.615, concl. Genevois; AJ 1985.536, cr. Hubac y Schoettl), el Consejo de Estado considera actualmente que la interpretación del Tratado y de los actos de Derecho derivado que efectúa el Tribunal de Justicia, en virtud de la facultad que le reconoce el art. 234 del Tratado CE es vinculante para el juez nacional, incluso

cuando supera los límites del procedimiento judicial que inició este mismo juez (CE Ass. 11 de dic. de 2006, *Société de Groot En Slot Allium Bv*, Rec. 512, concl. Séners; RFDA 2007.372, concl.; AJ 2007.136, cr. Landais y Lenic; D. 2007.994, nota Steck; Europe marzo de 2007, com. D. Simon; RTD civ. 2007.299, com. Rémy-Corlay; RTDE 2007.473, com. F. Dieu).

El Consejo de Estado ha considerado incluso que el poder público puede incurrir en responsabilidad cuando el contenido de una decisión de la jurisdicción administrativa está viciada por una vulneración del Derecho comunitario cuyo único objeto ha sido la concesión de unos derechos a unos particulares (CE 18 de junio de 2008, *Gestas*, Rec. 230; v. n.º 106.5).

9

2.º) Para atenerse a consideraciones exclusivamente relacionadas con las directiva, el señor Guyomar, a quien correspondió formular las conclusiones sobre la sentencia *Société Arcelor Atlantique et Lorraine\**, no desaprovechó la ocasión para señalar que la incorporación a la legislación nacional de las directivas responde a una doble obligación, «comunitaria» y «constitucional», cuyas consecuencias se deben asumir en su conjunto. Hizo hincapié asimismo en que la cuestión del efecto directo —que se había abordado treinta años antes «desde el punto de vista del reparto de las competencias entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros»— requería un nuevo enfoque que adoptara «el punto de vista de los titulares de los derechos». Tampoco desaprovechó la ocasión para recordar que, desde sus orígenes, el Derecho Comunitario atañe no sólo a los Estados miembros, sino también a sus ciudadanos. Se refirió más concretamente a los términos de la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febr. de 1963, *Van Gend en Loos* (Rec. 3, concl. Roemer): «el Derecho comunitario... al tiempo que establece unas obligaciones que deben ser asumidas por los particulares, genera también unos derechos que pasan a formar parte de su patrimonio jurídico».

El Ponente Público hizo especialmente hincapié en el hecho de que el Consejo de Estado ya había consagrado con su jurisprudencia varias formas de invocabilidad de las directivas. Retomando una terminología de la doctrina, mencionó en primer lugar «la invocabilidad de prevención», de la que se deriva, desde el momento en que se dicta una directiva, la imposibilidad de adoptar medidas que puedan comprometer seriamente la consecución del resultado que persigue la directiva (CE 10 de ene. de 2001, *France Nature Environnement*, Rec. 9). Se

refirió asimismo a la «invocabilidad de reparación», que permite conseguir que se condene al Estado en caso de incumplimiento en la transposición de una directiva (CE As. 28 de feb. de 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philips Morris France*, Rec. 78; v. n.º 87.13), la invocabilidad de control», que permite sancionar en el marco del exceso de poder una transposición inexacta y, por último, «la invocabilidad de exclusión», que abre la posibilidad de descartar la norma nacional incompatible con los objetivos de la directiva (CE As. 6 de feb. de 1998, *Tête*, citada *ut supra*).

El señor Guyomar instaba al Consejo de Estado a dar un paso más y admitir una «invocabilidad de sustitución», que permitiera no sólo excluir la aplicación de la legislación nacional contraria a la directiva, sino también sustituirla por las disposiciones incondicionales y precisas que incluye la directiva. Desde esta perspectiva, ya nada impide que una directiva pueda ser invocada para sustentar un recurso contra un acto administrativo individual.

B. *El Consejo de Estado se afianza como juez de derecho común de la aplicación de la legislación comunitaria.*

**10** La Asamblea de lo Contencioso se sumó plenamente al enfoque de su Ponente Público.

1.º) La sentencia hace hincapié en que la transposición a la legislación nacional de las directivas comunitarias, que es una obligación que impone el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, reviste, además y en virtud del artículo 88-1 de la Constitución, el carácter de una obligación constitucional.

Deduca a partir de aquí que incumbe «al juez nacional, juez de derecho común de la aplicación del Derecho comunitario, garantizar la efectividad de los derechos que se deriven para toda persona de esta obligación frente a las autoridades públicas».

Con el propósito de lograr «la efectividad de los derechos», la sentencia enuncia el acervo resultante de la jurisprudencia anterior: «todo justiciable puede, por tanto, solicitar la anulación de las disposiciones reglamentarias que podrían ser contrarias a los objetivos definidos por las directivas y, con el fin de impugnar una decisión administrativa, hacer valer, por vía de acción o de excepción, que una vez transcurridos los plazos previstos, las autoridades nacionales no puedan permitir que se mantengan unas disposiciones reglamentarias, ni

seguir aplicando unas normas de Derecho nacional, escritas o no escritas, que podrían no ser compatibles con los objetivos establecidos por las directivas».

En lo que a estos últimos puntos se refiere, la sentencia no aporta nada nuevo. Sintetiza las soluciones a las que se había llegado anteriormente.

El carácter innovador de la sentencia *Mme Perreux* se deriva de la renuncia al enfoque que se había adoptado en el caso *Cohn-Bendit*, que se motivaba del modo siguiente: «*además, todo justiciable puede ampararse, para sustentar un recurso contra un acto administrativo no reglamentario, en las disposiciones precisas e incondicionales de una directiva, cuando el Estado no haya adoptado, dentro de los plazos que ésta establecía, las medidas de transposición necesarias*».

- 11 2.º) Sobre este último punto, la solución se aplica exclusivamente a las disposiciones «precisas e incondicionales» de una directiva. La jurisprudencia posterior negó, por ejemplo, el efecto directo de determinadas disposiciones de una directiva en materia de impacto ambiental de los proyectos «debido a su falta de precisión» (CE 17 de marzo de 2010, *Alsace Nature et autres*, Rec. 672). Sí se admitió, en cambio, que la directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de dic. de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes aplicables en los Estados miembros al retorno de los ciudadanos de países terceros en situación irregular (conocida como «directiva de retorno»), que no fue objeto de transposición a la legislación francesa en el plazo establecido, pudiera ser, en lo esencial, directamente invocada por los extranjeros que no estuvieran de acuerdo con la medida de traslado a la frontera que se les había aplicado (CE (dictamen) 21 de marzo de 2011, *M. Jin et M. Thiero*, Rec. 93; AJ 2011.1688, nota Alcaraz) sin que se invoque, no obstante, en su totalidad (CE 9 de nov. de 2011, *GISTI*, Rec. 963).

Puede darse el caso de que la legislación nacional satisfaga las disposiciones de la directiva, sin que sean necesarias unas medidas específicas de transposición (CE 24 de abr. de 2013, *Mme Radu*, Rec. 483; RTDE 2013.875, com. Ritleng).

- 12 3.º) Sea como fuere, en el caso *Mme Perreux*, se consideró que el párr. 1 del art. 10 de la directiva de 27 de nov. de 2000 no surtía ningún efecto directo, puesto que no tenía carácter incondicional. Ello se debe a la posibilidad que concedía el párr. 5 del mismo artículo a los Estados miembros de no aplicar el párr. 1 «a los procedimientos en los

que la instrucción de los hechos incumbe a la jurisdicción o a la instancia competente», siendo éste el caso en el Derecho Administrativo francés (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia *Barel\**).

Pese a todo, el Consejo de Estado no renunció a investigar si la negativa a nombrar a la señora Perreux como responsable de la formación en la ENM no se sustentaba en motivos a los que cabía atribuir un carácter discriminatorio. Pese a que el art. 10 no tenga ningún efecto directo, el juez administrativo consideró que debía tener en cuenta las dificultades especiales que plantea en este ámbito la aportación de pruebas en los casos en que se alega que una medida ha podido tener un carácter discriminatorio. La sentencia subraya la necesidad de tener en cuenta, en estos casos, las exigencias que se derivan de los principios constitucionales de los derechos de la defensa y de la igualdad de trato de los agentes públicos. Define los contornos de un dispositivo adecuado de carga de la prueba. Según la sentencia, corresponde al recurrente, que se considera lesionado por una medida discriminatoria, aportar al juez unos elementos de hecho que puedan llevar a presumir que se ha vulnerado el principio de no discriminación. Corresponde, a continuación a la defensa aportar todos los elementos que permitan establecer si la decisión impugnada se sustenta en elementos objetivos desprovistos de todo carácter discriminatorio. Una vez expuestas todas estas circunstancias, compete al juez valorar si la decisión impugnada ante él se adoptó o no por motivos a los que cabe atribuir un carácter discriminatorio.

Al aplicar estos principios al caso que le correspondía resolver, el Consejo de Estado consideró que no había habido discriminación, habiéndose fundado la decisión en los criterios que se exigían a los candidatos, en las capacidades lingüísticas de la candidata que competía con la señora Perreux y en la valoración de las posibilidades respectivas de incorporación de las interesadas al equipo pedagógico.

El marco analítico al que recurrió el juez administrativo lo llevó –en un caso distinto de negativa de traslado por comisión de servicio de una magistrada a un puesto de responsable de la formación en la ENM– a censurar la discriminación (CE 10 de ene. de 2011, *Mme Lévéque*, Rec. 1; AJ 2011.901, concl. Roger-Lacan). También se aplica para determinar la carga de la prueba ya sea en el caso de discriminación por motivos de género (CAA Versailles 29 de dic. de 2009, *Mme Delaunay*, AJ 2010.742, concl. Davesne), ya sea en el caso de hechos constitutivos de acoso moral (CE Secc. 11 de jul. de 2011, *Mme Montaut*,

Rec. 349, concl. Guyomar; AJ 2011.2072, concl.; JCP Adm. 2011.2377, nota Jean-Pierre; DA 2011, n.º 88, nota F. Melleray).

El demandante tiene obligación de someter, como mínimo, al juez unos elementos de hecho que puedan hacer presumir que sus alegaciones tienen algún fundamento (CE 15 de abr. de 2015, *Pôle Emploi*; AJ 2015.781).

En definitiva, la sentencia Mme Perreux tiene, a la vez, un valor práctico y simbólico. Un valor simbólico porque el Consejo de Estado reconoce expresamente, por primera vez, que actúa como juez de derecho común de la aplicación del Derecho comunitario. Un valor práctico porque el juez administrativo pone a disposición del Derecho Comunitario las modalidades de actuación y de control que ha impuesto su jurisprudencia, adaptándolas para incrementar su eficacia.

**110. CONTENCIOSO CONTRACTUAL.  
RECURSO DE LAS PARTES.  
FACULTADES DEL JUEZ**

**Consejo de Estado As., 28 de diciembre de 2009, *Commune de Béziers***

**Consejo de Estado, 21 de marzo de 2011, *Commune de Béziers***

**I. *Commune de Béziers*, 28 de dic. de 2009**

(Rec. 509, concl. Glaser; concl., BJCP 2010.138, RFDA 2010.506; AJ 2010.142, cr. Liéber y Botteghi y 2011.665, cr. Lallet y Domino; AJCT nov. 2010.114, nota Didriche; CMP marzo 2010.38, nota Rees; Gaz. Pal. 16 de marzo de 2010, p. 13, nota Seiller; JCP Adm. 2010.2072, nota Linditch; RDI 2010.265, nota Noguellou; RD publ. 2010.553, nota Pauliat; RFDA 2010.519, nota Pouyaud; RJEP junio 2010.19, nota Gourdou y Terneyre; Mélanges Richer 2013.641, art. Glaser)

Considerando que de los elementos que obran en el expediente que se sometió a los jueces de hecho se desprende que, en el marco de la mancomunidad con vocación múltiple que habían creado con este fin los municipios de Béziers y Villeneuve-lès-Béziers, éstos completaron con éxito una operación de ampliación de una zona industrial situada en su totalidad en el término municipal de Villeneuve-lès-Béziers; que, mediante un convenio firmado por los dos alcaldes en fecha de 10 de oct. de 1986, dichas colectividades acordaron que el municipio de Villeneuve-lès-Béziers abonaría al municipio de Béziers una proporción de los ingresos que percibiera el primero con el impuesto de actividades económicas, con el fin de compensar la disminución en la recaudación de impuestos resultante de la reubicación, en la nueva zona industrial que se había creado, de empresas hasta entonces radicadas en el término municipal de Béziers; que, por medio de una carta de 22 de marzo de 1996, el alcalde de Villeneuve-lès-Béziers informó al alcalde de Béziers de su intención de rescindir este convenio con fecha de 1 de sept. de 1996; que, con su fallo de 25 de marzo de 2005, el Tribunal Administrativo de Montpellier, al que había ape-

lado el municipio de Béziers, desestimó la demanda interpuesta por este último para que se condenara al municipio de Villeneuve-lès-Béziers a pagarle una indemnización de 591.103,78 euros en concepto de cuantías no abonadas desde la fecha de rescisión del convenio, así como un importe de 45.374,70 euros en concepto de daños y perjuicios; que, mediante una sentencia de 13 de junio de 2007, contra la que el municipio de Béziers interpuso un recurso de casación, el Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella, después de anular el fallo del Tribunal Administrativo de Montpellier por apreciar irregularidades en el mismo, consideró que el convenio de 10 de oct. de 1986 debía ser declarado nulo y que procedía desestimar la demanda del municipio de Béziers;

Sin que resulte necesario entrar a examinar el resto de las alegaciones del recurso:

*Considerando, en primer lugar, que las partes de un contrato administrativo pueden interponer ante el juez un recurso de plena jurisdicción cuyo objeto sea impugnar la validez del contrato por el que están vinculadas; que, en tal caso, incumbe al juez, una vez haya apreciado que existen irregularidades en el contrato, valorar su importancia y sus consecuencias, después de haber comprobado que las irregularidades que alegan las partes forman parte de aquellas que, a tenor de la obligación de lealtad a la que están sujetas las relaciones contractuales, pueden ser invocadas ante él; que le incumbe, después de haber determinado la naturaleza de la ilegalidad cometida y haber tenido en cuenta el objetivo de estabilidad de las relaciones contractuales, o bien resolver que el contrato se puede seguir ejecutando, sin perjuicio, en su caso, de las medidas de regularización que adopte la persona pública o que acuerden las partes, o bien pronunciar, si procede con efecto diferido y después de haber verificado que su decisión no supone un menoscabo excesivo para el interés general, la rescisión del contrato, o bien declararlo nulo, debido a una irregularidad que haya sido alegada por una de las partes o detectada por él mismo, derivándose ésta del carácter ilícito del contrato o de un vicio de especial gravedad relacionado, en particular, con las circunstancias dentro de las cuales las partes dieron su consentimiento;*

*Considerando, en segundo lugar, que cuando las partes someten al juez un litigio relacionado con la ejecución del contrato por el que están vinculadas, le incumbe a éste, en principio, y a tenor del deber de lealtad que se impone en las relaciones contractuales, aplicar el*

*contrato; que, no obstante, en el caso exclusivo de que aprecie una irregularidad que haya sido alegada por una de las partes o detectada por él mismo, derivándose ésta del carácter ilícito del contrato o de un defecto de especial gravedad relacionado, en particular, con las circunstancias dentro de las cuales las partes dieron su consentimiento, debe considerar no válido el contrato y no puede resolver el litigio en el terreno contractual;*

Considerando que, en virtud de las disposiciones del artículo 2-I de la ley de 2 de marzo de 1982, relativa a los derechos y libertades de los municipios, los departamentos y las regiones, que hoy recoge el artículo L. 2131 del Código General de las Colectividades Territoriales: Los actos que adoptan las autoridades municipales tienen fuerza ejecutiva de pleno derecho, a partir del momento en que se procede a su publicación o notificación a los interesados, así como a su traslado al representante del Estado en el departamento o a su delegado; que el hecho de no dar traslado a la deliberación que autoriza al alcalde a firmar un contrato, antes de la fecha en que éste proceda a su firma, constituye un defecto que afecta a las circunstancias dentro de las cuales las partes dieron su consentimiento; que no obstante, teniendo en cuenta el deber de lealtad que se impone en las relaciones contractuales, no cabe atribuir a este defecto por sí solo la gravedad suficiente para que el juez se vea obligado a invalidar el contrato y para que no se pueda resolver el litigio que enfrenta a las partes en el terreno contractual;

Considerando, por consiguiente, que, al resolver que el convenio suscrito el 10 de oct. de 1986 entre los municipios de Villeneuve-lès-Béziers y Béziers tenía que ser declarado nulo por el simple motivo de que las actas de la deliberación de 29 de sept. de 1986 y de 3 de oct. de 1986, por las que se autorizaba a los alcaldes a firmarlo, no se hubieran transmitido a la subprefectura sino hasta el 16 de oct. de 1986 y que esta circunstancia impidiera que pudiesen invocarse las disposiciones del contrato, en el marco del litigio que se le había sometido, el Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella cometió un error de Derecho; que, por ende, el municipio de Béziers tiene motivos fundados para solicitar la anulación de la sentencia que él mismo impugna;

Considerando que las disposiciones del artículo L. 761-1 del Código de Justicia Administrativa impiden que se imponga al municipio de Béziers, que no es la parte perdedora en la presente causa, la obligación de abonar al municipio de Villeneuve-lès-Béziers el importe

que reclama en concepto de de gastos incurridos por dicho municipio y no incluidos en las costas; que procede, al amparo de estas mismas disposiciones, condenar al municipio de Villeneuve-lès-Béziers a pagar un importe de 3.000 euros al municipio de Béziers;... (anulación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella; remisión del caso al Tribunal).

## II. *Commune de Béziers*, 21 de marzo de 2011

(Rec. 117, concl. Cortot-Boucher; RFDA 2011.507, concl., 518, nota Pouyaud; AJ 2011.670, nota Lallet;  
ACCP mayo de 2011, p. 64, nota Le Chatelier; CMP mayo de 2011, n.º 150, nota Pietri; DA 2011, n.º 46, nota Brenet y Melleray; JCP Adm. 2011.2171, nota Linditch JCP 2011.658, nota Ubaud-Bergeron; RDI 2011.270, nota Braconnier; RJEP oct. 2011.26, nota Cossalter, febr. 2013.11, nota Gourdou)

Considerando que de los elementos que obran en el expediente que se sometió a los jueces de hecho se desprende que, en el marco de una mancomunidad con vocación múltiple que habían creado con este fin los municipios de Béziers y Villeneuve-lès-Béziers, éstos completaron con éxito una operación de ampliación de una zona industrial situada en su totalidad en el término municipal de Villeneuve-lès-Béziers; que, mediante un convenio firmado por los dos alcaldes en fecha de 10 de oct. de 1986, dichas colectividades acordaron que el municipio de Villeneuve-lès-Béziers abonaría al municipio de Béziers una proporción de los ingresos que percibiera el primero con el impuesto de actividades económicas, con el fin de compensar la disminución en la recaudación de impuestos resultante de la reubicación, en la nueva zona industrial que se había creado, de empresas hasta entonces radicadas en el término municipal de Béziers; que, en una deliberación celebrada el 14 de marzo de 1996, el concejo municipal de Villeneuve-lès-Béziers decidió que el municipio dejaría de ejecutar el convenio a partir del próximo 1 de sept. y que, por medio de una carta de 22 de marzo de 1996, el alcalde de Villeneuve-lès-Béziers informó al alcalde de Béziers de su intención de rescindir este convenio; que el municipio de Béziers interpuso un recurso de casación contra la sentencia de 12 de febr. de 2007 del Tribunal de Apelación de Marsella de des-

estimación del recurso de apelación presentado contra el fallo de 25 de marzo de 2005 del Tribunal Administrativo de Montpellier, por el que se había declarado no admisible a trámite la demanda de este mismo municipio contra la medida de rescisión;

Sin que sea necesario entrar a examinar los demás motivos del recurso;

Considerando que, en virtud de las disposiciones del artículo 2-I de la ley de 2 de marzo de 1982, relativa a los derechos y libertades de los municipios, los departamentos y las regiones, que hoy recoge el artículo L. 2131 del Código General de las Colectividades Territoriales: «Los actos que adoptan las autoridades municipales tienen fuerza ejecutiva de pleno derecho, a partir del momento en que se procede a su publicación o notificación a los interesados, así como a su traslado al representante del Estado en el departamento o a su delegado»; *que el hecho de no dar traslado a la deliberación que autoriza al alcalde a suscribir un contrato, antes de la fecha en que éste proceda a su firma, constituye un vicio que afecta a las circunstancias en las que el municipio dio su consentimiento; que no obstante, teniendo en cuenta el deber de lealtad que se impone en las relaciones contractuales, no cabe atribuir a este defecto por sí solo la gravedad suficiente para que el juez se vea obligado a anular el contrato o a desecharlo para resolver un litigio relacionado con su ejecución;*

Considerando, por consiguiente, que, al resolver que el convenio suscrito el 10 de oct. de 1986 por los municipios de Villeneuve-lès-Béziers y Béziers tenía que ser declarado nulo por el simple motivo de que las deliberaciones de 29 de sept. de 1986 y de 3 de oct. de 1986, por las que se autorizaba a los alcaldes a firmarlo, no hubieran sido transmitidas a la subprefectura sino hasta el 16 de oct. de 1986, deduciendo de este hecho que la demanda interpuesta contra la rescisión del convenio carecía de todo objeto y desestimando, por este motivo, su recurso de apelación, el Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella cometió un error de Derecho; que, por tanto, el municipio de Béziers tiene motivos fundados para solicitar la anulación de la sentencia impugnada por éste mismo municipio; Considerando que, dadas las circunstancias del caso, procede resolver el caso teniendo en cuenta los hechos, en aplicación de las disposiciones del artículo L. 821-2 del Código de Justicia Administrativa;

Considerando que el municipio de Béziers alega que el Tribunal Administrativo de Montpellier no podía considerar que no eran admi-

sibles a trámite sus conclusiones contra la rescisión del contrato de 10 de oct. de 1986, dado que las circunstancias en las que se produjo la rescisión del contrato sólo podían dar lugar a la concesión de una indemnización;

Sobre las acciones legales que pueden emprender las partes de un contrato administrativo que ha sido objeto de una medida de rescisión:

*Considerando que el juez del contrato, al que una de las partes somete un litigio relacionado con una medida de ejecución de un contrato, sólo puede investigar, en principio, si esta medida se adoptó en unas circunstancias que puedan dar derecho a una indemnización; que, no obstante, una de las partes contratantes de un contrato administrativo puede, en función del alcance de dicha medida de ejecución, presentar ante el juez del contrato un recurso de plena jurisdicción para impugnar la validez de la rescisión del contrato y conseguir la reanudación de las relaciones contractuales; que debe interponer el recurso, incluso cuando el contrato esté relacionado con unas obras públicas, dentro de un plazo de dos meses a partir de la fecha en la que fue informada de la medida de rescisión; que unas conclusiones de esta naturaleza pueden ir acompañadas de una demanda que vaya encaminada, en virtud de las disposiciones del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, a la suspensión de la ejecución de la medida de rescisión, con el fin de que se reanuden provisionalmente las relaciones contractuales;*

Sobre las funciones del juez del contrato ante el que se presenta un recurso de plena jurisdicción con el fin de que se reanuden las relaciones contractuales:

*Considerando que incumbe al juez del contrato, ante quien una de las partes interpone un recurso de plena jurisdicción, con objeto de impugnar la validez de una medida de rescisión y de conseguir que se reanuden unas relaciones contractuales, y siempre que el juez aprecie en esta medida unos defectos relacionados con su legalidad o con su fundamento, determinar si procede acceder a la solicitud de reanudación de las relaciones contractuales, a partir de una fecha que él mismo habrá de establecer, a condición que dicha solicitud tenga algún objeto, o bien desestimar el recurso por considerar que los defectos detectados sólo permiten al recurrente reclamar una indemnización; que, en el supuesto de que acceda a la solicitud de reanudación de las relaciones contractuales, puede resolver, si se formulan conclusiones*

*en este sentido, que el recurrente tiene derecho a una indemnización por el perjuicio que le haya ocasionado, en su caso, la rescisión del contrato, en particular, como resultado de su no ejecución entre la fecha de su rescisión y la fecha establecida para la reanudación de las relaciones contractuales;*

*Considerando que, para determinar si procede acceder a la solicitud de reanudación de las relaciones contractuales, corresponde al juez valorar, en función de la gravedad de los defectos detectados y, si procede, del incumplimiento por parte del recurrente de sus obligaciones contractuales, así como de los motivos de la rescisión, si una reanudación de las relaciones contractuales no podría ir en detrimento del interés general y, dada la naturaleza del contrato en cuestión, de los derechos del titular del nuevo contrato que hubo que suscribir debido a la rescisión objeto del litigio;*

Sobre las funciones del juez del contrato ante el que se formulan unas conclusiones encaminadas a la suspensión de la ejecución de una medida de rescisión:

Considerando, en primer lugar, que incumbe al juez de los recursos ante el que se formulan, al amparo del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, unas conclusiones tendentes a la suspensión de una medida de rescisión, después de haber comprobado que la ejecución del contrato no ha perdido su razón de ser, tener en cuenta, para valorar el carácter de urgencia del recurso, por un lado, el menoscabo grave e inmediato que puede suponer la rescisión objeto de litigio para el interés público o para los intereses del recurrente, en especial, para la situación financiera de este último o para el propio ejercicio de su actividad y, de otro, el interés general o el interés de terceros que suscita la ejecución inmediata de la medida de rescisión, en especial, en el caso del titular del nuevo contrato que se ha tenido que firmar debido a la rescisión objeto del litigio;

Considerando, en segundo lugar, que, para determinar si una alegación puede generar, en la fase en que se encuentra la instrucción, dudas importantes sobre la medida de rescisión, corresponde al juez de los recursos valorar si, en el estado actual de la instrucción, los defectos invocados podrían ser lo suficientemente graves para justificar la reanudación de las relaciones contractuales, además de la indemnización por el perjuicio que ha ocasionado la rescisión al recurrente;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que el Tribunal Administrativo de Montpellier cometió un error al considerar que las

conclusiones del municipio de Béziers, dirigidas contra la rescisión del convenio de 10 de oct. de 1986, no podían admitirse a trámite porque las circunstancias en las que se produjo la rescisión del contrato sólo podían dar lugar a la concesión de una indemnización;

Considerando, no obstante, que, tal y como se indica más arriba, el recurso que puede interponer una de las partes de un contrato ante el juez del contrato, con el fin de impugnar la validez de una medida de rescisión y solicitar la reanudación de las relaciones contractuales, tiene que ser presentado por ésta dentro de un plazo de dos meses a partir de la fecha en la que se le notificó la medida;

Considerando que de la instrucción se desprende que la demanda del municipio de Béziers contra la rescisión, por el municipio de Villeneuve-lès-Béziers, del convenio de 10 de oct. de 1986 se registró, en la secretaría del Tribunal Administrativo de Montpellier, el 2 de marzo de 2000; que el municipio de Béziers no puede alegar, sin faltar a la verdad, haber tenido conocimiento de esta medida con posterioridad a la fecha de recepción de la carta de 22 de marzo de 1996, que le fue entregada el 25 del mismo mes, y por la que el alcalde del municipio de Villeneuve-lès-Béziers informó a su alcalde de la rescisión del contrato a partir del 1 de sept. de 1996; que ninguno de los principios y ninguna de las disposiciones, en particular, las contenidas en el artículo R. 421-5 del Código de Justicia Administrativa, que no son de aplicación en el caso de un recurso de plena jurisdicción tendente a la reanudación de unas relaciones contractuales, obliga a notificar una medida de rescisión por las vías y dentro de los plazos previstos para los recursos; que, por consiguiente, la demanda presentada por el municipio de Béziers ante el Tribunal Administrativo de Montpellier se registró fuera de plazo y, por tanto, no era admisible a trámite;

Considerando que de cuanto antecede se deduce que el municipio de Béziers no tiene motivos fundados para censurar que, con el fallo impugnado, el Tribunal Administrativo de Montpellier haya desestimado por no ser admisibles sus conclusiones contra la medida de rescisión del convenio de 10 de oct. de 1986 por el municipio de Villeneuve-lès-Béziers.

Sobre las conclusiones formuladas al amparo del artículo L. 761-1 del Código de Justicia Administrativa:

Considerando que estas disposiciones impiden que se imponga al municipio de Villeneuve-lès-Béziers, que no representa a la parte perde-

dora en la presente causa, el pago de una cuantía en concepto de gastos incurridos por el municipio de Béziers y no incluidos en las costas; que, en cambio, procede, dadas las circunstancias del caso, condenar al municipio de Béziers al pago, por el concepto arriba indicado, de un importe de 1.000 euros al municipio de Villeneuve-lès-Béziers;

(Anulación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella; desestimación de la demanda del municipio de Béziers).

## OBSERVACIONES

- 1 Las dos sentencias dictadas por el Consejo de Estado a petición del municipio de Béziers, una de ellas el 28 de dic. de 2009 por una decisión de su Asamblea sobre las conclusiones del señor Glaser, la otra por decisión de una Sección el 21 de marzo de 2011 sobre las conclusiones de la señora Cortot-Boucher, constituyen la culminación de un largo proceso de evolución de la jurisprudencia en materia de litigios contractuales, y en la misma medida un punto de partida para el desarrollo de estos últimos. Ambas están relacionadas con los recursos contencioso-administrativos que interponen las *partes* de un contrato ante el juez del recurso administrativo, con objeto de cuestionar el propio contrato o una medida de rescisión del mismo.

Algunos años más tarde, el Consejo de Estado se vería en la necesidad de resolver el caso del recurso de *terceros* contra el contrato (4 de abr. de 2014, *Département de Tarn-et- Garonne\**).

En el caso *Commune de Béziers*, se habían interpuesto ante el juez del contrato dos recursos, el primero para que se reconociera la nulidad del contrato, el segundo para que se anulara la decisión de una de las partes de proceder a su rescisión. Las circunstancias eran las que se exponen a continuación: Los municipios de Béziers y de Villeneuve-lès-Béziers, después de crear una mancomunidad con objeto de proceder a la adquisición de unos terrenos que permitieran ampliar la zona industrial situada en el término municipal de Villeneuve-lès-Béziers, habían suscrito un convenio mediante el cual el segundo se comprometía a abonar al primero una parte del impuesto de actividades económicas que se iba a recaudar con la instalación de empresas en dicha zona industrial. El convenio fue suscrito antes de que la prefectura recibiera las actas de deliberación por las que se autorizaba la firma del mismo.

Después de un período de diez años, el municipio de Villeneuve-lès-Béziers decidió que ya no abonaría al municipio de Béziers la parte que le correspondía y que procedería a rescindir el convenio.

El municipio de Béziers emprendió acciones legales contra el municipio de Villeneuve-lès-Béziers para que se condenara a este último al pago de las cuantías acordadas y de una indemnización por daños y perjuicios. Con este motivo, el municipio de Villeneuve-lès-Béziers presentó un recurso de apelación amparándose en la nulidad del convenio, siendo éste resuelto favorablemente por el Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella. Fue precisamente este recurso de casación contra su sentencia el que llevó al Consejo de Estado a pronunciarse por medio de su sentencia de 28 de dic. de 2009: estableció en su sentencia los principios en los que debe basarse el juez del contrato para comprobar la invalidez de un contrato administrativo. Remitió al Tribunal Administrativo de Apelación el examen de la solicitud de indemnización: mientras que el Tribunal la había desestimado, el Consejo de Estado, ante el que se presentó un nuevo recurso de casación, accedió por el contrario a concederla (27 de febr. de 2015).

El municipio de Béziers emprendió también acciones legales para que se anulara la decisión de rescindir el convenio, presentando además una demanda de suspensión en el marco del recurso de urgencia previsto en el artículo L. 521-1 CJA (v. nuestras obs. sobre CE 5 de marzo de 2001, *Saez\**). La demanda por motivos de hecho fue desestimada sucesivamente por el Tribunal Administrativo de Montpellier y por el Tribunal Administrativo de Marsella. El Consejo de Estado se pronunció sobre el recurso de casación con su sentencia de 21 de marzo de 2001. Consideró que la demanda encaminada a la anulación de la decisión de rescisión se había presentado fuera de plazo. Pero aprovechó la ocasión para determinar las facultades del juez del contrato en lo que respecta a las medidas de rescisión.

Las dos sentencias de 2009 y 2011 están, por tanto, relacionadas con los dos tipos de procedimientos de impugnación que pueden entablar las partes de un contrato: con el primero niegan la validez del contrato, mientras que con el segundo se oponen a una medida relativa a la ejecución del contrato. Ambos tipos pueden, a su vez, dividirse en dos.

La *impugnación de la validez del contrato* puede ser objeto de un procedimiento de excepción con motivo de un litigio relacionado con la ejecución de un contrato, en el que una de las partes imputa a la otra un incumplimiento de sus obligaciones: tanto las partes (como ocurría en el caso *Commune de Béziers I*) como el juez, por iniciativa propia, pueden establecer que no es válido el contrato cuya ejecución es objeto de examen. La impugnación puede tener un carácter más directo: por vía de *ac-*

*ción*, una de las partes solicita al juez del contrato que reconozca la nulidad (es decir, la invalidez, según la terminología actual) del contrato. No fue ésta la vía por la que se optó en el caso *Commune de Béziers*, aunque podría haber sido la vía elegida como se pone de manifiesto en otros casos (CE 4 de mayo de 1990, *Compagnie industrielle maritime*, Rec. 113; RFDA 1990.591, concl. Guillenchmidt), y, según una antigua jurisprudencia pendiente de confirmación (CE 9 de jul. de 1937, *Commune d'Arzon*, Rec. 680), dentro del plazo que establece el derecho común.

Los principios que sentó la sentencia *Commune de Béziers I* respecto a la impugnación son válidos en ambos casos.

La *impugnación de una medida relativa a la ejecución del contrato* puede ir dirigida, como ocurre en la sentencia *Commune de Béziers II*, contra la medida más radical que consiste en la rescisión del contrato por la autoridad administrativa contratante. Podría ir dirigida contra una medida que, sin que dé por terminado el contrato, modifique las condiciones de su ejecución. La sentencia *Commune de Béziers II* no opta por la misma solución según se trate de una rescisión del contrato o simplemente de una medida que afecte a las condiciones de su ejecución.

Con estas dos sentencias, el Consejo de Estado, renovó las funciones del juez del contrato ante el que se interpone un recurso de plena jurisdicción, tanto en lo que atañe a las valoraciones que debe formular (I) como a las facultades que puede ejercer (II).

### **I. Los elementos de apreciación del juez del contrato.**

- 2 El juez del contrato, en los litigios en los que las partes impugnan la validez o bien del contrato que han suscrito, o bien de una medida relativa a su ejecución, debe tener en cuenta las irregularidades cometidas (A), las relaciones contractuales que se han establecido (B), los intereses en juego (C).

A. Son muchas las *irregularidades* que pueden viciar tanto el contrato como la decisión posterior que se adopte respecto a éste.

En sus conclusiones, el señor Glaser hizo el inventario de aquellas que la jurisprudencia considera susceptibles de motivar una declaración de nulidad del contrato.

Puede tratarse de vicios relacionados con la vulneración de la legalidad «objetiva», como por ejemplo:

- firma de un contrato sobre una materia en la que no intervienen los contratos (CE Secc. 20 de ene. de 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Rec. 22; AJ 1979, n.º 1, p. 37, concl. Denoix de Saint Marc; 8 de marzo de 1985, *Association «Les amis de la terre»*, Rec. 73; RFDA 1985.363, Concl. Jeanneney);
- inclusión en el contrato de cláusulas incompatibles tanto con los principios del dominio público como con las necesidades de funcionamiento de un servicio público (CE 6 de mayo de 1985, *Association Eurolat, Crédit foncier de France*, Rec. 141; v. n.º 20.4), o con los principios que rigen los contratos públicos (como podría ser una cláusula por medio de la cual una persona pública contratante se compromete a renunciar al ejercicio de su facultad de rescisión unilateral: CE 1 de oct. de 2013, *Société Espace Habitat Construction*, Rec. 700; v. n.º 20.4);
- firma del contrato por una autoridad incompetente (CE Secc. 13 de mayo de 1970, *Larue*, Rec. 331);
- suscripción del contrato en unas condiciones que vulneran las normas de publicidad y de convocatoria de una licitación (CE secc. 26 de marzo de 1965, *Dame Vve Moulinet et demoiselle Moulinet*, Rec. 208);
- firma de un contrato por un alcalde antes de que se de traslado al prefecto de las actas de deliberación que le autorizan a suscribirlo (CE Secc. [dictamen contencioso-administrativo] 10 de junio de 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, Rec. 198; D. 1996.269, nota Nguyen Van Tuong, y 1997.45, nota Bénéoit; RDI 1996.562, nota Llorens y Terneyre; RFDA 1997.83, nota Douence; Secc. 20 de oct. de 2000, *Société Citecable Est*, Rec. 457; BJCP 2001.54 y CJEG 2001.21, concl. Savoie).

Tal y como puso de relieve el señor Glaser, estas irregularidades están fundamentalmente relacionadas con motivos de orden público, pudiendo ser denunciadas ya sea a instancia del juez o de las partes.

También puede tratarse de un vicio «*subjetivo*» del consentimiento, por error, dolo o incluso violencia de los que ha sido víctima una de las partes. El supuesto se da en muy raras ocasiones, pero se ha contemplado alguna vez en detrimento de la Administración (CE 19 de dic. de 2007, *Société Campenon-Bernard et autres*, Rec. 507; RD publ. 2008.1174, concl. N. Boulouis y 1159, nota Braconnier;

AJ 2008.814, nota J.-D. Dreyfus; JCP 2008.II.10113, nota J. Martin; RFDA 2008.109, nota Moderne; RJEP mayo 2008.16, nota Gourdou y Terneyre).

- 3 Hoy en día basta una irregularidad cualquiera para justificar que se ponga en tela de juicio un contrato. Según la sentencia *Commune de Béziers I*, «incumbe... al juez, una vez haya apreciado que existen irregularidades en el contrato, valorar su importancia y sus consecuencias»; debe tener «en cuenta la naturaleza de la ilegalidad cometida»; sólo puede dar lugar a una anulación del contrato «una irregularidad... que se derive del carácter ilícito del contrato o de un defecto de especial gravedad relacionado, ante todo, con las circunstancias dentro de las cuales las partes dieron su consentimiento».

Así pues, la sentencia atenúa la jurisprudencia *Préfet de la Côte-d'Or*, antes citada, y considera que «el hecho de no dar traslado a las actas de deliberación por las que se autoriza al alcalde a suscribir un contrato, antes de la fecha en el que éste proceda a su firma, constituye un vicio que afecta a las circunstancias en que las partes dieron su consentimiento», Para pronunciar la invalidez del contrato, debe recurrirse a un «procedimiento de excepción», «habida cuenta, de un lado, de la gravedad de la ilegalidad y, de otro, de las circunstancias en las que se cometió» (CE 12 de ene. de 2011, *Manoukian*, Rec. 5; BJCP 2011.121, concl. N. Boulouis; DA 2011, n.º 29, nota Brenet).

Paralelamente, en un procedimiento contencioso en el que se impugne una medida relativa a la ejecución del contrato y, en particular, su rescisión, «incumbe al juez del contrato valorar... la gravedad de los vicios detectados...», así como los «motivos de rescisión». Al igual que ocurre con los vicios relacionados con la suscripción del contrato, pueden no ser suficientes para que se cuestione la decisión de rescisión adoptada por la administración contratante.

Procede, por tanto, que el juez lleve a cabo una valoración rigurosa (por ej., CE 10 de oct. de 2012, *Commune de Baie-Mahaut*, BJCP 2013.27, concl. Dacosta; JCP Adm. 2013.2272, nota Dejoux y Foudi: gravedad insuficiente de los vicios de procedimiento de los que adolece la suscripción de un contrato inicial; irregularidad «de especial gravedad», apreciándose en la renovación tácita la «voluntad de impedir que se apliquen las reglas de competencia con el fin de que la empresa (contratante) pueda acogerse al régimen de exclusividad»).

La sentencia *Commune de Béziers I* contempla «la adopción de medidas de regularización por iniciativa de la persona pública o por

*acuerdo entre las partes*». Tal podría ser el caso, por ejemplo, de la adopción por el órgano deliberativo, con arreglo a la Ley, de la autorización de suscribir el contrato, autorización que no se había transmitido o, al menos, no de forma suficiente, o incluso de la notificación del dictamen de suscripción del contrato, que no se había efectuado. Del mismo modo, aunque la firma de un contrato por un alcalde sin la autorización de su concejo municipal es un vicio que afecta a la validez del contrato, la aprobación posterior por el concejo municipal de una medida que se remita a dicho contrato constituye un acuerdo *a posteriori* con la firma del contrato y no permite, por tanto invalidarlo (CE 8 de oct. de 2014, *Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, Rec. 742; BJCP 2015.59, concl. Dacosta; AJ 2015.175, nota J. Martin). También puede preverse el intercambio de consentimientos mutuos entre las partes.

La sentencia *Commune de Béziers II* no menciona, entre las medidas relacionadas con la ejecución del contrato, las posibilidades eventuales de regularización. Sin embargo, no deberían omitirse, porque pueden contribuir a salvar las *relaciones contractuales*.

- 4 B. Son especialmente relevantes las relaciones ya consolidadas. Cabía subestimarlas, en el marco del recurso por exceso de poder contra actos separables. Pero habrá que tenerlas en cuenta al valorar un recurso de terceros contra el contrato (*Département de Tarn-et-Garonne\**). Son determinantes en el procedimiento de plena jurisdicción que enfrenta a las partes de un contrato.

Como puso de relieve el señor Glaser, hay que tener en cuenta que la firma de un contrato, tanto en Derecho Administrativo como en Derecho Privado, crea entre las partes unas relaciones que determinan los derechos y obligaciones respectivos de cada una de ellas, no pudiendo quedar sin consecuencias el hecho de que los incumplan de cualquier forma; además, en el caso de un contrato administrativo que esté, directa o indirectamente, relacionado con el servicio público, los requisitos de continuidad del mismo pueden hacer que resulte necesaria su ejecución, incluso cuando se hayan cometido unas irregularidades. Este es el motivo por el que el Consejo de Estado moderó las consecuencias de dichas irregularidades amparándose en dos principios.

El primero es el deber de lealtad en las relaciones contractuales. El concepto es similar al de buena fe que, en el Código Civil (art. 1134, apart. 3), es uno de los principios de la ejecución de los contratos. Ha de tenerse en cuenta a partir del momento de la suscripción de un con-

trato administrativo. Por ello, el Consejo de Estado ha considerado que, si el cocontratante de la Administración ha cometido, con pleno conocimiento de causa, unas faltas que contribuyan a la nulidad del contrato, la responsabilidad de la Administración frente a éste se verá considerablemente atenuada (CE Secc. 10 de abr. de 2008, *Société Decaux et département des Alpes Maritimes*, Rec. 152, concl. Dacosta; BJCP 2008.280; JCP Adm. 2008.2116 y RJEP junio de 2008.17, concl.; AJ 2008.1092, cr. Boucher y Bourgeois-Machureau; DA 2008, n.º 78, com. F. Melleray). A partir de ahora, el deber de lealtad en las relaciones contractuales impide que un cocontratante pueda alegar, para sustraerse a las obligaciones contractuales, la existencia de un vicio que era imposible que no conociera y que no denunció hasta que no dejó de satisfacerle el contrato.

Esta última circunstancia era evidente en el caso *Commune de Béziers*. Este municipio y el municipio de Villeneuve-lès-Béziers sabían que no se podía suscribir el contrato hasta que no se diera traslado al prefecto de las actas de deliberación que autorizaban su firma. Durante diez años, el convenio se había ejecutado sin «*rechistar*»; una vez transcurrido este período, el municipio de Villeneuve-lès-Béziers alegó este motivo para sustraerse al convenio. El deber de lealtad en las relaciones contractuales no permitía este proceder.

El Tribunal de Casación, al que correspondía conocer de un contrato administrativo, a tenor de una disposición legislativa especial, hizo directamente alusión «al deber de lealtad en las relaciones contractuales», «de conformidad con una jurisprudencia consolidada del juez administrativo» (Civ. 1.ª 24 de abr. de 2013, *Commune de Sancoins et autres c. Société Les fils de Madame Géraud*, Bull. civ. I, n.º 89).

La *estabilidad de las relaciones contractuales* es el otro principio. La expresión, que se menciona en la sentencia *Béziers I*, no aparece en la sentencia *Béziers II*: ello no obsta para que esté presente de forma más o menos subyacente, puesto que se establece en esta última que, en caso de rescisión del contrato, procede ordenar la reanudación de las relaciones contractuales, al igual que habría lugar a seguir ejecutándolo si se apreciara una irregularidad que hubiera viciado la firma del contrato. En ambos casos, subyace la idea de los derechos adquiridos como resultado de la firma de un contrato, que establece, más concretamente, los requisitos que se deben cumplir para poder suspender o derogar unos actos administrativos (v. obs. sobre CE As. 26 de oct. de 2001, *Ternon\**).

5 C. Esta idea está también vinculada con los *intereses en juego*. Se pueden distinguir dos categorías.

La primera es *el interés general*, concepto que impregna a todo el Derecho Administrativo y, en particular, a la legislación en materia de contratos administrativos, dado que éstos contribuyen directa o indirectamente a su consecución.

Si el juez, ante el que se ha impugnado la validez de un contrato, tiene previsto pronunciar su rescisión, deberá comprobar «*si no va a derivarse de su decisión un menoscabo excesivo del interés general*» (*Béziers I*); si su propósito es acceder a la solicitud de reanudación de las relaciones contractuales interrumpidas por la decisión de rescisión que adoptó la administración contratante, deberá determinar «*si dicha reanudación puede significar un menoscabo excesivo del interés general*» (*Béziers II*).

Debe establecer un equilibrio ente el interés general y *los intereses de las partes*. En ambos casos, sus derechos y obligaciones se ponen directamente en entredicho. En particular, cuando lo que se impugna es la rescisión del contrato, incumbe al juez valorar, si procede, «la gravedad... del incumplimiento por parte del recurrente de sus obligaciones contractuales»;

Debe asimismo tener en cuenta «*el interés de terceros*». Éste no se menciona en la sentencia *Béziers I*: pese a todo, los intereses de terceros se ven indirectamente amenazados dado que la prosecución del contrato puede ser necesaria para prestar el servicio público objeto del contrato. La sentencia *Béziers II* no excluye este apartado, aunque se refiere «*en particular, al titular de un nuevo contrato que se ha tenido que suscribir debido a la rescisión objeto de litigio*»; entre la fecha en que la Administración rescinde el contrato y la fecha en que el juez se pronuncia sobre dicha rescisión, la Administración ha podido suscribir un contrato con otra persona para garantizar la prestación de los servicios que eran el objeto del contrato rescindido». Este nuevo contrato permite que una nueva parte, que tiene calidad de tercero en el marco del contrato inicial, adquiera unos derechos que deben tenerse en cuenta al valorar la rescisión de dicho contrato. Nos hallamos ante un conflicto que se suscita entre uno y otro contrato, entre los derechos del cocontratante inicial y los derechos del nuevo cocontratante.

Estas consideraciones se tienen que sopesar mediante un examen análogo al que se efectúa en otros procedimientos contenciosos, como el recurso de terceros contra un contrato (*Département de Tarn-et-*

*Garonne*\*) y el recurso por exceso de poder (CE As. 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est*\*). Serán éstas las que determinen el ejercicio de las facultades del juez.

## II. Las facultades del juez del contrato.

6 La contribución esencial de estas dos sentencias *Commune de Béziers* consiste en permitir al juez del contrato elegir la solución más apropiada en función de los elementos de valoración que debe tener en cuenta. Esta posibilidad le convierte en un auténtico juez de plena jurisdicción entre las partes. Sin embargo, sus facultades no son absolutamente las mismas cuando el litigio está relacionado con la validez del contrato (A) o cuando está relacionado con medidas relativas a la ejecución del mismo (B).

A. En el *litigio sobre la validez del contrato*, el juez se ve en la necesidad de pronunciarse no sólo sobre la validez, sino también sobre las consecuencias que puede ocasionar la declaración de invalidez. Es posible que tenga que proceder de esta manera en los dos tipos de litigios sobre la validez de un contrato ya identificados.

En el primero (*impugnación por vía de acción*), se puede optar por una de las tres siguientes soluciones:

– decidir que se siga ejecutando el contrato, sin perjuicio, en todo caso, de las medidas de regularización que pueda adoptar la persona pública o que puedan acordar las partes; pese a que existan algunas irregularidades, el contrato se mantiene;

– pronunciar la rescisión del contrato, es decir, resolver que deja de estar vigente en el futuro: normalmente una decisión de esta naturaleza debería surtir efecto, como cualquier otra decisión judicial, en la fecha de su notificación, pero el juez puede, como en el caso de una decisión de anulación (CE As. 11 de mayo de 2004, *Association AC!*\*) aplazar su aplicación; por consiguiente, incluso en los casos en que el contrato adolezca de un vicio de irregularidad, ello no supone necesariamente que se ponga en entredicho en lo que al pasado se refiere; puede ser incluso objeto de una prórroga;

– pronunciar la anulación del contrato; ésta es la resolución más severa; sólo puede pronunciarse en los casos más graves: «*carácter ilícito del contrato o... presencia de un defecto de especial gravedad*

*relacionado, ante todo, con las circunstancias dentro de las cuales las partes dieron su consentimiento»* (por ej., Ce 10 de jul. de 2013, *Commune de Vias et SEM de la Ville de Béziers et du littoral*, Rec. 806; BJCP 2013.448, concl. Pellissier; RJEP febr. 2014.13, nota Bonnefont). No constituye un reconocimiento de la nulidad del contrato, según la fórmula que se utilizaba en el pasado para referirse a la acción de nulidad, sino de una «anulación», como la que cabe pronunciar contra un acto administrativo, en el marco del recurso por exceso de poder, o contra un contrato administrativo para resolver un recurso de terceros (*Département de Tarn-et-Garonne\**).

No se menciona que la decisión pueda ir acompañada de una indemnización por daños y perjuicios para compensar el perjuicio que haya sufrido la parte del contrato afectada por la anulación. Pero, en el caso de que se formulen conclusiones en este sentido, el juez debe tener la posibilidad de satisfacer esta pretensión.

En el segundo caso (*impugnación de la validez del contrato por vía de excepción con motivo de un litigio relacionado con su ejecución*), el principio obliga al juez a aplicar el contrato. Solamente en el caso de los defectos más graves, siendo éstos los mismos que los que justifican la anulación del contrato por vía de acción (carácter ilícito del contrato, defecto de una gravedad especial en relación, sobre todo, con las circunstancias dentro de las cuales las partes dieron su consentimiento), el juez «*debe invalidar el contrato y no puede resolver el litigio en el terreno contractual*». Puede resolverlo en el terreno extracontractual, es decir, quasi-penal (otras faltas distintas al incumplimiento del contrato) o quasi-contractual (enriquecimiento injustificado) (en este sentido, v. en particular, CE Secc. 20 de oct. de 2000, *Société Citecable Est*, citada *ut supra*). En el caso de los defectos menos graves, como la firma del contrato por el alcalde antes de dar traslado al prefecto de las actas de deliberación del concejo municipal, no procede considerar no válido el contrato: el litigio que enfrenta a las partes debe zanjarse en el terreno contractual.

- 7 B. En el litigio relativo a unas medidas de ejecución del contrato, la jurisprudencia se ha mostrado siempre reacia a reconocer al juez del contrato una facultad de anulación cuando se trata de un procedimiento de «*plena jurisdicción*»: se atribuye al litigio relativo a la ejecución del contrato un carácter meramente subjetivo, por lo que no puede dar lugar a la concesión de una indemnización por daños y per-

juicios. La justificación de esta solución carece hasta ahora de un fundamento teórico genuino.

Pero la solución se mantenía, según una fórmula que, después de haberse aplicado a los contratos de obras públicas, se extrapoló al conjunto de los contratos administrativos. «El juez ante el que se impugna un contrato de obras públicas no tiene, en principio, la facultad de pronunciar la anulación de las medidas adoptadas por el director del proyecto contra su cocontratante... le incumbe exclusivamente indagar si estas medidas se adoptaron en unas circunstancias que puedan suponer para este último el derecho a percibir una indemnización» (CE Secc. 26 de nov. de 1971, *Société industrielle et agricole de fertilisants humiques (SIMA)*, Rec. 723; RD publ. 1972.239, concl. Gentot, y 1245, nota M. Waline; AJ 1971.649, cr. Labetoulle y Cabanes). Como demostraremos más adelante, la fórmula sigue siendo válida.

Porque la segunda sentencia *Commune de Béziers* no se aparta completamente de esta jurisprudencia; se limita a moderar su alcance, estableciendo una diferencia entre las medidas de rescisión y las medidas que no persiguen esta finalidad.

- 8 En el caso de las medidas que no desembocan en la rescisión, la solución sigue siendo la misma: «*el juez del contrato, al que una de las partes somete un litigio relativo a una medida de ejecución del contrato, sólo está habilitado, en principio, a indagar si dicha medida se adoptó en unas condiciones que pudieran conllevar el derecho a una indemnización*». Tal es el caso, por ejemplo, de una medida de modificación unilateral del contrato: si está justificada, debe dar derecho a una indemnización compensatoria (v. CE 11 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways\**); si carece de justificación, no puede dar lugar a ninguna decisión por parte del juez, aparte de la concesión de una indemnización para reparar el perjuicio ocasionado. Si la medida que se impone al cocontratante reviste una gravedad de tal magnitud que justifique una sanción que vaya más allá del derecho a una indemnización, el cocontratante podrá solicitar al juez que pronuncie la rescisión del contrato por una falta cometida por la Administración. Pero éste es un supuesto distinto de aquél en el que es la propia Administración la que decide rescindir el contrato.

Precisamente en este último supuesto es en el que la segunda sentencia *Commune de Béziers* contempla que se amplíe el poder del juez del contrato, permitiéndole, si procede, ir más allá de la *decisión de rescindir el contrato* adoptada por la Administración. Antes de que

se dictara la sentencia de 21 de marzo de 2011, la jurisprudencia no reconocía al juez la facultad de anular una decisión de esta naturaleza, salvo en el caso de determinados contratos. Para el resto, la solución era firme: el juez sólo podía conceder una indemnización por daños y perjuicios, si había lugar.

La sentencia *Commune de Béziers II* ya no establece ninguna diferencia; se aplica a todos los casos de rescisión que resultan de una medida de la administración contratante «que adolece de defectos relativos a su legalidad o a su fundamento legal».

9 Pero, al mismo tiempo, aporta algunas precisiones y algunos matices.

Las precisiones están relacionadas con el propio recurso. Se trata de «un recurso de plena jurisdicción con el que se pretende impugnar la validez de la medida de rescisión del contrato y restablecer las relaciones contractuales» (CE 11 de oct. de 2012, *Société Orange France*, Rec. 852; BJCP 2013.51 y RJEP 2013.22, concl. Bohnert). Debe interponerse en un plazo de dos meses a partir de la fecha de notificación al interesado de la medida de rescisión, incluso cuando el contrato sea de obras públicas; dicho plazo no puede interrumpirse con un recurso administrativo (CE 30 de mayo de 2012, *SARL Promotion de la restauration touristique*, Rec. 237; BJCP 2012.443 y JCPAdm. 2012.2257, concl. Escaut; AJ 2012.1593, nota Dizier y 2318, nota Traoré); el recurso contencioso-administrativo puede ir acompañado de una solicitud de recurso de urgencia de suspensión, según lo previsto en el artículo L. 521-1 CJA, pudiendo éste prosperar (CE 17 de junio de 2015, *Société protectrice des animaux d'Aix-en-Provence*, dem. n.º 388433).

Los matices se establecen en relación con la sanción por irregularidad de la decisión de rescisión. La sentencia no habla de anulación, se evita deliberadamente utilizar esta palabra. Se menciona simplemente que la irregularidad puede dar lugar a la «reanudación de las relaciones contractuales»: con esta fórmula se pretendía no sólo evitar la rigurosidad de la anulación, sino también y sobre todo tener en cuenta el hecho de que las relaciones contractuales quedan efectivamente interrumpidas entre la fecha en que la Administración decide rescindir el contrato y la fecha en que el juez se pronuncia al respecto,

Si la rescisión afecta a un contrato que adolece de vicios cuya naturaleza obliga a reconocer su invalidez, no procede en ningún caso ordenar la reanudación de las relaciones contractuales (CE 1 de oct. de 2013, *Société Espace Habitat Construction*, Rec. 700; v. n.º 20.4);

Incluso cuando la decisión de rescisión adolezca de vicios relativos a su regularidad o a su fundamento legal, el juez puede no tomar la decisión de la reanudación de las relaciones contractuales, teniendo en cuenta los diferentes elementos de apreciación en los que se ha de basar. En tales casos, se impone la solución clásica de los litigios contractuales: la concesión de una indemnización (siempre y cuando ésta se haya solicitado).

La indemnización se puede conceder en los dos siguientes casos: en primer lugar, cuando simple y llanamente, pese a que la rescisión fuera irregular, no procede, dadas las circunstancias de derecho y de hecho, ordenar la reanudación de las relaciones contractuales y, en segundo lugar, en caso de que sea posible la reanudación, para reparar el perjuicio ocasionado por la no ejecución del contrato entre la fecha de la rescisión y la fecha establecida para la reanudación de las relaciones contractuales.

Por consiguiente, aunque las sentencias *Commune de Béziers* contribuyan a mejorar sensiblemente el procedimiento contencioso-administrativo en materia contractual, no suponen una ruptura radical con las soluciones anteriores. Abren la posibilidad de que se pueda admitir el recurso de terceros contra los contratos (CE 4 de abr. de 2014, *Département de Tarn-et-Garonne\**).

## **111. REPARTO DE COMPETENCIAS. VALORACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

**Tribunal de Conflictos, 17 de octubre de 2011, *SCEA du Chéneau et autres c/ Interprofession nationale porcine (INAPORC) et autres, Cherel et autres c/ Centre national interprofessionnel de l'économie laitière (CNIEL)***

(Rec. 698; RFDA 2011.122, concl. Sarcelet, nota Seiller, y 1136, nota Roblot-Troizier; AJ 2012.27, cr. Guyomar y Domino; JCP 2011.1208, nota Sorbara, y 1423, cr. Plessix; JCP Adm. 2011.1423, nota Pauliat; D. 2011.3046, nota Donnat; misma revista 2012.244, obs. Fricero; DA ene. 2012.10, nota F. Melleray; RD publ. 2012.853, com. Clamour y Coutron; RTD civ. 2011.735, obs. Rémy-Corlay; RJEP febr. 2012, referencia n.º 2, Labetoulle; Constitutions 2012.294, obs. Levade; LPA 16 de marzo de 2012, nota Graulier; RTDE 2012.135, com. Ritleng)

Considerando que las dos sentencias del Tribunal de Conflictos arriba citadas plantean el mismo conflicto de competencia; que procede, por consiguiente, unificarlas para resolverlas ambas mediante una sola decisión;

Considerando que los litigios –que enfrentan ante el Tribunal de Primera Instancia de Rennes, de un lado, a la sociedad civil de explotación agrícola (SCEA) de Chéneau y otras empresas con la Asociación Interprofesional Nacional Porcina (INAPROC) y otras asociaciones y, de otro lado, a M. A. y otros particulares con el Centro Nacional Interprofesional de Productos Lácteos (CNIEL) y otras asociaciones– están ambos relacionados con la solicitud de reembolso por parte de los demandantes de las «aportaciones interprofesionales voluntarias devenidas obligatorias», que éstos abonaron en aplicación, respectivamente, de los artículos L. 632-3 y 362-12 del Código Rural y de Pesca Marítima; que pese a que la resolución de estos litigios, que enfrentan entre sí a personas privadas, incumbe con carácter principal a los tribunales ordinarios, los demandantes alegan que se les impuso el pago obligatorio de las aportaciones objeto de litigio en aplicación de un régimen de ayudas estatales irregularmente instituido, al no haber sido objeto de

notificación previa a la Comisión Europea, según lo dispuesto en los artículos 87 y 88 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que han pasado a ser los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; que el prefecto de la región de Bretaña, prefecto de Ille-et-Villaine, al considerar que la impugnación así formulada estaba relacionada con la legalidad de unos actos administrativos reglamentarios, formuló dos declinatorias, solicitando al Tribunal de Primera Instancia que se declarara incompetente para conocer de esta impugnación y planteara, por tanto, una cuestión prejudicial a la jurisdicción administrativa; que, con sus fallos de 18 de abr. de 2001, el tribunal de Primera Instancia desestimó estas declinatorias; que, con sus decretos de 9 de mayo de 2011, el prefecto elevó el conflicto;

*Sobre la legalidad del procedimiento del Tribunal de Conflictos:*

Considerando que de conformidad con el artículo 8 del Decreto-legislativo de 1 de jun. de 1828: «Si se desestima la declinatoria de competencia, el prefecto del departamento podrá elevar el conflicto a una instancia superior dentro de un plazo de tan sólo quince días a partir de la fecha de recepción (...)» y que según el artículo 11 del mismo decreto: «Si en el plazo de quince días el decreto relativo al conflicto no se ha recibido en la Secretaría del Tribunal de Conflictos, ya no se podrá elevar el conflicto ante el tribunal al que se sometió el caso».

Considerando que de los expedientes se desprende que la copia de cada uno de los fallos de 18 de abr. de 2011, con los que se resolvieron las declinatorias de competencia, fue remitida al prefecto por carta certificada entregada el 26 de abr.; que los decretos relativos al conflicto y promulgados el 9 de mayo de 2011 se recibieron en la Fiscalía y se depositaron la víspera, día 10 de mayo, en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia, es decir, antes de que venciera el plazo de 15 días previsto en los artículos 8 y 11 del Decreto-Legislativo de 1 de junio de 1828; que, por tanto y contrariamente a lo que afirma la SCEA de Chéneau y otras empresas, así como M. A. y otros particulares, el conflicto no se elevó fuera de plazo;

*Sobre la validez de los decretos relativos al conflicto:*

*Considerando que, a tenor del principio de separación entre autoridades de las jurisdicciones administrativa y ordinaria, que se establece*

*tanto en el art. 13 de la ley de 16-24 de ago. de 1790 como en el decreto de 16 Fructidor del año III, salvo en el caso de aquellas materias que, debido a su naturaleza, se reserven a la autoridad ordinaria, a menos que una disposición estipule lo contrario, corresponde a la jurisdicción administrativa conocer de los recursos de anulación o modificación de las decisiones adoptadas por la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público; que, en principio, el juez administrativo es igualmente el único competente para pronunciarse, si procede, por medio de una cuestión prejudicial, sobre cualquier impugnación que se formule contra la legalidad de dichas decisiones, con motivo de un litigio que sea competencia, con carácter principal, de la autoridad ordinaria;*

Considerando que, para mantener su competencia y desestimar las declinatorias, el Tribunal de Primera Instancia de Rennes se fundó en las disposiciones del artículo 55 de la Constitución y en el principio de primacía del Derecho Comunitario;

*Considerando que las disposiciones del artículo 55 de la Constitución, que confieren a los tratados, en las condiciones que ellas mismas definen, una autoridad superior a la de las leyes, no imponen ni implican en modo alguno la derogación de los principios antes citados, por los que se rige el reparto de competencias entre dichas jurisdicciones, cuando lo que se cuestiona es la legalidad de una disposición reglamentaria, incluso si la impugnación pone en entredicho la compatibilidad de dicha disposición con los compromisos internacionales.*

*Considerando, no obstante, por una parte, que estos principios deben conciliarse tanto con la exigencia de una buena administración de la justicia como con los principios generales por los que se rige el funcionamiento de las jurisdicciones, con arreglo a los cuales todo justiciable tiene derecho a que se tramite su demanda dentro de un plazo razonable; que de ello se deduce que, si bien es cierto que, en caso de impugnación sólidamente fundada de la legalidad de un acto administrativo, los tribunales ordinarios que han de pronunciarse en materia civil tienen que suspender el procedimiento hasta que la jurisdicción administrativa haya resuelto la cuestión prejudicial relativa a la legalidad de dicho acto, no es menos cierto que deberán proceder de forma muy distinta si, en virtud de una jurisprudencia consolidada, cabe asegurar que la impugnación será admitida a trámite por el juez competente con carácter principal;*

*Considerando, por otra parte, que, en el caso particular del Derecho de la Unión Europea, que la República francesa está obligada a*

*cumplir, tanto en virtud del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como en aplicación del artículo 88-1 de la Constitución, del principio de efectividad dimanante de las disposiciones de dichos tratados, tal y como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se deduce que es el juez nacional, al que se encomienda la tarea de aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión Europea, quien tiene la obligación de asegurarse de la plena aplicación de la legislación europea, renunciando a aplicar, si resultare necesario y por decisión propia, cualquier disposición contraria a ésta; que, a tal efecto, debe tener la posibilidad, en caso de dificultad para interpretar dichas normas, de recurrir él mismo al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial o, si considera que tiene capacidad para hacerlo, aplicar el Derecho de la Unión Europea, sin estar obligado a someter previamente a la jurisdicción administrativa una cuestión prejudicial, cuando se cuestione ante él, con carácter subsidiario, la conformidad de un acto administrativo con respecto al Derecho de la Unión Europea;*

Considerando que, pese a que la impugnación formulada por la SCEA de Chéneau y otras empresas y por M. A. y otros particulares pone necesariamente en entredicho la legalidad de los actos administrativos por los que se otorgó carácter obligatorio a las aportaciones objeto de litigio, se desprende de cuanto antecede que compete a la jurisdicción ordinaria, a quién correspondía con carácter principal conocer del litigio, pronunciarse ella misma, en su caso, tras la consiguiente remisión prejudicial al Tribunal de Justicia, sobre unas alegaciones fundadas en una presunta vulneración del Derecho de la Unión Europea; que, por consiguiente, se actuó indebidamente al elevar el conflicto a una instancia superior;

Considerando que no procede, dadas las circunstancias del caso, ratificar las conclusiones formuladas por la SCEA de Chéneau y otras empresas y por M. A. y otros particulares en aplicación del artículo 75-I de la ley de 10 de jul. de 1991;... (Anulación de los decretos del Tribunal de Conflictos).

## OBSERVACIONES

- 1 En virtud de una ley de 10 de jul. de 1975 relativa a la organización interprofesional agrícola, que reproducen los art. L. 632-1 y sig,

del Código Rural y de Pesca Marítima, las agrupaciones constituidas por las organizaciones profesionales más representativas pueden suscribir acuerdos que tengan, en particular, por objeto la regularización de la oferta de productos, acuerdos cuyo contenido tiene carácter vinculante para el conjunto de un sector, siempre que se proceda a su ampliación por decreto del Ministro de Agricultura, teniendo éste el carácter de un acto reglamentario (CE Secc. 19 de junio de 1981, *Syndicat viticole de Margaux*, Rec. 271; Dr. rur. 1981.435, concl. Genevois). La financiación de las acciones comunes se efectúa con las aportaciones que, pese a su carácter obligatorio para los miembros de las profesiones implicadas, merecen la consideración de deudas de derecho privado.

Se cuestionó ante la jurisdicción administrativa la compatibilidad de esta forma de financiación con el Derecho de la Unión Europea. Pero el Consejo de Estado reconoció la legalidad tanto del decreto ministerial de ampliación (CE 21 de junio de 2006, *Confédération paysanne*, Rec. 720) como de la negativa del Primer Ministro a notificar dicho mecanismo a la Comisión Europea, al considerar que no se trataba de una ayuda estatal (CE As. 7 de nov. de 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine*, v. n.º 3.9).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció posteriormente en este mismo sentido (CJUE 30 de mayo de 2013, *Doux Élevage SNC*, caso C-677/11; AJ 2013.1694, cr. Aubert, Broussy y Cassagnabère).

Algunos profesionales vinculados tanto con el sector porcino, entre ellos, la SCEA de Chéneau, como con el sector de los productos lácteos, demandaron paralelamente ante el Tribunal de Primera Instancia a las agrupaciones profesionales de las que dependían, «*Interprofession nationale porcine*» (INAPORC) y «*Centre national interprofessionnel de l'économie laitière*» (CNIEL), con el fin de que les reembolsaran el importe de las aportaciones obligatorias. Alegaban que estas aportaciones se habían utilizado para financiar unas ayudas estatales, sin que ello se hubiera notificado previamente a la Comisión Europea, vulnerando de este modo la legislación de la Unión.

El prefecto puso en duda la competencia del juez ordinario mediante unas declinatorias de competencia, en las que se alegaba que la resolución del litigio requería que se procediera previamente a valorar la legalidad de los decretos ministeriales de ampliación. Ahora bien, según la jurisprudencia clásica del Tribunal de Conflictos, aunque el

juez ordinario pueda interpretar un acto administrativo de carácter reglamentario, «*incumbe en exclusiva a la jurisdicción administrativa controlar su legalidad*», en consonancia con el principio de separación de las autoridades de las jurisdicciones administrativa y ordinaria (TC 16 de junio de 1923, *Septfonds*, Rec. 498; D. 1924.3.41, concl. Matter; S. 1923.3.49, nota Hauriou – sentencia que formó parte de la recopilación «*Grands arrêts de la jurisprudence administrative*» hasta su 18.<sup>a</sup> edición).

Lo mismo cabe decir de los actos administrativos individuales, ya sea que se trate de apreciar su legalidad o de interpretarlos, sin perjuicio de que, en este último caso, se aplique la doctrina del «acto claro». De acuerdo con esta doctrina, establecida por Laferrrière, no cabe la remisión prejudicial, en lo que a la interpretación se refiere, cuando la determinación del significado del acto no plantee dificultad alguna para una «*mente ilustrada*».

El Tribunal de Conflictos había admitido, no obstante, algunas excepciones a los principios sentados por la jurisprudencia *Septfonds* en dos supuestos: cuando el acto administrativo impugnado por vía de excepción ante el juez ordinario vulnera gravemente el derecho a la propiedad o a la libertad individual (TC 30 de oct. de 1947, *Barinstein*, Rec. 511; S. 1948.3.1, nota Mestre; D. 1947.476, nota PLJ; RD publ. 1948.86, nota M. Waline; JCP 1947.II.3966, nota Fréjaville); cuando se interpretan unas disposiciones legislativas de tal modo que la competencia incumba al juez ordinario y que, de este modo, se promueva la creación de «bloques de competencia», como ocurre en materia de tributación indirecta o de aranceles (TC 12 de nov. de 1984, *Société Sogedis*, Rec. 451; RFDA 1985.445, concl. Picca).

En el caso *SCEA du Chéneau*, el tribunal de primera instancia desestimó las declinatorias de competencia alegando que le correspondía pronunciarse no sobre la conformidad de los decretos ministeriales de ampliación con respecto a la Ley, sino sobre su compatibilidad con respecto a un convenio internacional cuya autoridad es superior a la Ley y *a fortiori* a un reglamento. Hizo hincapié, además, en el hecho de que «*las normas comunitarias son directamente aplicables a los nacionales de los Estados miembros y son de obligado cumplimiento para los tribunales, entre ellos, los tribunales ordinarios*».

Una vez se hubo elevado el conflicto, este último argumento pasó a ser uno de los elementos citado en sus conclusiones por el Comisario del Gobierno.

A la vez que asumía estas conclusiones, la sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos redefinía el alcance del principio de separación entre autoridades de las jurisdicciones administrativa y ordinaria. En ciertos aspectos, ratifica las jurisprudencias anteriores (I). Pero es, a la vez, innovadora, porque introduce elementos de flexibilidad.

### I. La confirmación de las soluciones anteriores.

2 No se pone en tela de juicio las consecuencias que se derivan de la separación de las jurisdicciones administrativas y ordinarias. El Alto Tribunal se esfuerza incluso por demostrar que no se ven afectadas por el lugar que ocupan los tratados internacionales en el orden jurídico interno.

A. La sentencia *SCEA du Chéneau* confirma, en lo que a dos aspectos se refiere, la competencia de la jurisdicción administrativa, tanto cuando se apela a ella por vía de acción como de excepción.

1.º Según el juez del Tribunal de Conflictos, en virtud del principio de separación entre autoridades de las jurisdicciones administrativa y ordinaria, que se establece tanto en el art. 13 de la ley de 16-24 de ago. de 1790 como en el decreto de 16 Fructidor del año III, salvo en el caso de aquellas materias «*que, debido a su naturaleza, se reserven a la autoridad ordinaria, a menos que una disposición estipule lo contrario, corresponde a la jurisdicción administrativa conocer de los recursos de anulación o modificación de las decisiones adoptadas por la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público*».

El enunciado elegido, pese a ser muy similar al que utilizó el Consejo Constitucional en su decisión *n.º 86-224 DC de 23 de ene. de 1987\**, presenta, no obstante, algunas diferencias.

Mientras que el juez constitucional vinculaba la competencia de la jurisdicción administrativa, en el contencioso de anulación de unos actos administrativos, con los «*principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*», y ratificados por el Preámbulo de la Constitución de 1958, que se remite, a su vez, al Preámbulo de la Constitución de 1946, el juez del Tribunal de Conflictos se funda exclusivamente en los textos legales del período revolucionario.

Este matiz es fácil de explicar. El control de constitucionalidad de las leyes, que se encomienda al Consejo Constitucional, le obliga a

situar el debate en el terreno constitucional, mientras que esta obligación no existe en el caso del Tribunal de Conflictos, órgano que, desde su instauración, se ha remitido al art. 13 de la ley de 16-24 de ago. de 1790 y al decreto de 16 Fructidor del Año III, no correspondiéndole actuar como juez de la conformidad de las leyes con la Constitución.

3        2.º) La sentencia comentada, fiel en este punto a la jurisprudencia *Septfonds*, también alude a la competencia del juez administrativo para conocer, por vía de excepción, de la legalidad de un acto administrativo: éste es, «*en principio, el único competente para pronunciarse, en su caso, previa remisión de una cuestión prejudicial, sobre cualquier impugnación contra la legalidad*» de unas decisiones adoptadas por la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público, «*cuando el recurso de impugnación se presente con motivo de un litigio que es competencia, con carácter principal, de la autoridad de la jurisdicción ordinaria*»,

4        B. La competencia de principio de la jurisdicción administrativa, tanto en el contencioso de anulación como en el de apreciación de la legalidad de los actos administrativos, no entra en contradicción con el art. 55 de la Constitución.

1.º) La sentencia de 17 de oct. de 2011 es muy rotunda a este respecto. Las disposiciones del art. 55 de la Constitución, que confieren a los tratados internacionales, en las condiciones que ellas mismas establecen, una autoridad superior a la de las leyes, no imponen ni implican una renuncia al principio de la competencia administrativa, cuando lo que se pone en entredicho es la legalidad de una disposición reglamentaria «*ni siquiera en el caso de que la impugnación se dirija contra la compatibilidad de una determinada disposición con respecto a los compromisos internacionales*».

5        2.º) El Alto Tribunal se desliga, pues, del primer motivo de desestimación de las declinatorias de competencia alegado por el Tribunal de Primera Instancia, pese a que la argumentación de este último se funde en una jurisprudencia del Tribunal de Casación en la que se da preeminencia a las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos por encima de las disposiciones de carácter reglamentario del Código Procesal Civil (As. plen. 22 de dic. de 2000, Bull. As. plen., n.º 12).

La solución propuesta por el Tribunal de Conflictos se funda en el hecho de que cualquier vulneración de una norma jurídica de rango

superior por un acto administrativo constituye una ilegalidad, sin que sea necesario hacer distinciones en función del origen de dicha norma. Los tratados que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional pasan a formar parte integrante del conjunto de normas que componen la legislación interna. Aunque efectivamente se haya interpretado que el art. 55 de la Constitución sienta una «norma de conflicto de normas» entre el tratado y la ley (v. nuestras obs. sobre CE As. 20 de oct. de 1989, *Nicolo\**), este artículo no establece excepción alguna en lo que respecta a las consecuencias que se derivan del principio de separación entre autoridades de las jurisdicciones administrativa y ordinaria.

## II. Introducción de elementos de flexibilidad en la aplicación del principio de separación.

6 Si bien el principio de separación entre autoridades de las jurisdicciones administrativa y ordinaria se inscribe en la concepción francesa de la separación de poderes y constituye un buen ejemplo de la especialización en cada orden jurisdiccional, su aplicación puede suponer una demora en la resolución de un litigio en todos los casos en que el juez que ha de pronunciarse, con carácter principal, se vea obligado a retrasar su fallo hasta que no se haya dado respuesta a la cuestión que excede de sus competencias.

Consciente de esta situación, el Tribunal de Conflictos ha hecho lo posible para flexibilizar el procedimiento de las cuestiones prejudiciales. Conviene hacer un balance de este proceso antes de destacar las consecuencias que ha tenido en la jurisprudencia administrativa.

A. La sentencia comentada aboga por una flexibilización en la aplicación del principio de separación entre autoridades de una y otra jurisdicción en atención tanto a «*la exigencia de una buena administración de la justicia*», que la jurisprudencia del Consejo Constitucional incluye entre los objetivos de valor constitucional (*n.º 2006-545 DC, 28 de dic. de 2006, Rec. 138*), como a los principios generales por los que se rige el funcionamiento de las jurisdicciones y en virtud del cual «*todo justiciable tiene derecho a que se tramite su demanda en un plazo razonable*».

Se tiene en cuenta, a este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v. nuestras obs sobre CE 27 de febr. de 2004, *Mme Popin\**).

Estos imperativos se recogen en la sentencia de dos maneras.

1.º) De acuerdo con las conclusiones del Comisario del Gobierno, una excepción a la jurisprudencia *Septfonds* la constituye el Tratado de la Unión Europea y, en términos más generales, el Derecho de la Unión Europea.

A este respecto, la sentencia destaca que «el juez nacional al que incumbe aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión» Europea tiene «la obligación de asegurarse que se apliquen en su totalidad, excluyendo la aplicación, si procede y por decisión propia, de toda disposición contraria».

A tal efecto, debe tener la posibilidad «en caso de dificultad en la interpretación de las disposiciones, de remitir él mismo al Tribunal de Justicia, una cuestión prejudicial o, cuando estime que tiene la capacidad para hacerlo, aplicar el Derecho de la Unión sin tener previamente que remitir una cuestión prejudicial a la jurisdicción administrativa, cuando se cuestione, con carácter subsidiario, la conformidad de un acto administrativo con respecto a este Derecho».

De este modo se excluye la posibilidad de que se planteen «*questions prejudiciales imbricadas*», según la fórmula del profesor B. Seiller (*cf.* AJ 2011.1132).

Al pronunciarse de este modo, el juez del Tribunal de Conflictos hace suya la jurisprudencia que estableció el Tribunal de Casación (Com. 6 de mayo de 1996, RFDA 1996.1161, nota Seiller; AJ 1996.1033, nota Bazex).

En este terreno es en el que la sentencia anula las declaraciones de conflicto positivo.

7 2.º) El Alto Tribunal se hubiera podido conformar con esta medida. Sin embargo, consideró oportuno introducir en el orden interno el mecanismo de las cuestiones prejudiciales, de un modo que recuerda, en cierto sentido, a las relaciones entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia.

En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha pasado a ser el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretó que las disposiciones del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea eximían a las jurisdicciones nacionales, a las que incumbe pronunciarse en última instancia, de la obligación de remitirle con carácter prejudicial una cuestión de interpretación del Derecho de

la Unión, cuando ésta ya hubiera dado lugar a una «jurisprudencia consolidada» (CJCE 6 de oct. de 1982, *CILFIT*, caso 283/81, Rec. 314).

Sumándose a esta posición del Tribunal de Luxemburgo frente a las jurisdicciones nacionales, la sentencia de 17 de oct. de 2011 reconoce que el juez de lo civil no está obligado a dejar en suspenso su decisión hasta que la jurisdicción administrativa no se haya pronunciado sobre la cuestión prejudicial de legalidad de un acto administrativo, «cuando resulte, a tenor de una jurisprudencia consolidada» que el juez que ha de resolver, con carácter principal, puede decidir sobre la impugnación.

En una sentencia anterior, el Alto Tribunal había clarificado su postura, excluyendo la remisión prejudicial «si resulta *evidente*, a tenor *sobre todo* de una jurisprudencia consolidada, que la impugnación puede ser tramitada por el juez responsable con carácter principal de conocer del litigio» (TC 12 de dic. de 2011, *Société Green Yellow et autres c. Électricité de France*, Rec. 705; RFDA 2011.1141; AJ 2012.27, cr. Guyomar y Domino; JCP Adm. 2012.2061, nota Pauliat).

La similitud con la doctrina del «acto claro» resulta, pues, mucho más evidente. El Protocolo adicional n.º 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se refiere, por su parte, al concepto de «jurisprudencia ya consolidada», que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para autorizar, amparándose en esta jurisprudencia, a un comité de tres jueces, que han de pronunciarse unánimemente, para que resuelva una demanda individual en lugar de que lo haga una sala del tribunal implicado. Aunque esta tramitación de carácter procesal difiera de la técnica de las cuestiones prejudiciales, obedece, al igual que la jurisprudencia *SCEA du Chéneau*, al deseo de garantizar una buena administración de la justicia.

- 8** B. La flexibilización de las modalidades de aplicación del principio de separación entre jurisdicciones administrativa y ordinaria puede también admitirse cuando, pese a ser el responsable con carácter principal de resolver el litigio, el juez administrativo se vea en la necesidad de dar respuesta a una cuestión de derecho privado que excede de sus competencias. Este supuesto se da, sobre todo, en caso de impugnación ante el juez administrativo de la legalidad de un decreto del Ministro del Trabajo con el que se amplía un convenio colectivo, fundamentándose la alegación en una presunta invalidez de dicho conve-

nio. Normalmente se consideraba que el juez administrativo estaba obligado a aplazar su decisión hasta que el juez ordinario, ante el que se planteaba una cuestión prejudicial, no se hubiera pronunciado sobre la validez del convenio (CE Secc. 4 de marzo de 1960, SA «*Le Peignage de Reims*», Rec. 168; Dr. soc. 1960.274, concl. Nicolay).

Pese a asumir el principio en el que se funda esta última jurisprudencia, una decisión del Consejo de Estado, posterior a la sentencia *SCEA du Chéneau* (CE Secc. 23 de marzo de 2012, *Fédération Sud Santé Sociaux*, Rec. 102, concl. Landais; concl. RFDA 2012.429 y RJEP mayo 2012.24; AJ 2012.1583, nota Marc; DA 2012, n.º 56, com. F. Melleray; LPA 29 de mayo de 2012, nota Chaltiel; RTDE 2012.926, com. Ritleng) hace una doble matización que se deriva fundamentalmente de la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos: el primer matiz está relacionado con el Derecho de la Unión Europea; el segundo, de carácter más general, se refiere al caso en que «*resulta evidente, a tenor de una jurisprudencia consolidada, que la impugnación puede ser tramitada por el juez que ha de resolver el litigio con carácter principal*». Las modalidades de aplicación de estos principios se fueron precisando posteriormente (CE 1 de junio de 2015, *Fédération UNSA spectacle et communication*, dem. n.º 369914).

Por tanto, debe reconocerse a la sentencia *SCEA du Chéneau* el mérito de haber establecido las modalidades de aplicación del principio de separación entre las jurisdicciones administrativa y ordinaria, modalidades que reflejan la diversidad de las fuentes del Derecho y de las jurisdicciones que se encargan de garantizar su cumplimiento, a la vez que se detecta en las mismas un sólido afán de garantizar una buena administración de la justicia.

Partiendo de esta nueva forma de abordar el principio de separación y fundándose en una jurisprudencia ya consolidada en el otro orden jurisdiccional, El Consejo de Estado declaró nulo un contrato de garantía (CE 19 de nov. de 2013, *Société Credemlux International*, Rec. 288; BJCP 2014.126, concl. Cortot-Boucher, obs. R. S; CMP ene. de 2014, n.º 20, nota Devillers) y el Tribunal de Casación consideró que el juez ordinario no estaba obligado a remitir el caso a la jurisdicción administrativa para que valorara la validez de un contrato administrativo cuando la irregularidad alegada no tuviera una gravedad suficiente para que hubiera que suspender la aplicación del contrato (Civ. 1.ª 24 de abr. de 2013, *Commune de Sancoins c. Société Les Fils de Mme Géraud*; AJ 2013.1630, nota J.-D. Dreyfus).

**112. MISIÓN DEL JUEZ.  
PROCEDIMIENTO DE CONSULTA.  
IRREGULARIDADES - EFECTOS**

**Consejo de Estado As., 23 de diciembre de 2011, *Danthony et autres***

**Consejo de Estado Sec., 23 de diciembre de 2011, *Danthony et autres***

**I. As., *Danthony et autres*, Rec. 649**

(RFDA 2012.284, concl. Dumortier, 296, nota Cassia, y 423, estudio Hostiou; AJ 2012.195 y 2013.1733, cr. Domino y Bretonneau, 1484, estudio Mialot, y 1609, trib. Seiller; DA marzo 2012.22, nota F. Melleray; JCP 2011.2089, nota Broyelle; misma revista 2012.558, nota Connil)

*Sobre el motivo de inadmisión alegado por el Ministro de Enseñanza Superior y de Investigación:*

Considerando que el hecho de que los tres recurrentes tengan la condición de ser miembros del consejo de administración y del comité técnico paritario de uno de los establecimientos públicos, a los que afecta el decreto impugnado, les confiere legitimación procesal para solicitar la anulación del conjunto de las disposiciones de dicho decreto;

*Sobre las conclusiones tendentes a la anulación de la orden ministerial:*

Considerando que según lo dispuesto en el artículo L. 711-1 del Código de Educación, las Escuelas Normales Superiores (Écoles Normales Supérieures), que son establecimientos públicos de carácter científico, cultural y profesional: «(...) pueden solicitar, mediante deliberación estatutaria de su consejo de administración que de lugar a una decisión aprobada por la mayoría absoluta de sus miembros, su incorporación a un nuevo establecimiento o a un establecimiento ya constituido. La fusión deberá aprobarse por decreto. (...); que, en virtud de

estas disposiciones, el decreto impugnado, por el que se aprobó la fusión de la Escuela Normal Superior de Lyon y la Escuela Normal Superior de Fontenay-Saint-Cloud, y se definieron los estatutos de la nueva escuela, debía haber sido objeto de una solicitud previa por parte de los consejos de administración de cada uno de los establecimientos, después de que cada uno de ellos se hubiera pronunciado de forma independiente; que esta solicitud previa debía, a su vez, en virtud de las disposiciones combinadas del artículo 15 de la ley de 11 de ene. de 1984 y del artículo 12 del decreto de 28 de mayo de 1982, haber sido objeto de un dictamen previo del comité técnico paritario dependiente de cada uno de los establecimientos; que, si bien es cierto que cabe considerar las deliberaciones –al término de las cuales los consejos de administración de la Escuela Normal Superior de Lyon y de la Escuela Normal Superior de Fontenay-Saint-Cloud encomendaron a sus directores, el 13 de mayo de 2009, la misión de «asegurarse de que el proyecto de creación de una Escuela Normal Superior en Lyon se completara el 1 de ene. de 2010»– como unas solicitudes de fusión en el sentido del artículo L. 711-1 del Código de Educación, no es menos cierto que de los elementos que obran en el expediente se desprende, de un lado, que las decisiones no se adoptaron previo dictamen de los comités técnicos paritarios, no habiendo sido éstos consultados sobre el proyecto de nuevos estatutos sino hasta después de constituidas las actas de deliberación, y, de otro lado, que los consejos de administración no deliberaron cada uno por su parte sobre la solicitud de fusión, sino en el transcurso de una reunión conjunta;

Considerando que el artículo 70 de la ley de 17 de mayo de 2011 dispone que: «Cuando la autoridad administrativa proceda a consultar a un organismo, antes de tomar una decisión, las irregularidades que hayan podido ejercer alguna influencia en el sentido de la decisión adoptada después de conocer el dictamen emitido serán las únicas que puedan, en su caso, ser invocadas contra ésta»;

*Considerando que estas disposiciones establecen, cuando las irregularidades afectan al procedimiento de consulta de un organismo, una norma inspirada en el principio según el cual, pese a ser obligatorio que los actos administrativos se adopten en la forma y según los procedimientos previstos en las leyes y en los reglamentos, un defecto que vicie el desarrollo de un procedimiento administrativo previo, ya sea éste obligatorio o facultativo, sólo podrá dar lugar a una declaración de ilegalidad de la decisión adoptada si de los ele-*

*mentos que obran en el expediente se deduce, en el caso concreto del que se trate, que éste ha podido ejercer una influencia en el sentido de la decisión, o que ha podido privar a los interesados de una garantía; que la omisión de un procedimiento obligatorio no exime de la aplicación de este principio, siempre que la omisión no afecte a la competencia del autor del acto;*

*En lo que respecta a la irregularidad consistente en la ausencia de un dictamen de los comités técnicos paritarios previo a las deliberaciones de los consejos de administración:*

Considerando que la consulta obligatoria de cada comité técnico paritario, antes de la adopción por el consejo de administración de cada establecimiento público de carácter científico, cultural y profesional de la solicitud de fusión prevista por las disposiciones ya citadas del artículo L. 71-1 del Código de Educación, consulta cuyo objeto es informar a cada uno de los consejos sobre la posición de los representantes del personal del establecimiento implicado, constituye para estos últimos una garantía que se deriva del principio de participación de los trabajadores en la determinación colectiva de las condiciones laborales, tal y como se establece en el apartado ocho del Preámbulo de la Constitución de 1946; que de los elementos que obran en el expediente se deduce que, pese a que se consultó a los comités técnicos paritarios de ambas escuelas sobre el proyecto de estatutos de la nueva Escuela Normal Superior, la consulta se realizó con motivo de una reunión conjunta que se celebró el 9 de jul. de 2009, es decir, con posterioridad a las deliberaciones de los consejos de administración de los que emanaba la solicitud de fusión; que dicha omisión de la consulta previa de cada comité sobre el proyecto de fusión, que privó de una garantía a los representantes del personal, constituyó una irregularidad susceptible de invalidar la legalidad del decreto impugnado;

*En lo que respecta a las modalidades de deliberación de los consejos de administración:*

Considerando que, cuando unos establecimientos solicitan su fusión, se debe proceder a una deliberación en la que se exprese la voluntad del consejo de administración de cada una de las personas jurídicas implicadas; que esta necesidad impide, dado el objeto mismo de la

deliberación, que un consejo de administración pueda deliberar en presencia de miembros de los consejos de administración del resto de los establecimientos con los que proyecta fusionarse; que de los elementos que obran en el expediente se deduce que las decisiones por medio de las cuales los consejos de administración de las dos escuelas normales superiores tomaron partido sobre el proyecto de fusión con el otro establecimiento se emitieron durante una reunión conjunta, siendo presidida la misma exclusivamente, incluso durante el debate y la votación, por el presidente del consejo de administración de uno de estos dos establecimientos; que, dada la cantidad y la calidad de las personas que asistían irregularmente, y pese a que los administradores habían sido informados desde hacía varios meses del proyecto de fusión, no cabe considerar que estas modalidades de deliberación no vayan a tener alguna influencia en el sentido de los votos, aunque éstos se emitan de forma independiente; que la manifestación del punto de vista autónomo de cada uno de los establecimiento se vio, pues, entorpecida; *que este defecto en el desarrollo del procedimiento pudo, por tanto, ejercer una influencia en el sentido de las decisiones y, por ende, en el sentido del decreto impugnado de aprobación de la solicitud de fusión*; Considerando que de cuanto antecede y sin que proceda, en interés de una buena administración de la justicia, reabrir el caso para tener en cuenta la cuestión previa de constitucionalidad que se cita en una nota añadida a las actas de la deliberación y que presentaron el señor Danthony y el resto de los recurrentes, se desprende que el señor Danthony y el resto de los recurrentes tienen motivos fundados para sostener que el decreto impugnado se dictó al término de un procedimiento irregular y para solicitar, por este motivo, su anulación;

*Sobre las consecuencias de la ilegalidad del decreto impugnado:*

Considerando que la anulación de un acto administrativo implica, en principio, que a partir de ese momento se ha de asumir que dicho acto no existió nunca; que si resulta, no obstante, que este efecto retroactivo de la anulación puede tener consecuencias manifiestamente desproporcionadas debido tanto a los efectos que dicho acto pudo tener sobre situaciones que se dieron cuando todavía estaba en vigor, como al interés general que pueda presentar el hecho de que sus efectos se mantengan temporalmente, corresponde al juez administrativo – después de recabar al respecto las observaciones de las partes y de examinar el conjunto de los motivos, ya sean éstos de orden público o

motivos que se hayan alegado ante él y que puedan afectar a la legalidad del acto en cuestión— tener en cuenta, de un lado, las consecuencias de la retroactividad de la anulación sobre diferentes intereses públicos o privados y, de otro, los inconvenientes que se derivarían, en lo que respecta al principio de legalidad y al derecho de los justiciables a un recurso efectivo, de una limitación en el tiempo de los efectos de la anulación; que es competencia del juez valorar, sopesando estos elementos, si pueden justificar que se obvie con carácter excepcional el principio del efecto retroactivo de las anulaciones contencioso-administrativas y, en caso afirmativo, prever en su decisión de anulación que, sin perjuicio de las acciones contenciosas que se hayan podido emprender hasta esa fecha contra los actos adoptados sobre la base del acto en cuestión, la totalidad o parte los efectos de dicho acto, anteriores a su anulación, pasen a tener carácter definitivo e incluso, si procede, que la anulación no surta efecto hasta una fecha posterior que le corresponde al propio juez establecer.

Considerando que, dadas las consecuencias que se derivarían de la retroactividad de la anulación del decreto impugnado, cuyos efectos serían manifiestamente desproporcionados, puesto que podría dar lugar a que se impugnen muchos de los actos individuales y contractuales adoptados al amparo de estas disposiciones, y relacionados tanto con el funcionamiento de la escuela como con la situación de sus alumnos y profesores, y habida cuenta también de la necesidad de que se autorice al Ministro de Enseñanza Superior e Investigación a adoptar las disposiciones necesarias para garantizar la continuidad del servicio público, y en atención, por último, de la naturaleza del motivo de anulación admitido y de la imposibilidad de aceptar el resto de los motivos alegados, procede establecer que la anulación que se pronuncia por medio de esta decisión no surta efecto hasta el 30 de junio de 2012 y que, sin perjuicio de las acciones contenciosas que se hayan podido emprender hasta la fecha de la presente decisión contra los actos adoptados al amparo de ésta, los efectos resultantes de las disposiciones del decreto impugnado con anterioridad a su anulación pasen a tener carácter definitivo;

*Sobre las conclusiones relativas a la orden conminatoria bajo apercibimiento de multa coercitiva:*

Considerando que la presente decisión no implica, en sí misma, ninguna medida de ejecución; que, por consiguiente, las conclusiones relativas a la orden conminatoria bajo apercibimiento de multa coerci-

tiva propuesta por el señor Danthony y el resto de los recurrentes tienen necesariamente que ser desestimadas;... (Anulación del decreto de 10 de dic. de 2009 a partir del 30 de junio de 2012).

## II. Secc., *Danthony et autres*, Rec. 653.

Considerando que de los elementos que obran en el expediente se deduce que, con las decisiones adoptadas respectivamente el 2 de oct. de 2007 por el consejo de administración de la Escuela Normal Superior de Lyon y el 27 de nov. de 2007 por el consejo de administración de la Escuela Normal Superior de Fontenay-Saint-Cloud, ambos establecimientos solicitaron acogerse, a partir de 1 de ene. de 2009, a un régimen de responsabilidades y competencias ampliadas en materia presupuestaria y de gestión de los recursos humanos; que estas deliberaciones se aprobaron, con fecha de entrada en vigor de 31 de dic. de 2009, mediante dos órdenes de 29 de dic. de 2009 del Ministro de Enseñanza Superior e Investigación y del Ministro de Presupuestos, Cuentas Públicas, Función Pública y Reforma del Estado, habiéndose éstas publicado en el Boletín Oficial de la República francesa de 31 de dic. de 2009 y derivándose de las mismas una modificación del anexo de la orden de 26 de dic. de 2009 de los ministros arriba citados, en la que se establecía la lista de establecimientos públicos que se podrían acoger al régimen de responsabilidades y competencias ampliadas en materia presupuestaria y de gestión de los recursos humanos; que la fecha de entrada en vigor de las órdenes ministeriales de 29 de dic. de 2009 se estableció mediante un decreto de 30 de dic. de 2009, en aplicación del segundo apartado del artículo primero del Código Civil, debiendo ésta coincidir con la fecha de su publicación, es decir, el 31 de dic. de 2009.

### *Sobre la legalidad de los actos impugnados:*

Sin que sea necesario entrar a examinar el resto de los motivos de la demanda:

Considerando que, de conformidad con el artículo L. 711-9 del Código de Educación: «Los establecimientos públicos de carácter científico, cultural y profesional, excepto las universidades, podrán solicitar, en las condiciones que establece el artículo L. 712-9, que se les aplique el régimen de responsabilidades y competencias ampliadas en materia presupuestaria y de gestión de los recursos humanos mencio-

nado en los artículos L. 712-9, L. 712-10 y L. 954-1 a L. 954-3»; que, en virtud del artículo L. 712-8 del mismo código, la deliberación del consejo de administración del establecimiento del que emane la solicitud de fusión deberá ser aprobada por una orden conjunta del ministro responsable de los presupuestos y del ministro responsable de la enseñanza superior; que se deduce de estas disposiciones que la legalidad de las órdenes ministeriales –por las que se procedió a la aprobación, en aplicación de estas disposiciones, de la solicitud de cualquier establecimiento público de carácter científico, cultural y profesional, salvo las universidades, de adscripción al régimen de responsabilidades y competencias ampliadas en materia presupuestaria y de gestión de los recursos humanos– depende básicamente de la conformidad a las reglas de deliberación previa del consejo de administración que ha formulado esta solicitud, deliberación que, a tenor de las disposiciones conjuntas del artículo L. 951-1-1 del Código de Educación, del artículo 15 de la ley de 11 de ene. de 1984 y del artículo 12 del decreto de 28 de mayo de 1982, debe ir precedida de un dictamen del comité técnico paritario dependiente del establecimiento; que de los elementos que obran en el expediente de las deliberaciones de 2 de oct. y 27 de nov. de 2007, a través de las cuales los consejos de administración de las dos escuelas normales superiores solicitaron que se les autorizara a asumir unas responsabilidades y competencias ampliadas en materia presupuestaria y de gestión de los recursos humanos, se desprende que éstas no se vieron precedidas de una consulta al comité técnico paritario de dichos establecimientos;

Considerando que el artículo 70 de la ley de 17 de mayo de 2011 dispone que: «Cuando la autoridad administrativa proceda a la consulta de un organismo, antes de tomar una decisión, las irregularidades que hayan ejercido alguna influencia en el sentido de la decisión finalmente adoptada después de conocer el dictamen emitido serán las únicas que se puedan, en su caso, invocar contra ésta»;

Considerando que estas disposiciones establecen, cuando las irregularidades afectan al procedimiento de consulta de un organismo, una norma inspirada en el principio según el cual, pese a ser obligatorio que los actos administrativos se adopten en la forma y según los procedimientos previstos en las leyes y en los reglamentos, un defecto que vicie el desarrollo de un procedimiento administrativo previo, ya sea este obligatorio o facultativo, sólo podrá dar lugar a una declaración de ilegalidad de la decisión adoptada si de los elementos que obran en el expediente

se deduce, en el caso concreto del que se trate, que dicho defecto ha podido ejercer una influencia en el sentido de la decisión, o que ha podido privar a los interesados de una garantía; que la omisión de un procedimiento obligatorio no exime de la aplicación de este principio, siempre que no afecte a la competencia del autor del acto;

Considerando que la consulta obligatoria del comité técnico paritario, previa a la adopción por el consejo de administración de un establecimiento público de carácter científico, cultural y profesional de una decisión, en la que éste solicite que se le autorice a asumir unas responsabilidades y unas competencias ampliadas en materia presupuestaria y de gestión de los recursos humanos, consulta cuya finalidad consiste en informar al consejo sobre la posición de los representantes del personal del establecimiento implicado, constituye una garantía para estos últimos, derivada del principio de participación de los trabajadores en la determinación colectiva de las condiciones laborales que consagra el apartado ocho del Preámbulo de la Constitución de 1946; que de los elementos que obran en el expediente se desprende que, durante una reunión en el nuevo establecimiento, un comité técnico paritario emitió el 25 de ene. de 2010 un dictamen favorable previo a la nueva solicitud de adscripción al régimen de competencias y responsabilidades ampliadas, formulada el 27 de ene. de 2007 por el consejo de administración del nuevo establecimiento, consulta que se efectuó con posterioridad a las deliberaciones de los consejos de administración de oct. y nov. de 2007, en virtud de las cuales se dictaron las órdenes impugnadas de 29 de dic. de 2009; *que la omisión de la consulta previa de los comités técnicos paritarios, que privó a los representantes del personal de una garantía, constituye una irregularidad que invalida la legalidad de las órdenes impugnadas;*

Considerando que de cuanto antecede se desprende que el señor Danthony y el resto de los recurrentes tienen motivos fundados para solicitar la anulación de las órdenes ministeriales y del decreto impugnados;

*Sobre las conclusiones tendentes a conseguir que el Consejo de Estado limite en el tiempo los efectos de las anulaciones que se derivan de la presente decisión:*

Considerando que no ha lugar, dadas las circunstancias del caso, a limitar en el tiempo los efectos de las anulaciones que se pronuncian

con esta decisión;... (Anulación de las órdenes ministeriales de 29 de dic. de 2009 y del decreto de 30 de dic. de 2009).

## OBSERVACIONES

**1** Por medio de un decreto de 10 de dic. de 2009 se creó un nuevo establecimiento público, la Escuela Normal Superior de Lyon, que agrupaba a la antigua Escuela Normal Superior de Lyon y a la Escuela Normal Superior de Fontenay-Saint-Cloud.

A través de dos órdenes ministeriales de 29 de dic. de 2009 se aprobaron las decisiones de los consejos de administración de los dos establecimientos públicos anteriores, que éstos habían adoptado respectivamente el 2 de oct. de 2007 y el 27 de nov. de 2007, para solicitar que se les permitiera acogerse al régimen de responsabilidades y competencias ampliadas en materia presupuestaria y de recursos humanos, previstas en las nuevas disposiciones legislativas en materia de enseñanza superior (ley de 10 de ago. de 2007; art. L. 711-9 del Código de Educación); un decreto de 30 de dic. de 2009 estableció que estas dos órdenes entrarían en vigor al día siguiente. El decreto de 10 de dic. de 2009, por el que se creaba la nueva Escuela Normal Superior de Lyon, se había visto precedido por la celebración, el 13 de mayo de 2009, de una reunión conjunta de los consejos de administración de las dos escuelas normales superiores ya citadas, presidida por un solo presidente de los dos consejos y durante la cual ambos consejos solicitaron su fusión. Los comités técnicos paritarios de los dos establecimientos habían emitido su dictamen sobre el proyecto de estatutos durante una reunión también conjunta, que se celebró el 9 de jul. de 2009, es decir, antes de que se promulgara el decreto, pero con posterioridad a la reunión de los consejos de administración.

Las órdenes ministeriales de 29 de dic. de 2009 no se emitieron después de que los comités técnicos paritarios de cada uno de los dos establecimientos procediera a una deliberación. Sólo después de que se creara la nueva Escuela Normal Superior, el comité técnico paritario de este establecimiento emitió, el 25 de ene. de 2010, un dictamen favorable a la adscripción a un régimen de responsabilidades y competencias ampliadas: aunque este dictamen se había emitido antes de la solicitud formulada el 27 de ene. de 2010 por el consejo de administración de la nueva Escuela Normal Superior, era evidente que era posterior a la fe-

cha tanto de las deliberaciones de los consejos de administración de las antiguas escuelas normales superiores como de las órdenes ministeriales de 29 de dic. de 2009 de aprobación de las mismas.

El señor Danthony y varios de los demás miembros de los consejos de administración y de los comités técnicos paritarios, que tenían legitimación procesal, precisamente debido a su condición, para emprender acciones contra los actos relativos a los órganos de los que formaban parte (v. nuestras obs. sobre las sentencias *Casanova\**, *Lot\**, *Croix-de-SegueyTivoli\**), impugnaron, de un lado, el decreto de 10 de dic. de 2009 y, de otro, las órdenes ministeriales de 29 de dic de. 2009 y el decreto de 30 de dic de. 2009, mediante dos recursos independientes. El Consejo de Estado se pronunció sobre estos recursos el mismo día (23 de dic. de 2011), pero en dos órganos distintos (en la Asamblea en el caso del primer decreto, en una Sección en el caso del segundo decreto y de las órdenes ministeriales).

La cuestión esencial que se planteaba era la de las consecuencias de un defecto procesal, más concretamente, de los defectos procesales que viciaban el procedimiento de consulta en el que habían intervenido los consejos de administración de las Escuelas Normales Superiores y sus comités técnicos paritarios.

La cuestión se plantea en un sistema en el que se combinan la Ley y la jurisprudencia (I), hecho que ha llevado a distinguir los defectos procesales (II).

## I. La combinación de la Ley y de la jurisprudencia.

2 Son muy numerosos los textos legales que establecen diversas formalidades, en especial, las consultas, con las que ha de cumplir la Administración antes de adoptar una decisión, tanto para sustentar su decisión como para asegurarse de que los interesados participen en la preparación de unas medidas que les afectan. Pero, al mismo tiempo, se han multiplicado los riesgos contenciosos que se derivan del hecho de no cumplir al pie de la letra con el procedimiento.

El juez ante el que se interpone un recurso contra unas decisiones cuya tramitación no cumplía con los requisitos del procedimiento, en particular, porque no se produjo una consulta, se halla en presencia de consideraciones contradictorias: la legalidad le obliga a sancionar los procedimientos irregulares, pero el pragmatismo le incita a no censurar las irregularidades que no tienen consecuencia alguna. Se han bus-

cado soluciones para flexibilizar una jurisprudencia anticuada y bastante intrincada, cuyas líneas maestras fueron expuestas por la señora Domortier en sus conclusiones. Básicamente se tenían en cuenta las garantías que protegían a los administrados, la influencia que ejercían los procedimientos sobre el acto final, los elementos que eran sustanciales y los que no lo eran; se procedía a una valoración en ocasiones abstracta y otras concreta. Las soluciones no eran homogéneas ni tampoco eran claras sus líneas rectoras.

Todo ello producía un cierto malestar, que ponían de manifiesto tanto los miembros del Consejo de Estado como el propio Consejo de Estado en su informe público de 2011 «Consultar de otro modo. Participar activamente»; el informe proponía «medidas contra las impugnaciones contencioso-administrativas carentes de sentido, y generadoras de un formalismo excesivo».

Este mismo afán llevó a incorporar en la Propuesta de Ley de Simplificación y Mejora de la Calidad del Derecho, examinada en el Parlamento a comienzos de 2011, un artículo destinado, según la exposición de motivos, «a reforzar la seguridad jurídica de los actos adoptados por las autoridades administrativas, limitando los casos de anulación de decisiones adoptadas en función del dictamen de un organismo consultivo»: se pretendía que sólo se pudieran alegar irregularidades en el procedimiento de consulta a un organismo en caso, de un lado, de que la consulta fuera obligatoria y, de otro, que las irregularidades pudieran haber ejercido una influencia sobre el dictamen emitido. Al serle sometida la propuesta de ley en aplicación de la reforma constitucional de 23 de jul. de 2008 (art. 39, último apartado, de la Constitución), el Consejo había emitido sus reservas sobre la limitación del dispositivo a aquellos casos en que la consulta fuera obligatoria, pero no había apreciado «motivo alguno que impidiera que, tanto en el caso de las consultas facultativas como en el de las consultas obligatorias, sólo las irregularidades sustanciales, es decir, aquellas que hubieran tenido alguna influencia en el sentido de la decisión adoptada, pudieran dar lugar a cuestionar la legalidad de dicha decisión».

Como resultado de lo anterior, se procedió a rectificar y adoptar la propuesta, que pasó a ser el artículo 70 de la ley de 17 de mayo de 2011: «*Cuando la autoridad administrativa proceda a la consulta de un organismo, antes de tomar una decisión, las irregularidades que hayan podido ejercer alguna influencia en el sentido de la decisión*».

*adoptada después de conocer el dictamen emitido serán las únicas que puedan, en su caso, ser invocadas contra ésta»;*

- 3 Dado que se dictó tras la publicación del decreto de 10 de dic. de 2009 y de las órdenes ministeriales de 29 de dic. de 2009 impugnados ante el Consejo de Estado, ¿podía aplicarse esta disposición al examen de los recursos dirigidos contra éstos? Nos hallamos ante la pregunta sobre la posibilidad de aplicación inmediata de un nuevo texto a una causa en curso. Se podía haber contestado afirmativamente si se hubiera considerado la ley de 2011 como una ley procesal (en este sentido v. CE Secc. 13 de nov. de 1959, *Secrétaire d'État à la reconstruction c. Bacqué*, Rec. 593), o negativamente si se hubiera interpretado como una limitación del derecho al recurso o, al menos, del derecho a exponer unas alegaciones favorables al recurso (CE Secc. 5 de mayo de 1995, *Société «Coopérative Maritime Bidassoa»*, Rec. 195; AJ 1995.463 y BJDU 1995.250, concl. Lasvignes);

El Consejo de Estado no se vio en la necesidad de zanjar esta cuestión ya que consideró que las disposiciones del art. 70 «establecen, en el caso de irregularidades que afectan al procedimiento de consulta de un organismo, una norma inspirada en el principio» relacionado con los defectos que pueden viciar el desarrollo de un procedimiento administrativo previo, retomándose este principio en la parte final de la fórmula adoptada. Este razonamiento es similar al utilizado por otras sentencias, como la sentencia *Alitalia*\* de 3 de febr. de 1989, según la cual, en lo que atañe a la obligación de derogar un reglamento ilegal, el decreto de 28 de nov. de 1983 se había inspirado en el principio formulado por la sentencia. Esta fórmula tiene una doble vertiente: por una parte, la ley se limita a aplicar el principio; por otra, el principio es anterior a la ley. Esto es lo que permite aplicarla al caso comentado sin tener que zanjar el problema de la aplicación inmediata de una nueva ley (puesto que, teóricamente, ésta no implica una nueva solución).

Por ello mismo, aunque la fórmula de la sentencia puede parecer innovadora (y, en realidad, lo es, como veremos más adelante), su expresión no deja de ser la simple constatación de un principio ya existente: el juez no es, formalmente, el creador de dicho principio. Se trata de una justificación clásica. Ello no impidió que el Consejo de Estado reconociera, en otros casos, que la solución por la que se había optado era una verdadera innovación, que, en principio, sólo debía aplicarse a los litigios posteriores, con el fin de no pasar por alto los

requisitos de la legislación vigente (v. CE 11 de mayo de 2004, *Association AC!*\*, et 4 de abr. de 2014, *Département de Tarn-et- Garonne*\*, y nuestras obs.).

Tampoco se puede negar que, si el principio enunciado por el Consejo de Estado retoma algunas soluciones de su jurisprudencia anterior, va mucho más lejos que la fórmula expuesta en el art. 70 de la ley de 17 de mayo de 2011. Aquí es donde radica el poder innovador de la jurisprudencia en relación con la legislación, por no decir en contraposición con ésta (v. por ej., CE 17 de febr. de 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*\* sobre el recurso por exceso de poder, que sin duda la ley no excluyó deliberadamente).

Hay al menos un aspecto en el que coinciden el enunciado del art. 70 y la resolución de las sentencias *Danthony*: nos referimos a la aplicación, sin distinción alguna entre procedimientos facultativos y procedimientos obligatorios, de los criterios de apreciación del vicio que afecta a su desarrollo (igualdad de tratamiento que ya había admitido el legislador con una enmienda consecutiva a las observaciones del Consejo de Estado). Pero las sentencias van mucho más lejos.

## II. Tipos de defectos procesales.

4 Los vicios de procedimiento a los que alude la sentencia van mucho más lejos que los que menciona la Ley. Su *naturaleza* y su *alcance* son mucho más amplios.

1.º En primer lugar, incluyen, entre éstos, no sólo a la consulta (obligatoria u facultativa) de un organismo, sino también cualquier procedimiento previo (también obligatorio o facultativo): puede tratarse de la consulta de una sola autoridad (por ej., un ministro, un prefecto o un alcalde), un procedimiento de investigación, un estudio de «impacto», una publicidad previa, un plazo o cualquier otra formalidad que preceda a la adopción de una decisión.

En segundo lugar, el defecto procesal puede derivarse tanto de una omisión de procedimiento como de una irregularidad procesal.

En el caso de la *omisión de procedimiento*, que no se menciona en el art. 70 de la ley de 2011, no se produce un procedimiento que había que cumplir. Sólo puede haber ilegalidad, en este caso, si el procedimiento era obligatorio (no se produce una ilegalidad cuando no se cumple algo que no era obligatorio). Normalmente, la omisión sólo es

reprobable en función de los mismos criterios aplicables en el caso de la irregularidad procesal. Cabe hablar de omisión *ordinaria*.

Deja de ser ordinaria si tiene «como resultado que se vea afectada la competencia del autor del acto». Esta fórmula un tanto sibilina es válida también en el supuesto de que el procedimiento obligatorio (fundamentalmente, la consulta de un organismo) haga intervenir a una autoridad en la adopción de una decisión por otra autoridad.

Cabe mencionar dos ejemplos. Uno de ellos es el del dictamen favorable de un organismo, que resulta necesario para que una decisión pueda luego ser adoptada por la autoridad competente: el ejercicio de esta competencia se subordina a la existencia del dictamen favorable emitido por el organismo «consultado»; en realidad, intervienen dos coautores. En caso de que no se solicite y obtenga el dictamen favorable (o incluso el acuerdo) del organismo al que había que consultar, el autor de la decisión carece de competencia para adoptarla (CE 27 de oct. de 2010, *Fisher*, Rec. 671). El segundo ejemplo es el de la deliberación del Consejo de Estado, en sus órganos administrativos, que es obligatoria en el caso de determinados proyectos de ley (ordenanzas, decretos promulgados en el Consejo de Estado): el gobierno no está obligado a asumir la posición del Consejo de Estado (no se trata, pues, de un dictamen favorable), pero no puede omitir esta deliberación del Consejo de Estado. Aunque, al pronunciarse sobre un litigio, el Consejo de Estado renuncie a seguir manteniendo que, en este supuesto, ejercía una competencia conjunta con el gobierno (comparar con CE 9 de junio de 1978, *SCI du 61-67 boulevard Arago*, Rec. 237; JCP 1979. II.19032, concl. Genevois, y 11 de jul. de 2007, *Union syndicale des magistrats administratifs et Ligue des droits de l'Homme*, Rec. 638; AJ 2007.2218, nota Gründler), ello no obsta para que la no remisión del proyecto al Consejo de Estado incida en la competencia del gobierno.

Estas omisiones, que cabe calificar de *radicales*, dada su coincidencia con el caso más grave de ilegalidad, el de incompetencia, llevan siempre a considerar ilegal el acto subsiguiente, sin que proceda aplicar los criterios de apreciación de un vicio procesal en los casos de omisiones ordinarias o de irregularidades.

Se denominan *irregularidades procesales* (expresión que no utiliza la sentencia) los vicios que se aprecian en un procedimiento que, pese a no haberse omitido, no se ajustó a las reglas. De hecho, puede ser difícil distinguir la omisión ordinaria de la irregularidad, cuando esta última se produce por omisión de un determinado aspecto del pro-

cedimiento: la aplicación de los mismos criterios en ambos casos evita tener que hacer distinciones excesivamente sutiles. En el caso de las irregularidades, los criterios de valoración no sólo radican, según el art. 70 de la ley de 17 de mayo de 2011, en la influencia que puedan tener en el sentido de la decisión adoptada. Residen también, y cabría incluso decir que sobre todo, en la toma en consideración de la garantía que debe suponer una formalidad para los interesados.

- 5 Las fórmulas de las sentencias *Danthony* citan, sin embargo, el caso de la privación de una garantía de los interesados en segundo lugar, después de referirse al defecto que ha podido determinar el sentido de la decisión. Este orden obedece al deseo de respetar la fórmula utilizada por el legislador (cuando no a una deferencia hacia este último), a la que había que citar en primer lugar, limitándose el Consejo de Estado a añadir un complemento. Pero, si tenemos en cuenta la importancia respectiva de los dos defectos procesales que pueden producirse, es indudable que la vulneración de las garantías es más grave y tiene mayor alcance que el defecto que ha podido influir en el contenido de la decisión.

Si bien es cierto que las sentencias *Danthony* añaden un complemento a la Ley, en realidad, optan por una solución que ya prevalecía con anterioridad en la jurisprudencia y a la que no puede haber renunciado deliberadamente la ley: dado el título que se dio esta última, es evidente que su objetivo era, a la vez, simplificar y mejorar la calidad del Derecho. Su calidad se hubiera deteriorado considerablemente si se hubiera renunciado a garantizar... una garantía. Del mismo modo en que, al excluir cualquier recurso, la ley no podía, sin contradecirse, excluir el recurso por exceso de poder (*Dame Lamotte\**), tampoco podía, sin contradecirse, excluir de la lista de defectos procesales que vician un acto aquellos que vulneran las garantías que protegen a los interesados.

Nos hallamos, pues, ante dos tipos de defectos procesales, que pueden producirse simultáneamente (como en la primera sentencia *Danthony*) o de forma aislada (como en la segunda).

Conviene señalar que algunas sentencias (CE Secc. 16 de mayo de 2012, *M. et Mme Meyer*, Rec. 149; Dr. fisc. 2012.366, concl. Hedary, nota Fouquet; JCP 2012.687, nots Collet; RFDA 2013.1223, cr. Collet; – 17 de junio de 2015, *Province Sud*, dem. n.º 375703) parecen vincular ambos tipos de defectos.

6 2.º) *El alcance del defecto procesal* varía en dos casos concretos.

*El defecto procesal, que priva a los interesados de una garantía, vicia la decisión adoptada, aunque no haya tenido influencia alguna en su contenido:* La garantía se ha de contemplar en sí misma, al igual que la vulneración de la que ha sido objeto. Esto fue lo que ocurrió con las deliberaciones de los comités técnicos paritarios relativas tanto a la fusión de las dos Escuelas Normales Superiores como a su adscripción al régimen de responsabilidades y competencias ampliadas: tal y como puso de relieve la señora Dumortier, no cabía la menor duda de que los comités estaban a favor de la propuesta de fusión; como destacó la segunda sentencia *Danthony* también eran partidarios de la adscripción al régimen de responsabilidades y competencias ampliadas. El hecho de que el defecto procesal no haya incidido sobre el contenido de la decisión no supone un impedimento, contrariamente a lo que proponía la señora Dumortier, para que se pueda optar por una solución estricta, es decir, la anulación.

La consulta de los comités técnicos paritarios es «una garantía que se deriva del principio de participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones laborales, principio que consagra el apartado ocho del Preámbulo de la Constitución de 1946». Se trata de una garantía de carácter constitucional. No se le había reconocido este carácter obligatorio en la sentencia del Consejo de Estado de 4 de febr. de 1994, *Ministère de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports c. SGEN-CFDT-93*, Rec. 751, en la que se admitía que, dadas las circunstancias del caso, la omisión de la consulta del comité técnico paritario competente (así como del Consejo Departamental de Educación) no permitía atribuirle un vicio de irregularidad a la decisión adoptada. Habida cuenta del enunciado de las sentencias *Danthony*, ya no era posible admitir una solución como ésta. No obstante, conviene distinguir entre la consulta de los comités técnicos paritarios (cuya omisión vulnera una garantía y justifica siempre una sanción) y el derecho a ser informados de los miembros de dichos comités (cuya vulneración sólo está sujeta a sanción si puede incidir en el sentido del dictamen) (CE 27 de abr. de 2012, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole SNETAP-FSU*, Rec. 544; además, si se ha consultado a un comité técnico paritario sobre un proyecto, ya no es necesario comunicarle a continuación las modificaciones menores que introduzca la Administración (misma sentencia).

7 Otras garantías son igualmente importantes, en función de su rango y de su alcance. Ello es evidente en el caso de las garantías relativas al respeto de los derechos de la defensa (*cf.* nuestras obs. sobre la sentencia de 5 de mayo de 1944, *Dame Vve TrompierGravier\**) – que constituyen un principio de valor constitucional. Cabe decir lo mismo de las garantías esenciales cuyas modalidades de aplicación se establecen por ley, como el carácter obligatorio de la consulta de la Comisión de Cláusulas Abusivas previa a la promulgación de un Decreto por el Consejo de Estado para prohibir, limitar o regular determinadas cláusulas en los contratos suscritos entre profesionales y no profesionales o consumidores (CC n.º 92-170 L 8 de dic. de 1992, Rec. 114).

Otras garantías pueden ser menos esenciales, como la obligación de apertura en un acto público del sobre sellado que contiene el precio máximo establecido por decreto para la adjudicación de un contrato: ésta era «una garantía que protegía a los candidatos contra toda modificación del precio con posterioridad a la apertura de ofertas» (CE 10 de jul. de 1964, *Compagnie française des conduites d'eau et Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable de Saint-Clair-Sur-Elle*, Rec. 396).

Las garantías que se han de conceder pueden, pues, tener su origen en normas de diferentes rangos. En cualquier caso, la vulneración de las garantías vicia el propio procedimiento, sin que sea necesario entrar a examinar si ha tenido alguna influencia en la decisión final.

8 Por el contrario, en el caso de otros defectos procesales, es precisamente la influencia que han podido tener en la decisión lo que se debe valorar: constituirán un motivo de anulación de la decisión a la que han dado origen únicamente si de los elementos que obran en el expediente se deduce que han podido influir en el sentido de la decisión adoptada. La fórmula de las sentencias *Danthony* coincide a este respecto con el art. 70 de la ley de 17 de mayo de 2011; coincide también con algunas soluciones de la jurisprudencia anterior.

Como en sentencias anteriores (por ej., CE 16 de mayo de 2008, *Commune de Cambron d'Albi*, Rec. 177; BJCL 2008.505, concl. Séners), corresponde al juez valorar si, dadas sus consecuencias, la vulneración de las normas procesales justifica una anulación.

Se realizó este mismo análisis en el caso del proyecto de fusión de las dos Escuelas Normales Superiores en Lyon: las modalidades de deliberación de los consejos de administración, que en opinión del Ponente Público no parecían haber tenido incidencia alguna en este caso

concreto, fueron consideradas por el Consejo de Estado como susceptibles de haber ejercido alguna influencia en el sentido de las deliberaciones y, por consiguiente, en la legalidad del decreto por el que se proclamaba la fusión: se procedió, pues, a la anulación del decreto.

Posteriormente, por el contrario, el Consejo de Estado en su sentencia de 17 de febr. de 2012, *Société Chiesi SA* (Rec. 43, concl. Vialettes; RDSS 2012.532, concl.), consideró que, si la comisión que autoriza la comercialización de los medicamentos había emitido un dictamen el 26 de marzo de 2009 en relación con una decisiones adoptadas el día anterior, «este dictamen presenta el carácter de un dictamen favorable emitido de forma unánime; que, por otra parte, el grupo de trabajo de la comisión... ya le había propuesto a esta última el 5 de febr. de 2009, que emitiera un dictamen favorable...; que, por tanto, dadas las circunstancias del caso, no se desprende de los elementos que obran en el expediente que el defecto en el desarrollo del procedimiento de consulta haya podido ejercer una influencia en el sentido de las decisiones adoptadas; que, por lo demás, este defecto no privó a los interesados de una garantía» (se establece aquí con nitidez la distinción entre los dos tipos de vulneración).

Por consiguiente, ha de procederse a una valoración muy concreta, caso por caso, para valorar este tipo de irregularidades. La misión del juez queda, así, muy claramente expuesta.

- 9 Según la sentencia *Association AC!*\* de 11 de mayo de 2004, corresponde también al juez, si procede, limitar en el tiempo los efectos de una anulación. La primera sentencia *Danthony*, retoma el considerando principal de la sentencia *AC!*, y lo aplica: después de haber considerado que los defectos procesales, que vician el decreto de constitución de la nueva Escuela Normal Superior de Lyon, justifican su anulación, decide que ésta no surtirá efecto hasta el 30 de junio de 2012.

Así pues, el rigor del Consejo de Estado sobre las consecuencias del defecto procesal en cuanto a la anulación se vio atenuada por una cierta flexibilidad en lo que respecta a la fecha de la anulación. El pragmatismo terminó por compensar las exigencias de la legalidad. Pero en la segunda sentencia, fueron estas últimas las que prevalecieron dado que los efectos de la anulación de las órdenes impugnadas no se limitaron en el tiempo. Las dos sentencias mencionan la importancia de la misión del juez, es decir, de sus funciones y de las competencias que le corresponde ejercer.

Ilustran asimismo hasta que punto es necesario, además del diálogo entre los jueces y entre la jurisprudencia y la doctrina, un diálogo entre la jurisprudencia y la legislación, ambas de las cuales se combinan para determinar el contenido y el alcance de la norma de Derecho.

### 113. COMPETENCIA - VÍA DE HECHO

**Tribunal de Conflictos, 17 de junio de 2013, *Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman***

(Rec. 370; AJ 2013.1568, cr. Domino y Bretonneau; RFDA 2013.1041, nota P. Delvolvé; LPA 2 sept. de 2013, nota de Gliniasty; DA 2013, n.º 86, com. S. Gilbert; JCP 2013.1057, nota Biagini-Girard; RJEP oct. 2013.17, nota Seillier; JCP Adm. 2013.2301, nota Dubreuil)

Vista la ley de 16-24 de agosto de 1790 y el decreto de 16 Fructidor del Año III; Vista la ley de 24 de mayo de 1872; Visto el decreto de 26 de octubre de 1849 modificado, en particular, sus artículos 35 y siguientes; *Vista la Constitución, en especial, su Preámbulo y su artículo 66*; Vista la ley de 15 de junio de 1906 sobre los suministros de energía y, en particular, su artículo 12; Visto el decreto n.º 70-492 de 11 de junio de 1970;

Considerando que el señor Bergoerd pasó a ser propietario el 15 de junio de 1990 de una parcela en la que la compañía Électricité de France, de la que es filial la empresa ERDF Annecy Lemman, había instalado un tendido eléctrico en 1983, sin ajustarse al procedimiento previsto por el decreto de 11 de junio de 1970, adoptado en aplicación del artículo 35 modificado con la ley de 8 de abril de 1946, y sin firmar un convenio con el propietario del solar; que, mediante un acto de 24 de agosto de 2009, demandó a la empresa ERDF ante el Tribunal de Primera Instancia de Bonneville, para que se le obligara a desplazar el tendido objeto del litigio, bajo apercibimiento de multa coercitiva, y asumiendo la empresa todos los gastos; que, con un fallo de 21 de enero de 2011, el Tribunal de Primera Instancia se declaró incompetente en la materia; que, al serle presentado un recurso de apelación, el Tribunal de Apelación de Chambéry, por medio de una sentencia de 6 de octubre de 2011, declaró también que la jurisdicción ordinaria carecía de competencia para conocer del litigio planteado por el señor Bergoerd; que, al interponer el interesado ante él un recurso contra esta sentencia, el Tribunal de Apelación remitió el caso al Tribunal de Conflictos, en aplicación del artículo 35 del decreto de 26 de octubre de 19849, para que éste se pronunciara sobre la cuestión de competencia.

*Considerando que no hay ninguna vía de hecho de la Administración que justifique, mediante una excepción al principio de separación de las autoridades de las jurisdicciones administrativa y ordinaria, que se atribuya la competencia a las jurisdicciones ordinarias para ordenar que esta actuación irregular cese o se corrija, salvo cuando la Administración haya o bien procedido a la ejecución forzosa, en condiciones irregulares, de una decisión, incluso regular; que vulnere una libertad individual o dé lugar a la extinción de un derecho de propiedad, o bien adoptado una decisión que tenga las mismas consecuencias de vulneración de una libertad individual o de extinción de un derecho de propiedad, y que esté manifiestamente vinculada con una facultad que corresponde ejercer a la autoridad administrativa; que la instalación, incluso sin permiso, de una obra pública en el solar de una persona privada no puede ser consecuencia de un acto que no esté claramente vinculado con una facultad propia de la Administración;*

Considerando que un tendido eléctrico, que depende directamente del servicio público de suministro de electricidad que presta la empresa ERDF, tiene el carácter de una obra pública; que las conclusiones, dirigidas a que se ordene el traslado o la supresión de una obra de esta naturaleza, son competencia por su propia naturaleza del juez administrativo, sin que supongan ningún obstáculo para que ésto sea así las disposiciones del artículo 12 de la ley de 15 de junio de 1906 sobre suministros de energía; que la instalación, incluso sin permiso, de una obra pública de suministro de energía que, como ya se ha indicado, no se deriva de un acto que no esté claramente vinculado con una facultad propia de la empresa que presta el servicio público, no da lugar, por lo demás, a una extinción del derecho de propiedad; que, por consiguiente, no puede en modo alguno ser considerada como una vía de hecho; que de cuanto antecede se deduce que las conclusiones dirigidas a que se ordene el traslado del tendido eléctrico irregularmente instalado en el solar del señor Bergoend son competencia de la jurisdicción administrativa;... (competencia administrativa)

## OBSERVACIONES

- 1 Según la definición de Laferrière, retomada por el Presidente Odent, quien presidió la Sección de los Constencioso-Administrativo

del Consejo de Estado entre 1996 y 1976, se produce una vía de hecho cuando la Administración, excediéndose en sus atribuciones, adopta una decisión o desarrolla una actividad ajenas, debido a su objeto, al ejercicio de la función administrativa. Su actuación tiene, en tal caso, un carácter irregular y no hay motivo para que la jurisdicción administrativa se pronuncie sobre ésta. En tal caso, los tribunales ordinarios son los únicos competentes para hacer que cesen o se corrijan las consecuencias de una vía de hecho.

Cabe considerar como emblemática de este estado del Derecho una sentencia del Tribunal de Conflictos que calificó de «*vía de hecho*» el secuestro judicial con fines preventivos, en París y sus suburbios, del periódico *L'Action française*, ordenado por el prefecto de policía la mañana del 7 de febr. de 1934, tras los acontecimientos del 6 de febr. (TC de 8 de abr. 1935, *Action française*, Rec. 1226, concl. Josse, que formó parte de la recopilación *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* hasta su 19.<sup>a</sup> edición).

La sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos el 17 de junio de 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anecy Léman*, pone fin a las soluciones anteriormente consagradas.

Se dictó, tras una remisión del Tribunal de Casación, en un supuesto en el que el Tribunal de Primera Instancia, y luego el Tribunal de Apelación, habían declinado su competencia para conocer de una acción legal emprendida por un propietario con el fin de instar a la empresa Électricité Réseau Distribution France (ERDF) a que cambiara de sitio un tendido eléctrico que se había instalado sin cumplir con el procedimiento previsto por un decreto de 11 de junio de 1970.

La cuestión de competencia era compleja: aunque se reconozca al juez ordinario la facultad de ordenar la demolición de una obra pública en caso de que se haya producido una vía de hecho (Civ. 1.<sup>a</sup> 28 de junio de 2005, *Bartoli c. Commune de Palneca*, Bull. civ. I, n.º 287, p. 238; BJCL 09/05, p. 609, obs. L. Janicot), se excluye esta facultad cuando está en curso un procedimiento de regularización (TC 21 de junio de 2010, *Arriat c. Commune de Nevers*, Rec. 584).

El juez del Tribunal de Conflictos se pronunció a favor de la competencia administrativa, y procedió a redefinir el ámbito de intervención de la vía de hecho (I). Pese a ello, no se modificó la posición anterior del Derecho respecto a las consecuencias de la vía de hecho (II).

## I. El nuevo ámbito de aplicación de la vía de hecho.

2 Aunque, en algunos aspectos, sigue las líneas de la jurisprudencia anterior, la sentencia de 17 de junio de 2013 reduce sensiblemente el ámbito de aplicación de la vía de hecho.

A. *Los elementos que marcan una continuidad con la jurisprudencia anterior:*

La continuidad se pone de manifiesto en varios puntos.

1.º) En primer lugar, se mantiene el concepto de vía de hecho, como fundamento de la competencia de las jurisdicciones ordinarias frente a la Administración. Tal y como ocurría anteriormente (TC 23 de oct. de 2000, *Boussadar*, Rec. 775; AJ 2001.143, cr. Guyomar y Collin; D. 2001.2332, concl. Sainte-Rose), se hace hincapié en el carácter excepcional de la vía de hecho frente al orden normal de las competencias. Este procedimiento constituye «una excepción al principio de separación de las autoridades de las jurisdicciones administrativa y ordinaria».

2.º) Se mantiene asimismo la distinción entre los dos tipos de vía de hecho: la primera es la que se deriva, en determinadas condiciones, de una decisión administrativa; la segunda, la que resulta de «la ejecución forzosa, en condiciones irregulares, de una decisión que puede ser incluso regular».

Desde este último punto de vista, y en línea con la sentencia *Société immobilière de Saint-Just\**, mantiene su valor un bloque importante de la jurisprudencia relativo a aquellos casos en que la vía de hecho es resultado de una ejecución forzosa irregular. Cabe citar algunos ejemplos: ejecución forzosa de un embargo de vivienda pronunciada en virtud de la ley de 11 de jul. de 1938, en tanto en cuanto esta ley, a diferencia del decreto legislativo de 11 de oct. de 1945, prevé unas sanciones (TC 27 de nov. de 1952, *Flavigny*, Rec. 643; S. 1953.3.37, concl. Letourneur; JCP 1953.II.7438, concl., nota Blaevoet); expulsión forzosa de un funcionario de la vivienda que ocupaba en atención a su cargo, pese a que la autoridad administrativa hubiera podido recurrir a un procedimiento judicial para expulsarlo y a que la medida no revestía un carácter urgente (TC 25 de nov. de 1963, *Époux Pelé*, Rec. 795; JCP 1964.II.13493, nota J.-M. Auby), o incluso la ex-

humación de oficio de cadáveres en un cementerio, cuando no existía ninguna urgencia y la infracción alegada por la autoridad administrativa estaba sujeta a unas sanciones penales (TC 25 de nov. de 1963, *Commune de Saint-Just-Chaleyssin*, Rec 733, concl. Chardeau; AJ 1964.24, cr. Fourré y Puybasset).

- 3 3.º) Por último y sobre todo, se mantiene, en lo que respecta a la vía de hecho resultante de una decisión, la idea de una desvirtuación, la cual justifica que se reconozca la competencia de la jurisdicción ordinaria. La decisión debe ser «*manifestamente ajena a toda facultad que corresponda a la autoridad administrativa*».

Para que se cumpla este requisito, el concepto de facultad de la Administración puede derivarse de la interpretación que haga de la misma el juez de las disposiciones legislativas (TC 12 de mayo de 1997, *Préfet de police de Paris c. Tribunal de grande instance de Paris*, Rec. 528; RFDA 1997.514, concl. Arrighi de Casanova; Gaz. Pal. 27-28 de junio de 1997, nota Petit y 19-20 de dic. de 1997, inf. Sargos; AJ 1997, 635, nota Chauvaux y Girardot; D. 1997.567, nota Legrand).

#### B. *Los elementos del cambio.*

- 4 Mientras que en la jurisprudencia clásica se definía la vía de hecho como «una vulneración grave del derecho de propiedad o de una libertad fundamental», siendo ésta resultado o bien de la ejecución forzosa en condiciones irregulares de una decisión, aunque esta última fuera regular, o bien de una decisión que no cabía en modo alguno vincular con una facultad propia de la autoridad administrativa, a partir de la sentencia comentada, en cada uno de estos casos (decisión o actuaciones), sólo se podrá hablar de vía e hecho en dos supuestos: vulneración grave de la libertad; extinción del derecho de propiedad.

1.º) El primer supuesto es el de la vulneración grave de la «*libertad individual*». En esta materia, la competencia de la jurisdicción ordinaria se deriva del artículo 66 de la Constitución de 4 de oct. de 1958, a la que se alude principalmente en la legislación citada al inicio de la sentencia de 17 de junio de 2013.

El supuesto ya no incluye al resto de las libertades. Por consiguiente, ya no se considera que se ha cometido una vía de hecho en algunos supuestos que antes eran constitutivos de este hecho ilícito:

vulneración de la libertad de prensa como resultado de una medida preventiva de carácter excesivamente general de secuestro judicial de un periódico, como en el caso *Action française*; vulneración de la libertad de movimiento resultante de la retirada del pasaporte a una persona por tener una deuda tributaria importante y no ofrecer ninguna garantía de solvencia, sin que de ello se deriven unas acciones penales ni la ejecución mediante detención del deudor (TC 9 de junio de 1986, *Commissaire de la République de la région Alsace et autres*, Rec. 301; RFDA 1987.33, concl. M. A. Latournerie; AJ 1986.428, cr. Azibert y de Boisdeffre; D. 1986.493, nota Gavalda; JCP 1987.II.20746, nota Pacteau; JDI 1987.75, nota Julien-Laferrière; RD publ. 1987.1082, nota Robert).

La referencia al artículo 66 de la Constitución otorga un fundamento constitucional a la competencia ordinaria. En este caso, es esencial la interpretación que hace de este artículo el Consejo Constitucional.

Después de haber ampliado considerablemente el ámbito de aplicación del art. 66, hasta el punto de establecer un vínculo entre la libertad individual y la protección de la inviolabilidad del domicilio (CC n.º 83-164 DC, 29 de dic. de 1983, Rec. 224) o la libertad de matrimonio (CC n.º 93-325 DC, 13 de ago. de 1993, Rec. 224), el Consejo Constitucional terminó por diferenciar la libertad individual, a la que alude el art. 66, de la libertad personal garantizada por los art. 2 y 4 de la Declaración de 1789. Más adelante se consideró que la libertad de matrimonio era uno de los elementos integrantes de la libertad personal entendida en este sentido (CC n.º 2006-542 DC, 9 de nov. de 2006, Rec. 112).

La inviolabilidad del domicilio ha sido considerada como un componente del derecho a la vida privada, deduciéndose este último de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadanos (CC n.º 2013-357 QPC, 29 de nov. de 2013, Rec. 1053; – n.º 2013-679 DC, 4 de dic. de 2013, Rec. 1060).

En el estado en el que se halla actualmente la jurisprudencia constitucional, la libertad individual se confunde con la seguridad, en otras palabras, con la protección contra la detención arbitraria: «*nadie podrá ser arbitrariamente detenido*».

Dentro de esta lógica, y en relación, por cierto, con ciertas reservas de interpretación formuladas por el Consejo Constitucional, el Tribunal de Conflictos ha considerado que corresponde al juez ordinario poner fin en cualquier momento a la detención administrativa de un

extranjero cuando así lo justifiquen unas circunstancias de hecho o de derecho (TC 9 de febr. de 2015, *Hegazy c. Préfet de Seine-et-Marne*, LPA 8 de abr. de 2015, nota Rouault).

- 5 2.º) También entra dentro del concepto de vía de hecho la ejecución forzosa irregular o la decisión que no está claramente vinculada con una facultad propia de la de la Administración y que da lugar a «*la extinción del derecho de propiedad*».

El fundamento de esta competencia está asimismo vinculado con unas disposiciones constitucionales. A través de ella se aplica el «principio fundamental, reconocido por las leyes de la República, según el cual la autoridad judicial ha de actuar como garante de la propiedad (CC n.º 89-256 DC, 25 de jul. de 1989, Rec. 53; RFDA 1989.1009, nota Bon; CJEG 1990.1, nota Genevois).

Antes de que se dictara la sentencia de 17 de junio de 2013, la jurisprudencia consideraba que eran constitutivas de una vía de hecho la apropiación por parte de la Administración, sin ningún motivo, de un bien propiedad de un particular (TC 24 de junio de 1954, *Société Trystram*, Rec. 716) y, *a fortiori*, su destrucción (TC 4 de jul. de 1991, *Association maison des jeunes et de la culture Boris Vian*, Rec. 468; Gaz. Pal. 20-21 de mayo de 1992, concl. de Saint-Pulgent; AJ 1991.697. cr. Schwartz y Maugué; – 15 de febr. de. 2010, *Mme Taharu c. Haut commissaire de la République en Polynésie française*, Rec. 575; AJ 2010.372, cr. Liéber y Botteghi).

Con la sentencia de 17 de junio de 2013, ya no se considera que ha habido vía de hecho, a menos que el derecho de propiedad sufra un menoscabo importante. No son constitutivos de una vía de hecho otros supuestos de vulneración del derecho de propiedad, como pueden ser la ocupación provisional, los daños producidos a una propiedad privada ni incluso el hecho de que un municipio se haya visto obligado, con motivo de unas obras viarias, a suprimir los signos que marcaban la frontera entre el dominio público y una terraza privada (Civ. 1.ª 13 de mayo de 2014, n.º 12-28.248, AJ 2014. 1006).

Conviene destacar que el criterio fundado en «*la extinción del derecho de propiedad*» fue retomado por el Tribunal de Conflictos con el fin de proceder a una revisión del concepto de confiscación.

Esta última se define como una apropiación irregular por la Administración de una propiedad inmobiliaria. El juez ordinario tiene, en este caso, competencia para reparar las consecuencias del desposeimiento de una propiedad (TC 17 de marzo de 1949, *Société Hôtel du*

*Vieux Beffroi*, Rec. 592; D. 1949.209, concl. J. Delvolvé; S. 1950.3.1. concl., nota Mathiot).

El desposeimiento constitutivo de una expropiación podía ser definitivo o incluso temporal (TC 21 de dic. de 1923, *Société française des Nouvelles Hébrides*, Rec. 871; CE 19 de nov. de 1969, *Dame Vve Hatte-Devaux*, Rec. 512). Con el fin de aproximar el concepto de expropiación al de vía de hecho, el Tribunal de Conflictos limitó la competencia del juez ordinario al caso en que la decisión administrativa de la que se deriva una vulneración de la propiedad privada «tiene como resultado una extinción del derecho de propiedad» (TC 9 de dic. de 2013, *Panizzon c. Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, Rec. 376; BJCP 2014.118, concl. Batut, obs. S. N.; AJ 2014.216, cr. Bretonneau y Lessi; DA 2014, n.º 25, nota S. Gilbert; RFDA 2014.61, nota P. Delvolvé; RJEP mayo 2014.13, nota Lebon).

Al haberse formulado al amparo de la Constitución y, en particular, de su Preámbulo que, a su vez, nos remite a través del Preámbulo de la Constitución de 1946, a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, la solución de la sentencia *Panizzon* se inspira en la misma concepción que la sentencia de 17 de junio de 2013. La competencia de los tribunales ordinarios se ve reforzada por su anclaje constitucional, al tiempo que se limita su ámbito de aplicación, a pesar de que la sentencia de 9 de dic. de 2013 menciona el derecho de propiedad y no la propiedad inmobiliaria, que era aquella a la que se refería exclusivamente el concepto clásico de expropiación.

Para limitar el ámbito de aplicación de la vía de hecho, el Tribunal de Conflictos pensó que el procedimiento de recurso de urgencia previsto por la ley de 30 de junio de 2000 (v. nuestras sobre CE 18 de ene. de 2001, *Commune de Venelles*\*) permitía al juez administrativo asegurar una protección rápida y eficaz de las libertades fundamentales y del derecho de propiedad.

El Tribunal de Casación asumió esta nueva definición de la vía de hecho, al privar de competencia al juez ordinario, amparándose en esta idea, en un caso en el que se alegaba que se había vulnerado la libertad sindical con la destitución de un funcionario (Civ. 1.ª 19 de marzo de 2015, n.º 14-14.571, AJ 2015.1302), así como en un supuesto de colocación de postes de una línea eléctrica aérea por cuenta de la empresa Réseau de Transport d'Électricité, sin el consentimiento del propietario (Civ. 3.ª 11 de marzo de 2015, *Société de l'Avenir*, AJ 2015.1301).

## II. Las consecuencias de la vía de hecho.

6 Según los casos, la jurisprudencia admite o bien una competencia conjunta de las dos jurisdicciones o una competencia exclusiva del juez ordinario.

A. Con una decisión de principio que se remonta a 1966, el Tribunal de Conflictos reconoció una competencia paralela de las dos jurisdicciones para declarar la nulidad de aquellos actos que tengan el carácter de una vía de hecho (TC 27 de junio de 1966, *Guigon*, Rec. 830; JCP 1967.II.15135, concl. Lindon: D. 1968.7, nota Douence; AJ 1966.547, nota de Laubadère).

De forma primero discreta (CE 12 de mayo de 2010, *Alberigo*, Rec. 694) y luego de manera más explícita (CE ord. 23 de ene. de 2013, *Commune de Chirongui*; v. n.º 100.12), el Consejo de Estado admitió que el juez administrativo, al que incumbe pronunciarse en un recurso de urgencia, era la autoridad competente para instar a la Administración a que pusiera fin a la vía de hecho (en este caso, una vulneración del derecho de propiedad).

7 B. Por consiguiente, la competencia exclusiva de los tribunales ordinarios se da únicamente en el caso del contencioso de reparación de las consecuencias perjudiciales de la vía de hecho.

En contraposición con la solución adoptada por el Tribunal de Conflictos en la sentencia *Action française*, en una determinada circunstancia, el Consejo de Estado se consideró competente para conceder una indemnización para reparar el perjuicio ocasionado por un secuestro de periódicos que se había producido sin que existiera ninguna urgencia (CE Secc. 4 de nov. de 1966, *Ministre de l'intérieur c. Société «Le Témoignage chrétien»*, Rec. 584; AJ 1967.40, concl. Questiaux, y 32, cr. Lecat y Massot; JCP 1967.II.14914, nota R. Drago). Para llegar a la conclusión de que esta confiscación no era constitutiva de una vía de hecho, el Consejo de Estado, cuya decisión al respecto tiene carácter implícito, se fundó en el hecho de que podía derivarse, al menos de forma indirecta, de un texto legal.

A partir de entonces, cuando se produce una vía de hecho, tal y como se define en la resolución del Tribunal de Conflictos de 17 de junio de 2013, la competencia ordinaria sólo tiene carácter exclusivo cuando de lo que se trata es de reparar las consecuencias perjudiciales resultantes de una vulneración de la libertad individual o de la extin-

ción del derecho de propiedad. Pero el juez administrativo puede, en la misma medida que el juez ordinario, poner fin a estas vulneraciones en el marco de un recurso de urgencia cuyo objeto sea la protección de la libertad. En lo que atañe al resto de las libertades y de las vulneraciones del derecho de propiedad, que no supongan su extinción, el juez administrativo es el único competente.

**114. CONTENCIOSOS EN MATERIA  
DE CONTRATOS.  
RECURSO DE TERCEROS.  
FACULTADES DEL JUEZ**

**Consejo de Estado, As., 4 de abril de 2014, *Département de  
Tarn-et-Garonne***

(Rec. 70, concl. Dacosta; concl. BJCP 2014.204, RFDA 2014.425;  
AJ 2014.1035, cr. Bretonneau y Lessi, y 2043, expediente;  
BJCP 2014.204, nota Terneyre; BJCL 2014.316, nota Fardet; CMP  
mayo de 2014. 5, com. Llorens y Soler-Couteaux, 7, nota Rees;  
D. 2014.1179, nota M. Gaudemet y Dizier; DA 2014, n.º 36,  
Brenet; JCP Adm. 2014.2152, nota Sestier, 2153, nota Hul, 2154,  
nota Amilhat; JCP 2014.732, nota Bourdon; RDI 2014.344, nota  
Braconnier; RDP 2014.1148, debate Seiller, Braconnier,  
Dacosta, 1175, nota Janicot y Lafaix, 1198, nota Rollin;  
RFDA 2014.438, nota P. Delvolvé; RJEP jul. de 2014.26, nota  
Lafaix)

1. Considerando que de los elementos que componen el expediente que se sometió al juez se desprende que, mediante una convocatoria de licitación pública de 26 de junio de 2006, el departamento de Tarn-et-Garonne anunció que se iba a proceder a un concurso público cuyo objeto era la firma de un contrato público para el alquiler de larga duración de vehículos oficiales para los servicios del Consejo General; que, en una deliberación de fecha 20 de noviembre de 2006, la Comisión Permanente del Consejo General autorizó al Presidente de la Asamblea Departamental a que firmara el contrato con la empresa Sotral, elegida como adjudicataria por la Comisión de Evaluación del Concurso Público; que, el 18 de enero de 2007, el señor François Bonhomme, Consejero General de Tarn-et-Garonne, interpuso ante el Tribunal Administrativo de Toulouse una demanda de anulación por exceso de poder contra la deliberación del 20 de noviembre de 2006; que el Consejo General de Tarn-et-Garonne presentó un recurso de casación contra la sentencia de 28 de febrero de 2012, con la que el Tribunal de Apelación de Burdeos había desestimado la demanda de anulación del fallo del Tribunal Administrativo de Toulouse de 20 de julio de 2010,

y había procedido a anular la deliberación impugnada, instando a las partes, caso de no llegar a una solución amistosa, a someter la cuestión al juez del contrato;

Sobre los recursos de impugnación de la validez del contrato que puede presentar un tercero:

2. Considerando que, con independencia de las acciones que puedan emprender las partes de un contrato administrativo y de las que ya se hayan incoado ante el juez del recurso por exceso de poder contra las cláusulas reglamentarias de un contrato, o ante el juez del recurso de urgencia en materia contractual, al amparo de los artículos L. 551 13 y siguientes del Código de Justicia Administrativa, cualquier tercero, que pueda verse lesionado en sus intereses por la firma de un contrato administrativo o por sus cláusulas, de forma lo suficientemente cierta y directa, está legitimado para interponer ante el juez del contrato un recurso de plena jurisdicción para impugnar la validez del contrato o de algunas de sus cláusulas no reglamentarias, que formen parte indisoluble del mismo; que también pueden emprender esta acción ante el juez del contrato tanto los miembros del órgano deliberativo implicado de la colectividad territorial o de la agrupación de colectividades territoriales, como el representante del Estado en el departamento, en ejercicio del control de legalidad; que los recurrentes pueden asimismo acompañar su recurso de una demanda tendente, al amparo del artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, a la suspensión de la ejecución del contrato; que dicho recurso debe presentarse, incluso cuando sea un contrato de obras públicas el que se impugne, en un plazo de dos meses a partir de la fecha de puesta en marcha de las medidas necesarias de publicidad, en particular, mediante notificación en la que se mencione, a la vez, la suscripción del contrato y las modalidades de consulta del mismo dentro del respeto de los secretos sujetos a protección legal; que, no obstante, en el marco del control de legalidad, el representante del Estado en el departamento estará legitimado para impugnar la legalidad de estos actos ante el juez del recurso por exceso de poder hasta la fecha de celebración del contrato, a partir de la cual perderán su razón de ser los recursos ya interpuestos y todavía no resueltos.

3. *Considerando que el representante del Estado en el departamento y los miembros del órgano deliberativo implicado de la colectividad territorial o de la agrupación de colectividades territoriales, a*

*tenor de los intereses que les incumbe proteger; pueden invocar cualquier motivo para sustentar el recurso en las condiciones arriba expuestas; que cualquier otro tercero tiene únicamente derecho a invocar aquellos defectos que tengan relación directa con el interés lesionado que han hecho valer o cuya gravedad sea suficiente para que el juez esté obligado a apreciarlos de oficio;*

4. *Considerando que, si un tercero le somete, en las condiciones que se acaban de mencionar, unas conclusiones con las que pretende impugnar la validez del contrato o de algunas de sus cláusulas, corresponde al juez del contrato –después de haber comprobado que el autor del recurso, que no puede ser ni el representante del Estado ni el órgano deliberativo implicado de la colectividad territorial o de la agrupación de colectividades territoriales, hace valer un interés que pudiera haberse visto lesionado de forma directa e incuestionable y que, además, las irregularidades que censura forman parte de aquellas que cabe alegar, cuando se aprecia la existencia de unos defectos que vician la validez del contrato– valorar la importancia y las consecuencias de dichas irregularidades; que, por tanto, le incumbe, después de haber tenido en cuenta la naturaleza de estos defectos, o bien decidir que se puede seguir con la ejecución del contrato, o bien instar a las partes a adoptar unas medidas de regularización en un plazo que él mismo habrá de establecer, salvo que se proceda a rescindir o poner fin al contrato; que, si se han producido unas irregularidades que no pueden solventarse con una medida de regularización y que no permiten que se siga ejecutando el contrato, le corresponde pronunciar, si procede, con efecto diferido, y después de comprobar que su decisión no va a suponer un menoscabo excesivo para el interés general, o bien la rescisión del contrato o bien, si el contrato tiene un contenido ilícito o adolece de un vicio de consentimiento o de cualquier otro que, por su especial gravedad, obligue al juez a denunciarlo de oficio, su anulación total o parcial; que puede, por último, cuando se le sometan unas conclusiones dirigidas a obtener una indemnización del perjuicio resultante de la vulneración de los derechos lesionados, acceder a estas pretensiones, incluso cuando inste a las partes a adoptar medidas de regularización;*

5. *Considerando que, en principio, corresponde al juez aplicar las reglas definidas más arriba que, consideradas en su conjunto, no imponen limitación alguna al derecho fundamental que constituye el derecho al recurso; que, no obstante, habida cuenta del imperativo de*

*seguridad jurídica cuyo objeto es evitar todo menoscabo excesivo de las relaciones contractuales en curso, el recurso definido en los párrafos anteriores sólo podrá ser ejercido por terceros que no tuvieran anteriormente derecho a ejercerlo y que podrán hacerlo, según las modalidades antes citadas, únicamente contra aquellos contratos suscritos a partir de la fecha de la lectura de la presente decisión; que la existencia de un recurso contra el contrato, al que, con la salvedad del recurso prefectoral, sólo tenían acceso los candidatos excluidos, no priva de razón de ser a los recursos por exceso de poder interpuestos por otros terceros contra los actos disociables de unos contratos firmados hasta la fecha de la lectura de la presente decisión; que de todo ello se deduce que el presente litigio conserva su razón de ser;*

Sobre el recurso del departamento de Tarn-et-Garonne:

6. Considerando que, para confirmar la anulación de la deliberación de 20 de noviembre de 2006, por la que la Comisión Permanente del Consejo General autorizó al Presidente de la Asamblea departamental a suscribir el contrato público con la empresa Sotral, el Tribunal Administrativo de Apelación de Burdeos afirmó que, al omitir la inclusión de los datos necesarios en el apartado de la convocatoria de licitación pública dedicado a los procedimientos de recurso, el departamento incumplió con las obligaciones de publicidad y de competencia entre candidatos que le correspondía cumplir en virtud del reglamento de la Comisión de 7 de septiembre de 2005, en el que se establecen los formularios estándar para la publicación de las convocatorias en el marco de los procedimientos de contratación pública, según lo dispuesto en las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo; que, al pronunciarse de este modo, sin investigar si la irregularidad constatada podía haber ejercido, en este caso concreto, una influencia sobre el sentido de la deliberación impugnada o haber privado de una garantía a las personas a las que podía afectar la información sobre los procedimientos de recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Administrativo de Apelación cometió un error de derecho; que, por consiguiente, y sin que sea necesario entrar a examinar los demás motivos del recurso, el departamento de Tarn-et-Garonne tiene motivos fundados para solicitar la anulación de la sentencia impugnada;

7. Considerando que procede, dadas las circunstancias de este caso concreto, resolverlo por motivos de fondo, en aplicación de las disposiciones del artículo L. 821-2 del Código de Justicia Administrativa;

8. Considerando que, aunque el señor Bonhomme alegue que la convocatoria de licitación publicada por el departamento de Tarn-et-Garonne no incluía el apartado «Procedimientos de recurso», incumpliendo de este modo las disposiciones del reglamento de la Comisión de 7 de septiembre de 2005, de los elementos que obran en el expediente no se deduce que esta irregularidad haya podido, dadas las circunstancias de este caso concreto, ejercer una influencia en el sentido de la deliberación impugnada o privar a los candidatos excluidos de una garantía, dado el hecho, además, de que la empresa adjudicataria era la única que había presentado su candidatura; que, por tanto, el departamento de Tarn-et-Garonne tiene motivos fundados para sostener que el tribunal Administrativo de Toulouse actuó indebidamente cuando, para anular la deliberación de 20 de noviembre de 2006, se fundó en el incumplimiento de las obligaciones de publicidad y apertura de concurso que incumbían al departamento, al no incluir los datos necesarios en el apartado de «Procedimientos de recurso» de la convocatoria de concurso público;

9. Considerando, no obstante, que incumbe al Consejo de Estado, al que se somete el litigio por el efecto devolutivo de la apelación, examinar las otras alegaciones presentadas por el señor Bonhomme ante el Tribunal Administrativo de Toulouse;

10. Considerando, en primer lugar, que de los elementos que obran en el expediente se desprende que los miembros de la Comisión Permanente recibieron, contrariamente a lo que afirma el señor Bonhomme, un informe en el que se mencionaban las principales características del contrato;

11. Considerando, en segundo lugar, que de conformidad con el artículo 71 del Código de Contratación Pública entonces en vigor: «Cuando, por motivos económicos, técnicos o financieros, el ritmo o la magnitud de las necesidades que se han de satisfacer no dejan de aumentar en el mercado, la persona pública puede suscribir un contrato fraccionado que asuma la forma de un contrato de órdenes de compra»; que, si el señor Bonhomme sostiene que el departamento de Tarn-et-Garonne no cumplió con estas disposiciones al recurrir a un fraccionamiento del contrato para el alquiler de vehículos oficiales, de

los elementos que obran en el expediente se desprende que, habida cuenta de la renovación de la Asamblea Departamental que se iba a producir en breve y de la perspectiva de transferencia de las nuevas competencias a los departamentos, el departamento de Tarn-et-Garonne no estaba en condiciones de cubrir en su totalidad las necesidades del mercado;

12. Considerando, en último lugar, que de conformidad con el segundo apartado del artículo 57 del Código de Contratación Pública entonces en vigor: «el plazo para la recepción de ofertas no puede ser inferior a 52 días a partir de la fecha de emisión de la convocatoria de licitación pública (...)»; que, si bien el señor Bonhomme sostiene que el departamento de Tarn-et-Garonne incumplió estas disposiciones al establecer como tope máximo para la recepción de ofertas las diecisiete horas del quincuagésimo segundo día posterior a la emisión de la convocatoria de licitación pública, no se desprende de los elementos que obran en el expediente, y ni siquiera se sostiene, que se haya impedido a ningún candidato presentar su oferta debido a la reducción alegada de unas cuantas horas con respecto al plazo establecido de 52 días para la recepción de ofertas; que, por consiguiente, el defecto que presuntamente afecta al procedimiento de adjudicación del contrato no era susceptible, dadas las circunstancias del caso, ni de haber ejercido una influencia en el sentido de la deliberación impugnada ni de haber privado al resto de los candidatos de una garantía;

13. Considerando que de cuanto antecede se deduce, sin que sea necesario pronunciarse sobre los motivos de inadmisión alegados contra la demanda del señor Bonhomme por el departamento de Tarn-et-Garonne, que este último tiene motivos fundados para sostener que el Tribunal Administrativo de Toulouse actuó indebidamente al anular, con su sentencia de 10 de julio de 2010, la deliberación de 20 de noviembre de 2006 por la que la Comisión Permanente del Consejo General autorizó al Presidente de la Asamblea Departamental a suscribir el contrato;... (anulación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Apelación de Burdeos y del fallo del Tribunal Administrativo de Toulouse; desestimación de la demanda del recurrente).

## OBSERVACIONES

1 El señor Bonhomme, Consejero General de Tarn-et-Garonne, había impugnado por medio de un recurso por exceso de poder la deliberación por la que la Comisión Permanente del Consejo General había autorizado a su presidente a firmar un contrato cuyo objeto era el alquiler de larga duración de vehículos oficiales para los servicios del Consejo General. Tras haber sido anulada la deliberación por el Tribunal Administrativo de Toulouse por medio de un fallo que luego confirmó el Tribunal Administrativo de Apelación de Burdeos, el departamento interpuso un recurso de casación ante el Consejo de Estado.

Este último aprovechó la ocasión que le brindaba este caso para proceder a una verdadera transformación del recurso de terceros contra los contratos administrativos.

Durante mucho tiempo, en virtud de una jurisprudencia que se remontaba a la sentencia del Consejo de Estado de 4 de agosto de 1905 *Martin* (Rec. 749, concl. Romieu; D. 1907.3.49, concl.; RD publ. 1906.249, nota Jèz; S. 1906.3.49, nota Hauriou; citada en 19 ediciones de *Les grands arrêts*), dictada, como en el caso *Tarn-et-Garonne*, con motivo de un recurso interpuesto por un Consejero General contra las deliberaciones adoptadas por el Consejo General, los terceros sólo podían interponer un recurso por exceso de poder contra los actos separables del contrato. Esta vía se desarrolló al mismo tiempo que se ofrecía al juez administrativo la posibilidad de ordenar las medidas necesarias para la ejecución de sus decisiones (v. nuestras obs. sobre la sentencia *Mme Menneret*\* de 17 de mayo de 1985). El Consejo de Estado se vio en la necesidad de precisar las consecuencias que tenía sobre el propio contrato la anulación de un acto separable del mismo, en particular, cuando se presentaba ante el juez una demanda relativa a la ejecución de dicha anulación: consideró que el cuestionamiento del contrato no debía ser automático, sino que había que proceder a una valoración, teniendo en cuenta la gravedad de las ilegalidades cometidas y de los intereses en juego (CE 21 de febr. de 2011, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont Communauté*, Rec. 54; BJCP 2011.133, concl. Dacosta, obs. Dourlens y Moustier, 2013.163, art. Bourrel CMP abr. de 2011, nota Pietri; DA mayo de 2011, n.º 47, nota Brenet; JCP Adm., nota Busson) – recurriendo, así, a una fórmula que recordaba a la que utilizó la sentencia de 28 de dic. de 2009, *Commune de Béziers*\*, para hacer frente a la impugna-

ción por las *partes contratantes* de la validez de este último. Ello no significaba que unos *terceros* pudieran impugnar directamente el contrato. Se había dado un primer paso con la sentencia (As.) de 16 de jul. de 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation* (Rec. 360, concl. Casas; concl., BJCP 2007.391, RD publ. 2007.1402, RFDA 2007.696, RJEP 2007.337; AJ 2007.1577, cr. Lenica y Boucher; D. 2007.2500, nota D. Capitant; JCP 2007.II.10156, nota Ubaud-Bergeron, 10160, nota Seiller; RD publ. 2007.1383, nota F. Melleray; RFDA 2007.917, notas Moderne, Pouyaud, Canedo-Pari; RJEP 2007.327, nota P. Delvolvé), en la que se admitía que cualquiera de los concursantes no adjudicatarios del contrato administrativo estaba legitimado para presentar ante el juez un recurso de plena jurisdicción para impugnar la validez de dicho contrato o de algunas de sus cláusulas.

La sentencia *Département de Tarn-et-Garonne* amplía esta solución al reconocer a otras personas el derecho a recurrir.

Este reconocimiento sólo afecta a los casos futuros: «*habida cuenta del imperativo de seguridad jurídica cuyo objeto es evitar todo menoscabo excesivo que puedan sufrir las relaciones contractuales en curso*», el nuevo recurso «sólo se podrá interponer contra los contratos que se suscriban con posterioridad a la lectura de la presente decisión» –siendo ésta una solución equiparable a aquella por la que optó el Tribunal de Conflictos en relación con la calificación de los contratos de las empresas concesionarias de las autopistas (v. nuestras obs. sobre TC 9 de marzo de 2015, *Mme Rispal c. Société des autoroutes du Sud de la France\**)–. Por consiguiente, la demanda del señor Bonhomme se sometió a examen, tal y como era lo normal hasta entonces, en el marco del recurso por exceso de poder, interpuesto contra la deliberación de la Comisión Permanente del Consejo General por la que se autorizó al presidente a suscribir un contrato. Se desestimó porque, en aplicación de la jurisprudencia *Danthy\** de 23 de dic. de 2011, «*el defecto de ilegalidad, del que adolece el procedimiento de concesión del contrato, no ha podido, dadas las circunstancias del caso, ni ejercer una influencia sobre el sentido de la deliberación impugnada ni privar de una garantía a otros candidatos*».

Para los casos que se produzcan en el futuro, la sentencia *Département de Tarn-et-Garonne* instaaura un nuevo recurso de terceros contra un contrato administrativo (I); ello no significa que desaparezcan los demás recursos (II).

## I. El nuevo recurso de terceros contra un contrato administrativo.

2 La novedad radica en que un tercero, que se ve afectado por un contrato administrativo, puede interponer «*ante el juez del contrato*» «*un recurso de plena jurisdicción para impugnar la validez del contrato o de algunas de sus cláusulas*», como el recurso que pueden presentar las partes del contrato en virtud de la sentencia *Commune de Béziers*\* de 28 de dic. de 2009.

Este nuevo recurso se caracteriza por determinadas reglas procesales y facultades del juez.

Sólo pueden presentarlo los terceros que hagan valer determinados motivos y que se atengan a determinadas formas.

La sentencia *Martin* permitía a cualquier persona interesada interponer un recurso por exceso de poder contra un acto separable del contrato. Con la sentencia *Tropic*, se abrió la posibilidad de que incluso los concursantes no seleccionados presentaran un recurso de plena jurisdicción contra el propio contrato. La sentencia *Tarn-et-Garonne* amplía esta posibilidad a otros terceros. Distingue tres casos.

El primer caso es el de «*cualquier tercero que, debido a la adjudicación de un contrato administrativo o por efecto de alguna de sus cláusulas, pueda ver lesionados sus intereses de forma lo bastante directa y evidente*»: el enfoque es aquí más amplio que el de la sentencia *Tropic*, pero menos que el de la sentencia *Martin*. El recurrente puede ser un concursante eliminado, pero también cualquier otra persona a la que se ocasione un daño: la fórmula destaca el carácter subjetivo del recurso y reserva el derecho a interponer un recurso a los terceros que hayan sufrido un menoscabo, si no de sus derechos (lo que sería aún más restrictivo), sí, al menos, de sus intereses; su ámbito de aplicación deberá ser acotado por la jurisprudencia.

El segundo caso es el de los «*miembros del órgano deliberativo implicado de la colectividad territorial o de la agrupación de colectividades territoriales*», tales como los consejeros generales (según la antigua denominación) *Martin*, en el caso enjuiciado en 1905, y *Bonhomme*, en el de 2014; entran también en este grupo los concejales municipales o consejeros de agrupaciones tales como las comunidades de municipios, aglomeraciones, metrópolis, etc., en los contratos suscritos por la colectividad o la agrupación de cuyos órganos deliberativos forman parte. Hasta entonces, éstos podían, dada su condición,

impugnar los actos separables del contrato; ahora, esta misma condición les permite impugnar directamente el contrato.

El tercer caso está constituido únicamente por el *representante del Estado en el departamento*, es decir, el prefecto, a tenor del control de legalidad que le encomiendan las disposiciones legislativas gracias a las cuales es posible, desde 1982, interponer un recurso prefectoral, no sólo contra los contratos, concesiones o arrendamientos de servicios públicos locales y los contratos de colaboración, a los que se refieren en particular dichas disposiciones, sino también contra los contratos administrativos (CE 4 de nov. de 1994, *Département de la Sarthe*, Rec. 801; AJ 1994.898, concl. Maugué); la jurisprudencia considera este recurso, no ya un recurso por exceso de poder, sino un recurso de plena jurisdicción (CE 23 de dic de. 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, Rec. 662; BJCP 2012.125, concl. Dacosta; RFDA 2012.683, nota P. Delvolvé).

- 3 La distinción entre categorías de terceros legitimados para impugnar un contrato administrativo incide en los motivos que éstos pueden alegar.

«*El representante del Estado en el departamento y los miembros del órgano deliberativo implicado de la colectividad territorial o de la agrupación de colectividades territoriales pueden, debido a los intereses que les incumbe proteger, alegar cualquier motivo para sustentar el recurso antes descrito*». La solución es la misma que en el caso del recurso por exceso de poder. Permite garantizar el control de la legalidad en su conjunto. Otorga, en cierta medida, un carácter objetivo al recurso que estos «terceros» pueden interponer contra un contrato administrativo.

En cambio, las otras dos categorías de terceros sólo pueden alegar dos tipos de defectos: – «*los defectos directamente relacionados con el menoscabo causado a alguno de sus intereses*» (en los cuales el carácter subjetivo del recurso es menor que en el caso del recurso por exceso de poder y establece un vínculo entre la admisibilidad del recurso y de los motivos en los que se sustenta), por ejemplo, la vulneración del principio de transparencia de los procedimientos de adjudicación del contrato (CE 30 de jul. de 2014, *Société lyonnaise des eaux France*, Rec. 739; BJCP 2014.398, concl. Pellissier); – «*los que revisiten una gravedad de tal magnitud que debería obligar al juez a denunciarlos de oficio*» (se debe dar la posibilidad a los recurrentes de alegar motivos que el propio juez podría invocar por iniciativa propia), por

ejemplo, la incompetencia de la autoridad que ha firmado el contrato o una finalidad que no justifica la firma de un contrato.

En cuanto a las modalidades procesales, al tratarse de un recurso de plena jurisdicción y no de un recurso por exceso de poder, lo lógico es que lo presente un letrado en nombre del interesado (salvo en el caso del prefecto). También es lógico que el plazo para presentar el recurso sea de dos meses, como establece el derecho común, sin que se haga excepción alguna en el caso de los contratos de obras públicas. El plazo empieza a correr, como en la sentencia *Tropic*, en la fecha de «*ejecución de las medidas de publicidad oportunas, en particular, mediante notificación en la que se mencione, a la vez, la suscripción del contrato y las modalidades de consulta dentro del respeto de los secretos sujetos a protección legal*»; se pretende, así, instar a la Administración a actuar con diligencia. De este modo, se consigue una cierta protección contra los riesgos de que un litigio entre la Administración y unos terceros quede pendiente de resolver durante mucho tiempo. Pero siempre subsiste la posibilidad de impugnación del contrato por las partes contratantes (jurisprudencia *Béziers\**).

Tal y como se reconocía ya en la sentencia *Tropic*, los recurrentes pueden interponer, además del recurso, una demanda de suspensión de la ejecución del contrato (v. nuestras obs. sobre CE 18 de ene. de 2001, *Commune de Venelles\** y 5 de marzo de 2001, *Saez\**), mediante la aplicación a los contratos administrativos de una disposición relativa a las decisiones administrativas. Se procede, de este modo, a reforzar las posibilidades tanto de los terceros como del juez.

4 Las facultades de plena jurisdicción de las que dispone este último se exponen en la sentencia *Tarn-et-Garonne* en términos muy similares a los de las sentencias *Tropic* y *Béziers I*.

Estas facultades las ejerce el juez cuando «*constata la existencia de defectos que vician la validez del contrato*»; debe «*tener en cuenta la naturaleza de estos defectos*», y valorar «*su importancia y sus consecuencias*», para optar por la solución más adecuada entre aquellas que la sentencia identifica como posibles alternativas.

Las primeras permiten rescatar el contrato: «*decidir que es posible seguir con la ejecución del contrato*»; «*instar a las partes a que adopten unas medidas de regularización en un plazo que él mismo ha de establecer, si no quieren que se rescinda o se ponga fin al contrato*».

Las segundas se adoptan «*si se aprecian unas irregularidades que no pueden ser corregidas con una medida de regularización y que*

*no permiten seguir con la ejecución del contrato», pero, además, es necesario que estas medidas no supongan «un menoscabo excesivo para el interés general»: de lo que se trata es de proceder, «en su caso, con efecto diferido», «o bien a la rescisión del contrato o bien, si el contrato tiene un contenido ilícito o adolece de un vicio de consentimiento o de cualquier otro que, por su especial gravedad, obligue al juez a denunciarlo de oficio, a su anulación total o parcial».*

Cabe sumar a estas soluciones «*la indemnización por el perjuicio que se deriva de la vulneración de los derechos lesionados*» (siendo éste el caso, por ejemplo, del concursante eliminado que debería haber sido el adjudicatario del contrato) –solución esta última que subraya una vez más el carácter subjetivo del recurso–.

No hallamos aquí ninguna referencia al «*objetivo de estabilidad de las relaciones contractuales*» ni a «*el requisito de lealtad en las relaciones contractuales*» que tienen tanta importancia en la sentencia *Béziers I*. La omisión obedece, en el caso de la lealtad, al hecho de que la sentencia *Tarn-et-Garonne* se refiere al recurso interpuesto por un tercero, mientras que en la sentencia *Béziers* el recurso enfrenta a las partes contratantes, y sólo es posible exigir lealtad en las relaciones contractuales a las partes contratantes. Por el contrario, si bien es cierto que la estabilidad de dichas relaciones atañe en primer lugar a estas últimas, no está de más alegarla como motivo también frente a terceros.

Las dos sentencias reconocen y regulan del mismo modo las facultades del juez que ha de pronunciarse sobre un recurso de invalidez de un contrato, ya sea a instancia de una parte contratante o a instancia de un tercero: en ambos casos, se debe sopesar la gravedad de las ilegalidades cometidas y las exigencias del interés general; esta ponderación es la que determina la solución por la que se ha de optar: continuidad del contrato, con una medida eventual de regularización, ya sea ésta inmediata o posterior, rescisión, anulación parcial o total y, además, si procede, indemnización –descartándose en todos los casos la «nulidad»–.

Todo lo que antecede supone una simplificación del procedimiento con respecto a los mecanismos anteriores de recurso. Ello no significa, empero, que éstos hayan desaparecido.

## I. La supervivencia de otros recursos.

5 Los terceros tienen, además, la posibilidad de interponer contra un contrato otros recursos aparte del recurso de invalidez que propone la sentencia *Tarn-et-Garonne*.

Esta última excluye las «acciones ante el juez del recurso contractual de urgencia». El Decreto-Legislativo de 7 de mayo de 2009, en línea con la directiva comunitaria de 11 de dic. de 2007, prevé unos procedimientos de *recurso de urgencia* en el caso de los principales contratos públicos (en particular, las concesiones públicas y los convenios de servicio público), con el fin de garantizar el respeto de las obligaciones de publicidad y convocatoria de concurso (aunque no el resto de los aspectos de la legalidad); sólo pueden acogerse a estos procedimientos las personas que puedan verse lesionadas, fundamentalmente los concursantes y, en el caso de los contratos suscritos por colectividades locales, el prefecto. El recurso de urgencia precontractual (art. 551-1 i sig. CJA) permite obtener por parte del juez la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato, la transmisión a la Administración de una orden conminatoria para que proceda a corregir el incumplimiento constatado, la anulación de ciertas decisiones o de ciertas cláusulas o disposiciones. El recurso de urgencia *contractual* (art. L. 551-13 y sig. CJA), al que no pueden acogerse las personas que hayan obtenido satisfacción con el recurso de urgencia precontractual, permite conseguir la suspensión de la ejecución del contrato, la rescisión del contrato, la reducción de su período de vigencia, o incluso el reconocimiento de su nulidad o su anulación, o una sanción pecuniaria.

La sentencia *Tarn-et-Garonne* menciona también «*las acciones que se pueden emprender ante el juez del recurso por exceso de poder*». Desde la fecha en que se dictó la sentencia *Martin*, cualquier tercero interesado tiene la posibilidad de interponer este recurso contra los actos separables del contrato. ¿Era lógico mantener esta posibilidad después de que la sentencia *Tarn-et-Garonne* hubiera admitido el recurso de plena jurisdicción por terceros contra el propio contrato? Deben distinguirse dos tipos de casos.

6 El primero es el del recurso por exceso de poder que se puede seguir interponiendo ya sea *contra determinados contratos administrativos*, ya sea *contra las cláusulas reglamentarias* de cualquier contrato administrativo. El Consejo de Estado (Secc.) ya había admitido, en su sentencia de 30 de oct. de 1998, *Ville de Lisieux* (Rec. 375, concl. Stahl;

concl., CJEG 1999.61 y RFDA 1999.128; AJ 1999.969, cr. Raynaud y Fombeur; JCP 1999. II.10045, nota Haïm; RFDA 1999.128, nota Pouyaud), la admisibilidad del recurso por exceso de poder contra el contrato de trabajo de un agente público. Ratificó la procedencia de este recurso en su sentencia de 2 de febr. de 2015, *Castronovo c. commune d'Aix-en-Provence* (BJCL 2015.318, concl. Daumas; AJ 2015.990, nota F. Melleray; CMP abr. de 2015, n.º 102, p. 39, nota Pietri) Esta singularidad obedece a la similitud entre este «contrato» y la decisión de nombramiento unilateral de un agente público.

El Consejo de Estado (As.) también había reconocido, en su sentencia de 10 de jul. de 1996, *Cayzeele* (Rec. 274; AJ 1996.732, cr. Chauvaux y Girardot; CJEG 1996.382, nota Terneyre; RFDA 1997.89, nota P. Delvolvé; Mél. Guibal, p. 345, com. J.-L. Mestre) la admisibilidad del recurso por exceso de poder contra las cláusulas reglamentarias de un contrato (tales como las que establecen las tarifas de un servicio público). La sentencia de 4 de febr. de 2014 mantiene expresamente la posibilidad de emprender «acciones ante el juez del recurso por exceso de poder contra las cláusulas reglamentarias de un contrato» – pero no contra otras cláusulas: así pues, aunque determinadas cláusulas puedan tener indirectamente efectos sobre terceros, esto no basta para atribuirles un carácter reglamentario y, por tanto, para admitir que sean objeto de un recurso por exceso de poder (CE 31 de marzo de 2014, *Union syndicale du Charvet et Union syndicale des Villards*, Rec. 745; AJ 2014.1725, nota Clamour).

7 El segundo tipo de casos está relacionado con los recursos por exceso de poder contra los *actos separables del contrato* previos a éste, que con la jurisprudencia *Martin* se ampliaron a los actos adoptados formalmente, tales como las deliberaciones de los órganos colegiales, pero también aquellos que se deriven implícitamente de la existencia de otra medida, como puede ser la decisión de suscribir el contrato que se manifiesta cuando éste se firma (CE Secc. 9 de nov. de 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*, Rec.1034; – Secc. 20 de ene. de 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Rec. 22; v. n.º 112.2). La sentencia *Tarn-et-Garonne* no excluye totalmente la posibilidad de estos recursos.

El Ponente Público, Dacosta, excluyó el caso de los actos separables de los contratos de derecho privado de la Administración, contra los que el recurso por exceso de poder se había admitido pese a que el contencioso que enfrenta a las partes de los contratos de esta naturale-

za sea competencia de los tribunales ordinarios (CE Secc. 26 de nov. de 1954, *Syndicat de la raffinerie de soufre française*, Rec. 620; RPDA 1955.7, concl. Mosset; D. 1955.472, nota Tixier). Puesto que el nuevo recurso que pueden interponer los terceros ante el juez administrativo no se puede presentar contra los contratos de derecho privado, los terceros interesados siguen teniendo la posibilidad de impugnar por la vía del recurso por exceso de poder los actos separables de los mismos.

Queda por resolver la cuestión de las consecuencias que tiene la anulación del acto separable sobre el propio contrato, habiéndose ésta planteado no sólo respecto al contrato administrativo, sino también al contrato de derecho privado (CE Secc. 7 de oct. de 1994, *Époux Lopez*, Rec. 430, concl. Schwartz; RFDA 1994.1090, concl., nota Pouyaud; AJ 1994.914, cr. Touvet y Stahl). En el segundo de los casos, la cuestión se zanja recurriendo a los mismos principios que ya se habían establecido en el primer caso. Retomando las fórmulas propuestas por la sentencia de 21 de febr. de 2011 *Société Ophrys* (*supra*, v. no 116.1), el Consejo de Estado considera, en su sentencia de 29 de dic. de 2014, *Commune d'Uchaux* (Rec. 416, concl. Daumas; BJCP 2015.218, concl.; JCP Adm. 2015.2115, nota Langelier) «*que la anulación de un acto dissociable de un contrato de derecho privado no obliga necesariamente a la persona pública, en tanto parte contratante, a apelar al juez del contrato para que determine las consecuencias de dicha anulación; que incumbe al juez de la ejecución determinar si la ilegalidad cometida puede ser objeto de regularización y, en caso afirmativo, instar a la persona pública a que proceda a esta regularización; que, cuando no sea posible regularizar la ilegalidad cometida le corresponde valorar, en función de la naturaleza de dicha ilegalidad y del menoscabo que la anulación o resolución del contrato pueda suponer para el interés general, si procede instar a la persona pública a que apele al juez del contrato para que determine las consecuencias de la anulación del acto dissociable*». En este caso, como en las sentencias *Béziers* y *Tarn-et-Garonne*, se ha procurado encontrar una solución que ofrezca una garantía tanto para la legalidad como para los intereses en juego.

- 8 En lo que respecta a las acciones contra los actos separables de los contratos administrativos, la sentencia *Tarn-et-Garonne* es más restrictiva que la sentencia *Tropic*; mientras que esta última dejaba abierta la posibilidad del recurso por exceso de poder contra estos ac-

tos hasta que no se hubiera suscrito el contrato, la nueva sentencia excluye esta posibilidad: «*la legalidad de la elección del adjudicatario del contrato, de la deliberación por la que se autoriza la firma del contrato y de la decisión de firmarlo* (que constituyen actos unilaterales previos al contrato) *sólo se puede impugnar por medio de un recurso*» de plena jurisdicción contra el propio contrato. Por este mismo motivo, al ser objeto el interés del recurrente de una valoración más restrictiva en este nuevo recurso (v. *supra*) que en el recurso por exceso de poder, pueden verse excluidos de la posibilidad de recurso contra el contrato los recurrentes que hubieran estado legitimados para impugnar los actos separables del contrato.

Sólo «*dentro del marco del control de legalidad, está legitimado el representante del Estado en el departamento* (el prefecto) *para impugnar la legalidad de dichos actos ante el juez del recurso por exceso de poder hasta que se suscriba el contrato*». La acción que éste emprenda contra un acto separable puede ir acompañada de una solicitud de suspensión que, si prospera, no impide por ello que se firme el contrato. Pero, una vez se ha suscrito el contrato, el recurso contra el acto separable deja de tener sentido; el prefecto debe, en tal caso, impugnar el propio contrato. Así pues, desaparece en lo esencial el recurso por exceso de poder contra los actos separables del contrato anteriores a la firma del mismo; ello puede llevar a que se excluya también este recurso o, al menos, que se limite su interposición contra los actos posteriores, contrariamente a lo que se haya podido admitir en el caso de los actos relativos a su ejecución (por ej., CE Secc. 9 de nov. de 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*, Rec.1034; – Secc. 9 de dic. de 1983, *Ville de Paris et autres*, Rec. 499, concl. Genevois; v. n.º 106.6) o a su terminación (CE As. 2 de feb. de 1987, *Société TV 6*, Rec. 29; RFDA 1987.29, concl. Fornacciari; AJ 1987.314, cr. Azibert y de Boisdeffre).

El recurso por exceso de poder en materia contractual, sin desaparecer por completo, se restringe considerablemente; Ya no debería plantear las dificultades que se derivaban del mismo.

**115. RECURSO DE URGENCIA-LIBERTAD.  
DECISIÓN CUYA EJECUCIÓN ATENTARÍA  
CONTRA LA VIDA.  
MISIÓN ESPECÍFICA DEL JUEZ.  
DERECHOS DE LOS PACIENTES**

**Consejo de Estado As., 14 de febrero de 2014, *Mme Lambert***

**Consejo de Estado As., 24 de junio de 2014, *Mme Lambert***

**I. *Mme Lambert*, 14 de febr. de 2014**

(Rec. 32, concl. Keller; RFDA 2014.255, concl.; AJ 2014.790, cr. Bretonneau y Lessi; RDSS 2014.506, nota D. Thouvenin; LPA 4 de abr. de 2014, nota Mémeteau; JCP Adm. 2014.2234, obs. Moquet-Anger; Procédures abr. 2014, n.º 7, nota Deygas)

1. Considerando que la señora Rachel Lambert, el señor François Lambert y el Centro Hospitalario Universitario de Reims han presentado un recurso de apelación contra la sentencia de 16 de enero de 2014, con la que Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne, al que incumbía pronunciarse tras un procedimiento abreviado, en aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, suspendió la ejecución de la decisión adoptada el 11 de enero de 2014 por el médico, Jefe de la Unidad de Autonomía y Salud del Centro Hospitalario Universitario de Reims, de poner fin a la alimentación e hidratación artificiales del señor Vincent Lambert, ingresado en esta unidad; que procede unir en una causa las tres demandas para resolverlas mediante una sola decisión;

*Sobre la intervención:*

2. Considerando que la Unión Nacional de Asociaciones de Familiares de Enfermos con Traumatismo Craneoencefálico o con Lesión Cerebral (*Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés* o UNAFTC) tiene, a tenor de su finalidad estatutaria y de las cuestiones que plantea el litigio, un interés

que la legitima para intervenir en la presente causa ante el Consejo de Estado; que, por consiguiente, debe admitirse su intervención;

*Sobre la misión del juez de los recursos de urgencia que ha de pronunciarse sobre el fundamento del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa:*

3. Considerando que, según lo dispuesto en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa: «*Cuando se presente ante él un recurso que, por su propia naturaleza, requiere una tramitación especialmente urgente, puede ordenar todas las medidas necesarias para salvaguardar la libertad fundamental que ha sido objeto de una vulneración grave y manifiestamente ilegal por parte de una persona jurídica de derecho público o de un organismo de derecho privado responsable de la gestión de un servicio público, en el ejercicio de una de sus facultades (...)*»;

4. Considerando que, a tenor de este artículo, el juez administrativo de los recursos de urgencia, ante el que se presenta un recurso que, por su propia naturaleza, requiere una tramitación especialmente urgente, puede ordenar todas las medidas necesarias para salvaguardar la libertad fundamental que ha sido objeto de una vulneración grave y manifiestamente ilegal por parte de la Administración; *que estas disposiciones legislativas le confieren al juez de los recursos de urgencia –que es, en principio, el único que ha de pronunciarse y que, en virtud del artículo L. 511-1 del Código de Justicia Administrativa, puede resolver la adopción de medidas de carácter provisional– la facultad de adoptar, en los plazos más breves y en función de unos criterios de evidencia, las medidas de salvaguarda necesarias para la protección de las libertades fundamentales;*

5. *Considerando, no obstante, que corresponde específicamente al juez de los recursos de urgencia ejercer sus facultades, cuando se le someta, a tenor del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, una decisión adoptada por un médico, amparándose en el Código de Salud Pública, y que implica la interrupción o la no administración de un tratamiento porque su continuación pondría de manifiesto un ensañamiento terapéutico y, además, la ejecución de esta decisión atentaría de forma irreversible contra la vida; que, en tal caso, el juez debe adoptar –si procede, previa consulta a un grupo de expertos– todas las medidas de salvaguarda necesarias para impedir*

*que se ejecute la decisión, cuando exista la posibilidad de que ésta no forme parte de los supuestos contemplados por la Ley, haciendo lo posible para conciliar las libertades fundamentales en juego, que son el derecho al respeto de la vida y el derecho del paciente a dar o no dar su consentimiento a un tratamiento médico y a no ser sometido a un tratamiento que sea resultado de un ensañamiento terapéutico; que, en este supuesto, el juez de los recursos de urgencia o el grupo de expertos al que se le haya sometido el caso pueden, si procede, después de suspender con carácter cautelar la ejecución de la medida y antes de pronunciarse sobre la demanda presentada ante dicho juez, ordenar que se proceda a un peritaje médico y solicitar, en aplicación del artículo R. 625-3 del Código de Justicia Administrativa, el dictamen de toda persona cuya competencia o conocimientos puedan ser útiles para el tribunal;*

*Sobre las disposiciones aplicables al litigio:*

6. Considerando que, en virtud del artículo L. 1110-1 del Código de Salud Pública, deben utilizarse todos los medios disponibles para asegurarse de que el derecho fundamental a la salud sea una realidad para todas las personas; que el artículo L. 1110-2 dispone que toda persona enferma tiene derecho a que se respete su dignidad; que el artículo L. 1110-9 garantiza a toda persona, cuyo estado de salud así lo requiera, el derecho a tener acceso a unos cuidados paliativos, entendiéndose por éstos, según el artículo L. 1110-10, aquellos cuidados activos y continuados cuyo objeto es aliviar el dolor, reducir el sufrimiento psíquico, salvaguardar la dignidad de la persona y apoyar a las personas de su entorno inmediato.

7. Considerando que, de conformidad con el enunciado del artículo L. 1110-5 del mismo Código, refundido por la ley de 22 de abril de 2005, relativo a los derechos de los enfermos y al final de la vida del paciente: «Toda persona tiene, en función de su estado de salud y de la urgencia de las intervenciones que éste requiera, el derecho a recibir el tratamiento más adecuado y a beneficiarse de las técnicas terapéuticas que tengan una eficacia probada y que garanticen el más alto nivel de seguridad para su salud, dados los conocimientos médicos adquiridos hasta entonces. Las actuaciones en materia de prevención, investigación o tratamiento no deben suponer para la salud de la persona ningún riesgo desproporcionado en relación con el beneficio esperado. / Estas

actuaciones no deben seguir su curso porque alguien se obstine sin motivos racionales en mantenerlas. Si resultaran inútiles, desproporcionadas o desprovistas de todo resultado que no sea la mera conservación artificial de la vida, podrán interrumpirse o no iniciarse. Si fuera éste el caso, el médico velará por salvaguardar la dignidad de la persona moribunda y por asegurarle una calidad de vida, dispensándole los cuidados a los que se refiere el artículo L. 1110-10. / (...) Toda persona tiene derecho a que se le dispensen unos cuidados destinados a aliviar su dolor. Sean cuales fueren las circunstancias, se debe prevenir, evaluar, tener en cuenta y tratar el dolor. / Los profesionales de la salud aprovecharán todos los recursos que tengan a su alcance para asegurarse de que toda persona tenga una vida digna hasta su muerte (...);

8. Considerando que, según lo dispuesto en el artículo 1111-4 del Código de Salud Pública, en el enunciado refundido por la ley de 22 de abril de 2005: «Toda persona tiene derecho a tomar, con el profesional de la salud y habida cuenta de las informaciones y consejos que éste le dispense, cualquier decisión relativa a su salud. / El médico debe respetar la voluntad de la persona, después de haberla informado sobre las consecuencias de las actuaciones que elija. (...) / No se puede iniciar ninguna actuación médica ni administrar ningún tratamiento sin el consentimiento libre y documentado de la persona, pudiendo ésta retirar su consentimiento en cualquier momento. / Cuando el estado de salud de la persona no le permita expresar su voluntad, no se podrá efectuar ninguna intervención o investigación, salvo en caso de urgencia o de imposibilidad, sin antes haber consultado a la persona de confianza a la que alude el artículo L. 1111-6 o a su familia o, en su defecto, a alguno de sus allegados. / Cuando el estado de salud de la persona no le permita expresar su voluntad, la limitación o interrupción del tratamiento que pueda poner su vida en peligro no se podrá llevar a cabo sin haber respetado el procedimiento colegiado que establece del Código de Deontología Médica y sin antes haber consultado a la persona de confianza a la que alude el artículo L. 1111-6 o a su familia o, en su defecto, a alguno de sus allegados. La decisión motivada de limitación o interrupción del tratamiento debe quedar registrada en el expediente médico. (...);»

9. Considerando que el artículo R. 4127-37 del Código de Salud Pública enumera, entre las obligaciones que incumbe cumplir a los médicos frente a sus pacientes, en virtud del Código de Deontología Médica, las siguientes: «I. En todas las circunstancias, el médico debe

esforzarse por aliviar los sufrimientos del enfermo con los medios que más se adecuen a su estado de salud, y apoyarlo moralmente. Debe abstenerse de toda obstinación más allá de lo razonable tanto en las investigaciones como en los tratamientos terapéuticos, pudiendo renunciar a emprender o mantener unos tratamientos que demuestren ser inútiles, desproporcionados o que no tengan más objeto o resultado que la mera conservación artificial de la vida. (...)»

[...]

10. Considerando, por una parte, que las disposiciones del artículo L. 1110-5 del Código de Salud Pública se incluyen en dicho código en su calidad de derechos garantizados por el legislador a toda persona enferma; que las disposiciones del artículo L. 1111-4 forman parte de los principios generales, ratificados por el Código de Salud Pública, que están relacionados con la necesidad de tener en cuenta la voluntad de todos los usuarios del sistema de salud; que el artículo R. 4127-37 determina las normas de deontología médica que imponen a todos los médicos unos deberes frente a todos y cada uno de sus pacientes; que de los propios términos de dichas disposiciones y de los trabajos parlamentarios previos a la adopción de la ley de 22 de abril de 2005 se deduce que tienen un alcance general y que son aplicables tanto al caso del señor Lambert como al caso del conjunto de los usuarios del sistema de salud pública;

11. *Considerando que de estas disposiciones se deduce que se ha de dispensar a toda persona el tratamiento más adaptado a su estado de salud, sin que las actuaciones de prevención, investigación y tratamiento que se emprendan le expongan a unos riesgos desproporcionados en relación con el resultado esperado; que estas actuaciones no deben, empero, mantenerse por un mero ensañamiento terapéutico, y pueden suspenderse o no iniciarse cuando resulten inútiles o desproporcionadas, o cuando no produzcan más efecto que la mera conservación artificial de la vida, con independencia de que la persona enferma esté o no próxima al final de su vida; que, cuando el enfermo no esté en condiciones de expresar su voluntad, la decisión de limitar o de interrumpir un tratamiento, debido al hecho de que su mantenimiento sería reflejo de un ensañamiento terapéutico, sólo puede –cuando se trate de una medida que pueda poner en peligro la vida del paciente– ser adoptada por el médico, si se ajusta al procedimiento que se deta-*

*lla en el Código de Deontología Médica y a las reglas de consulta que establece el Código de Salud Pública; que incumbe al médico, si toma una decisión de esta naturaleza, velar por que en todo momento se salvaguarde la dignidad del paciente y se le dispensen unos cuidados paliativos;*

12. Considerando, por otra parte, que de las disposiciones de los artículos L. 1110-5 y L. 1111-4 del Código de Salud Pública, sobre los que arrojan luz los trabajos parlamentarios previos a la adopción de la ley de 22 de abril de 2005, se desprende que el propósito del legislador fue incluir, entre los tratamientos que pueden ser objeto de una limitación o de una interrupción, el conjunto de las actuaciones encaminadas a asegurar, con medios artificiales, el mantenimiento de las funciones vitales del paciente; que la alimentación e hidratación artificiales forman parte de estas actuaciones y pueden, por tanto, ser interrumpidas cuando su mantenimiento sea el resultado de un ensañamiento terapéutico;

*Sobre los recursos de apelación:*

[...]

17. Considerando que, para fundamentar estos recursos, se hace constar, en particular, y contrariamente a lo que resolvió el Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne, que el mantenimiento de la alimentación e hidratación dispensados artificialmente al señor Lambert, al no tener más resultado que la mera conservación artificial de la vida del paciente, sólo podía ser producto de un ensañamiento terapéutico en el sentido del artículo L. 1110-5 del Código de Salud Pública, hecho que se rebate en las alegaciones de la defensa;

18. Considerando que incumbe al Consejo de Estado, ante el que se ha sometido esta impugnación, asegurarse, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, de que se ha cumplido con los requisitos que establece la Ley para poder tomar una decisión de interrupción de un tratamiento cuyo mantenimiento sería reflejo de un ensañamiento terapéutico;

19. Considerando que es necesario, para que el Consejo de Estado pueda proceder a esta valoración, que disponga de una información lo más completa posible, en especial, sobre el estado de salud de la persona implicada; que, habida cuenta del conjunto de los elementos que se han recabado hasta el momento actual en el marco de la instruc-

ción, cabe señalar que el estudio realizado por el Coma Science Group del Centro Hospitalario Universitario de Lieja y cuya conclusión es que se aprecia... un «estado de mínima consciencia plus», se remonta a julio de 2011, habiendo transcurrido desde entonces más de dos años y medio; que los tres médicos, a los que se solicitó, en su condición de consultores externos del Centro Hospitalario Universitario de Reims, un dictamen en el marco del procedimiento colegiado incoado, se pronunciaron principalmente sobre los aspectos éticos y deontológicos de una interrupción del tratamiento y no sobre el estado médico del paciente, al que no examinaron; que, tal y como se indicó durante la vista del recurso de urgencia, no se hizo una exposición completa del expediente médico del señor Lambert durante la instrucción del recurso de urgencia; que, durante la vista del recurso de urgencia, se transmitieron informaciones divergentes sobre el estado clínico del señor Lambert;

20. Considerando que, dadas las circunstancias y el estado en que se halla la instrucción, antes de que el Consejo de Estado se pronuncie sobre los recursos de apelación interpuestos ante él, es necesario que se lleve a cabo un peritaje médico, el cual habrá de encomendarse a unos médicos que dispongan de competencias probadas en el campo de las neurociencias, con el fin de que éstos se pronuncien de forma independiente y colegiada –después de haber examinado al paciente, haberse reunido con el equipo médico y el personal sanitario que se ocupa del enfermo, y haber tenido acceso al conjunto de su expediente médico– sobre el estado actual de salud del señor Lambert, y que aporten todas las informaciones útiles al Consejo de Estado, en el estado actual de la ciencia, sobre las perspectivas de evolución del paciente;

21. Considerando que procede, por consiguiente, disponer que se lleve a cabo un peritaje, del que se hará cargo un grupo de tres médicos, nombrados por el Presidente de la Sección de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado a propuesta, respectivamente, del Presidente de la Academia Nacional de Medicina, el Presidente del Comité Nacional de Ética y el Presidente del Consejo Nacional del Colegio de Médicos;

[...]

22. Considerando, además, que debido a la amplitud y a la dificultad de las cuestiones de orden científico, ético y deontológico que

se plantean a la hora de examinar el presente litigio, procede, dadas las necesidades de la instrucción de las demandas, solicitar, en aplicación del artículo R, 625-3 del Código de Justicia Administrativa, a la Academia Nacional de Medicina, el Comité Consultivo Nacional de Ética y el Consejo Nacional del Colegio de Médicos, así como al señor Jean Leonetti, que presenten por escrito al Consejo de Estado, antes de que finalice el mes de abril de 2014, las observaciones de carácter general que puedan ser de utilidad para dicho Consejo a la hora de valorar la aplicación de los conceptos de ensañamiento terapéutico y de conservación artificial de la vida en el sentido del artículo L. 1110-5 del Código de Salud Pública, en particular, en lo que respecta a las personas que, como el señor Lambert, se encuentran en un estado de mínima conciencia.

*Sobre las consecuencias del recurso de apelación subsidiario:*

[...]

Decide:

(intervención admitida; peritaje solicitado; aplicación del art. R. 625-3 del Código de Justicia Administrativa)

## **II. Mme Lambert, 24 de junio de 2014**

(Rec. 175, concl. Keller; RFDA 2014.657, concl.; 671, dictamen *Amicus Curiae*; 702, nota P. Delvolvé; AJ 2014.1225, columna periodística de Paul Cassia; 1669, nota Truchet; Dr. fam. sept. 2014.39, nota Binet; LPA 17 de oct. de 2014, nota M. Y.-M. Doublet; RDSS 2014.1101, nota D. Thouvenin; JCP 2014.825, nota F. Vialla; JCP Adm. 2014.2844, estudio H. Pauliat, D. Bordessoule y S. Moreau; D. 2014.856, nota Vigneau; *Nomos. Le nel dirrito*, n.º 2, 2014, com. Donnarumma)

[...]

3. Considerando que el grupo de expertos –que, como ya se ha indicado, fue nombrado una vez concluidas las operaciones periciales y después de hacer llegar a las partes, el 5 de mayo de 2014, un infor-

me previo destinado a recabar sus comentarios— procedió a hacer entrega al Consejo de Estado del informe definitivo de peritaje el 26 de mayo de 2014; que en contestación a la solicitud que les había transmitido el Consejo de Estado, órgano que debía pronunciarse sobre el contencioso, la Academia Nacional de Medicina, el Comité Consultivo Nacional de Ética, el Consejo Nacional del Colegio de Médicos y el señor Jean Leonetti le remitieron, a su vez, sus observaciones de carácter general, en aplicación del artículo R. 625-3 del Código de Justicia Administrativa;

*Sobre la intervención:*

4. Considerando que la señora Marie-Geneviève Lambert demuestra tener un interés que la legitima para intervenir ante el Consejo de Estado; que, por consiguiente, debe admitirse su intervención;

*Sobre las disposiciones aplicables al litigio:*

[...]

10. Considerando que, al adoptar las disposiciones de la ley de 22 de abril de 2005, contenidas en el Código de Salud Pública, el legislador definió el marco dentro del cual un médico podía tomar la decisión de limitar o de interrumpir un tratamiento, en el caso de que la continuación del mismo pudiera deberse a un ensañamiento terapéutico; que de las disposiciones antes citadas, comentadas y clarificadas por los comentarios formulados por la Academia Nacional de Medicina, el Comité Consultivo Nacional de Ética, el Consejo Nacional del Colegio de Médicos y el señor Jean Leonetti —en aplicación de la decisión adoptada el 14 de febrero de 2014 por el Consejo de Estado, al que correspondía pronunciarse sobre el recurso contencioso-administrativo—, se desprende que se ha de dispensar a toda persona el tratamiento más adaptado a su estado de salud, sin que las actuaciones de prevención, investigación y tratamiento que se emprendan le expongan a unos riesgos desproporcionados en relación con el resultado esperado; que estas actuaciones no deben, empero, mantenerse por efecto de un ensañamiento terapéutico y pueden suspenderse o no iniciarse cuando resulten inútiles o desproporcionadas, o cuando no produzcan más efecto que la mera conservación artificial de la vida, con independencia de que la persona enferma esté o no próxima al final de su vida;

que, cuando el enfermo no esté en condiciones de expresar su voluntad, la decisión de limitar o de interrumpir un tratamiento, debido al hecho de que su continuación podría ser reflejo de un ensañamiento terapéutico, sólo puede —cuando se trate de una medida que pueda poner en peligro la vida del paciente— ser adoptada por el médico dentro del respeto de las condiciones establecidas por la Ley, derivándose éstas del conjunto de las disposiciones antes citadas y, en especial, de aquellas que regulan el procedimiento colegiado y que prevén que se consulte al respecto a la persona de confianza del paciente, a un familiar o a algún allegado; que incumbe al médico, si toma una decisión de esta naturaleza, velar por que en todo momento se salvaguarde la dignidad del paciente y se le dispensen unos cuidados paliativos

*Sobre la compatibilidad de las disposiciones de los artículos L. 1110-5, L. 1111-4 y R. 4127-37 del Código de Salud Pública con lo estipulado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:*

[...]

12. *Considerando que, dada la función específica que corresponde desempeñar a juez de los recursos de urgencia, cuando se le someta, según lo dispuesto en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, una decisión que ha adoptado un médico, en aplicación del Código de Salud Pública, y que implica la interrupción o la no administración de un tratamiento, debido a que la aplicación de este último podría obedecer a un ensañamiento terapéutico y que la ejecución de dicha decisión atentaría de forma irreversible contra la vida el enfermo, le incumbe a este juez, en particular, dentro de este contexto, examinar toda alegación de incompatibilidad entre las disposiciones legislativas que se han aplicado y las estipulaciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;*

13. Considerando, por una parte, que mediante las disposiciones impugnadas del Código de Salud Pública se estableció un marco jurídico que ratifica el derecho de toda persona a recibir el tratamiento más adecuado, a que se respete su voluntad de no recibir ningún tratamiento y a no ser sometido a un tratamiento médico que pueda obedecer a un ensañamiento terapéutico; que estas disposiciones no autorizan a un médico, cuando el paciente no esté en condiciones de expresar

su voluntad, a adoptar la decisión de limitación o interrupción de un tratamiento susceptibles de poner su vida en peligro, salvo que cumpla estrictamente con el doble requisito de poder demostrar que la continuación de dicho tratamiento sería el resultado de un ensañamiento terapéutico y de respeto de las garantías relativas a la necesidad, cuando sea posible, de tener en cuenta los deseos formulados por el paciente, consultar al menos a otro médico y al equipo que ha tratado al enfermo y atenerse a la opinión de la persona de confianza, de la familia o de un allegado; que una decisión de esta naturaleza adoptada por un médico puede ser objeto de un recurso ante un tribunal para asegurarse de que se han cumplido los requisitos establecidos;

14. Considerando, por consiguiente, que, examinadas en su conjunto, y habida cuenta de su finalidad y de las condiciones en las que deben aplicarse, no cabe considerar que las disposiciones impugnadas del Código de Salud Pública sean incompatibles con las estipulaciones del artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según las cuales «el derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente (...)», ni con las de su artículo 8 que garantiza el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar;

15. Considerando, por otra parte, que el papel que encomiendan al médico las disposiciones implicadas no es en modo alguno incompatible con la obligación de imparcialidad que se deriva del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; que no tiene sentido alguno que se pretenda invocar las estipulaciones del artículo 7 del mismo convenio, aplicables a las condenas penales;

*Sobre la aplicación de las disposiciones del Código de Salud Pública:*

16. *Considerando que, aunque la alimentación e hidratación artificiales figuran entre aquellos tratamientos que se pueden interrumpir cuando su continuación pueda obedecer a un ensañamiento terapéutico, el hecho de que una persona se encuentre en un estado irreversible de inconsciencia o, con mayor motivo, en un estado de pérdida de autonomía, que obligan a dispensarle este modo de alimentación e hidratación, no basta por sí solo para asumir que existe*

*una situación en la que la continuación de dicho tratamiento podría no estar justificada por no ser admisible el ensañamiento terapéutico;*

17. *Considerando que, para determinar si se cumplen los requisitos para una interrupción de la alimentación e hidratación artificiales, en el caso de un paciente víctima de unas lesiones cerebrales graves, con un origen cualquiera, que se encuentra en un estado vegetativo o de mínima conciencia que le impide expresar su voluntad, siendo imprescindible, para mantenerlo en vida, este modo de alimentación e hidratación, el médico que le atiende deberá tener en cuenta un conjunto de elementos de carácter médico y de otra naturaleza, cuyo peso respectivo no se puede predeterminar y depende de circunstancias que son propias de cada paciente, lo que le obliga a aprehender cada situación desde la perspectiva de su singularidad; que, además de los elementos médicos, que deben abarcar un período lo suficientemente largo, ser objeto de análisis por un grupo de expertos y estar relacionados principalmente con el estado actual de salud del paciente, con la evolución de este estado desde que se produjo el accidente o se inició la enfermedad, con su sufrimiento y con el pronóstico clínico, el médico debe otorgar especial relevancia a la voluntad que pueda expresar el paciente o, en su caso, que haya formulado anteriormente, sin que importe la forma en que se haya expresado ni el sentido que tenga; a este respecto, y en el supuesto de que no sea posible conocer su voluntad, no cabe interpretar este hecho como una supuesta negativa del paciente a ser mantenido en vida en las circunstancias actuales; que el médico debe asimismo tener en cuenta la opinión de la persona de confianza que haya designado el paciente, de su familia o, en su defecto, de algún allegado, tratando en todo momento de alcanzar con éstos una posición consensuada; que debe, al examinar la situación específica de su paciente, tener como eje principal el deseo de proporcionarle el mayor bienestar;*

*Sobre la conformidad con las disposiciones del Código de Salud Pública de la decisión de interrumpir la alimentación e hidratación artificiales del señor Vincent Lambert:*

[...]

23. Considerando que compete al Consejo de Estado, después de analizar el conjunto de las circunstancias del caso y los elementos que se hayan recabado durante la instrucción contradictoria llevada a

cabo ante él y, en particular, el informe de peritaje médico solicitado por dicho órgano jurisdiccional, asegurarse de que la decisión adoptada el 11 de enero de 2014 por el Dr. Kariger era conforme con los requisitos que exige la Ley para que pueda tomarse la decisión de poner fin a un tratamiento cuyo mantenimiento podría ser resultado de un ensañamiento terapéutico;

[...]

32. Considerando que, del conjunto de las consideraciones anteriores, se deduce que cabe considerar que, en el caso del señor Vincent Lambert y a la vista de los resultados de la instrucción contradictoria llevada a cabo por el Consejo de Estado, se cumplían los diferentes requisitos que establece la Ley para que el médico, que está a cargo del paciente, pueda adoptar la decisión de interrumpir un tratamiento cuyo único efecto sería la conservación artificial de la vida y que, de continuarse, pondría de manifiesto un ensañamiento terapéutico por parte del médico; que, por consiguiente, no cabe calificar de ilegal la decisión de 11 de enero de 2014 del Dr. Kariger de interrumpir la alimentación e hidratación artificiales del señor Vincent:

33. Considerando que si bien es cierto que, habida cuenta de las informaciones médicas de las que disponía, cuando se vio en la necesidad de pronunciarse en un plazo muy breve sobre la demanda presentada ante él, el Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne tenía motivos legítimos para suspender con carácter provisional la ejecución de la decisión de 11 de enero de 2014 del Dr. Kariger, dado el carácter irreversible que hubiera tenido la ejecución de dicha decisión, no es menos cierto que, una vez completado el procedimiento que se llevó a cabo ante el Consejo de Estado, ya no era posible admitir las conclusiones presentadas ante el juez administrativo de los recursos de urgencia, en virtud del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, para que se instara al médico antes citado a no ejecutar su decisión de 11 de enero de 2014; que, por consiguiente, la señora Rachel Lambert, el señor François Lambert y el Centro Hospitalario Universitario de Reims están legitimados para solicitar la revisión del fallo de 16 de enero de 2014 del Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne y para instar al Consejo de Estado a que desestime las conclusiones presentadas al amparo del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa por el señor Pierre Lambert, la señora Viviane Lambert, el señor David Philippon y la señora Anne Tuarxe;

*Sobre los gastos de peritaje:*

34. Considerando que, dadas las circunstancias especiales del caso, procede que se condene al Centro Hospitalario Universitario de Reims a asumir los gastos del peritaje solicitado por el Consejo de Estado;

[...]

Decide:

(intervención admitida; desestimación de las conclusiones del señor Pierre Lambert y otros; revisión del fallo, pago de los gastos de peritaje por el Centro Hospitalario Universitario de Reims)

## OBSERVACIONES

**1** Las dos sentencias, cuyo contenido esencial se expone en los párrafos anteriores, están relacionadas con un mismo litigio, que resultó muy doloroso desde el punto de vista humano y suscitó el interés de la opinión pública.

El señor Vincent Lambert, nacido en 1976, enfermero de profesión, fue víctima el 29 de sept. de 2008 de un accidente de circulación que le ocasionó un traumatismo craneoencefálico grave. Tras ser ingresado en el Centro Hospitalario Universitario de Reims y debido a su estado de tetraplejia y de total dependencia, se le procuró apoyo para el conjunto de los actos esenciales de la vida diaria, alimentándolo e hidratándolo de modo artificial por vía parenteral.

La evolución de su estado llevó al médico, Jefe de la Unidad de Autonomía y Salud del centro hospitalario, a tomar la decisión de interrumpir la alimentación e hidratación artificiales del paciente.

Al serle sometido el caso por los padres del señor Vincent Lambert, en el marco del artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa, el Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne ordenó la suspensión de la decisión de interrupción del tratamiento, por incumplimiento del procedimiento exigido por el Código de Salud Pública. Una nueva decisión de fecha 11 de ene. de 2014, adoptada esta vez de acuerdo con el procedimiento, fue nuevamente suspendida por el Tribunal Administrativo el 16 de ene. de 2014 (*cf.*: LPA 10 de febr. de 2014, nota Vialla), de un lado, debido al carácter irreversible que hubiera tenido la

decisión de interrupción y, de otro, porque –con arreglo a las disposiciones del Código de Salud Pública resultantes de la ley de 22 de abr. de 2005, relativa a los derechos de los enfermos y al final de la vida– la continuación de la alimentación e hidratación artificiales del señor Vincent Lambert no constituía un acto inútil, desproporcionado y cuyo único objeto o consecuencia fuera la mera conservación de la vida artificial.

Este segundo fallo fue el que trasladaron al Consejo de Estado la señora Rachel Lambert, esposa del señor Vincent Lambert, el centro hospitalario y un sobrino del paciente.

El Consejo de Estado se pronunció en dos tiempos: mediante una primera sentencia cautelar de 14 de febr. de 2014 y, luego, mediante una segunda sentencia de 24 de junio de 2014, dictadas ambas de conformidad con las conclusiones –muy matizadas– del Ponente Público. Estas sentencias dieron lugar a numerosos comentarios doctrinales, algunos de los cuales incluían algunas reservas (*cf.* Nota P. Delvolvé, RFDA 2014.702).

El juez administrativo se vio en la necesidad de dar explicaciones, no sólo a los profesionales del Derecho, sino también a la opinión pública, sobre el alcance que había que dar a la ley de 22 de abr. de 2005, conocida todavía como Ley Leonetti, en referencia al nombre del parlamentario autor del proyecto de ley del que se deriva dicho texto legal.

Un enfoque jurídico del debate que se planteó ante el Consejo de Estado tiene necesariamente que conllevar una visión reductora de las realidades humanas objeto del mismo. Ello no obsta para que estas sentencias figuren entre las decisiones más relevantes que ha tenido que adoptar el juez administrativo supremo. De un lado, el Consejo de Estado definió la misión específica del juez del recurso de urgencia-libertad que tiene que hacer frente a un atentado irremediable contra la vida (I). De otro, después de haber interpretado las disposiciones del Código de Salud Pública, que son las que rigen en este ámbito, procedió a aplicarlas, proveyéndose del mayor número posible de garantías (II).

### **I. La misión específica del juez del recurso de urgencia-libertad que tiene que hacer frente a un atentado irremediable contra la vida.**

- 2 Desde el punto de vista procesal, aunque las sentencias coinciden en varios aspectos con la jurisprudencia anterior, aportan, en otros muchos, innovaciones importantes.

A. *La conformidad con las soluciones anteriores.*

3 1.º) No se cuestionaba en ningún momento que el derecho al respeto de la vida, al que alude el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, constituyera una libertad fundamental en el sentido del art. L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa (CE Secc. 16 de nov. de 2011, *Ville de Paris et Société d'économie mixte PariSeine*, Rec. 552, concl. Botteghi; v. n.º 100.9; CE ord. 13 de agosto de 2013, *Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint-Leu*, AJ 2013. 2104, nota Le Bot).

2.º) Tampoco debe causar extrañeza el hecho de que el juez de los recursos de urgencia se pronunciara en calidad de juez de plena jurisdicción, en función de la evolución del procedimiento probatorio de este litigio. Es muy significativo, a este respecto, el último considerando de la sentencia de 24 de junio de 2014, en el que se hace hincapié en que el juez de primera instancia tenía motivos legítimos para suspender provisionalmente la decisión de 11 de ene. «a la luz de las informaciones médicas de las que disponía», pese a que su decisión se haya visto invalidada con el recurso de apelación.

3.º) Menos fácil de resolver era la cuestión de determinar si correspondía al juez de los recursos de urgencia verificar la legitimidad de la decisión por medio de la cual un centro hospitalario decide interrumpir un tratamiento o unos cuidados que, de mantenerse, pondrían de manifiesto un ensañamiento terapéutico.

Apoyándose en la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica (v. nuestras obs. sobre CE 10 de abr. de 1992, *Époux V.\**), el Ponente Público respondió afirmativamente, haciendo valer que el médico y el juez cumplen cada uno una misión específica: «*el médico toma una decisión médica, el juez hace una valoración jurídica de dicha decisión, comprobando si cumple con los requisitos que establece la Ley*». En este sentido es en el que se pronunció la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo.

B. *Las innovaciones.*

4 Más innovadora es la respuesta que da la sentencia a la pregunta sobre si el recurso de urgencia-libertad es realmente un procedimiento adecuado y, si lo es, en qué medida, teniendo en cuenta que el juez se ve obligado a pronunciarse en un plazo muy corto para poner fin a unas medidas que constituyen una vulneración grave y manifiestamente ile-

gal contra una libertad fundamental (v. nuestras obs. sobre CE 18 de ene. de 2001, *Commune de Venelles*\*).

*A priori*, hubiera resultado preferible interponer un recurso de urgencia-suspensión, según lo dispuesto en el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa, para oponerse al recurso de anulación de la decisión de 11 de ene de. 2014. Pero, sin duda, de este modo no se hubiera prestado la atención suficiente a la situación de extrema urgencia que había generado la decisión de poner fin a la alimentación del paciente. La sentencia de 14 de febr. de 2014 resuelve esta dificultad con mucha autoridad. Al tiempo que recuerda el ámbito de aplicación del art. L. 521-2 del CJA, amplía considerablemente sus límites en el caso de que se produzca un atentado irremediable contra la vida.

La segunda sentencia añade otro elemento singular al recurso de urgencia en el supuesto anterior.

— La contribución de la sentencia de 14 de febr. de 2014

5 La Asamblea de lo Contencioso-Administrativo, que se vio por primera vez en la tesitura de tener que pronunciarse sobre un recurso de urgencia-libertad, desde su creación por la ley de 30 de junio de 2000, recordó su contenido en unos términos que reflejan fielmente cuál era la voluntad del legislador, antes de que hubiera, como en este caso concreto, que traspasar los límites que establece la ley.

La sentencia de 14 de febr. de 2014 tiene a bien recordarnos cuál es la misión habitual del juez del recurso de urgencia. Cuando ante este último «*se presenta un recurso que, por su propia naturaleza, requiere una tramitación especialmente urgente, puede ordenar todas las medidas necesarias para salvaguardar la libertad fundamental que ha sido objeto de una vulneración grave y manifiestamente ilegal por parte de la Administración; estas disposiciones legislativas le confieren al juez de los recursos de urgencia –que es, en principio, el único que ha de pronunciarse y que puede ordenar la adopción... de medidas que presentan un carácter provisional– la facultad de adoptar, en los plazos más breves y en función de unos criterios de evidencia, las medidas de salvaguarda necesarias para la protección de las libertades fundamentales*».

Con este enunciado se define muy claramente el ámbito de aplicación del art. L. 521-2 del CJA, su trayectoria procesal y sus efectos.

6 La sentencia de 14 de febr. de 2014 no asume, empero, el marco que quedó así establecido. Define el ámbito de aplicación de lo que cabría denominar como artículo L. 521-2 bis del Código de Justicia Administrativa,

Este último se aplica al supuesto en que se somete al juez del recurso de urgencia-libertad *«una decisión adoptada por un médico, amparándose en el Código de Salud Pública, y que implica la interrupción o la no administración de un tratamiento porque su continuación pondría de manifiesto un ensañamiento terapéutico y, además, la ejecución de esta decisión atentaría de forma irreversible contra la vida»*.

En una situación como ésta, el juez del recurso de urgencia no se ve forzosamente en la necesidad de pronunciarse y no hacer nada más, limitándose a adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para la protección de las libertades fundamentales.

En efecto, *«en tal caso, el juez debe adoptar –si procede, previa consulta a un grupo de expertos– todas las medidas de salvaguarda necesarias para impedir que se ejecute la decisión, cuando exista la posibilidad de que ésta no forme parte de los supuestos contemplados por la Ley, haciendo lo posible para conciliar las libertades fundamentales en juego, que son el derecho al respeto de la vida y el derecho del paciente a dar o no dar su consentimiento a un tratamiento médico y a no ser sometido a un tratamiento que sea resultado de un ensañamiento terapéutico»*.

Se le encomienda, así, una misión de conciliación de dos derechos, de la que nos ocuparemos más adelante.

Además, el juez no está obligado a tomar todas las medidas que implica el ejercicio de su competencia *«en los plazos más breves»*. Tiene la posibilidad de ordenar unas medidas de instrucción. Puede, *«si procede, después de suspender con carácter cautelar la ejecución de la medida y antes de pronunciarse sobre la demanda presentada ante él, ordenar que se proceda a un peritaje médico y solicitar, en aplicación del artículo R. 625-3 del Código de Justicia Administrativa, el dictamen de toda persona cuya competencia o conocimientos puedan ser útiles para el tribunal»*.

La sentencia de 14 de febr. de 2014 permitió que se materializara de forma inmediata la doble competencia que se reconocía así al juez y le confirió, además, una cierta solemnidad. De un lado, el peritaje que era obligatorio realizar se encomendó a un grupo de tres médicos, nombrados a propuesta, respectivamente, del Presidente de la Acade-

mia Nacional de Medicina, el Presidente del Comité Nacional de Ética y el Presidente del Consejo Nacional del Colegio de Médicos. De otro, el procedimiento *Amicus Curiae* que se puso en marcha en virtud del art. R. 625-3, que se incorporó al CJA por un decreto de 22 de febr. de 2010, afectaba a instituciones o personalidades eminentes: la Academia Nacional de Medicina, el Comité Nacional de Ética, el Consejo Nacional del Colegio de Médicos, así como el señor Jean Leonetti.

Esta medida no es muy distinta de la consulta del Presidente del Comité Nacional de Ética en un caso en el que el Tribunal de Casación tuvo que pronunciarse sobre el contrato de una madre de alquiler (As. plen. 31 de mayo de 1991, Bull. As. Plen., n.º 4, p. 5; D. 1991.417, inf. Chartier; JCP 1991.II.21752, comunicación J. Bernard, concl. Dontenwille, nota Terré).

— La contribución de la sentencia de 24 de junio de 2014

7 Además de poner de manifiesto la utilidad de la doble medida de instrucción establecida, en un ámbito en el que el juez de los recursos de urgencia se ve en la necesidad de valorar el fundamento de una decisión médica, la sentencia de 24 de junio de 2014 aporta otro elemento particular que se sitúa en un plano distinto.

En principio, no forma parte de la misión del juez de los recursos de urgencia la valoración de la compatibilidad de una ley con los convenios internacionales, salvo cuando se haya comprobado con anterioridad su incompatibilidad con un compromiso internacional (CE ord. 21 de oct. de 2005, *Association AIDES et autres*, Rec. 438) o cuando se produzca una «vulneración manifiesta» de las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión Europea (CE ord. 16 de junio de 2010, *Mme Diakité*, Rec. 205).

Esta última solución tiene en cuenta una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que insta al juez nacional a asegurarse de que prevalezca el Derecho de la Unión, impidiendo la aplicación de toda ley nacional que sea contraria a éste, incluso cuando tenga que pronunciarse en el marco de unas medidas provisionales (CJCE 19 de junio de 1990, *Factortame*, caso C-213/89; *GACJUE*, t. 1, p. 614).

8 En sus conclusiones, el Ponente Público propuso que se actuara del mismo modo ante una alegación que se sustentara en la vulneración por la ley del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por un lado, porque el Convenio está estrechamente vinculado con el Derecho

de de la Unión Europea, aunque sólo sea por la adhesión al Convenio de la Unión Europea y, de otro, dada la imposibilidad en la que se ve el juez de los recursos de urgencia-libertad de no tener en cuenta una vulneración manifiesta de la exigencias del Convenio en materia de derecho al respeto de la vida.

Retrospectivamente, el primer argumento no es decisivo, puesto que el dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de dic. de 2014 (*cf.* RFDA 2015.3, comm. Labayle et Sudre) puso de manifiesto las dificultades que plantea la adhesión a la Unión Europea.

En cambio, el segundo argumento puede verse reforzado porque el reconocimiento del que fue objeto el derecho a la propia vida como una de las libertades fundamentales, en el sentido del art. L. 521-2 del CJA, se logró remitiéndose, no a una disposición constitucional, sino al artículo 2 del Convenio.

Sea como fuere, la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo se sumó a las conclusiones de su Ponente Público.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que establece un vínculo entre el artículo 8 del Convenio, relativo al respeto de la vida privada, y «*el derecho de todo individuo a decidir de qué modo y en qué momento debe terminar su vida*» (CEDH 20 de ene. de 2011, *Haas c. Suisse*, dem. no 31322/07), y después de analizar las disposiciones legislativas impugnadas, el Consejo de Estado consideró que «*examinadas en su conjunto, y habida cuenta de su finalidad y de las condiciones en las que deben aplicarse*», no cabe concluir que sean incompatibles con lo dispuesto en el art. 2 del Convenio.

La importancia que se concede a la finalidad de las disposiciones legislativas y a las condiciones en que han de aplicarse se ve reflejada en cada una de las dos sentencias. Partiendo de una interpretación de las disposiciones de la ley de 22 de abr. de 2005, que completan el Código de Salud Pública, el Consejo de Estado se esforzó por conciliar las libertades fundamentales en juego.

## II. La conciliación de las libertades fundamentales en juego.

- 9 La conciliación entre unos derechos fundamentales que pueden ser antagonistas es obra del legislador, cuya actuación se enmarca en el respeto de los principios establecidos en la Constitución francesa y en los convenios europeos, y que está sujeta al control de las jurisdicciones a las que compete pronunciarse en su ámbito específico de com-

petencia. En el caso *Lambert* eran dos los derechos que había que tener en cuenta.

– de un lado, el derecho a la vida, que se reconoce a toda persona y que se combina con el derecho al respeto de la vida privada, que no sólo puede ser invocado por toda persona frente a los demás, sino que debe, en la misma medida, ser respetado por los demás en su relación con otra persona;

– de otro lado, «el derecho del paciente a dar su consentimiento a un tratamiento médico y a no ser sometido a un tratamiento que podría ser el resultado de un ensañamiento terapéutico».

Frente a este dilema, el juez de los recursos de urgencia, después de haber precisado el alcance del marco legal aplicable, veló por que éste se respetara en el caso individual sobre el que le correspondía pronunciarse.

A. *Las precisiones sobre el marco legal aplicable.*

**10** 1.º) La postura que adopta el legislador se deriva esencialmente de los artículos L. 1110-5 y L. 1111-4 del Código de Salud Pública.

El artículo L. 1110-5 dispone –después de hacer constar, en un primer apartado, que toda persona tiene derecho, en función de su estado de salud, a que se le dispensen los cuidados más apropiados, sin que las actuaciones de prevención, investigación o tratamiento la expongan a unos riesgos desproporcionados en relación con el resultado esperado– que «*estas actuaciones no deben mantenerse debido a un ensañamiento terapéutico. Si resultaran inútiles, desproporcionadas o desprovistas de todo resultado que no sea la mera conservación artificial de la vida, podrán interrumpirse o no iniciarse*».

Por su parte, el artículo L. 1111-4 del mismo Código establece las normas destinadas a garantizar al paciente que se tenga en cuenta su voluntad.

Cuando el estado de salud de la persona no le permita expresar su voluntad, no se podrá efectuar ninguna intervención o investigación, salvo en caso de urgencia o de imposibilidad, sin antes haber consultado a «*la persona de confianza*» que ella misma haya designado o a su familia o, en su defecto, a alguno de sus allegados.

En este mismo artículo se establece que, cuando el estado de salud de la persona no le permita expresar su voluntad, «*la limitación o*

*la interrupción del tratamiento»* que puedan poner su vida en peligro no se podrán llevar a cabo sin haber respetado el requisito de previo dictamen de un grupo de expertos, que establece del Código de Deontología Médica, y sin antes haber consultado a «*la persona de confianza*» o a su familia o, en su defecto, a alguno de sus allegados y, cuando sea posible, «*las voluntades anticipadas*» de la persona afectada.

11 2.º) En lo que respecta a la legislación aplicable, la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo tuvo que manifestar su postura respecto a dos cuestiones que no planteaban ambas la misma dificultad.

Consideró, en primer lugar, que las disposiciones del artículo L. 1110-5 del Código figuran «*entre los derechos que garantiza el legislador a toda persona enferma*»; del mismo modo, las disposiciones del artículo L. 1111-4, que forman parte de los principios generales que ratifica el Código, están relacionadas con la obligación de «*tener en cuenta la expresión de la voluntad de todos los usuarios del sistema sanitario*».

De ello se deduce que el principio de reprobación del ensañamiento terapéutico, es de aplicación a todas aquellas personas que, como el señor Vincent Lambert, no se hallen próximas al final de su vida.

En opinión del Ponente, es mayor motivo de controversia, «*por razones de carácter tanto médico como filosófico o religioso*», la cuestión de determinar si la alimentación e hidratación artificiales dispensadas al señor Lambert constituyen unas «*actuaciones de asistencia*» o de «*tratamiento*», que puedan interrumpirse si su continuación sólo puede justificarse por un ensañamiento terapéutico.

Apoyándose en los trabajos parlamentarios previos a la adopción de la ley de 22 de abr. de 2005, el Consejo de Estado consideró, en su sentencia de 14 de febr., que el legislador había pretendido incluir las siguientes actuaciones entre aquellos tratamientos que pueden ser objeto de limitación o de interrupción, cuando obedezcan a un ensañamiento terapéutico: «*el conjunto de las actuaciones encaminadas a garantizar de forma artificial el mantenimiento de las funciones vitales del paciente*», entre ellas, la alimentación e hidratación artificiales.

La sentencia de 24 de junio de 2014 especifica, no obstante, que «*el hecho de que una persona se encuentre en un estado irreversible de inconsciencia o, con mayor motivo, en un estado de pérdida de autonomía*», que obligan a dispensarle este modo de alimentación e hidratación, «no basta por sí solo para asumir que existe una situación

en la que la continuación de dicho tratamiento podría no estar justificada por resultar inadmisibles el ensañamiento terapéutico».

Por tanto, para determinar si se cumplen los requisitos para una interrupción de la alimentación e hidratación artificiales, el médico debe tener en cuenta un conjunto de elementos de carácter médico y de otra índole, «*cuyo peso respectivo no se puede predeterminar y depende de circunstancias que son propias de cada paciente, lo que le obliga a aprehender cada situación desde la perspectiva de su singularidad*».

B. *La aprehensión de cada situación desde la perspectiva de su singularidad.*

12 Tal y como afirmaba el Ponente Público en sus conclusiones sobre la primera sentencia, la situación del señor Vincent Lambert, desde la perspectiva de dichas disposiciones legales, «representa el supuesto más complejo, en el que el paciente no está próximo al final de su vida, pero sí se encuentra en un estado de inconsciencia, no ha dejado constancia de sus voluntades anticipadas ni ha designado tampoco a una persona de confianza, su familia está dividida y los médicos a los que se ha consultado no tienen una opinión unánime».

En vista de las medidas de instrucción establecidas, la sentencia de 24 de junio de 2014 refleja la postura adoptada por la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo.

Se hace hincapié, en primer lugar, en el respeto por parte del equipo médico del centro hospitalario del procedimiento de dictamen previo de un grupo de expertos.

A continuación, se subraya que las conclusiones del peritaje solicitado, durante la tramitación del recurso de apelación, confirmaban las opiniones formuladas por el equipo médico «*en lo que respecta al carácter irreversible de las lesiones sufridas por el señor Lambert y al pronóstico clínico sobre las mismas*». La sentencia pone, además, de manifiesto que, pese a que el señor Vincent Lambert no formulara unas «voluntades anticipadas», en varias ocasiones sí había expresado «*claramente*», dada su experiencia como enfermero que atendía a pacientes con discapacidad múltiple, su deseo de que no se le mantuviera artificialmente en vida en el supuesto de que se hallara en una situación de «gran dependencia».

Se demostró que el médico había recabado la opinión de la familia antes de tomar la decisión de interrumpir el tratamiento. En opinión

del Consejo de Estado, «*dadas las circunstancias del caso*», el médico «*llegó a la conclusión de que el hecho de que los miembros de la familia no tuvieran una opinión unánime en cuanto al sentido de la decisión no constituía impedimento alguno para ejecutar su decisión*».

Teniendo en cuenta todos los elementos antes expuestos, la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo consideró que «*en el caso del señor Vincent Lambert*», no cabía «*considerar como ilegal*» la interrupción de la alimentación e hidratación artificiales.

En definitiva, las sentencias dictadas en el caso *Lambert* son un buen ejemplo del planteamiento radicalmente innovador por el que optó el Consejo de Estado al dar paso, con todo el peso de su autoridad, a una variante del recurso de urgencia-libertad que, pese a todo, se caracteriza por su prudencia en el tratamiento de los hechos. Aunque, de conformidad con la misión que le ha sido asignada, el juez interpreta en términos generales la ley de 22 de abr. de 2005, se propone velar por que se aplique teniendo en cuenta la singularidad de cada caso. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, después de haber suspendido con carácter provisional los efectos de la sentencia de 24 de junio, se pronunció en cuanto al fondo, el 5 de junio de 2015, en el mismo sentido que lo había hecho el juez administrativo francés (CEDH 5 de junio de 2015, *Lambert et autres c. France*; JCP 2015.805, nota Sudre).

## 116. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CRITERIO ORGÁNICO

**Tribunal de Conflictos, 9 de marzo de 2015, *Mme Rispal*  
*c/ Société des autoroutes du Sud de la France***

(RFDA 2015. 265, concl. Escaut, nota Canedo-Paris;  
AJ 2015.1204, cr. Lessi y L. Dutheillet de Lamothe; CMP mayo  
de 2015, n.º 110, Devillers; DA mayo de 2015, n.º 34 Brenet;  
JCP Adm. 2015.2156, nota Sestier y 2157, nota Hul)

Considerando que, en el marco de la obligación, que debían asumir las empresas concesionarias de las autopistas, de dedicar una parte del importe de las obras de construcción de la autopista a la adquisición de obras de arte, la empresa ASF suscribió, el 23 de abril de 1990, con la señora Rispal, un convenio por el que se le encomendaba a esta última efectuar primero una serie de tres bocetos para que la empresa eligiera la obra de arte que se iba a realizar y, a continuación, la realización de una maqueta de una escultura monumental que la empresa ASF tenía previsto emplazar en un área de descanso ubicada en el nuevo trazado de la autopista A 89; que en el convenio se estipulaba que la escultura definitiva sólo se podría efectuar si se elegía a la empresa ASF como concesionaria de la autopista A 89 y si ésta elegía uno de los tres bocetos presentados por la escultora; que el nombramiento de la empresa ASF como concesionaria de la autopista A 89 fue aprobado por decreto el 7 de febrero de 1992; que, una vez completadas las obras de construcción de la autopista, la empresa ASF informó a la señora Rispal, mediante un correo de fecha 7 de junio de 2005, de su decisión de abandonar definitivamente el proyecto; que, mediante una sentencia de 17 de febrero de 2010, el Tribunal de Casación declinó la competencia del juez ordinario ante el que la señora Rispal había presentado una demanda por los daños y perjuicios que, según ésta alegaba, le había ocasionado la rescisión del contrato; que, mediante una sentencia de 21 de octubre de 2014, el Tribunal Administrativo de Apelación de París, al estimar que el litigio era competencia de las jurisdicciones ordinarias, trasladó el caso al Tribunal de Conflictos, en aplicación del artículo 34 del decreto de 26 de octubre de 1849 modificado;

Considerando que, *a menos que se den unas circunstancias especiales, no cabe atribuir a una empresa concesionaria de una autopista, que suscribe con otra persona privada un contrato para la construcción, explotación o mantenimiento de una autopista, el carácter de una empresa que actúa por cuenta del Estado; que los litigios que tengan su origen en la ejecución del contrato serán, pues, competencia de las jurisdicciones ordinarias;*

Considerando, no obstante, que *como no es posible determinar la naturaleza jurídica de un contrato antes de la fecha de su firma, aquellos contratos que haya suscrito con anterioridad a esta fecha la empresa concesionaria de una autopista, con arreglo al régimen de los contratos administrativos, seguirán rigiéndose por el derecho público y los litigios que tengan su origen en su ejecución serán competencia de los tribunales administrativos;*

Considerando que la señora Rispal pretende conseguir que se reparen los perjuicios que presuntamente le ocasionó la rescisión del convenio que la vinculaba a la empresa ASF y cuyo objeto era el emplazamiento en un área de descanso de una obra monumental, debiendo la empresa concesionaria, dedicar a la realización de esta obra una parte de los costes de las obras de construcción, dado el vínculo directo existente entre ésta y la construcción de la autopista; que, por consiguiente, el litigio entra en el ámbito de competencia de la jurisdicción administrativa;...

## OBSERVACIONES

- 1 La Empresa Concesionaria de las Autopistas del Sur de Francia había suscrito con la señora Rispal, escultora de profesión, un contrato por el que le encomendaba la realización de tres bocetos que debían permitir a la empresa elegir la obra que se iba a realizar y, a continuación, la preparación de la maqueta de una escultura monumental que la empresa tenía previsto emplazar en un área de descanso ubicada en el nuevo trazado de la autopista A 89, siempre y cuando obtuviera la concesión de dicha autopista. Esta última condición se cumplió efectivamente. Pero, al considerar que el proyecto de escultura de la señora Rispal era incompatible con otro, la empresa decidió renunciar a él. La señora Rispal presentó, entonces, ante los tribunales ordinarios, una demanda cuyo objeto era que se constatará la rescisión del contrato y

se condenara a la empresa a pagar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. El Tribunal de Casación (Civ. 1.<sup>a</sup> 17 de febr. de 2010, Bull. civ. I, n.º 43), después de hacer constar que la empresa concesionaria estaba obligada a dedicar un «importe determinado a la realización de una obra concebida por un artista,... que esta última debía, cualquiera que fuera su función, ser considerada como una obra accesoria de la autopista cuya concesión había sido objeto de un contrato de carácter administrativo», resolvió que los tribunales administrativos eran competentes para pronunciarse sobre este litigio.

La señora Rispal recurrió, entonces, a los tribunales de la jurisdicción administrativa; tras ser desestimada su demanda por motivos de fondo por el Tribunal Administrativo de París, el Tribunal Administrativo de Apelación de París consideró que el contrato en cuestión era un contrato de derecho privado y que el litigio al que había dado origen era competencia de los tribunales ordinarios, por lo que, en aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo R. 771-1 del Código de Justicia Administrativa (art. 34 del decreto de 26 de oct. de 1849 y mismo artículo del decreto de 25 de jul. de 1960), remitió el caso al Tribunal de Conflictos para que éste resolviera la cuestión de competencia que se había planteado.

Por medio de su sentencia de 9 de marzo de 2015, el Tribunal de Conflictos resolvió que, a partir de ese momento, los contratos suscritos por las empresas concesionarias de una autopista con otras personas privadas pasaban a ser, en principio, contratos de derecho privado, cuyo contencioso era ahora competencia de la jurisdicción ordinaria. El Tribunal de Conflictos subvierte, de este modo, la jurisprudencia que había establecido con su sentencia de 8 de jul. de 1963, *Société Entreprise Peyrot c. Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur* (Rec. 787; D. 1963.534, concl. Lasry, nota Josse; RD publ. 1963.776, concl. y 1964.767, nota Fabre y Morin; S. 1963.273, concl.; AJ 1963.463, cr. Gentot y Fourré, y 1966.474, nota Colin; Gaz. Pal. 1964.2.58, nota Blaevoet; JCP 1963.II.13375, nota J.-M. Auby), habiendo ésta formado parte anteriormente de la recopilación *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* y que, al establecer una salvedad al requisito de presencia obligada de una persona pública para que el contrato pudiera tener carácter administrativo, permitía considerar los contratos suscritos por empresas concesionarias de autopistas con otras empresas como contratos administrativos. La sentencia *Société Entreprise Peyrot* consideraba «que la construcción de carreteras

*nacionales tiene el carácter de una obra pública y es, por su propia naturaleza, competencia del Estado; que tradicionalmente se lleva a cabo en régimen de gestión directa de la Administración; que, por consiguiente, los contratos suscritos por el director del proyecto para la ejecución de una obra pública se rigen por las normas del derecho público; ... que cabe decir lo mismo de los contratos suscritos por el director del proyecto para la construcción de autopistas ... sin que proceda establecer distinción alguna en función de que la construcción la realice, como suele ser lo normal, directamente el Estado o, con carácter excepcional, un concesionario que, en tal caso, actúa por cuenta del Estado, con independencia de que el concesionario sea una persona jurídica de derecho público o una empresa de economía mixta, pese a la condición de persona jurídica de derecho privado de dicha empresa; que, por consiguiente, cualesquiera que sean las modalidades elegidas para la construcción de la autopista, los contratos que suscriban unos empresarios con la Administración o con su concesionario tendrán el carácter de unos contratos de obras públicas».* Esta solución estaba vinculada con una concepción del Estado que llevaba a considerar la construcción y el mantenimiento de las carreteras como una de sus misiones esenciales.

La nueva solución se aplicará exclusivamente a los contratos suscritos con posterioridad a la decisión de 9 de marzo de 2015, quedando excluidos todos los contratos anteriores. El Tribunal de Conflictos procedió a aplicar, a este respecto, un principio que ya había formulado (TC 16 de oct. de 2006, *Caisse centrale de réassurance c. Mutuelle des architectes français*, Rec. 640; v. n.º 35.3), y según el cual «*la naturaleza jurídica de un contrato se determina en la fecha en que se suscribe*»; este principio está vinculado con el principio de seguridad jurídica (v. nuestras obs. sobre CE 24 de marzo de 2006, *Société KPMG\**); permite diferir en el tiempo la aplicación de una nueva jurisprudencia (v. nuestras obs. sobre CE 11 de mayo de 2004, *Association AC !\**). Por tanto, en el caso que nos ocupa, se aplica la solución de la jurisprudencia *Peyrot* al contrato suscrito entre la señora Rispal y la empresa ASF con fecha anterior a aquella en que se dictó la nueva sentencia: el contrato «*estaba directamente vinculado con la construcción de la autopista*», «*por consiguiente, el litigio es competencia de la jurisdicción administrativa*».

Pero, en adelante, el Tribunal de Conflictos volverá a aplicar el principio según el cual un contrato sólo puede ser administrativo si lo

suscribe una persona pública (I). Contempla, no obstante, algunas excepciones (II).

**I. El principio: un contrato sólo puede tener carácter administrativo si una de las partes contratantes es una persona pública.**

- 2 Es un requisito indispensable, pero no suficiente: sin perjuicio de las excepciones legislativas, es indispensable también que, o bien el contrato esté sujeto a un régimen exorbitante del derecho común (v. nuestras obs. sobre CE 31 de jul. de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges\**), o bien permita prestar un servicio público (v. nuestras obs. sobre CE 20 de abr. de 1956, *Bertin\**).

El requisito de que interviniera en el contrato una persona pública también se contemplaba en la sentencia *Société Entreprise Peyrot* y se había seguido aplicando, salvo en los casos en los que se daban las excepciones establecidas. Incluso después de que se dictara la sentencia de 8 de jul. de 1963, el requisito de que una de las partes contratantes fuera una persona pública para que el contrato tuviera carácter administrativo se siguió aplicando a todos los contratos que no figuraran entre las excepciones contempladas. Así lo siguió considerando el Tribunal de Conflictos el mismo día en que se dictó la sentencia *Mme Rispal*, en el caso de los contratos suscritos por una empresa concesionaria de una autopista con otras personas privadas, relacionado no con la ejecución de las obras, sino con la reparación de vehículos (9 de marzo de 2015, *Autoroutes du Sud de la France c. Société Garage des pins*, RFDA 2015.270, concl. Escaut, nota Canedo-Paris).

- 3 A partir de la sentencia *Mme Rispal*, todos los contratos suscritos por las empresas concesionarias de autopistas con otras personas privadas (y, en particular, con empresas dedicadas a las obras de reparación en la autopista) son, en principio, contratos de derecho privado.

Se aplica a estas empresas la solución que el Tribunal de Conflictos había formulado de manera general unos meses antes en su sentencia de 16 de junio de 2014, *Société d'exploitation de la Tour Eiffel c. Société SéchaudBossuyt et autres* (Rec. 463; BJCP 2014.426, concl. Escaut; DA 2014, n.º 220, por P. Devillers; RJEP 2014, com. 52 por Sirinelli): «cuando una persona privada, a la que una persona pública encomienda la explotación de una obra pública, suscriba con otras empresas un contrato para realizar unas obras en esta última, no se podrá considerar, (...), que está actuando por cuenta de la persona pública

propietaria de la obra pública». De este modo se consigue unificar, mediante una fórmula negativa, el criterio para considerar que un contrato es administrativo desde el punto de vista orgánico: basta que no participe ninguna persona pública en el contrato para excluir que se le pueda atribuir un carácter público.

Para subvertir la solución de la sentencia *Entreprise Peyrot*, el Tribunal de Conflictos no sólo intentó simplificarla, sino que se apoyó asimismo, como explica la señora Escaut en sus conclusiones, en los cambios que habían experimentado las autopistas y las carreteras: las concesiones de autopistas habían dejado de ser la excepción, como sin duda ocurría en un primer momento; los concesionarios ya no eran empresas de economía mixta, sino empresas con capital enteramente privado; eran muchas las carreteras nacionales cuya competencia se había transferido a los departamentos. Ya no se trataba de una actividad «propia del Estado, por su naturaleza» como se afirmaba en la sentencia de 1963. No existe ninguna diferencia esencial entre las infraestructuras viarias y las infraestructuras portuarias y aeroportuarias, a las que no cabía aplicar la jurisprudencia *Peyrot*. La responsabilidad específica de los concesionarios, que se caracteriza por el riesgo de explotación que han de asumir de conformidad, sobre todo, con el Derecho europeo de las concesiones, ya no permite afirmar, ni siquiera en sentido laxo, que actúan «por cuenta del Estado». Sus contratos ya no están sujetos a las mismas normas de concesión que los contratos de las colectividades públicas.

Cabe sin duda rebatir estas consideraciones, alegando que la red viaria ha contribuido a estructurar el Estado y destacando que esta red está estrechamente vinculada con uno de sus elementos constitutivos: el territorio. Estas objeciones pierden su razón de ser con la sentencia *Mme Rispal*: con independencia de cuál sea su finalidad, un contrato entre dos personas privadas no puede tener, normalmente, un carácter administrativo. El Consejo de Estado retomó al pie de la letra la solución del Tribunal de Conflictos (CE Secc. 17 de junio de 2015, *Société des autoroutes Paris-RhinRhône*, dem. n.º 383203).

- 4 La relevancia de este criterio orgánico se confirma una vez más, en sentido inverso, gracias a la jurisprudencia que parte del presupuesto de que un contrato entre dos (o más) personas públicas tiene carácter administrativo. En virtud de la sentencia del Tribunal de Conflictos de 21 de marzo de 1983, *Union des assurances de Paris* (Rec. 537; AJ 1983.356, concl. Labetoulle; D. 1984.33, nota J.-B. Auby y Hubre-

cht), «un contrato suscrito entre dos personas públicas tiene, en principio, un carácter administrativo, correspondiendo a las jurisdicciones administrativas conocer de los litigios relativos al incumplimiento de alguna de las obligaciones que se derivan del mismo».

Constituyen, pues, contratos administrativos aquellos que se suscriben en materia de ordenación territorial entre el Estado y las regiones (CE As. 8 de ene. de 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec. 3; v. n.º 3.9), los contratos firmados por el Estado y las colectividades locales, ya sea en aplicación de la ley de 2 de marzo de 1982 relativa al reparto de servicios (CE Sect. 31 de marzo de 1989, *Département de la Moselle*, Rec. 105; RFDA 1989.466, concl. Fornacciari; AJ 1989.315, cr. Honorat y Baptiste; RA 1989.368, nota Terneyre), ya sea, en un ámbito más general, para la organización de un servicio público (CE 13 de mayo de 1962, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, Rec. 198; AJ 1992.480, cr. Maugué y Schwartz).

En ocasiones se advierte en un contrato entre personas públicas la presencia de cláusulas exorbitantes ya sea del derecho común o de la prestación de un servicio público (CE 11 de mayo de 1990, *Bureau d'aide sociale de Blenodlès-Pont-à-Mousson c. OPHLM de Meurthe-et-Moselle*, Rec. 123; CJEG 1990.347, concl. Hubert; AJ 1990.614, nota Colly; TC 7 de oct. de 1991, *Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de l'académie de Nancy-Metz*, Rec. 472; AJ 1992.157, nota Richer), a pesar de que la presencia exclusiva de personas públicas debería bastar para atribuirle un carácter administrativo —a menos que esta presunción resulte ser falsa, tras comprobar las excepciones que se contemplan, tales como las que anulan el principio de atribución de un carácter administrativo a un contrato suscrito entre personas privadas.

## II. Les excepciones: contratos administrativos entre personas privadas.

- 5 La expresión «por cuenta del Estado» no implicaba que el concesionario fuera una empresa mandataria del Estado: se utilizaba en un sentido amplio para dar a entender que la naturaleza de las obras y, por tanto, de los contratos no variaba en función de la modalidad de ejecución de las autopistas. Podía dar lugar a controversias e incluso ser rebatida por ser demasiado somera. Se consideró excesiva su aplica-

ción a otros contratos, además de los suscritos con empresas de economía mixta concesionarias de autopistas.

A partir del momento en que se dicta la sentencia *Mme Rispal*, se descarta, no sólo la excepción que admitía la sentencia *Entreprise Peyrot*, en el caso de los contratos de las empresas concesionarias de autopistas, sino también –implícitamente– las excepciones más amplias a las que ésta había dado lugar.

Pero la sentencia *Mme Rispal*, al igual que la sentencia *Société d'exploitation de la Tour Eiffel c. Société Séchaud-Bossuyt et autres*, mantiene como excepción el caso «de las circunstancias especiales». Ninguna de estas dos sentencias aclara cuáles podrían ser estas circunstancias especiales.

Se puede, no obstante, intentar identificar, teniendo en cuenta, sobre todo, las soluciones admitidas con anterioridad, algunos casos en los que una persona privada suscribe un contrato por cuenta de una persona pública, en un sentido mucho más claro y preciso de lo que daba a entender la jurisprudencia *Entreprise Peyrot*. El primer caso tendría que seguir siendo el del contrato que suscribe una persona privada como mandataria de una persona pública, es decir, en representación de esta última (CE Secc. 18 de dic. de 1936, *Prade*, Rec. 1124; D. 1938.370, nota P.-L. J; S. 19383.57, nota Alibert: contrato de explotación de una playa suscrito por una Oficina de Turismo en nombre del municipio; – Secc. 2 de junio de 1961, *Leduc*, Rec. 365; AJ 1961.345, concl. Braibant: contratos relacionados con la reconstrucción de una iglesia y suscritos por una Agrupación de Propietarios de la que forma parte el municipio). Este supuesto es equiparable al caso en el que una asociación creada por una persona pública es tan «transparente» que, en realidad, no pasa de ser una oficina dependiente de esta última y que la compromete directamente (CE 21 de marzo de 2007, *Commune de BoulogneBillancourt*, Rec. 130; BJCP 2007.230, concl. N. Boulouis; AJ 2007.915, nota J.-D. Dreyfus; CP-ACCP 2007, n.º 68, p. 58, nota Brenet; CMP 2007, n.º 37 por Eckert y estudio 14 por Lichère; D. 2007.1937, nota M. Dreiffus).

El segundo caso debería ser el de los contratos que «constituyen el complemento de un contrato de derecho público», según lo ha reconocido el propio Tribunal de Conflictos en su sentencia de 8 de jul. de 2013, *Société d'exploitation des Énergies photovoltaïques c. Société Électricité Réseau Distribution France* (Rec. 371; CMP 2013, n.º 241 por Devillers CP-ACCP oct. 2013.65, nota Le Chatelier;

DA 2013, n.º 78 por Y. Simonnet), por ejemplo, un contrato de garantía para asegurarse de que se ejecute un contrato de obras públicas (CE Secc. 30 de oct. de 1972, *SA Le Crédit du Nord*, Rec. 630).

- 6 Cabe preguntarse si se puede mencionar un tercer caso, en el que la persona privada, que suscribe un contrato con otra, tiene unas relaciones tan estrechas con una persona pública que, en realidad, al suscribir el contrato «por cuenta de ésta», compromete a la persona pública, sin que se trate exactamente de un mandato. Es indudable que ya no es posible incluir en esta categoría los contratos tales como los relativos a la ordenación de un territorio a los que aludía la jurisprudencia *Société d'équipement de la région montpelliéraine* (CE Secc. 30 de mayo de 1975, Rec. 326; AJ 1975.345, cr. Franc y Boyon; D. 1976.3, nota Moderne). Pero si entrarían en esta categoría los contratos que, al poner directamente en marcha unas misiones y unas medidas establecidas por una persona pública, han sido considerados anteriormente como contratos administrativos: por ejemplo, los contratos de préstamos concedidos por el Crédit Foncier de France a determinados propietarios de inmuebles radicados en Túnez, financiados con recursos procedentes de un fondo del Estado, por decisión y bajo control de los servicios del Estado (CE 18 de junio de 1976, *Dame Culard*, Rec. 320; AJ 1976.579, nota Durupty); «los contratos mediante los cuales los operadores de unos aeródromos encomiendan a unas empresas, dentro del marco establecido por el legislador, la ejecución de unas misiones de policía», entre ellas, «la misión de inspección y control de los pasajeros, del personal y el equipaje que incumbe a los cocontratantes de los operadores de los aeropuertos», «que se lleva a cabo por cuenta del Estado y bajo su autoridad, en el marco de su actividad de policía administrativa de los aeródromos y de las instalaciones portuarias» (CE 3 de junio de 2009, *Société Aéroports de Paris*, Rec. 216, concl. Dacosta; RJEP dic. de 2009.19, concl.; CMP ago.-sept. de 2009, nota Zimmer)

Por último, hay que mencionar las excepciones que se establecen por Ley: contratos que implican la ocupación del dominio público y que suscriben con otras personas privadas los concesionarios de un servicio público, aunque no el resto de los concesionarios (TC 10 de jul. de 1956, *Société des Steeplechases de France*, Rec. 587; S. 1956.3.156, concl. Chardeau; CJEG 1957.1, nota Renaud; RD publ. 1957.522, nota M. Waline; – 14 de mayo de 2012, *Mme Gilles c. Société d'exploitation et événements de Paris*, Rec. 512; BJCP 2012.382,

concl. Olléon; RFDA 2012.692, nota Janicot; JCP Adm. 2012.2328, nota Giacuzzo; RJEP nov. 2012.18, nota Pauliat); contratos de compra obligatoria de electricidad (TC 13 de dic. de 2010, *Société Green Yellow et autres c. Électricité de France*, Rec. 592; v. n.º 24.3).

7

Las excepciones al requisito de participación de una persona pública para que un contrato tenga carácter administrativo son equiparables a aquellas que afectan al principio según el cual un contrato entre personas públicas tiene un carácter administrativo. La sentencia del Tribunal de Conflictos de 21 de marzo de 1983, *Union des assurances de Paris (supra)* excluyó «*el caso en que, debido a su finalidad (el contrato), sólo crea entre las partes unas relaciones de derecho privado*». Son normalmente contratos que suscriben las colectividades públicas como meros usuarios de un servicio público industrial y comercial, de cuya explotación se hace cargo otra persona pública, o como simples compradores de unos artículos que les suministra otra persona pública (CE 3 de nov. de 2003, *Union des groupements d'achats publics*, Rec. 430; DA 2004, n.º 43, nota Ménéménis).

En estas excepciones, poco numerosas, se impone el criterio orgánico en la identificación de los contratos administrativos.

## **117. ACTO ADMINISTRATIVO - DERECHO NO VINCULANTE**

**Consejo de Estado As., 21 de marzo de 2016 [Decisión], *Société Fairvesta International GmbH et autres***

**Consejo de Estado As., 21 de marzo de 2016 [Decisión], *Société NC Numericable***

(AJ 2016.717, cr. L. Dutheillet de Lamothe y Odinet; DA 2016. com. 10, von Coester y Daumas; D. 2016.715, obs. Montecler; Gaz. Pal. 2016 n° 22, pág. 31, nota Seiller; JCP 2016.623, nota Perroud y 671, nota Aguila y Froger; LPA 2016 n° 185, pág. 11, nota Chaltiel; RFDA 2016.679, art. Melleray; RTD Civ.2016.571, nota Deumier; RTD Com. 2016.298, obs. Rontchevsky, y 711, obs. Lombard; RD Publ. 2017.482, com. Pauliat)

### **I. *Société Fairvesta International GmbH et autres*, 21 de marzo de 2016**

(Rec.77, concl. von Coester; RFDA 2016.506, concl. – y mismas referencias que las citadas ut supra)

[...]

2. Considerando que de los elementos que obran en el expediente se deduce que la empresa Fairvesta International GmbH, domiciliada en..., propuso a los inversores en Francia, a partir de 2009, unas oportunidades de inversión inmobiliaria, a las que denominó Mercatus VIII, Lumis y Chronos, las cuales debían adoptar la forma de una adquisición de participaciones en sociedades comanditarias simples, según lo previsto en el Derecho alemán, teniendo éstas por objeto la adquisición, gestión o compraventa de inmuebles; que estas inversiones se comercializaban en Francia a través de agentes inmobiliarios y de asesores de gestión del patrimonio encargados de captar a los inversores potenciales; que, el 21 de julio de 2011, la Autoridad de los Mercados Financieros publicó en su página Web, bajo el epígrafe «Advertencias», un comunicado titulado «La Autoridad de los Mercados Financieros alerta al público sobre las actividades de la empresa Fair-

vesta», cuyo contenido era el siguiente: «La Autoridad de los Mercados Financieros (AMF) ha recibido numerosas preguntas de inversores particulares y profesionales en relación con las actividades de la empresa Fairvesta. Esta empresa (...) ofrece oportunidades de inversión inmobiliaria tales como Mercatus VIII, Lumis, o Chronos con perspectivas de obtención de una muy alta rentabilidad. Estas operaciones suelen ser objeto en Francia de campañas comerciales muy agresivas llevadas a cabo por personas con un discurso muchas veces inapropiado habida cuenta del riesgo que deben asumir los inversores. Estos productos no están sometidos a la normativa aplicable a los valores financieros. De hecho, la empresa Fairvesta no está autorizada a prestar en Francia servicios de inversión o asesoramiento en inversiones financieras ni facultada para realizar una actividad de captación bancaria o financiera, no habiendo dado lugar las inversiones propuestas a la elaboración de un documento informativo aprobado o certificado por la AMF»; que el comunicado invitaba a continuación a los ahorradores, de manera general, a tomar todas las precauciones que conviene tomar ante cualquier perspectiva de inversión y, en particular, a evaluar el riesgo de los productos, a informarse en profundidad sobre sus características, sobre los intermediarios que ofrecen estas inversiones, sobre las modalidades de fijación de precios y de reventa, informando asimismo a los ahorradores de la posibilidad que tenían de dirigirse a la Autoridad para obtener más información; que el 17 de julio de 2012, la Autoridad de los Mercados Financieros publicó, en las mismas condiciones que la vez anterior, un comunicado alertando nuevamente al público sobre las actividades de la empresa Fairvesta, comunicado que retomaba las palabras del anterior y precisaba, en una nota a pie de página, que otras dos empresas del grupo Fairvesta, las empresas Fairvesta Europa AG y Fairvesta Europa AG II, domiciliadas en Liechtenstein, emitían obligaciones que habían sido objeto de aprobación por la autoridad reguladora de dicho país, la cual había expedido los certificados de homologación y folletos pertinentes y notificado la existencia de estos últimos a la Autoridad de los Mercados Financieros; que, el 5 de noviembre de 2012, la Autoridad publicó un nuevo comunicado alertando al público, esta vez en la página Web «Fairvesta», en términos casi idénticos a los utilizados en julio de 2012; que, mediante notificación remitida por correo a la Autoridad de los Mercados Financieros el 16 de enero de 2013, la empresa Fairvesta International GmbH había solicitado una indemnización por el perjuicio que, según

ella, le había producido la publicación de estos tres comunicados, así como la aparición de un comunicado de rectificación en su propia página Web; que, por un correo de 13 de febrero de 2013, la Autoridad de los Mercados Financieros se negó a dar satisfacción a esta demanda, posición que reiteró por correo el 12 de abril de 2013 en respuesta a una nueva demanda de la empresa; que la empresa Fairvesta International GmbH y otras solicitan la anulación de estos tres comunicados y de las decisiones por las que se desestimó su rectificación y, basándose en las conclusiones definitivas, que se condene a la Autoridad de los Mercados Financieros a pagar la suma de 15 millones de euros a la empresa Fairvesta International GmbH por el perjuicio financiero y el deterioro de su imagen que ésta estima haber sufrido;

Sobre la competencia de la jurisdicción administrativa:

3. Considerando que, tras serle remitida la causa por decisión del Consejo de Estado, al que compete pronunciarse sobre el antedicho recurso contencioso-administrativo de 10 de junio de 2015, el Tribunal de Conflictos declaró, en su decisión de 16 de noviembre de 2015, que la jurisdicción administrativa era la única competente para conocer del litigio resultante de las demandas de las empresas Fairvesta International GmbH, Fairvesta Europa AG, Fairvesta Europa AG II y Fairvesta Vermögensverwaltung AG Internacional, cuya finalidad era conseguir la anulación de los comunicados objeto de litigio y de la negativa a proceder a su rectificación, así como obtener una indemnización por el perjuicio resultante; que la Autoridad de los Mercados Financieros carece, por tanto, de motivos fundados para sostener que la jurisdicción administrativa no tiene competencia para conocer de este asunto;

Sobre el recurso por exceso de poder, registrado con el n° 368082, y cuyo objeto era conseguir la anulación de los comunicados publicados por la Autoridad de los Mercados Financieros.

Sobre el recurso de inadmisión presentado por la Autoridad de los Mercados Financieros:

4. *Considerando que los dictámenes, recomendaciones, advertencias y decisiones que adoptan las autoridades reguladoras en el ejercicio de las misiones que les han sido encomendadas, pueden ser remitidos al juez del recurso por exceso de poder si tienen el carácter*

*de disposiciones generales y obligatorias o si establecen disposiciones individuales cuyo desconocimiento podría ser censurado posteriormente por estas mismas autoridades; que estos actos pueden también ser objeto de recurso, interpuesto por un recurrente que demuestre tener interés directo y contrastado en su anulación, siempre y cuando los actos puedan producir efectos importantes, especialmente de carácter económico, o estar encaminados a influir de manera significativa en el comportamiento de las personas a las que afectan; que, en este último caso, corresponde al juez, al que se sometan unas alegaciones de este tenor, examinar los defectos que puedan afectar a la legalidad de dichos actos, teniendo en cuenta su naturaleza y sus características, así como el poder de apreciación del que dispone la autoridad reguladora; que le corresponde también, si se presentan conclusiones en este sentido, hacer uso de la facultad de dictar órdenes conminatorias que le reconoce el título I del Libro IX del Código de Justicia Administrativa.*

5. Considerando que la Autoridad de los Mercados Financieros emitió los comunicados impugnados en el marco de su misión de protección del ahorro destinado a la inversión en ofertas públicas; que iban dirigidos a los inversores y tenían por objeto ponerlos en guardia contra las condiciones en las que se comercializaban diversos productos de inversión, claramente identificados y ofrecidos al público por la empresa Fairvesta International GmbH, recomendando a dichos inversores la debida cautela; que se publicaron en la página Web de la Autoridad de los Mercados Financieros, fueron objeto de una amplia difusión y han permanecido desde entonces a disposición del público en esta misma página; que la empresa Fairvesta International GmbH ha presentado elementos de peso que acreditan que *la publicación de estos comunicados tuvo como consecuencia una reducción drástica de las suscripciones de productos de inversión que ésta comercializaba en Francia*; por consiguiente, *cabe considerar que los comunicados impugnados han podido producir efectos económicos significativos y que su objeto era incitar a los inversores a modificar de manera importante su comportamiento respecto a los productos a los que se refieren*; que, dadas las circunstancias del caso, *estos comunicados, que hacen referencia a «la empresa Fairvesta», deben ser considerados como perjudiciales tanto para la empresa Fairvesta International GmbH como para las empresas Fairvesta Europa AG, Fairvesta Europa AG II y Fairvesta*

*Vermögensverwaltung International AG, filiales del grupo Fairvesta*, estando todas ellas legitimadas para solicitar su anulación; que, por consiguiente, debe desestimarse el recurso de inadmisión planteado por la Autoridad de los Mercados Financieros.

En cuanto a la legalidad de los comunicados:

6. Considerando, en primer lugar, que de conformidad con el artículo L. 621-1 del Código Monetario y Financiero: «Corresponde a la Autoridad de los Mercados Financieros, autoridad pública independiente con personalidad jurídica, velar por la protección del ahorro que se invierte en instrumentos financieros y en activos como los mencionados en el punto II del artículo L. 421-1, los cuales contribuyen a hacer posible la oferta pública o su admisión a negociación en un mercado regulado, así como en cualesquiera otras inversiones puestas a disposición del público. Le corresponde asimismo velar por que se informe debidamente a los inversores, y por el buen funcionamiento de los mercados de instrumentos financieros y activos mencionados en el apartado II del artículo L. 421-1. La Autoridad de los Mercados Financieros presta su apoyo a la regulación de estos mercados a nivel europeo e internacional»;

7. Considerando que, en virtud de dichas disposiciones, corresponde a la Autoridad de los Mercados Financieros publicar comunicados que inviten a los ahorradores o inversionistas a ser prudentes frente a determinados tipos de inversiones o prácticas financieras de riesgo; que se desprende de las disposiciones antes citadas que la intención del legislador ha sido encomendar a la Autoridad de los Mercados Financieros una misión de protección del ahorro y de información de los inversores que se extiende no sólo a los instrumentos financieros definidos en el artículo L. 211-1 del Código Monetario y Financiero, y a los activos mencionados en el apartado II del artículo L. 421-1 del mismo código y que se admiten para su negociación en un mercado regulado, sino también a todas las demás inversiones que se ofrecen al público; que, por consiguiente, aunque las inversiones inmobiliarias que ofertaba la sociedad Fairvesta International GmbH no entraban en el ámbito de competencia de la normativa aplicable a los títulos financieros tal y como ponen de manifiesto los comunicados impugnados, la Autoridad de los Mercados Financieros sí tenía facultad, sin exceder los límites de su competencia, de llamar la atención de los inversores

sobre sus características y modalidades de comercialización, ya que se trataba de inversiones que se ofrecen al público; que las empresas demandantes carecen, por tanto, de motivos fundados para sostener que no competía a la Autoridad de los Mercados Financieros publicar los comunicados objeto de litigio.

8. Considerando, en segundo lugar, por una parte, que los comunicados impugnados no adolecen de ninguna de las inexactitudes que les atribuyen las empresas demandantes; que, en particular, cuando señalan que las inversiones inmobiliarias ofrecidas por la empresa Fairvesta «son frecuentemente objeto en Francia de campañas comerciales muy agresivas llevadas a cabo por personas con un discurso muchas veces inapropiado habida cuenta del riesgo que deben asumir los inversores», los comunicados impugnados no pretendían necesariamente dar a entender que fuera la propia empresa Fairvesta la que comercializaba en Francia las inversiones en cuestión; que en los comunicados, no se establece un paralelismo entre las actividades de inversión en bienes inmuebles de la empresa Fairvesta International GmbH y las actividades de comercialización de bonos públicos y de prestación de servicios de inversión realizadas por filiales del mismo grupo, habiendo, de hecho, incluido la Autoridad de los Mercados Financieros en sus comunicados de 17 de julio y 5 de noviembre de 2012 una nota a pie de página en la que se establece una clara distinción entre las actividades respectivas de unas y otras empresas; que ha quedado acreditado que la sociedad Fairvesta no está autorizada a prestar en Francia servicios de inversiones financieras, ni facultada para dedicarse a una actividad de captación bancaria o financiera, al no haber dado lugar las inversiones que ofrece a la elaboración de documentos informativos aprobados o certificados por la Autoridad de los Mercados Financieros; que, por otra parte, al publicar los comunicados impugnados, la Autoridad de los Mercados Financieros no rebasó los límites de su misión de informar debidamente a los inversores ni incurrió en error de derecho, no apreciándose en éstos error manifiesto alguno;

9. Considerando que de cuanto antecede se desprende que las empresas demandantes carecen de motivos fundados para solicitar la anulación de los comunicados impugnados; que, por consiguiente, deben necesariamente desestimarse las demás pretensiones de los demandantes;

Sobre el recurso por exceso de poder, registrado con el n° 368084, y cuyo objeto era conseguir la anulación de la negativa a rectificar los comunicados publicados por parte de la Autoridad de los Mercados Financieros:

Sobre el recurso de inadmisión presentado por la Autoridad de los Mercados Financieros:

10. Considerando, en primer lugar, que de lo expuesto en el apartado 5 se desprende que *la empresa Fairvesta International GmbH está legitimada para solicitar la anulación por exceso de poder de la inadmisión a trámite de su demanda de rectificación de los comunicados impugnados*; dadas las circunstancias del caso, cabe decir lo mismo en relación con las empresas Fairvesta Europa AG, Fairvesta Europa AG II y Fairvesta Vermögensverwaltung International AG, filiales del grupo Fairvesta;

11. Considerando, en segundo lugar, que la Autoridad de los Mercados Financieros alega que la demanda no es admisible a trámite porque se interpone contra la negativa a rectificar los comunicados objeto de litigio enviada por correo a los interesados el 12 de abril de 2013, limitándose ésta a confirmar la negativa que ya se había transmitido por correo a las mismas empresas el 13 de febrero de 2013, sin que éstas la hubieran impugnado dentro del plazo legal de los recursos contencioso-administrativos; que, no obstante, la decisión de denegación de rectificación notificada por correo por la Autoridad de los Mercados Financieros el 13 de febrero de 2013 no hacía alusión alguna a las vías y a los plazos para interponer un recurso según lo previsto en el artículo R. 421-5 del Código de Justicia Administrativa, motivo por el cual el plazo del que disponían las empresas demandantes para recurrir no empezó a correr en tal fecha; que, por consiguiente, la demanda registrada el 25 de abril de 2013 en la Secretaría de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no se presentó fuera de plazo; de lo cual se deduce que debe desestimarse el motivo de inadmisión alegado por la Autoridad de los Mercados Financieros;

En cuanto a la legalidad de los comunicados:

12. Considerando que la negativa de la Autoridad de los Mercados Financieros a rectificar un comunicado de advertencia a los inversores no entra dentro de ninguna de las categorías de decisiones que

deben estar necesariamente motivadas según dispone el artículo 1.º de la Ley de 11 de julio de 1979, entonces vigente y relativo a la motivación de los actos administrativos y a la mejora de las relaciones entre la administración y el público; que ninguna otra disposición reglamentaria o legislativa exige la motivación de tal negativa; que, por consiguiente, las empresas demandantes no tienen motivos fundados para sostener que la negativa que pretenden impugnar no estuviera suficientemente motivada;

En cuanto a la legalidad interna:

13. Considerando, en primer lugar, que de lo expuesto en el punto 7 se desprende que las empresas demandantes carecen de motivos fundados para sostener que la Autoridad de los Mercados Financieros no fuera competente para publicar los comunicados objeto de litigio y que su negativa a rectificarlos adoleciera, por tanto, de un error de derecho.

14. Considerando, en segundo lugar, que de lo expuesto en el punto 8 se desprende que las empresas demandantes no tienen motivos fundados para sostener que, al negarse a rectificar los comunicados objeto de litigio en los diferentes puntos arriba indicados, la Autoridad de los Mercados Financieros haya cometido un error manifiesto de apreciación y un error de derecho;

15. Considerando que de cuanto antecede se desprende que las empresas demandantes carecen de motivos fundados para solicitar la anulación de la decisión de denegación objeto de impugnación; que, por consiguiente, deben necesariamente desestimarse las demás pretensiones de los demandantes;

[...]

(Desestimación).

## **II. Société NC Numericable, 21 de marzo de 2016**

(Rec. 89, concl. Daumas; RFDA 2016. 497, concl. – y resto de referencias citadas ut supra)

[...]

2. Considerando que, mediante su decisión n  12-DCC-100 de 23 de julio de 2012, relativa a la adquisición del control exclusivo de

TPS y CanalSatellite por Vivendi y por Groupe Canal Plus (GCP), la Autoridad de la Competencia autorizó a las empresas GCP y Vivendi Universal a agrupar en el seno de la corporación Canal Plus las actividades de televisión de pago de TPS y GCP; que acompañó esta autorización de unas órdenes conminatorias, en particular, la orden conminatoria 5 (a), que obliga a GCP, en los contratos de distribución suscritos con los editores, a «valorar de forma transparente y clara la distribución en cada plataforma propietaria [...], identificando con exactitud el valor y, en su caso, la exclusividad otorgada para la distribución en cada una de las plataformas propietarias implicadas», precisando que las ofertas de distribución exclusiva debían hacerse en base a criterios económicos objetivos, transparentes y no discriminatorios, teniendo en cuenta el número de suscriptores de las plataformas afectadas por los contratos;

3. Considerando que la orden conminatoria 5 (a) tiene, pues, por objeto, por un lado, permitir a los distribuidores alternativos competir de forma efectiva con GCP para la obtención de derechos exclusivos de distribución, obligando a GCP a presentar ofertas distintas para cada una de las plataformas, de modo que éstas puedan ser replicadas por cada uno de los distribuidores competidores individuales y, por otra parte, brindar a los editores la posibilidad de elegir entre una distribución exclusiva de CanalSat o una distribución, ya sea exclusiva o no, en el marco de las ofertas de competidores; que, no obstante, dado que la empresa Numericable decidió no ofrecer a sus suscriptores el acceso a CanalSat en la modalidad de auto-distribución, la Autoridad de la Competencia, mediante su decisión de n.º 13-DAG-01 de 7 de junio de 2013 de aprobación de la oferta de referencia elaborada por GCP en aplicación de la orden conminatoria 3 (c) incluida en la decisión de 23 de julio de 2012, consideró que la adquisición por GCP de los derechos exclusivos para la distribución de canales en la plataforma de Numericable tendría como resultado privar al operador de la posibilidad de proponer estos canales a sus suscriptores; que, teniendo en cuenta este riesgo de exclusión de Numericable y los efectos que tendría en el funcionamiento de la competencia en los mercados de la televisión de pago, la Autoridad de la Competencia, en los motivos de su decisión de autorización, interpretó la orden conminatoria 5 (a) como una prohibición que impedía a GCP obtener derechos de distribución exclusiva en la plataforma de cualquier operador que se negara a incluir la oferta de CanalSat; que el grupo GCP, tras sacar las conclu-

siones que se derivaban de esta interpretación de la orden 5 (a), modificó su oferta de referencia y se abstuvo, en la práctica, de adquirir los derechos de distribución exclusiva en la plataforma de Numericable;

4. Considerando que, después de que Numericable, filial del grupo Altice, se hiciera en noviembre de 2014 con el control exclusivo de SFR, GCP solicitó a la Autoridad de la Competencia, a través de una carta de 23 de enero de 2015, que comprobara la fusión de las plataformas de Numericable y SFR y valorara los efectos de la misma sobre la ejecución de la orden conminatoria 5 (a) a este respecto; que, mediante deliberación de la Comisión Permanente de la Autoridad de la Competencia de fecha 23 de marzo de 2015, cuyo sentido y motivación fueron puestos en conocimiento de la empresa demandante por carta de fecha 31 de marzo de 2015 firmada por el Presidente de la Autoridad, esta última, después de haber señalado que la decisión interesada de la nueva entidad, surgida de la operación de concentración entre SFR y el Grupo Altice, de fusionar las plataformas propietarias de Numericable y SFR, ofreciendo así a parte de sus suscriptores el acceso a CanalSat en la modalidad de auto-distribución, había tenido como resultado la eliminación en esta nueva plataforma fusionada del riesgo de exclusión expuesto en el punto anterior, reconoció según los términos de la carta de 31 de marzo de 2015, «que las plataformas de Numericable se habían efectivamente fusionado» y que «las consideraciones de las decisiones n° 12-DCC-100 y 13-DAG-01, cuyo objeto era evitar la adquisición por GCP de los derechos de distribución exclusiva en la plataforma de cable de Numericable, habían perdido su razón de ser»; que procede considerar que lo que solicita la empresa NC Numericable es la anulación de la decisión de la Autoridad de la Competencia, aprobada por su Comisión Permanente en su deliberación de 23 de marzo de 2015 y cuyos motivos se exponen en la carta de fecha 31 de marzo de 2015, que la complementa.

En cuanto a la inadmisión:

5. *Considerando que los dictámenes, recomendaciones, advertencias y decisiones adoptados por las autoridades reguladoras en el ejercicio de las misiones que les han sido encomendadas, pueden ser remitidos al juez del recurso por exceso de poder si tienen el carácter de disposiciones generales y obligatorias o si establecen disposiciones individuales cuyo desconocimiento podría ser censurado posterior-*

*mente por estas mismas autoridades; que estos actos pueden también ser objeto de recurso, interpuesto por un recurrente que demuestre tener interés directo y contrastado en su anulación, siempre y cuando los actos puedan producir efectos importantes, especialmente de carácter económico, o estar encaminados a influir de manera significativa en el comportamiento de las personas a las que afectan; que, en este último caso, corresponde al juez, que dispone de los medios adecuados, examinar los defectos que puedan afectar a la legalidad de dichos actos, teniendo en cuenta su naturaleza y sus características, así como el poder de apreciación del que dispone la autoridad reguladora; que le corresponde asimismo, si se presentan conclusiones en este sentido, hacer uso de la facultad de dictar órdenes conminatorias que le reconoce el título I del Libro IX del Código de Justicia Administrativa;*

6. Considerando que de lo expuesto en el apartado 4 se desprende, que la posición adoptada por la Autoridad de la Competencia el 23 de marzo de 2015 tuvo como resultado, al reconocerle al grupo GCP la posibilidad de adquirir los derechos de distribución exclusiva en la Plataforma de Numericable, que se le concediera la autorización para competir con la empresa NC Numericable en su plataforma; que de los elementos que obran en el expediente se desprende que, tal y como alega la empresa demandante, esta toma de posición puede tener efectos económicos significativos; que, además, su objeto es modificar el comportamiento de los operadores en el mercado de adquisición de derechos de distribución de canales de televisión; que, en tales condiciones, cabe considerar la deliberación impugnada como lesiva para los intereses de la empresa NC Numericable; que, por consiguiente, debe desestimarse la inadmisión planteada por la Autoridad de la Competencia.

Sobre la facultad de la Autoridad de la Competencia de modificar el alcance práctico de la orden conminatoria 5 (a):

7. Considerando que, en virtud del artículo L. 430-7 del Código de Comercio vigente en la fecha de la deliberación impugnada: «I.—Cuando una operación de concentración es objeto de un análisis a fondo, la Autoridad de la Competencia debe tomar una decisión en un plazo de sesenta y cinco días hábiles a partir del inicio del mismo. (...) III.—La Autoridad de la Competencia puede, mediante decisión motivada: (...) autorizar la operación, ya sea ordenando a las partes que adopten todas las medidas necesarias para garantizar una competencia sufi-

ciente, ya sea imponiéndoles la obligación de cumplir con unas disposiciones susceptibles de contribuir de forma suficiente al progreso económico con el fin de compensar así los perjuicios que se hayan podido ocasionar a la competencia. Las órdenes y disposiciones (...) se imponen independientemente de las cláusulas contractuales que hayan acordado las partes. IV.—Cuando la Autoridad de la Competencia no esté dispuesta a adoptar ninguna de las decisiones previstas en el apartado III, ha de autorizar la operación por medio de una decisión motivada. La autorización puede supeditarse al cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos por las partes que han procedido a la notificación. »;

8. Considerando que, en virtud de dichas disposiciones, corresponde a la Autoridad de la Competencia velar por la correcta ejecución tanto de los compromisos que hayan asumido ante ella las partes con objeto de paliar los efectos perjudiciales para la competencia que se deriven de una operación de concentración, como de las órdenes conminatorias que acompañen con estos mismos fines a la autorización de la operación, o de las exigencias impuestas a las partes que, por su propia naturaleza, puedan contribuir al progreso económico en una medida suficiente como para compensar los perjuicios ocasionados a la competencia y ello durante todo el período de ejecución de dichos compromisos, órdenes conminatorias o disposiciones; que de estas disposiciones se deriva la facultad que tiene la Autoridad de la Competencia para modificar dichas medidas con objeto de reducir o incluso anular su alcance en función de la evolución de la situación de los mercados implicados y de lo útil que resulte la continuidad de la ejecución de estos compromisos, órdenes conminatorias o requisitos; que de ello se deduce que está asimismo facultada, en las mismas condiciones, para modificar el alcance práctico de dichos compromisos, órdenes conminatorias o disposiciones; que, por consiguiente, debe ser desestimado el motivo que se alegaba para afirmar que la Autoridad de la Competencia no era competente para modificar las consecuencias prácticas de la orden conminatoria 5 (a) impuesta al grupo GCP en el marco de su decisión n.º 12-DCC-100 de 23 de julio de 2012.

Sobre la legalidad del procedimiento seguido ante la Autoridad de la Competencia:

9. Considerando, por una parte, que para la instrucción de la demanda interpuesta por el grupo GCP mediante carta de 23 de enero

de 2015, la Autoridad de la Competencia consultó a los diferentes operadores de los mercados de la televisión de pago; que, dentro de este contexto, cabe considerar que la empresa NC Numericable ya había presentado por escrito sus observaciones sobre la fusión de las plataformas de Numericable y SFR cuando respondió el 9 de marzo de 2015 al cuestionario que la Autoridad le había enviado el 20 de febrero de 2015; que se le brindó también la oportunidad de exponer, el 20 de marzo de 2015, sus observaciones verbales con ocasión de una reunión con los servicios de instrucción de la Autoridad; que de los elementos que obran en el expediente se desprende que la empresa NC Numericable pudo exponer sus observaciones con anterioridad a la adopción del acto impugnado; que, por consiguiente, debe ser desestimado el motivo alegado de que la Autoridad vulneró el principio general de los derechos de la defensa, por no haber consultado a la empresa NC Numericable previamente a la aprobación de su deliberación;

10. Considerando, por otra parte, que el acto impugnado fue objeto, como ya se mencionó anteriormente, de deliberación por la Comisión Permanente de la Autoridad de la Competencia; que la carta que dirigió el Presidente a la empresa demandante tenía por objeto comunicar este acto y exponer su motivación; que, por consiguiente, deben desestimarse las alegaciones de incompetencia del Presidente de la Autoridad para adoptar un acto de esta naturaleza, las cuales se basaban en la aseveración de que dicho acto no había sido resultado de una deliberación colegiada y adolecía de irregularidad porque pasaba por alto el principio de paralelismo de las formas y procedimientos, así como el principio de paralelismo de las competencias;

Sobre la legalidad de la deliberación impugnada:

En cuanto a la efectividad de la fusión de las plataformas propietarias de SFR y Numericable:

11. Considerando, en primer lugar, que a tenor de la decisión n.º 12-DCC-100 y la decisión n.º 13-DAG-01 que la completa y que se adoptó para permitir la ejecución de la primera, el concepto de plataforma propietaria abarca al conjunto de los elementos de redes utilizados por un operador para difundir sus ofertas de multiservicios; que, por tanto, contrariamente a lo que sostiene la demandante, la plataforma propietaria de un operador puede agrupar diferentes «plataformas

técnicas» de difusión, especialmente las modalidades de fibra óptica, cable o satélite.

12. Considerando, en segundo lugar, que para demostrar que las plataformas propietarias de SFR y Numericable habían sido objeto de fusión, la Autoridad se basó, por una parte, en el hecho de que, en el mercado de intermediarios de la negociación de derechos de distribución de canales de televisión, la empresa NC Numericable es el único interlocutor para la negociación de tales derechos de distribución en todo el ámbito de derechos que cubrían las antiguas plataformas de SFR y Numericable y, por otra parte, en el hecho de que, en el mercado minorista, la empresa demandante agrupaba y comercializaba, en el apartado de las ofertas de «multiservicios», diferentes servicios distribuidos anteriormente por SFR y Numericable;

13. Considerando que de los elementos que obran en el expediente se desprende, por una parte, que la empresa NC Numericable es el único interlocutor de los canales de televisión para la negociación de los derechos de distribución de estos mismos canales en el ámbito de derechos dentro del cual tiene cabida el conjunto de sus elementos de redes; que, por otra parte, en la fecha en la que se produjo la deliberación impugnada, la empresa NC Numericable comercializaba unas ofertas de multiservicios, en particular, sus ofertas «Box TV Fibra de SFR by Numericable», ofreciendo, en un primer nivel de servicio, el acceso a distintos servicios anteriormente distribuidos de forma independiente por SFR y Numericable;

14. Considerando que de lo anterior se desprende que la Autoridad no incurrió en error alguno de apreciación al estimar que el conjunto de elementos de redes utilizados por NC Numericable pertenece a una única plataforma propietaria, hecho que acredita que las plataformas de SFR y Numericable se fusionaron; que, por consiguiente, el motivo alegado debe ser desestimado.

En cuanto a los demás motivos alegados en relación con la legalidad de la deliberación impugnada:

15. Considerando, en primer lugar, que, contrariamente a lo que sostiene la empresa demandante, y a lo expuesto en el punto 12, la Autoridad de la Competencia no alegó, para demostrar que las plataformas se hubieran fusionado, que CanalSat se ofreciera en la modalidad de auto-distribución en la plataforma de Numericable; que, por

consiguiente, debe desestimarse como motivo el error de apreciación que supuestamente cometió la Autoridad de la Competencia al estimar, para demostrar que la fusión de las plataformas se había producido, que CanalSat se ofrecía en la modalidad de auto-distribución en la plataforma de Numericable;

16. Considerando, en segundo lugar, y según lo expuesto en el punto 3, que la prohibición impuesta a GCP de adquirir los derechos de distribución exclusiva en la plataforma de Numericable tenía como única finalidad evitar un efecto de expulsión en esta plataforma; que, para determinar si dicho riesgo de expulsión persiste en la plataforma de la empresa demandante, la Autoridad tuvo en cuenta la evolución del mercado como resultado de la operación de concentración entre Numericable y SFR y de la fusión de sus plataformas propietarias; que, por consiguiente, debe desestimarse el motivo alegado de que la toma de postura de la Autoridad de la Competencia adolecía de un error de derecho, por no haberla fundamentado dicha Autoridad en un nuevo análisis de la situación de GCP en los mercados implicados, resultante tanto de la operación de concentración entre Numericable y SFR como de la fusión de sus plataformas propietarias;

17. Considerando que de lo anterior se desprende que debe desestimarse la demanda de la empresa NC Numericable, sin que proceda instar a la Autoridad de la Competencia a que comunique a la empresa NC Numericable cuáles fueron los documentos que se utilizaron en la instrucción;

[...]

(Desestimación).

## OBSERVACIONES

1 Autoridades administrativas: independientes

Autoridad de los Mercados Financieros

Las dos sentencias de 21 de marzo de 2016, *Société Fairvesta y Société Numericable*, dictadas en asamblea por el Consejo de Estado, amplían la admisibilidad del recurso por exceso de poder a aquellos

actos que, pese a no tener el carácter de decisión, puedan *tener efectos notables* o *influir en los comportamientos*.

En el primer caso, la Autoridad de los Mercados Financieros había publicado en su página Web, bajo el epígrafe «Advertencias», unos comunicados que alertaban al público sobre las actividades de la empresa Fairvesta y de sus filiales, y sobre las inversiones inmobiliarias que éstas ofrecían, invitando a los ahorradores a extremar las precauciones habida cuenta de los riesgos que entrañaban. Tras la fuerte caída de las suscripciones de estos productos, la empresa solicitó sin éxito a la Autoridad de los Mercados Financieros que rectificara dichos comunicados y le pagara una indemnización. Solicitó al Consejo de Estado que anulara los propios comunicados y la negativa a rectificarlos, y que condenara a la Autoridad de los Mercados Financieros a pagarle una indemnización por el perjuicio ocasionado.

El segundo caso estaba relacionado con las operaciones de concentración en el sector audiovisual. En un primer momento, la Autoridad de la Competencia aprobó las operaciones llevadas a cabo por el Groupe Canal Plus (GPL), sumando a su autorización unas órdenes conminatorias destinadas a garantizar la competencia en la distribución. A continuación, y tras haber conseguido SFR el control exclusivo de Numericable, sus plataformas se fusionaron; GPL solicitó a la Autoridad de la Competencia que determinara el efecto que había podido tener dicha fusión en las órdenes conminatorias formuladas inicialmente. La Comisión Permanente de la Autoridad comprobó que «las consideraciones» que se formulaban en sus primeras decisiones acompañadas de una orden conminatoria «habían perdido... ahora su razón de ser». Esta deliberación fue remitida al Consejo de Estado por la empresa Numericable.

En ambos casos, se desestimaron las demandas por motivos de fondo. La admisibilidad es el elemento con respecto al cual ambas sentencias consiguen un avance importante: mientras que hasta entonces, para la jurisprudencia, la posibilidad de que un acto administrativo pudiera ser impugnado dependía de los efectos jurídicos que se derivaban del mismo (I), las sentencias admiten que pueda impugnarse asimismo una decisión que, pese a no producir tales efectos, sí tiene consecuencias prácticas importantes (II). Ambas se enmarcan en la construcción de un derecho no vinculante, sobre el que hacía hincapié el Consejo de Estado en su estudio de 2013, y contribuyen, por tanto,

a otorgar un marco legal a las autoridades de nuevo cuño tales como las autoridades reguladoras.

- 2 I. Se suele considerar que el acto administrativo es un acto unilateral, en contraposición con el contrato administrativo que es el resultado de un acuerdo de voluntades –mientras que el concepto de acto jurídico puede, a su vez, aplicarse a cualquier manifestación de voluntad, ya tenga ésta un carácter contractual o unilateral. El carácter unilateral puede, de hecho, ir acompañado en ocasiones de una apariencia de acto contractual, en especial cuando el acto se adopta tras llegar los interesados a un acuerdo o tras asumir éstos un compromiso; mantiene, no obstante, su carácter unilateral puesto que la voluntad de una autoridad administrativa es la que determina por sí sola su inclusión en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, toda medida unilateral no constituye necesariamente un acto administrativo susceptible de ser remitido a la jurisdicción administrativa: tal es el caso, en particular, de las medidas de orden interno (v. nuestras obs. sobre CE 17 de febrero de 1995, *Hardouin et Marie\**); no obstante, cuando afectan a los derechos u obligaciones de los interesados, rebasan el umbral del acto administrativo.

En tal caso, se consideran a menudo actos lesivos. La expresión puede tener un doble sentido. Unas veces se refiere al interés que tiene el demandante en ejercer una acción judicial, porque el acto le ocasiona unas consecuencias que justifican su impugnación por medio de un recurso contencioso-administrativo. Otras, se refiere a la fuerza que tiene el acto como tal, al producir por sí mismo unas consecuencias jurídicas. Los dos significados coinciden en que el acto es lesivo para el demandante porque tiene sobre él unos efectos jurídicos.

Cabe afirmar, en términos generales que el acto administrativo es una decisión de una autoridad que afecta al ordenamiento jurídico. Al emanar de una autoridad administrativa, puede ser adoptado tanto por un órgano que forma parte de las instituciones administrativas (desde el Presidente de la República – v. CE 6 déc. 1907, *Chemins de fer de l'Est\** – hasta el alcalde de un municipio) como por un organismo ajeno a éstas (organismo de derecho privado – v. 31 de jul. 1942, *Monpeurt\**; órgano parlamentario: CE 5 de marzo de 1999, *Président de l'Assemblée nationale\**). Al tratarse de una decisión, este acto expresa una voluntad. Y dado que afecta al ordenamiento jurídico, condiciona su contenido ya sea modificándolo por sí solo o, cuando su efecto es

menos drástico, enunciándolo: en ambos casos, supone una toma de postura respecto al estado del Derecho.

3 Por consiguiente, el acto administrativo tiene a la vez un carácter imperativo y normativo.

Puede prevalecer uno u otro cariz. Por ejemplo, el carácter imperativo de las circulares es el que ha llevado a considerarlas como actos administrativos susceptibles de recurso por exceso de poder pese a que se limitan a reiterar unas normas ya existentes (CE 18 de dic. de 2002, *Mme Duvignères\**). El carácter normativo es el que destaca en otros casos (por ej. CE 15 de junio de 2016, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, Rec. 254: se consideró que las nuevas disposiciones de una orden que establecía tarifas reguladas azules de electricidad «no estaban desprovistas de un efecto normativo»).

Es muy fácil identificar como acto administrativo un decreto dictado por el Presidente de la República o por el Primer Ministro, por ejemplo, un decreto que establezca o modifique el Código de Circulación (v. CE 8 de agosto de 1919, *Labonne\**), un decreto de un alcalde que limite o prohíba una actividad (CE 22 de junio de 1951, *Daudignac\**; 27 de oct. de 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge\**). Pero hay casos que no son tan evidentes. Éstos pueden resolverse positivamente ateniéndose a la voluntad expresada en el acto (por ej. las decisiones de traslado de la sede de una empresa o de un establecimiento público: CE, As., 3 de marzo de 1993, *Comité d'entreprise de la SEITA*, Rec. 41, concl. Schwartz; AJ 1993.526, cr. Maugüé y Touvet; de la misma fecha, *Association des anciens élèves de l'ENA*, Rec. 168; RFDA 1993.657, concl. Schwartz; JCP. II.22127, nota Vandendriessche) y a los efectos jurídicos que produce (por ejemplo, el dictamen de una comisión respecto a una sanción, no pudiendo la autoridad competente rebasar el importe propuesto: CE 26 de sept. de 2008, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, Rec. 321; JCP Adm. 2008.2282, concl. C. de Salins). En cambio, no son actos administrativos las medidas que no ofrecen por sí solas una solución, tales como las declaraciones de principio sobre una medida futura (por ej., la relativa al principio de traslado de la sede de una empresa o de un establecimiento público, la cual debe concretarse con una serie de medidas efectivas: CE 5 de oct. de 2015, *Comité d'entreprise du siège de l'IFREMER*, Rec. 527), la deliberación por la que se aprueba el expediente definitivo de un proyecto de mejora, que no permite por sí sola la ejecución de los trabajos

de mejora (CE Sect. 30 de marzo de 2016, *Molinier*, Rec. 112; AJ 2016.1642, nota Desfonds-Farjon) y, de modo más general, las medidas preparatorias, en particular, los dictámenes previos a una decisión.

- 4 En lo que respecta a su aspecto formal, los actos administrativos son en su mayoría explícitos e incluso se establecen por escrito. Pueden formar parte de documentos con un título aproximado (por ej., dictamen). También se admite en su caso la forma verbal. En la legislación se contemplan algunas decisiones implícitas que se derivan del vencimiento de un determinado plazo después de la presentación de una demanda, pudiendo éstas tanto desestimar como aceptar dicha demanda. La jurisprudencia ha incluso considerado que cabía inferir una decisión a partir de un determinado comportamiento de la administración, el cual puede ser tanto activo (por ej., de la ejecución de unas obras puede inferirse la decisión de ejecutarlas: CE 12 de marzo de 1986, *Ministre de la culture c. Mme Cusenier*, Rec. 403; AJ 1986.258, concl. Massot) como pasivo (por ej., del hecho de la no suscripción del aumento de capital de una empresa pública puede inferirse la decisión de transferirla al sector privado; CE, As., 22 de dic de 1982, *Comité central d'entreprise de la SFENA*, Rec. 436; v. n° 93.8).

Desde el punto de vista material, los actos administrativos pueden ser o bien reglamentarios, cuando dictan una norma general e impersonal o cuando afectan a la organización del servicio público (v. nuestras obs. sobre TC 15 de ene. de 1968, *Epoux Barbier\**), o bien individuales, cuando afectan a una persona, o bien no ser ni reglamentarios ni individuales (actos particulares o decisiones particulares según la denominación que se ha impuesto), tales como las declaraciones de utilidad pública (v. CE 28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est\**).

Éstas son soluciones clásicas. La dificultad de aplicación de los criterios de distinción que se plantea en determinados casos no ha impedido que se sigan utilizando los requisitos del carácter imperativo y normativo para identificar un acto administrativo. A éstos se remiten las dos sentencias de 21 de marzo de 2016.

- 5 **II.** Lo hacen habida cuenta de las nuevas modalidades de actuación administrativa que conlleva la fórmula de la regulación. Esta última no ha sido objeto de una definición jurídica rigurosa. La expresión aparece por primera vez en la jurisprudencia con las dos sentencias que nos ocupan, las cuales se refieren expresamente a las «autoridades reguladoras». La fórmula ya había logrado introducirse en las teorías

económicas y políticas, dando lugar a numerosas reformas; y había sido objeto de análisis tanto por la doctrina como por el Consejo de Estado en su estudio de 2013 sobre *el derecho no vinculante*.

La regulación tiene como principal campo de aplicación el ámbito económico y financiero, pero no se descarta su utilización en relación con diversas consideraciones, tales como las que se relacionan con la libertad de expresión en el sector audiovisual. Tampoco se excluye la posibilidad de que la función reguladora la desempeñen autoridades clásicas tales como los ministros, aunque lo habitual es que se la asuman instituciones especiales como pueden ser unas autoridades administrativas independientes (por ej., la Autoridad de la Competencia) o unas autoridades públicas independientes (por ej., la Autoridad de los Mercados Financieros o el Consejo Superior Audiovisual); la especificidad de su función ha llevado en algunos casos al legislador a confiar algunos de los recursos contencioso-administrativos en la materia a las jurisdicciones ordinarias, en especial los que conciernen a la Autoridad de la Competencia (v. nuestras obs. sobre CC 23 de ene. de 1987\*) y a la Autoridad de los Mercados Financieros; pero, fuera del ámbito que corresponde específicamente al juez ordinario, a la jurisdicción administrativa sí se le reconoce una competencia, como acaeció, según consta en la decisión Tribunal des conflits de 16 de nov. de 2015, *Société Fairvesta International et autres c. Autorité des marchés financiers*, Rec. 511, con los comunicados de la Autoridad de los Mercados Financieros que no eran decisiones individuales que fueran competencia del juez ordinario, y como ha ocurrido con las medidas relacionadas con el control de las concentraciones que ejerce la Autoridad de la Competencia, siendo todavía hoy los recursos contencioso-administrativos en la materia competencia del Consejo de Estado.

Ante todo la regulación se ejerce mediante actuaciones muy diversificadas.

- 6 La regulación puede llevar implícita la adopción de actos reglamentarios o individuales. Entre estos últimos, constituyen un caso especial las sanciones en las que se ha de precisar ante qué juez, el ordinario o el administrativo según proceda, se deben interponer los recursos (v. nuestras obs. sobre CE 3 de dic. de 1999, *Didier\**). En términos generales, se trata de actos administrativos con arreglo a criterios clásicos, aunque sean en apariencia actos anodinos. Esto es lo que afirman las sentencias *Fairvesta – Numericable* respecto a los «dictámenes, recomendaciones, advertencias y decisiones adoptados

por las autoridades reguladoras en el ejercicio de las misiones que les han sido encomendadas... si tienen el carácter de disposiciones generales y obligatorias o si establecen disposiciones individuales». Las decisiones individuales son, principalmente, las autorizaciones para el ejercicio de una actividad o para la ejecución de una operación, así como las órdenes conminatorias que permiten o prohíben hacer algo. En el caso *Numericable*, la Autoridad de la Competencia había autorizado una concentración, acompañando su autorización de unas órdenes conminatorias.

Pero no eran ni disposiciones reglamentarias ni decisiones individuales las que se impugnaban en uno y otro caso: en el primero, se impugnaban unos comunicados y, en el segundo, una toma de postura. En ninguno de ellos intervenía el carácter imperativo y normativo del acto administrativo susceptible de ser impugnado mediante un recurso por exceso de poder.

Para que fuera admisible este recurso, según pusieron de manifiesto los dos Ponentes Públicos, señora von Coester y señor Daumas, era preciso cubrir «el ángulo muerto» del recurso contencioso-administrativo en el caso de aquellas medidas que, pese a quedar fuera del ámbito de la decisión administrativa, tuvieran, no obstante, unas consecuencias importantes: tal fue el caso de los dictámenes de la Comisión de Seguridad de los Consumidores con arreglo a los cuales había que prohibir determinados productos, teniendo tales dictámenes una misión de naturaleza meramente consultiva (CE 27 de mayo de 1987, *Société Laboratoires Goupil*, Rec. 949), de las recomendaciones de la Comisión sobre Cláusulas Abusivas, porque a ésta «no le corresponde dictar normas que tengan que cumplir los particulares o las autoridades públicas, sino que se limita a recomendar a los profesionales implicados que supriman o modifiquen las cláusulas que, según ella, tienen un carácter abusivo (CE 16 de ene. de 2006, *Fédération du Crédit mutuel du Centre Est Europe*, Rec. 995), del análisis de la Autoridad de Control Prudencial de las competencias de un administrador provisional nombrado por la Autoridad de Control de las Aseguradoras y Mutuas, porque sus «apreciaciones...» «... constituyen una mera interpretación... y no conllevan, por sí solas, ningún efecto legal» (CE 28 de sept. de 2011, *Société Alsass*, Rec. 1063), «las opiniones y recomendaciones» formuladas por la Autoridad de la Competencia cuyo objeto sea promover determinadas soluciones (CE 11 de oct. de 2012, *Société ITM Entreprises*, Rec. 359; de la misma fecha *Société Casino*

*Guichard-Perrachon*, Rec. 361; AJ 2012.2373, cr. Domino y Bretonneau; D. 2013.732, nota Ferrier; RJEP 2013 com. 19 Idoux).

Además de contemplar la posibilidad de impugnar su contenido si fueran nuevamente objeto de mención en un procedimiento cuyo resultado fuese una decisión lesiva, estas últimas sentencias establecían una excepción en el caso de que revistieran «carácter de disposiciones generales e imperativas o de disposiciones individuales cuyo desconocimiento pudiera posteriormente censurar la Autoridad» – fórmula que retomaron las sentencias de 21 de marzo de 2016. Ya se había admitido «que, dada la obligación deontológica que incumbe a los profesionales de la salud, las recomendaciones de buenas prácticas emitidas por la Alta Autoridad de la Salud Pública... en virtud del Código de Salud Pública... deben ser consideradas como decisiones lesivas, susceptibles de dar lugar a un recurso por exceso de poder» (CE 27 de abr. de 2011, *Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP)*, Rec. 168; AJ 2011.1326, concl. Landais; JCP Adm. 2011.2321, nota Moquet-Anger). Posteriormente, y sin que la cuestión quedara zanjada de forma explícita, se consideró como admisible un recurso contra un dictamen de la Autoridad Reguladora de los Transportes Ferroviarios, relativo al impacto que tendría un servicio de transporte de viajeros ofrecido por una empresa sobre el equilibrio económico de un contrato de servicio público de cuyo contenido dependía la decisión que debía tomar la autoridad que organizaba el transporte (CE 30 de ene. de 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'azur*, Rec. 527 – en este mismo sentido CE 23 déc. 2016, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes*, Rec.; JCP Adm. 2017.2055, nota Pauliat). Se seguía teniendo en cuenta el alcance jurídico de las medidas impugnadas.

## 8 *Dictamen anticipado («Rescrit»)*

Esta es la consideración que dejan atrás las sentencias *Fairvesta-Numericable*. Ya no es necesario que un acto tenga efectos jurídicos para poder ser objeto de un recurso por exceso de poder. Basta –aunque éste sea un requisito mínimo– que «*por su naturaleza sea susceptible de producir unos efectos importantes, en especial, de carácter económico, o que tenga por objeto ejercer una influencia significativa sobre el comportamiento de las personas a las que atañe*». Así ocurrió tanto con los comunicados de la Autoridad de los Mercados Financie-

ros en el caso *Société Fairvesta*, dado que «su publicación... tuvo como consecuencia una reducción drástica de las suscripciones de productos de inversión que ésta comercializaba en Francia» y su «objeto era incitar a los inversores a modificar de manera importante su comportamiento respecto a los productos a los que se refieren», como con la postura que adoptó la Autoridad de la Competencia en el caso *Numericable*, ya que «tuvo como resultado, al reconocerle al grupo GCP la posibilidad de adquirir los derechos de distribución exclusiva en la Plataforma de Numericable, que se le concediera la autorización para competir con la empresa NC Numericable en su plataforma» y «además, su objeto era modificar el comportamiento de los operadores en el mercado de adquisición de derechos de distribución de canales de televisión».

Los efectos jurídicos, que antes eran imprescindibles para identificar un acto administrativo, pueden ser sustituidos por unos efectos importantes o una influencia significativa sobre los comportamientos. Estos dos tipos de consecuencias pueden tener un efecto acumulativo, como en los dos casos que nos ocupan y también en el que dio lugar a la sentencia del Consejo de Estado (Secc.) de 13 de jul. de 2016, *Société GDF Suez* (Rec. 384; AJ 2016.2119, nota Melleray; JCP Adm. 2016.2252, nota Le Bot): una «comunicación» emitida por la Comisión Reguladora de la Energía y dirigida a los operadores de los mercados de la electricidad, «que aprueba la firma por los proveedores de electricidad y por los gestores de las redes de distribución de unos contratos como los que se disponían a suscribir las empresas ERDF y Poweo Direct Energie, y que limitaba el acceso a esta posibilidad de determinados proveedores,... persigue como objetivo primordial ejercer una influencia significativa sobre el comportamiento de dichos operadores. Además, dado que la firma de estos contratos da lugar a un aumento de los ingresos de algunos proveedores, sin que los gestores de las redes de distribución incurran en gastos adicionales porque éstos ya están incluidos en la tarifa de utilización de las redes, puede producir efectos importantes, de índole económica, en las relaciones de competencia entre proveedores de electricidad, así como en la tarifa de utilización de las redes que han de pagar los usuarios». Cada una de estas dos consecuencias puede ser determinante por sí sola: por ejemplo, teniendo en cuenta la influencia notable que ejercen las recomendaciones de la Autoridad de Control Prudencial y de Resolución sobre los convenios suscritos entre las aseguradoras y los intermedia-

rios de seguros, cuyo «objeto es incitar a las aseguradoras y a los intermediarios, que son sus destinatarios, a que modifiquen sensiblemente sus relaciones recíprocas», éstas pueden ser objeto de un recurso por exceso de poder, aunque «no tengan carácter imperativo y su finalidad no sea modificar el ordenamiento jurídico» (CE 20 de junio de 2016, *Fédération française des sociétés d'assurances*, Rec. 653).

Pese a que las medidas del derecho no vinculante se apliquen sobre todo en el terreno económico, no es éste su único ámbito de aplicación: se ha considerado como procedente un recurso contra una deliberación del Consejo del Sector Audiovisual que iba dirigida a las emisoras de televisión, a las que se alertaba sobre las modalidades de difusión de «mensajes susceptibles de crear controversia» (en este caso, un mensaje de sensibilización sobre el síndrome de Down), así como contra los comunicados que precisaban el alcance de esta advertencia, siendo el motivo alegado para la admisión del recurso que, aunque estos comunicados «no hubieran tenido ningún efecto legal», «su objetivo era influir de forma significativa en el comportamiento de las emisoras de televisión, invitándolas a evitar en el futuro nuevas difusiones del mensaje objeto de litigio o de mensajes análogos en el marco de campañas publicitarias» (CE 10 de nov. de 2016, *Mme Marcilhacy et autres*, Rec. 510; AJ 2017.121, concl. Marion; DA 2017 com. 9, Lanneau).

Pueden asimilarse a los anteriores algunos actos como los «*rescrits*» (dictámenes anticipados), aunque a estos últimos se les reconoce «el carácter de decisiones» y, según la doctrina clásica, pueden ser, por tanto, objeto de un recurso por exceso de poder (CE Secc. 2 de dic de. 2016, *Ministre des finances et des comptes publics c. Société Export Press*, Rec. 519, concl. Cortot-Boucher; DA marzo de 2017.11, nota Rigaudeau; JCP 2017.88, nota Collet; RFDA 2017.351, nota Plessix). Se enmarcan, empero, en la concepción general del derecho no vinculante cuyos actos pueden, en adelante, ser objeto de un recurso contencioso-administrativo.

## 9 Publicidad de los actos

Estos actos plantean unos problemas de procedimiento.

Algunos están relacionados con la admisibilidad del recurso: dado que la cuestión de la naturaleza del acto impugnado ya quedó zanjada, quedan por resolver las dudas respecto a la fecha de inicio del

plazo para la presentación del recurso y, sobre todo, respecto al interés del recurrente.

En muchos casos, las medidas reguladoras son objeto de una publicidad de carácter menos formal que la que se exige en el caso de los actos clásicos: «*cuando no exista ninguna disposición legislativa o reglamentaria que establezca otro modo de publicación, la fecha de publicación en Internet... en la página Web de la autoridad reguladora que lo ha dictado y en la sección dedicada a la publicación de los actos de dicha autoridad, será, en lo que atañe a los profesionales del sector objeto de regulación, la que se considere como fecha de inicio del plazo para la presentación de un recurso*» (CE Secc. 13 de jul. de 2016, *Société GDF Suez*, citada ut supra). Ello no excluye que pueda ser necesaria otra modalidad de publicación en el caso de los recurrentes que no formen parte de la profesión.

Queda por probar que dichos recurrentes tengan efectivamente un interés en actuar. En el marco del recurso por exceso de poder, este último elemento es objeto de una apreciación que cabría calificar de bastante liberal, al tiempo que evita facilitar en demasía el acceso a las salas de audiencia (v. nuestras obs. sobre CE 29 de marzo de 1901, *Casanova\**). Las sentencias de 21 de marzo de 2016 insisten en que el recurso sólo puede ser interpuesto «por un demandante que demuestre tener un interés directo e incontestable»; este requisito se cumplía en los hechos objeto de consideración, tanto en el caso de los demandantes directamente afectados por las medidas impugnadas, como en el caso de la empresa *GDF Suez*, que contaba con un número de clientes «consumidores de energía» que superaba el umbral establecido por la ‘comunicación’ impugnada para la firma de determinados contratos; también se cumplía el requisito, sin que en esta ocasión lo dijera expresamente la sentencia, en el caso del mensaje sobre el síndrome de Down, en lo que respecta a las personas que defendían a los niños aquejados de este síndrome, cuyo número y calidad resultaba mucho más difícil de determinar.

- 10 Hay otros interrogantes que se plantean en relación con el control del juez dada la novedad que representan para él las medidas reguladoras. El señor Daumas, en sus conclusiones sobre el caso *Numericable*, contemplaba la hipótesis de un nuevo tipo de recurso. No obstante, el recurso por exceso de poder es definitivamente el que puede interponerse contra los actos de regulación. ¿Era necesario limitar los casos

en los que procede este recurso o restringir los motivos únicamente a aquellos relacionados con el interés del recurrente? El Consejo de Estado mantuvo intactas las características del recurso por exceso de poder al señalar que «*compete al juez, al que se sometan unas alegaciones de este tenor; examinar los defectos que puedan afectar a la legalidad de dichos actos*»: por tanto, cabe alegar cualquier motivo de legalidad, tanto si afecta a la legalidad interna como a la externa, tal y como pone de manifiesto la estructura de las sentencias de 21 de marzo de 2016.

Pero éstas añaden que el juez debe pronunciarse sobre estos actos «*teniendo en cuenta su naturaleza y sus características, así como la capacidad de apreciación de la que dispone la autoridad reguladora*». La peculiaridad de estos actos reguladores puede implicar una reserva por parte del juez en lo que respecta al control de las apreciaciones de las que se derivan (v. nuestras obs. sobre CE 4c de abr. de 1914, *Gomel\**). Si el error de derecho y el error de calificación jurídica de los hechos son objeto de control (véase sobre todo, en este sentido, la sentencia *Mme Marcilhacy*), la apreciación sólo podrá tener como resultado una censura del «error manifiesto (*Fairvesta*), aunque no siempre ocurra así (la sentencia *Numericable* sólo habla de un «error de apreciación»).

La jurisprudencia tendrá la oportunidad de matizar las modalidades y el alcance del control de los actos de regulación que contemplan por primera vez las sentencias *Fairvesta* y *Numericable*. El poder reglamentario ya ha tenido en cuenta este control puesto que en el decreto de 2 de nov. de 2016 por el que se modificaba el Código de Justicia Administrativa se han sustituido en el primer apartado del artículo R. 412-1 las siguientes palabras: «la decisión impugnada» por las palabras: «el acto impugnado» – pudiendo este último no ser imperativo, contrariamente a lo que ocurre en el caso de la decisión.

**118. ESTADO DE EMERGENCIA.  
REGISTROS ADMINISTRATIVOS.  
CONTROL - LEGALIDAD - RESPONSABILIDAD**

**Consejo de Estado As., 6 de julio de 2016 [Decisión], 2016,  
*Napol et autres, Thomas et autres***

(Rec. 320, concl. Bourgeois-Machureau; AJ 2016.1635, cr L. Dutheillet de Lamothe y G. Odinet; RFDA 2016.943, nota Le Bot; JCP 2016.1079, nota Türk; JCP Adm. 2016.2256, Verpeaux; DA nov. de 2016, p. 58, nota Éveillard; RD publ. 2017.491, com. Pauliat)

1. Según lo dispuesto en el artículo 1.º de la ley de 3 de abril de 1955, procede declarar el estado de emergencia en todo o en parte del territorio de la República *«o bien en caso de peligro inminente derivado de graves atentados contra el orden público, o bien en caso de acontecimientos que, por su naturaleza y gravedad, tengan carácter de catástrofe pública»*. Según el artículo 2 de la misma ley, el estado de emergencia debe declararse mediante decreto adoptado en el Consejo de Ministros; su prórroga más allá de los doce días sólo podrá ser autorizada por ley.

El artículo 11 de la ley de 3 de abril de 1955 dispone que un decreto por el que se declare el estado de emergencia o una ley por la que éste se prorrogue pueden ambos otorgar al Ministro del Interior y a los prefectos, a través de una disposición expresa, la facultad de ordenar unos registros administrativos tanto diurnos como nocturnos. En el texto refundido del artículo 11, resultante de la ley de 20 de noviembre de 2015, se especifica que los registros en cuestión se pueden ordenar *«en cualquier lugar, incluso en un domicilio particular, tanto en horario diurno como nocturno, salvo en los espacios destinados al ejercicio de un mandato parlamentario o a la actividad profesional de los letrados, magistrados o periodistas, siempre y cuando existan motivos de peso para sospechar que dicho lugar es frecuentado por una persona cuyo comportamiento constituye una amenaza para la seguridad y el orden públicos. / La decisión por la que se ordena un registro ha de precisar el lugar y el momento del mismo. Se informará sin dilación de esta decisión al Procurador de la República con competencias dentro*

*del territorio afectado. El registro se efectuara en presencia de un agente de la policía judicial que tenga competencia en el territorio afectado. Debe efectuarse necesariamente en presencia del ocupante del local o, en su defecto, de su representante o de dos testigos. (...) cuando se constate que se ha cometido una infracción, el agente de la policía judicial deberá levantar el acta correspondiente, proceder a toda incautación que resulte necesaria e informar sin dilación al Procurador de la República (...)*».

Estas disposiciones de la ley de 3 de abril de 1955 otorgan al Ministro del Interior y a los prefectos, cuando así lo indique expresamente el decreto por el que se declara el estado de emergencia o la ley por la que éste se prorroga, la facultad de ordenar todos los registros que, al tener como objetivo la preservación del orden público y la prevención de infracciones, son competencia de la policía administrativa, según lo dispuesto por el Consejo Constitucional en su decisión n.º 2016-536 QPC de 19 de febrero de 2016, y están asimismo sujetos al control del juez administrativo.

En lo que respecta a las cuestiones relativas al control de legalidad de las órdenes de registro:

2. *Las decisiones por las que se ordenan los registros, de conformidad con el artículo 11 de la ley de 3 de abril de 1955, pueden ser objeto de un recurso por exceso de poder.* La circunstancia de que hayan surtido efecto antes de ser sometidas al juez no es motivo para que se considere que el recurso carece de objeto. La presentación de este recurso no puede, sin embargo, constituir un requisito previo e imprescindible para que se pueda interponer una demanda de indemnización al haber incurrido el Estado en responsabilidad debido a las circunstancias en las que se ordenaron y ejecutaron los registros.

3. *Las decisiones por las que se ordenan los registros, de conformidad con el artículo 11 de la ley de 3 de abril de 1955, pueden ser objeto de un recurso por exceso de poder.* Como tales, y según lo establecido por el Consejo Constitucional en su decisión n.º 2016-536 QPC de 19 de febrero de 2016, *deben estar motivadas* en aplicación del artículo 1.º de la Ley de 11 de julio de 1979, relativo a la motivación de los actos administrativos y a la mejora de las relaciones entre la administración y el público, según se establece ahora en el artículo L. 211-2 del código de relaciones entre el público y la administración.

La motivación que exigen estas disposiciones debe constar por escrito junto con las consideraciones legales y los motivos de hecho acreditativos de las razones de peso que llevaron a la autoridad administrativa a sospechar que el lugar en el que se realizó el registro era frecuentado por una persona cuyo comportamiento constituía una amenaza para la seguridad y el orden públicos. Cuando el registro se efectúe en el marco de unas actuaciones de la policía administrativa, no es necesario que en la motivación de la orden de registro conste la existencia de indicios de infracción penal.

El carácter suficiente de la motivación debe evaluarse teniendo en cuenta las condiciones de emergencia en las que se ordenó el registro, en el marco de las circunstancias excepcionales que llevaron a declarar este estado de emergencia. Si bien en las disposiciones del artículo 4 de la ley de 11 de julio de 1949, que ha pasado a ser el artículo L. 211-6 del código de relaciones entre el público y la administración pública, se establece que la ausencia total de motivación no constituye una causa de ilegalidad de una decisión cuando la emergencia absoluta es la que ha impedido motivarla, el juez administrativo es a quién corresponde valorar caso por caso, en función de las circunstancias especiales de cada uno, si una emergencia absoluta es la que ha impedido motivar la decisión, incluso de forma sucinta.

4. Además de indicar los motivos, la orden de registro debe, en virtud de las disposiciones expresas del artículo 11 de la ley de 3 de abril de 1955 según el texto refundido resultante de la ley de 20 de noviembre de 2015, mencionar el lugar y el momento del registro. La mención del lugar tiene por objeto circunscribir los locales que deben someterse a registro de modo a permitir una identificación razonable de los mismos. El momento que se indica en la decisión es aquel a partir del cual se puede proceder al registro, en función de las dificultades de ejecución del mismo. Aunque la ley dispone que debe indicarse la fecha de registro, no obliga a especificar en la decisión, mediante una motivación especial, las razones que llevaron a elegir esa fecha concreta.

5. El artículo 11 de la ley de 3 de abril de 1955 permite a las autoridades administrativas competentes ordenar unos registros en los lugares que éste mismo artículo menciona cuando existan razones de peso para sospechar que estos lugares los frecuenta una persona cuyo comportamiento constituye una amenaza para la seguridad y el orden públicos.

*Corresponde al juez administrativo ejercer un control pleno sobre el cumplimiento de este requisito, con el fin de asegurarse, tal y como establece el Consejo Constitucional en su decisión n.º 2016-536 QPC de 19 de febrero de 2016, que la medida dispuesta se adapta y es necesaria y proporcional a su finalidad, dentro de las circunstancias especiales que llevaron a declarar el estado de emergencia. Dicho control se ejerce en virtud de la situación de hecho que prevalecía en la fecha en la que se adoptó la medida, habida cuenta de las informaciones de las que disponía en ese momento la autoridad administrativa y sin que los hechos acaecidos con posterioridad, en particular, los resultados del registro, tengan incidencia alguna a este respecto.*

En cuanto a las cuestiones relativas a los requisitos necesarios para considerar que el Estado ha incurrido en responsabilidad:

6. *Toda ilegalidad que afecte a la decisión por la que se ordena un registro constituye una falta que puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad.*

Cuando se interpone ante él una demanda de indemnización, compete al juez administrativo conceder una indemnización por los perjuicios de cualquier índole, directos y contrastados, que se deriven de la ilegalidad culpable de la que adolece la orden de registro. La naturaleza directa del nexo de causalidad existente entre la ilegalidad cometida y el perjuicio alegado no puede ser determinante, en particular, cuando la decisión por la que se ordenó el registro adolece únicamente de una irregularidad formal o procesal y cuando el juez considera, dado el conjunto de elementos que le han sometido las partes, que la decisión por la que se ordenó el registro hubiera podido tomarla con arreglo a la ley la autoridad administrativa, habida cuenta de los elementos de los que disponía en la fecha en la que se ordenó el registro.

7. Además, las condiciones materiales de ejecución de los registros pueden hacer incurrir al Estado en responsabilidad frente a las personas a las que afectan los registros.

Tal y como lo expuso el Consejo Constitucional en su decisión 2016-536 QPC de 19 de febrero de 2016, las condiciones de ejecución de los registros ordenados de conformidad con el artículo 11 de la ley de 3 de abril de 1955 deben estar justificadas y ser proporcionales a las razones que motivaron la medida, dentro de las circunstancias especiales que llevaron a declarar el estado de emergencia.

En particular, el registro de un domicilio en horario nocturno debe estar justificado por la urgencia o la imposibilidad de efectuarlo

en horario diurno. A menos que existan razones de peso para sospechar que el o los ocupantes del local podrían reaccionar frente al registro con un comportamiento peligroso o destruir o camuflar algunos elementos materiales, habrá que procurar que éstos permitan por voluntad propia el acceso al local objeto de registro, no siendo admisible el recurso a la fuerza para penetrar en el mismo salvo cuando no exista otra posibilidad. Durante el registro, habrá que velar por el respeto de la dignidad de las personas y ser especialmente vigilantes con la situación de los niños menores de edad que puedan estar presentes. El uso de la fuerza o de la coacción debe limitarse a lo estrictamente necesario para el desarrollo de la operación y la protección de las personas. Durante el registro, los atentados contra los bienes deben ser estrictamente proporcionales a la finalidad de la operación; no debe producirse ningún deterioro que no esté justificado por la búsqueda de elementos relacionados con la finalidad del registro.

*Cualquier falta que se cometa durante la ejecución de los registros ordenados de conformidad con la ley de 3 de abril de 1955 podrá hacer incurrir al Estado en responsabilidad.* Corresponde al juez administrativo, ante el que se interponga una demanda en este sentido, apreciar si se ha cometido una falta en la ejecución de un registro a la vista del conjunto de elementos que se han debatido ante él, teniendo en cuenta el comportamiento de las personas presentes en el momento del registro y las dificultades que planteaba la actuación administrativa en las circunstancias especiales que dieron lugar a declarar el estado de emergencia. Los resultados del registro no pueden incidir por sí solos en la calificación de una falta.

En caso de que se haya cometido una falta, compete al juez administrativo otorgar una reparación por los perjuicios de cualquier índole, directos y contrastados, que se deriven de la misma

8. *Aunque las personas afectadas por un registro sólo puedan reclamar al Estado que asuma su responsabilidad cuando ha habido una falta, el Estado puede incurrir en responsabilidad sin falta ante terceros, de conformidad con el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, cuando los perjuicios hayan sido directamente ocasionados por los registros ordenados con arreglo al artículo 11 de la ley de 3 de abril de 1955.*

Deben ser consideradas como terceros en relación con un registro las personas distintas de aquellas cuyo comportamiento ha servido de justificación para el registro, o las personas que o bien estén vincula-

das con éstas y se hallasen en el lugar afectado por la orden de registro o bien tuvieran alguna relación con dicho lugar. Se ha de considerar, en especial, como terceros a los ocupantes o propietarios de un lugar distinto de aquel al que afectaba la orden de registro, habiendo sido éste objeto de registro por error, así como el propietario del lugar afectado por la orden de registro, cuando éste tenga como único vínculo con la persona cuyo comportamiento sirvió de justificación para el registro el contrato de arrendamiento del lugar objeto de registro.

## OBSERVACIONES

- 1 El dictamen contencioso-administrativo emitido en Asamblea por el Consejo de Estado, de conformidad con las conclusiones de la señora Bourgeois-Machureau, ponente público, se pronuncia sobre el régimen jurídico de los registros administrativos que puede ordenar la autoridad administrativa cuando se establece el estado de emergencia. Se emite en respuesta a las solicitudes de dictamen presentadas por dos tribunales administrativos con arreglo al artículo L. 113-1 del Código de Justicia Administrativa (cfr. nuestros comentarios sobre el dictamen *Compagnie financière et industrielle des autoroutes\**).

Estos registros se enmarcan en el contexto jurídico de conjunto del estado de emergencia, el cual conviene recordar para poder situar las soluciones que procede adoptar en estos casos.

### I. El estado de emergencia que permite los registros

El estado de emergencia es uno de los regímenes jurídicos para los tiempos de crisis, que se añade a la teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales, habiéndose esta última elaborado con motivo de la Primera Guerra Mundial (v. nuestros comentarios sobre la sentencia *Heyriès\**), junto con el régimen del estado de sitio (v. nuestros comentarios sobre la sentencia *Dames Dol et Laurent\**) establecido por ley (leyes de 9 de ago. de 1848 y de 3 de abr. de 1878) y confirmado por la Constitución (art. 7 de la Constitución de 1946, en el texto refundido resultante de la ley constitucional de 7 de dic. de 1954; art. 36 de la Constitución de 1958), y por el artículo 16 de la Constitu-

ción de 1958 (v. nuestras observaciones sobre la sentenciat *Rubin de Servens\**).

A. La instauración del estado de emergencia se remonta a una ley de 3 de abr. de 1955 que, además de establecer su régimen jurídico, lo declaraba susceptible de aplicación en Argelia y que, durante la Quinta República, fue modificada por primera vez por el Decreto-Legislativo n° 60-732 de 15 de abr. de 1960.

El estado de emergencia se puede declarar «*o bien en caso de peligro inminente derivado de graves atentados contra el orden público, o bien en caso de acontecimientos que, por su naturaleza y gravedad, tengan carácter de catástrofe pública*». Se declara mediante decreto del Presidente de la República adoptado en el Consejo de Ministros, determinando éste la o las circunscripciones territoriales dentro de las cuales entra en vigor; dentro de de cada una de las circunscripciones, un decreto del Primer Ministro establece las zonas en las que pueden aplicarse las diferentes medidas previstas por la ley. El mantenimiento del estado de emergencia por un período superior a los doce días requiere la aprobación de una ley a la que corresponde establecer su duración y que permite prorrogarlo sucesivamente; esta ley puede, al mismo tiempo, modificar su régimen jurídico.

Para el desarrollo tanto del procedimiento contencioso-administrativo del estado de emergencia como del control jurisdiccional de las medidas resultantes del mismo, fue necesario que se instaurara en la práctica el estado de emergencia, primero como resultado de la violencia urbana a finales de octubre de 2005 y, luego, tras los atentados terroristas del 13 de noviembre de 2015; en este último caso, se declaró el estado de emergencia mediante decreto del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2015, siendo prorrogados sus efectos en varias ocasiones: la primera con la ley n° 2015-1501 de 20 de nov. de 2015, con la que se modificó asimismo la ley de 3 de abr. de 1955; con la ley de 20 de mayo de 2016; después del atentado de Niza del 14 de julio de 2016, con la ley n° 2016-987 de 21 de jul. de 2016; posteriormente, con la ley n° 2016-1767 de 19 de dic. de. 2016; en último lugar, con la ley n.° 2017.1154 de 11 de jul de. 2017.

Por iniciativa tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Casación, se presentaron ante el Consejo Constitucional varias cuestiones previas de inconstitucionalidad que afectaban a diversas disposiciones legislativas. Éste reconoció «que la Constitución no excluye

la posibilidad de que el legislador contemple un régimen de estado de emergencia», aunque «le corresponde, dentro de este marco, asegurarse de que se concilie la prevención de los atentados contra el orden público con el respeto de los derechos y libertades que se reconocen a todas las personas que residen en el territorio de la República» (CC n.º 2015-527 QPC 22 de dic. de 2015, Rec. 661; DA abr. de 2016, p. 46, nota Éveillard; JCP Adm. 2016, n.º 6, p. 37, nota Verpeaux; Rec. 661; Nouv. Cah. CC, n.º 51, p. 85, cr. J. Bonnet et A. Roblot-Troizier; RFDA 2016.123, nota Roblot-Troizier; RFDC 2016.688, nota Roux). Así pues, el Consejo Constitucional ha tenido la posibilidad de mostrar su reprobación (por ej., CC n.º 2017-624 QPC, 16 de marzo de 2017, AJ 2017.1464, nota Le Bot; RFDA 2017.561, cr. Roblot-Troizier, respecto a los requisitos para la prórroga de los arrestos domiciliarios; o también CC n.º 2017-635 QPC, 9 de junio de 2017; AJ 2017.1197), y de subordinar la constitucionalidad de la ley a la posibilidad de impugnar ante el juez administrativo las medidas que permite adoptar (par ex. CC 22 *déc.* 2015, citada ut supra, respecto a las medidas de arresto domiciliario).

- 2 B. El juez administrativo ejerce sobre las decisiones administrativas relativas al estado de emergencia, tanto mediante el procedimiento del recurso de amparo-libertad como del recurso por motivos de fondo, un control que ha ido en aumento.

La declaración del estado de emergencia mediante decreto y su mantenimiento son objeto de un control «restringido» por parte del Consejo de Estado (CE ord. 14 de nov. de 2015, *Rolin*, Rec. 499; AJ 2006.501, nota Chrestia; GADLF n.º 60; ord. 9 de dic. de 2005, *Mme Allouache et autres*, Rec. 562; ord. 27 de ene. de 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, Rec. 8; RFDA 2016.355, nota Baranger), pero su ejercicio deja de ser posible una vez que la ley prorroga el estado de emergencia (CE, ass., 24 de marzo de 2006, *Rolin et Boisvert*, Rec. 171; AJ 2006.1033, cr. Landais y Lenica).

En lo tocante a las medidas que el estado de emergencia permite adoptar a las autoridades de policía (en particular, la prohibición de circular, la normativa en materia de residencia de las personas, la prohibición de residencia; los arrestos domiciliarios; el cierre de locales; la prohibición de reuniones y concentraciones; los controles de identidad, equipaje, vehículos), el control que ejerce el juez administrativo es cada vez mayor. Aunque en un principio era muy limitado (CE, ass., 16 de dic. de 1955, *Dame Bourokba*, Rec. 596; RJPUF 1956.347, con-

cl. Chardeau; S. 1956.392, nota R. Drago), más adelante pasó a incluir el error manifiesto de apreciación con motivo de la instauración del estado de emergencia en Nueva Caledonia en 1985 (CE 25 de jul. de 1985, *Mme Dagostini*, Rec. 226; AJ 1985.558, concl. Lasserre). En los últimos años, ha pasado a ser un control pleno.

El Consejo de Estado valora no sólo si está justificado el dispositivo de control que contempla el decreto por el que se declara el estado de emergencia (24 de marzo de 2006, *Rolin et Boisvert*, citada ut supra.), sino también, y en el marco de los procedimientos de recurso de urgencia, si proceden las medidas individuales que se aplican a determinadas personas, en especial, los arrestos domiciliarios (CE Secc. 11 de dic. de 2015, *Cédric Domenjoud*, Rec. 437; de la misma fecha *Luc Gauthier*, concl. Domino; LPA 8 de marzo de 2016, nota Le Bot) y su prórroga: a este respecto, con el fin de tener en cuenta la decisión Conseil constitutionnel n° 2017-624 QPC de 16 de marzo de 2017, *M. G...* por la que se habían censurado las disposiciones de la ley de 16 de diciembre de 2016, corresponde al juez administrativo «verificar si el comportamiento de la persona implicada constituye una amenaza de una gravedad especial para el orden y la seguridad públicos. Le corresponde asimismo asegurarse de que, en el transcurso de los 12 meses siguientes, la administración aporte elementos nuevos o complementarios, que se deriven de los hechos acaecidos o que se hayan descubierto con posterioridad a la decisión inicial de arresto domiciliario o a las prórrogas anteriores. Estos hechos pueden derivarse de actuaciones de la persona implicada, de procedimientos judiciales e, incluso, de decisiones administrativas si se basan en elementos nuevos o complementarios con respecto a aquellos que sirvieron de justificación a la primera medida de arresto. *Por último, el juez administrativo verifica si la administración ha tenido en cuenta la duración total del arresto y del conjunto de las restricciones que éste ha conllevado*» (CE ord. 25 de abr. de 2017, *Ben Abbes*, RFDA 2017.561, cr. Roblot-Troizier).

Se ejerce el mismo tipo de control respecto a los registros.

## II. Los registros en el estado de emergencia

- 3 A. Los registros ya se contemplaban en la ley de 3 de abr. de 1955, en su artículo 11, modificado mediante Decreto-Legislativo de 15 de abr. de 1960, en el cual lo único que se exigía es que hubiera en la orden de registro una disposición expresa por la que se determinara

el establecimiento o el mantenimiento del estado de emergencia de modo a permitir su ejecución. Con la salvedad de la ley de 20 de mayo de 2016, las diferentes leyes con las que se ha prorrogado el estado de emergencia desde 2015 han previsto la posibilidad de registros administrativos.

El legislador debería, no obstante, haber establecido tanto los requisitos para poder proceder a los registros como las garantías que han de respetarse al efectuarlos (CC n° 2016-567/568 QPC, 23 de sept. de 2016, RFDC 2017.487, nota C. Bernard).

El texto refundido del artículo 11 de la ley de 3 de abr. de 1955, resultante de la ley de 20 de nov. de 2015, subordina la facultad de la autoridad administrativa para ordenar un registro, incluso en un domicilio particular (salvo en los espacios destinados al ejercicio de un mandato parlamentario o a la actividad profesional de los abogados, magistrados o periodistas), a la existencia de *«razones de peso para sospechar que dicho lugar es frecuentado por una persona cuyo comportamiento constituye una amenaza par la seguridad y el orden públicos»*.

El Procurador de la República debe ser informado del procedimiento y éste ha de ejecutarse en presencia de un agente de la policía judicial. Aunque el operativo tenga fundamentalmente una finalidad preventiva, el legislador ha previsto, no obstante, que cuando se compruebe que ha habido una infracción penal, el agente de la policía judicial levante el acta correspondiente.

El Consejo Constitucional, ante el que se presentó una cuestión previa de inconstitucionalidad contra el texto refundido del artículo 11 de la ley de 1955, admitió que éste se ajustaba a la Constitución, con la salvedad de aquellas disposiciones que permitían a la autoridad administrativa copiar, durante un registro, *«todos los datos informáticos a los que se pudiera acceder»*, al ser estas disposiciones equiparables a un registro no autorizado por un juez (CC. n° 2016-536 QPC, 19 de febr. de. 2016; Constitutions 2016.100, nota L. Domingo).

La reprobación parcial del dispositivo llevó al legislador a enmendarlo con la ley n° 2016-987 de 21 de jul. de de 2016 y, más adelante, con la ley n° 2017-258 de 28 de febr. de 2017.

En virtud de dicho texto, la incautación de datos o de materiales sólo es posible cuando el registro *«revela la existencia de elementos, en particular de índole informática, que se relacionan con la amenaza que representa la persona implicada para la seguridad y el orden públi-*

cos». El uso de los datos y de los soportes incautados requiere la intervención de una decisión en este sentido por parte del tribunal administrativo, adoptando ésta la forma de una medida cautelar. El Consejo Constitucional ha admitido que son conformes a la Constitución aquellas disposiciones relativas a la incautación y el uso de datos informáticos, pero ha censurado, al mismo tiempo, el hecho de que la ley no contemple el borrado de los datos una vez se de por concluido el estado de emergencia (CC. n° 2016-600 QPC, 2 de dic. de 2016; RFDA 2017.182, comentario Roblot-Troizier; RFDC 2017.511, nota C. Bernard).

Así pues, el legislador ha querido acompañar la ampliación de competencias de la administración durante el estado de emergencia de un incremento correlativo del papel asignado al juez administrativo. Una parte de la doctrina ha cuestionado la efectividad de las garantías que se han querido establecer de este modo. El dictamen emitido por la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo el 6 de jul. de 2016 intenta disipar estos temores.

#### 4 Código // penal

B. Valora el papel que se asigna al juez administrativo. Examina sucesivamente las modalidades de acceso al juez, el control de la legalidad de los actos a través de los cuales se ordena un registro, así como las circunstancias en las que el Estado incurre en responsabilidad.

1. El acceso al juez se considera desde una doble vertiente, la relativa a la competencia de la jurisdicción administrativa y la relativa a los recursos que cabe interponer.

La competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de las demandas contencioso-administrativas en materia de registros se deriva de los términos del artículo 11 de la ley de 3 de abr. de 1955, en el texto refundido por la ley de 20 de nov. de 2015. Después de reproducir el enunciado de este texto, el dictamen hace hincapié en que, dado que los registros *«tienen como objetivo la preservación del orden público y la prevención de las infracciones, son competencia de la policía administrativa según lo establecido por el Consejo Constitucional en su decisión n.º 2016-536 QPC de 19 de febrero de 2016, y están sujetos al control del juez administrativo»*.

En cambio, el dictamen no se pronuncia sobre la posible intervención del juez penal en el supuesto de que el registro, pese a perse-

guir inicialmente un objetivo de policía administrativa, permita comprobar la existencia de una infracción penal. Por ello, el Tribunal de Casación, apoyándose en el artículo 111-5 del Código Penal, según el cual *«las jurisdicciones penales tienen competencia para interpretar los actos administrativos reglamentarios o individuales, y para valorar su legalidad cuando de este examen dependa la solución de la causa penal»*, admite que el juez penal pueda juzgar la legalidad de la orden de registro ya que, aunque ésta no constituya la base para un procesamiento, no deja de ser determinante para la legalidad del procedimiento penal (Cas. crim. 13 de dic. de 2016, JCP 2017.206, nota J.-H. Robert; D. 2017.275, note Pradel; DA 2017. com. n.º 20, nota Eveillard); se aplicó la misma solución a los arrestos domiciliarios: Cas. Crim. 3 de mayo de 2017, D. 2017.1175, nota Beaussonie. La intervención del juez penal en los supuestos que se citan implica unas mayores garantías.

La competencia del juez administrativo se puede ejercer en el marco de dos recursos.

El primero es el recurso por exceso de poder. Una parte de la doctrina sostenía que la decisión a través de la cual se ordena un registro no podía ser objeto de un recurso por exceso de poder habida cuenta de que la totalidad de sus efectos se agotan a partir del momento en que se ejecuta. Ésta era también la tesis que defendía el Ministro del Interior.

Esta opinión es el resultado de una confusión con la situación que se da cuando se interpone un recurso de amparo-suspensión o un recurso de amparo-libertad contra una decisión de registro que ya se ha ejecutado íntegramente. En tal caso, aunque el recurso carezca de objeto, ello no impide que la legalidad de la decisión administrativa se pueda impugnar, tal y como se desprende de una jurisprudencia ya consolidada (CE. Secc. 12 de oct. de 1984, *Mme Hirsch*, p. 328). Así pues, el dictamen se atiene a la doctrina clásica al establecer que *«las decisiones mediante las cuales se ordenan unos registros... pueden ser objeto de un recurso por exceso de poder»* y al añadir que *«la circunstancia de que hayan surtido efecto antes de ser sometidas al juez no es motivo para que se considere que el recurso carece de objeto»*.

El dictamen admite también, en segundo lugar, que se pueda interponer un recurso de plena jurisdicción que adopte la forma de una demanda de indemnización dirigida contra el Estado. Ésta deberá estar fundamentada *«en las condiciones en las que se ordenaron y ejecuta-*

*ron los registros*». Para facilitar la presentación de la demanda, el dictamen especifica que *«la interposición de un recurso por exceso de poder no constituye un prerequisite indispensable para que se pueda presentar una demanda de indemnización»*.

5        2. Estos dos tipos de recurso contencioso-administrativo pueden ser adecuados para el ejercicio del control de legalidad de las órdenes de registro, aunque éste se ejerza normalmente en el marco del recurso por exceso de poder.

En lo que respecta a su legalidad externa, una decisión de registro, al ser una medida de policía individual de carácter negativo, debe estar motivada según lo dispuesto en la ley de 11 de jul. de 1979 relativa a la motivación de los actos administrativos, cuestión que retoma el Código de relaciones entre el público y la administración.

No obstante, el artículo 4 de la ley, que recoge el artículo L. 211-6 del Código, introduce un matiz: *«cuando la emergencia absoluta es la que ha impedido motivar la decisión, la ausencia de motivación no constituye una causa de ilegalidad de la decisión»*. Según el Ministro del Interior, el régimen del estado de emergencia ya permite presumir la existencia de una *«urgencia absoluta»*, constituyendo ésta un obstáculo para la motivación. Siguiendo las recomendaciones de su ponente público, el Consejo de Estado no asumió esta tesis. En lo que respecta a la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo: *«corresponde al juez administrativo valorar caso por caso, en función de las circunstancias especiales que acompañan a cada uno, si una emergencia absoluta es la que ha impedido motivar la decisión, incluso de forma sucinta»*.

La motivación debe constar por escrito junto con las consideraciones legales y los motivos de hecho acreditativos de las razones de peso que llevaron a la autoridad administrativa a sospechar que el lugar en el que se realizó el registro era frecuentado por una persona cuyo comportamiento constituía una amenaza para la seguridad y el orden públicos; además, en cumplimiento de las disposiciones del artículo 11 refundido por la ley de 1955, la decisión debe mencionar el lugar y el momento del registro. Para el Consejo de Estado, la mención del lugar tiene por objeto circunscribir los locales que se van a someter a registro de modo a permitir una identificación razonable de los mismos. Según el dictamen, *«el momento que se indica en la decisión es aquel a partir del cual se puede proceder al registro, en función de las dificultades de ejecución del mismo»*.

Respecto a la legalidad interna, incluso antes del dictamen de 6 de jul. de 2016, se había incrementado el control que el juez ejercía sobre las medidas adoptadas por la autoridades públicas en el marco del estado de emergencia. Retomando una jurisprudencia anterior que contemplaba exclusivamente el ejercicio de un control restringido (CE. 25 de julio de 1985, *Mme Dagostini*, supra), el Consejo de Estado ya había optado por «*un control pleno del juez del recurso por exceso de poder*» sobre las decisiones de arresto domiciliario adoptadas durante la vigencia del estado de emergencia (CE Secc. 11 de dic. de 2015, *Cédric Domenjoud*, de la misma fecha *Luc Gauthier* citados ut supra). El Consejo Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido a este respecto (CC. n° 2015-527 QPC, 22 de diciembre de 2015, citado ut supra) y en relación con los registros administrativos (CC. n° 2016-536 QPC, 19 de febr. de. 2016, citada ut supra).

Al referirse expresamente a esta última decisión, el dictamen afirma que «*corresponde al juez administrativo ejercer un control pleno*» sobre el respeto de los requisitos que establece el artículo 11 refundido por la ley de 3 de abr. de 1955. Este control se enmarca en una lógica de proporcionalidad puesto que incumbe al juez del recurso por exceso de poder asegurarse de que la medida dispuesta se «*adapte y sea necesaria y proporcional a su finalidad*», dentro de las circunstancias especiales que llevaron a declarar el estado de emergencia.

El dictamen aclara asimismo, según impone la norma, que el control «*se ejerce en virtud de la situación de hecho que prevalecía en la fecha en la que se adoptó la medida, habida cuenta de las informaciones de las que disponía en ese momento la autoridad administrativa y sin que los hechos acaecidos con posterioridad, en particular, los resultados del registro, hayan tenido incidencia alguna a este respecto*».

Así pues, la acción conjunta y convergente de las jurisprudencias administrativa y constitucional permite mantener las exigencias de control de la legalidad durante la vigencia del estado de emergencia.

6 3. La contribución del dictamen es igualmente significativa en lo que respecta a las circunstancias en las que el Estado incurre en responsabilidad como resultado de los registros.

Contempla dos supuestos; el primero vinculado con la legalidad de la decisión de registro, el segundo con las condiciones materiales de ejecución de dicha medida.

Respecto al primer punto (la ilegalidad de la decisión), las soluciones propuestas consolidan una jurisprudencia anterior.

Aunque hubo un período durante el cual la jurisprudencia admitía que una ilegalidad pudiera ser constitutiva de un error de apreciación no culposo, esta solución se ha descartado rotundamente desde 1973 (CE Secc. 26 de enero de 1973, *Ville de Paris c. Driancourt*, Rec. 78, v. n° 14.4). Se da por sentado desde entonces que una ilegalidad constituye una falta cuya naturaleza hace incurrir a los poderes públicos en responsabilidad, «*incluso en el supuesto de que sea imputable a un error de apreciación*». El derecho a obtener reparación atañe, no obstante, exclusivamente a los perjuicios directos y contrastados resultantes de la ilegalidad culposa (CE Secc. 19 de junio de 1981, *Mme Carliez*, Rec. 274; AJ. 1982.103, concl. Genevois).

Este estado del derecho es el que consagra el dictamen, habida cuenta de las conclusiones del ponente público. Subraya que la naturaleza directa del nexo causal existente entre la ilegalidad cometida y el perjuicio alegado no puede ser determinante cuando la decisión mediante la cual se ordenó el registro adolece exclusivamente de una irregularidad formal o procesal y cuando «*el juez considera, dado el conjunto de elementos que le han sometido las partes, que la decisión mediante la cual se ordenó el registro hubiera podido tomarla con arreglo a la ley la autoridad administrativa, habida cuenta de los elementos de los que disponía en la fecha en la que se ordenó el registro*».

7 Responsabilidad // Responsabilidad del poder público // Igualdad ante las cargas públicas

Responsabilidad // Responsabilidad del poder público // Falta // grave

Responsabilidad // Responsabilidad del poder público // Falta // Policía

En lo que respecta al segundo punto (las condiciones materiales de ejecución del registro), el dictamen establece una distinción entre dos supuestos en los que el Estado incurre en responsabilidad.

En cuanto a las personas afectadas por la operación de registro, una decisión anterior había subordinado la posibilidad de que el Estado incurriera en responsabilidad a la existencia de una falta grave (CE. 5 de dic. de 1941, *Gompertz*, Rec. 209). Esta jurisprudencia era acorde con la distinción que predominaba entonces y que llevaba a considerar que, en el caso de las medidas jurídicas de policía, ya fueran estas reglamentarias o individuales, era suficiente una falta leve para que la

administración incurriera en responsabilidad, mientras que, en el caso de las operaciones materiales, que por su naturaleza son más complejas, se exigía una falta grave (v. nuestras observaciones sobre la sentencia *Tomaso Grecco\**). Esta misma distinción es la que siguió estableciendo el Tribunal de Apelación de Marsella en relación con los servicios de información (4 de abr. de 2017, *Ministre de l'intérieur c. consorts Chennouf* – v. n.º 14.4).

Pero la evolución que llevó a renunciar a la exigencia de una falta grave, incluso en el caso de actividades de policía de por sí peligrosas, como el salvamento marítimo (CE. Sección. 13 de marzo de 1998 *Améon*, Rec. 82; v. n.º 14.4) o el servicio de lucha contra los incendios (CE 29 de abr. de 1998, *Commune de Hannapes*, Rec. 185; v. n.º 14.4), fue la que hizo que el dictamen de 6 de jul. de 2016 admitiera finalmente que «*toda falta que se cometa en la ejecución de los registros puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad*». Esta aseveración se acompaña de dos bloques de precisiones.

Las primeras se presentan como un código de buena conducta que ha de cumplir la autoridad administrativa: a menos que existan razones de peso para sospechar que el o los ocupantes de los locales podrían reaccionar al registro con un comportamiento peligroso o destruir o camuflar algunos elementos materiales, «el uso de la fuerza para penetrar en los mismos sólo será admisible cuando no exista otra posibilidad»; además durante el registro es «importante velar por el respeto de la dignidad de las personas» y «el uso de la coacción deberá limitarse estrictamente a lo que resulte necesario para el desarrollo de la operación».

Las demás precisiones que se realizan están relacionadas con la apreciación por el juez administrativo de cada situación concreta. A este respecto, «*los resultados del registro no pueden incidir por sí solos en la calificación de una falta*».

La solución más original es la que se adopta frente a terceros. El dictamen establece, en efecto, que en el caso de perjuicios directamente ocasionados «*el Estado puede incurrir en responsabilidad frente a terceros sin falta, de conformidad con el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*».

En materia de policía, en una época en que la responsabilidad de los poderes públicos estaba subordinada, en el caso de las actividades materiales, a la existencia de una falta grave, las reglas que prevalecían en caso de empleo de armas de fuego eran menos rigurosas: bastaba

una falta leve para que la administración incurriera en responsabilidad frente a la persona afectada por la operación, mientras que en el caso de terceros, el derecho a indemnización se fundamentaba en la teoría del riesgo (CE. As. 24 de junio de 1949, *Lecomte*, Rec. 307; v. n.º 33.2).

Pese a enmarcarse dentro de esta corriente jurisprudencial, el dictamen la supera en la medida en que el régimen de responsabilidad basado en la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas se aplica en principio a más supuestos que el régimen de responsabilidad subordinado al riesgo vinculado con el concepto de cosa peligrosa (v. nuestras observaciones sobre la sentencia *Regnault – Desrozières\**).

La solución por la que aboga el dictamen es aún más notable si se tiene en cuenta que el concepto de terceros se interpreta de forma amplia.

\*\*\*

En definitiva, el dictamen adoptado por la Asamblea de lo Contencioso-Administrativo deja claro que un régimen legal de poderes excepcionales como es el estado de emergencia no es incompatible con el mantenimiento de las exigencias inherentes al Estado de Derecho, respecto al cual el ponente público recalca en sus conclusiones «*su confianza inquebrantable*».

## ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS

*El número en negrita remite al número de las sentencias que se reproducen y comentan en esta obra. El número en redondo sin negrita remite al número que aparece en el margen izquierdo en los comentarios de cada sentencia*

### A

- Accesibilidad de la norma: **106.1**  
Acción recursoria: **62, 102**  
Acto administrativo  
    Cambio de circunstancias: **29.9, 40, 85**  
    Circulares: **45.2, 58.6, 79, 82.5, 103**  
    Concepto de acto administrativo: **17, 50.2, 78, 96, 117**  
    Criterio: **7.6, 17, 49.7, 50.2, 50.5, 78, 79, 96, 117**  
    Derogación: **40, 85, 100**  
    Directivas: **45.5, 79**  
    Ejecución forzosa: **10, 30.6**  
    Ejecución, privilegio de ejecutoriedad: **10, 98.3**  
    Entrada en vigor: **39, 56, V. Retroactividad**  
    Inexistencia: **70**  
    Interpretación: V. *Competencia administrativa y ordinaria*  
    Medidas de orden interno: **90**  
    Retroactividad: **39, 56, 71.6, 100, 106.2**  
    Revocación: **56.7, 100**  
    Validez: V. *Inexistencia, Recurso por exceso de poder*  
    Valoración de la validez e interpretación: V. *Competencia administrativa y ordinaria*  
Actos colectivos: **3.9**  
Actos colectivos: **16.3**  
Actos de la jurisdicción ordinaria: **3.2, 17.4, 63, V. Competencia administrativa y ordinaria**  
Actos del gobierno:  
    Concepto: **3, 75**  
    Indemnización: **77**  
Actos generadores de derechos: **40.6, 51.8, 100.3, 100.7**  
Actos individuales: **15.3, 16.4, 38.7, 51.3, 78.9, 100.4, 100.6, 105.11, 111.1**  
Actos legislativos: **17.4, 17.5, 75.6, 75.7, V. Ley**  
Actos multitudinarios: **87**  
Actos no reglamentarios: **40.6, 78.9, 85.8, 100.4**

Actos parlamentarios: **96**, V. *Parlamento*  
Actos quirúrgicos, médicos: V. *Medicina, Responsabilidad*

Actos reglamentarios: **15.3, 16.2, 38.8, 40, 76, 78.3, 78.4, 85, 96.10, 100.4, 111.1**

Acuerdos internacionales: V. *Convenio Internacional, Tratados internacionales*

Adjudicación: **15, 17.20, 29, 94**

Administración

Relaciones con los usuarios: **51.7, 85.9, 100.8, 106.5**

Aduanas

Colaboradores ocasionales de las: **54.2, 54.3**

Aeropuertos: **35.7**

Agentes públicos: V. *Funcionarios y agentes públicos*

Agricultura

Bosques: **35.6, 67, 68.9**

Caza: **7.5, 49.7**

Concentración parcelaria: **27.8**

Cultivos: **48.4**

Dominio privado, obras públicas: **67.6**

FORMA: **35.6**.

SAFER: **8.4, 49.11, 81**

Suelos agrícolas: **4.9, 27.4, 57**

Tierras sin cultivar: **57**

Agrupaciones (legitimación procesal): **16**

Alcalde: **9, 28, 31, 34.2, 61, 72, 91**, V. *Municipio, Policía*

Alto Tribunal de Justicia: **55.1**

Anulación: **13.3, 39, 56.7, 105**

Apariencia: **99.3, 99.6**

Apátridas: V. *Extranjeros*

Aplazamiento de ejecución: **43.5, 52.3, 83.5, 84.6, 97.9, 98.1, 98.4, 98.6**

Aplazamiento de incorporación a filas: V. *Defensa nacional*

Argelia: **73, 75, 76**

Armas: V. *Responsabilidad*

Asalariados protegidos: **81**

Asambleas parlamentarias: V. *Parlamento*  
Asignación: V. *Dominio público, Funcionarios y agentes públicos*

Asociación

agrupación de propietarios: **7, 66.1**

asociaciones de propietarios para la reconstrucción: **7.3, 66, 67.6**

Disolución: **43.4, 51.6, 51.7**

extranjera: **27.7**

interés en ejercitar la acción, legitimación procesal: **16**

Libertad de: **43.4, 84.3, 92.2**

Asociación: **41.6**

Asuntos corrientes: **27.4**

Autoridad de control: V. *Control*

Autoridad de cosa juzgada: V. *Cosa juzgada*

Autoridad de la Competencia: V. *Consejo de la competencia*

Autoridad de los Mercados Financieros: **117.1**

Autoridades administrativas: **9, 17, 45.2, 63.5, 96.8**

Autoridades administrativas independientes: **97, 117.1**

Ayudas: **8, 41.2, 41.10**

## B

Balance (control del): V. *Expropiación, Recurso por exceso de poder*

Bancos (control de los): **53.2**

Bosques: V. *Agricultura*

## C

Calificación: V. *Dominio público*

Calificación jurídica de los hechos: V. *Casación (recurso de), Recurso por exceso de poder*

Cambio de circunstancias: V. *Acto administrativo, Contrato administrativo, Imprevisión*

- Cambio en la jurisprudencia: **105.15**  
 Carné de conducir: **22.7, 34**  
 Carreteras: **35.7, 35.8, 66.8, 80.2, 80.5, 80.6**  
 Carreteras: **66.9, 80.5, 80.6, 87, 116**  
 Carta del Medio Ambiente: **108**  
 Cárteles: V. *Competencia*  
 Casación (recurso de)  
     Carácter de derecho común: **52, 55, 57.4, 76**  
     Control de los hechos: **52.6 a 52.9**  
     Cosa juzgada: **13**  
     Defecto de forma: **52.2**  
     Error de derecho: **52.5**  
     Teoría general: **52**  
     Violación de la ley: **52.5**  
 Caza: **7.5, 49.7**  
 Cementerios: **68.2**  
 Cine: **27.3, 72, 81.4, 91.5**  
 Circulación: V. *Policía, Vehículos, Vías de comunicación*  
 Circulares: **45.2, 58.6.79, 82.5, 103**  
 Circunstancias excepcionales  
     Art. 16 de la Constitución de 1958: V. *Constitución*  
     y vía de hecho: V. *Vía de hecho*  
     Estado de sitio, de urgencia: **2.1, 30.7, 32, 118**  
     Guerra: **30, 32**  
     Teoría general: **30, 32, 75.5, 76**  
 Cláusula abusiva: **15.4, 94.7**  
 Cláusula exorbitante: V. *Contrato administrativo*  
 Código  
     de circulación: **10.2, 34**  
     de comercio: **41.9, 94.1, 106.1**  
     de enjuiciamiento criminal: **26.1, 73**  
     de entrada y estancia de extranjeros: **10.2**  
     de justicia administrativa: **25.6, 26.4, 43.5, 87.2, 94.5, 98, 99.9**  
     de la defensa: **10.2**  
     de los municipios: **87.4, 91.4**  
     de organización judicial: **104.6**  
     de relaciones entre el público y la administración: **40.6, 51.7, 51.12, 85.9, 100.7, 100.8, 100.9, 106.5, 106.6, 106.9**  
     del medio ambiente: **10.2, 108**  
     deontológico: **50.5, 59, 106**  
     forestal: **10.2**  
     general de impuestos: **85**  
     general de la propiedad de las personas públicas: **68.6, 68.7, 68.8**  
     general de las colectividades territoriales: **34.2, 35.3, 43.1, 54.2, 91.4**  
     laboral: **43.7, 81, 82.13, 82.14**  
     minero: **10.2**  
     penal: **10.3, 54.8, 58.2, 91.5, 93, 118.4**  
     procesal civil: **10.4**  
     procesal penal: **4.4, 44.6, 63.9, 69.7, 73, 75.1, 99.9**  
     rural: **111.1**  
 Código civil: **1, 56.2, 69, 106.6**  
 Colaboradores ocasionales o permanentes del servicio público: V. *Responsabilidad*  
 Colegios profesionales: V. *Profesiones y colegios profesionales*  
 Comercio e industria  
     Cámara de Comercio: **37.1, 78.9**  
     Comités de organización: **49**  
     Libertad: **41, 61, 71**  
     Lonjas y mercados: **25, 68.7**  
     Monopolio: **4.1, 4.3, 41.5, 47.1**  
     Posición de dominio: **94**  
     Producción industrial, organización: **49**  
     Publicidad: **47.6, 61.6**  
 Comisario de gobierno: **99**  
 Comités de organización: **49**  
 Compatibilidad (control de): **86, 101, 107.7**  
 Competencia administrativa y ordinaria  
     Acción pública y acción civil: **44.5**  
     Actos parlamentarios: **96**

- Agentes de derecho público y de derecho privado: **35.4, 35.9, 37**
- Bloque de competencias: **84.4, 111.1**
- Colegios profesionales: **50, 59**
- Competencia: **94**
- Conexión entre competencia y fondo (principio de): **1.4, 1.8, 62.5, 69**
- Contratos: V. *Contrato administrativo*
- Criterio general de competencia: **1, 11, 19, 35, 48, 49, 50, 63, 78, 84, 94, 96**
- Estado deudor (teoría del): **1.2**
- Falta personal y falta de servicio: **2, 21, 31, 44, 62, 102**
- Fundamento constitucional: **84**
- Gestión pública y gestión privada: **1.5, 11, 19.4, 24.1, 24.6, 35.1**
- Libertad individual: **30.6, 32.2, 43.6, 59, 98.9, 98.12**
- Municipios y departamentos (litigios de los): **5, 11, 19**
- Obras públicas: **36, 66, 67**
- Organismos de economía dirigida: **49**
- Organismos privados: **48, 49**
- Poderes públicos: **1.5, 7.24, 48.4, 49.9, 50.1**
- Responsabilidad de los agentes de derecho público frente a la Administración: **2.7, 62, 102**
- Separación de poderes: **13.7, 71.7, 84**
- Servicio público (como criterio de competencia): **1, 11, 19, 24, 37.7, 48, 49, 50, 66, 67, 78**
- Servicio público de la justicia: **63, 69, 104**
- Servicios públicos industriales y comerciales: **1.5, 11.5, 19.4, 35, 37, 78**
- Valoración de validez e interpretación de los actos administrativos: **93.2, 94.1, 111**
- Vehículos (accidentes ocasionados por): **1.6, 31.6, 44, 62**
- Vía de hecho: V. *Vía de hecho*
- Competencia: **8, 35.5.41, 84, 94**
- Competencias de los agentes públicos
- Circunstancias excepcionales: **30.2 a 30.4**
- Policía: **34, 72, 91**
- Comunidad europea: **85, 86, 94.8, 94.10, 95.7, 107**
- Concejo municipal: **70, 98**
- Concurso
- Ascensos por: **39.2**
- Candidatura: **23, 27.5, 65**
- Igualdad: **46, 60.2, 65**
- Confianza legítima: **106.3, 106.4**
- Confiscación: **73, V. Prensa**
- Confiscaciones
- alemanas: **77**
- civiles (ley de 1938): **10.3, 30.5, 58.2, 58.13, 114.2**
- de mercancías: **4.4**
- de personas: **4.4, 54.1, 54.7, 58.2, 58.13, 69.1**
- de vivienda: **10.3, 14.6**
- militares: **10.2**
- Consejo Constitucional: **3.5, 3.6, 3.11, 17.4, 63.10, 71.7, 84, 86.3, 107.3, 108.2**
- Consejo de Estado: **5, 99**
- Consejo de la Competencia: **55.3, 84, 94**
- Consejo Económico y Social
- Actos: **3.2**
- Nombramiento de miembros, elegibilidad: **57.1, 65.3**
- Consejo Superior de la Magistratura: **55.2, 57.1, 57.4, 63.1, 63.3**
- Constitución
- De 1875: **30, 34**
- De 1946: Preámbulo: **46.2, 58.3, 60.7, 64.3, 65.10, 71.3, 71.7, 82, 84.2, 92.2, 95.3, 107.2, 112.5**

- De 1958  
 Art. 3: **95.9**  
 Art. 11: **95.9**  
 Art. 16: **3.4, 17.3, 30.7, 75, 76.2**  
 Art. 21: **34.3**  
 Art. 34: **61.3, 71.2, 75.7, 76.3, 108**  
 Art. 36: **30.7**  
 Art. 37: **17.3, 34.3, 57.1, 71.2**  
 Art. 38: **17.6, 57.1, 71.5, 76.2, 84.1**  
 Art. 53: **95.9**  
 Art. 55: **86, 95, 111.4, 111.5**  
 Art. 60: **95.9**  
 Art. 61: **95.6, 96.2**  
 Art. 61-1: **17.4, 71.9, 75.7, 95.6, 95.8, 107.9, 108.5**  
 Art. 74: **95**  
 Art. 76: **95**  
 Art. 88.1: **95.7, 107**  
 Art. 89: **95.9**  
 Art. 92: **17.4, 76.2, 76.3**  
 Carta del Medio Ambiente: **108**  
 Preámbulo: **58.4, 71.3, 108**  
 Del año III: art. 189: **63.1**  
 Del año III: art. 75: **2**  
 Primacía: **95, 107**  
 Constitucionalidad (control de): **101.7, 101.8, 101.9, 101.10, 107**  
 Consulta: **112**  
 Consumo: **15.4, 94.7**  
 Continuidad del servicio público: V. *Contrato administrativo, Huelga, Imprevisión, Principios generales del Derecho, Servicio público*  
 Contradicción (principio de): V. *Defensa (derechos de la)*  
 Contrato administrativo  
 Cláusula exorbitante del derecho común: **7.7, 24, 35.9, 67.2, 67.5**  
 Contencioso: **110, 114**  
 Contrato de alquiler de servicios: **37, 67.3**  
 Contrato de función pública: **37.4 a 37.9**  
 Contrato de organismos privados que gestionan un servicio: **48.6, 49.12**  
 Contrato de servicios públicos industriales y comerciales: **35.4, 35.9, 37.6, 37.7**  
 Criterio: **7.7, 11, 19.24, 67, 116**  
 Dominio privado: **24.6**  
 Dominio público: **1.8, 69.3**  
 Ecuación financiera: **20**  
 Fuerza mayor: **29.4, 29.7**  
 Hecho del príncipe: **29.3**  
 Imprevisión: **29, 40.3**  
 Interpretación: **52.9**  
 Modificación unilateral: **20**  
 Mutabilidad: **20, 40.1**  
 Régimen exorbitante: **24, 67.5**  
 Rescisión: **20.4**  
 Sanciones: **29.5, 83.3**  
 Servicio público: **11, 19, 67**  
 Validez: **110**  
 Contribuyente: **8**  
 Control de casación: **52**  
 Control: **53, 59.3**  
 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos: **13.6, 26.6, 47.13, 57.2, 59.6, 82.7, 82.10, 86.3, 86.16, 88.3, 97, 99, 101, 104.3, 107.7, 111.7, 115.8**  
 Convenio internacional: **3.8, 77, 86, 88, 95, 101**  
 Responsabilidad por el hecho de: **38.8, 77**  
 Responsabilidad por el hecho de desconocer: **38.8, 77**  
 V. *Tratados internacionales*  
 Correos (PTT)  
 Agentes: **21, 31.4, 46.2**  
 Huelga: **58.7, 58.14**  
 Sindicalistas: **64.9**

Cosa juzgada: **4.3, 13, 38, 39, 52.11, 62.5, 70.5, 76.7, 83, 87.2, 105.5**

Cosas peligrosas: V. *Responsabilidad*

Costumbre internacional: **86.17**

Cuentas

Expertos Contables, colegios profesionales: **59**

Interventores de las: **55.1, 106**

Tribunal de: **13, 97.9**

Cuestión previa de constitucionalidad: **17.4, 71.9, 75.7, 86.16, 95.8, 101.7 a 101.10, 107.9, 108.8**

Culto

Iglesias: **36, 68.9**

Libertades-; signos externos: **18, 43.4**

Ministro del Culto (acceso a la enseñanza pública): **23**

Obras públicas (iglesias): **36**

Servicio de Capellán: **45.3, 103.3**

Servicio público (no): **36.1**

## D

Daños: V. *Responsabilidad*

Decisiones explícitas, implícitas: **100.2**

Decisiones judiciales: **4.3, 38, 39, 83**

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: **23.1, 38.1, 57.3, 65.10, 65.11, 84.2, 84.3, 91.2, 95.10**

Declaración de utilidad pública: **40.6, 80**

Decreto-Ley: V. *Reglamentos y poder reglamentario*

Decretos: **17, 71**, V. *Reglamentos y poder reglamentario*

Defensa (derechos de defensa): **26, 51, 60.7, 76.4, 84.6, 112.7**

Defensa Nacional

Justicia militar: **75, 76**

Periodo de servicio militar: V. *Huelga*

Personal militar

Consejo de revisión: **9.4, 55.2**

Disciplina: **90**

Faltas: **21.3, 62**

Huelga: **58.4**

Pensiones: **6.6**

Primas: **22**

Régimen: **12.4**

Suspensión temporal: **75.10**

Requisiciones militares: V. *Requisiciones*

Responsabilidad: **21.3, 33, 62**

V. *Circunstancias excepcionales*

Delegación de poderes: **17, 76**, V. *Constitución, Ley*

Departamento

Agente de la prefectura, huelga: **58**

V. *Competencia administrativa y judicial, Policía, Responsabilidad, Tutela administrativa*

Deporte: **27.7, 48.4, 49.7, 54.5, 83.11**

Rugby: **54.5**

Depuración administrativa: **27.3**

Control del juez: **27.3, 51.2**

Inhabilitación: **55**

Responsabilidad: **53.6**

Derecho a la vida: **115**

Derecho Administrativo

Aplicación por los tribunales ordinarios: **1.8, 69**

Autonomía: **1, 69, 84**

Derecho adquirido

Actos individuales: **100.2**

Actos inexistentes: **70, 100.4**

Actos reglamentarios: **100.4**

Ejecución de las anulaciones contencioso-administrativas: **39, 105**

Fecha de creación: **100.6**

Revocación: **100.5 s.**

Derecho comunitario y Derecho de la

Unión Europea: **47.13, 51.11, 60.5, 85, 86, 94, 95.7, 95.8, 96.7, 105.9, 107, 109, 115.7**

Derecho de huelga: V. *Huelga*

Derecho de indulto: **3.2**

Derecho de propiedad: V. *Propiedad privada*

Derecho del paciente: **115**

Derecho europeo: V. *Derecho comunitario y Derecho de la Unión Europea*

Derecho no vinculante: **117**

Derecho Penal: **93**

Derechos de la defensa: V. *Defensa (derechos de la)*

Derechos Humanos: V. *Constitución, Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, Libertades*

Desestimación (decisión de): **98.4, 100.2**

Despido

de asalariados protegidos: **27.11, 81**

por causa económica: **81.13**

Desviación de poder: V. *Recurso por exceso de poder*

Desviación de procedimiento: V. *Recurso por exceso de poder*

Dictamen (del Consejo de Estado): **23.5, 71.2, 87**

Dignidad de la persona humana: **91**

Directivas (líneas directrices): **45.5, 79**

Directivas comunitarias: **85, 86.15, 107, 109**

Disciplina: V. *Defensa nacional, Funcionarios y agentes públicos, Profesiones y colegios profesionales*

Discriminación inversa: **60.5, 95.8**

Domicilio: **95.1**

Dominio privado

Competencia: **11.5**

Contratos: **24.6**

y obras públicas: **36.2, 67.7**

Dominio público

Contratos que conllevan la ocupación del: **1.8, 69.3**

Criterio: **68**

y obras públicas: **36.1**

y servicio público: **67.8, 68**

Ocupación sin derecho legítimo: **38.5**

Uso del: **61.6**

## E

Economía dirigida

Actividades económicas de las colectividades públicas: **35, 41, 84.7, 94**

Aprobación, control del juez: **79**

Desviación de poder: **4.3**

Directivas: **79**

Legislación económica, multa: **22.2**

Normativa económica, cambio: **40.3**

Organismos de economía dirigida: **49**

Responsabilidad: **47.5**

Servicios públicos económicos: **41, V. Comercio e industria**

Ecuación financiera: V. *Contrato administrativo*

Ejecución de oficio, ejecución forzosa: **10, 30.6**

Elecciones

Contencioso electoral: **3.5, 70**

Legislativas: **3.5, 3.11**

Elector: **8.4**

Empresas privadas: **93**

Empresas públicas: **78**

SNCF: **45.1, 58.7, 58.11, 68.2, 77.2, 78.9, 87.5**

Enfermos

mentales: **33.7, V. Medicina**

Enjuiciamiento

Contrariedad: **53.6**

Ejecución: **4.3, 38, 83**

Responsabilidad: **104**

Enseñanza

Exámenes: **27.7**

Laicismo: **23**

Libertad: **84.3, 92.2**

Procedimiento disciplinario: **26**

Profesor: **12.5, 84.3, 92.2**

secundaria, cátedra: **23**

superior: **23.1, 84.3**

Títulos universitarios: **12.5, 60.2**  
Error, error manifiesto: V. *Casación (recurso de)*, *Recurso por exceso de poder*  
Escuelas normales superiores: **112**  
Especialidad (del daño): **38.10, 47.9, 77.6**  
Espectáculos y juegos  
Cine: **8.5, 41.4, 47.5, 48.5, 72**  
Conciertos: **41.5**  
Festivales: **48.4**  
Fuegos artificiales: **14.4, 33.8, 54**  
Teatro: **41.4**  
Tiro de feria: **31**  
Establecimiento público  
administrativo: **35.6**  
Criterio: **7, 49.4, 66.3**  
industrial y comercial: **35.3**  
Personal, huelga: **58.11**  
Estacionamiento: **40**  
Estadio: **48.5, 68.7**  
Estado civil: **69.7**  
Estado de emergencia: **118**  
Estado ejecutivo: **22.5**  
Estado de sitio, de emergencia: V. *Circunstancias excepcionales*  
Ética: **72, 91**  
Europa: **3.9**  
Exactitud de los hechos: V. *Casación (recurso de)*, *Recurso por exceso de poder*  
Excepción de ilegalidad: **40.8, 78.9, 85.2, 111**  
Excepción de inconstitucionalidad: V. *Cuestión previa de constitucionalidad*  
Expropiación: **4.2, 4.3, 4.6, 27.4, 27.11, 38.5, 80, 113.5**  
Expulsión  
de extranjeros: V. *Extranjero*  
de ocupantes: **38, 87.4**  
Extradición: V. *Extranjeros*  
Extranjeros  
Expulsión, Extradición: **3.9, 27.7, 70.4, 82, 84.10, 92**

Familias: **82, 88**  
Pensiones: **101**  
Policía de: **27.7, 82**  
Refugiados: **82.7, 98.10**

## F

Falta: V. *Responsabilidad*  
Falta de servicio y falta personal: **21, 31, 44, 54.2, 62, 102**  
Falta penal: **44, 102**  
Familia: **82, 88**  
Favor (medidas de): **79.8**  
Fraude: **100.4**  
Fuerza mayor: **29.4, 29.7**, V. *Circunstancias excepcionales*  
Funcionarios y agentes públicos  
Acceso a la función pública: **23, 46, 65**  
Agentes de derecho público y de derecho privado: **35.4, 37**  
Antigüedad: **39.2**  
Ascensos: **39.2**  
Capacidad física: **51.2**  
Colaboradores ocasionales: **6.7, 54, 69**  
Comunicación del expediente: **26, 51**  
Concursos: V. *Concursos*  
Contractuales: **37.4 a 37.9, 67.3, 67.4**  
Contrato de servicios públicos industriales y comerciales: **35.4, 37, 78**  
Contratos de función pública: **37.4 a 37.9**  
Convenio Europeo: **97.4**  
Despido, revocación: **4.2, 42, 64**  
Disciplina: **26, 27.11, 51.2, 64**  
Efecto de las anulaciones contencioso-administrativas: **39, 42**  
Empresas privadas: **93**  
ENA: **65**  
Estatuto de 1946: **46.2, 58.3, 102.3**  
Estatuto de 1959: **46.3, 58.4, 102.3**  
Estatuto de 1983: **46.4, 64.3, 102.3**  
Estatuto de Vichy: **58.2, 102.3**  
Falta: V. *Responsabilidad*

Falta penal: **44, 102**  
 Funcionario de hecho: **30.4, 105.3**  
 Garantía de los funcionarios: **2.1**  
 Huelga: V. *Huelga*  
 Igualdad: **65, 109**  
 Igualdad de género: **46**  
 Igualdad entre funcionarios de un mismo cuerpo: **60.2**  
 Interés en ejercitar la acción: **12**  
 Laicidad: **23**  
 Legitimación para incoar acciones legales: **12, 16**  
 Libertad de opinión: **23, 64, 65**  
 Nombramiento: **39, 70.4, 100.3**  
 Obligación de reserva: **64**  
 Perjuicio: **42**  
 Puestos de trabajo a discreción del gobierno: **51.2, 64**  
 Reconstrucción de historial laboral: **39**  
 Remuneración: **22, 42, 82.14**  
 Responsabilidad: V. *Responsabilidad*  
 Sanciones: **27.11, 51, 64**  
 Traslado: **93**

## G

Gestión pública y gestión privada: V. *Competencia administrativa y ordinaria*  
 Gobierno  
     Relaciones con el Parlamento: **3.3 s.**  
     Relaciones internacionales: **3.7 s.**  
 Guerra  
     Beneficios obtenidos durante la: **55.1**  
     Daños ocasionados por la: **33.8**  
     Operaciones militares: **3.7, 33.8**  
     Poderes de: V. *Circunstancias excepcionales*

## H

Hechos (Control de los): V. *Casación (recurso de), Recurso por exceso de poder*

Hecho del príncipe: V. *Contrato administrativo*  
 Higiene: V. *Medicina, Salud Pública*  
 Huelga: **45.1, 58, 78.8, 98.10**  
     con ocupación: **38.2**  
     y servicios públicos: **58**  
 Requisiciones: **58.13**

## I

Iglesia: V. *Cultos*  
 Igualdad: **46, 60, 109**, V. *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, Dominio público, Funcionarios y agentes públicos, Principios generales del Derecho, Responsabilidad*  
 Imparcialidad: **26, 97**  
 Imprevisión: **29, 40.1**  
 Impuestos (responsabilidad): **89.7**  
 Incendio: **14.4, 54.1**  
 Independencia  
     de la jurisdicción administrativa: **84.3, 99**  
     del personal docente: **84.3**  
 Indulto: **3.2, 63.5, 75.3**  
 Inexistencia: **4.9, 70, 100.4, 102.8**  
 Infracción penal: **2.4, 44, 93**  
 Iniciativa privada: **41.3**  
 Inmigración: **82**  
 Inmuebles: V. *Trabajo público, Vía de hecho*  
 Instrucción: V. *Circulares, Directivas (líneas directrices), Jurisdicciones administrativas, Prueba*  
 Interés en ejercitar la acción: **8, 9, 12, 15, 16**  
 Interés financiero: **4.3, 4.7, 7**  
 Interés general, interés público: **4, 7.2, 13.6, 18.2, 20.3, 20.6, 24.2, 36.1, 36.2, 36.3, 38.5, 38.6, 41.2, 41.7, 47.4, 48.3, 48.4, 48.5, 56.6, 60.3, 66.2, 66.3, 66.6, 68.12, 79.7, 80, 81.7, 105.7, 110.5**  
 Interés privado: **4.2, 4.6, 7.2, 80.2**

Internamiento

- Circunstancias excepcionales: **30.6**
- Educación vigilada, fuga: **33.3 s.**
- Juez de aplicación de las penas: **63.5**
- política: **4.4**
- Prisiones, detenidos: **90**
- Prisiones, personal: **58.4**
- Psiquiátrico: **33.6**
- Servicio penitenciario: **63.5**

Interpretación

- de los tratados internacionales: **88**

Intervencionismo: V. *Economía dirigida*

**J**

Jerarquía de las autoridades: **9.3, 9.4**

Jerarquía de las normas: **71, 85, 86, 92, 95, 101, 103**

Jurisdicción (criterio): **50.3, 55**

Jurisdicción de excepción: **75, 76**

Jurisdicciones administrativas

Aplazamiento de ejecución: V. *Recurso de urgencia, Aplazamiento de ejecución*

Casación de derecho común: **55**, V. *Casación (recurso de)*

Definición y criterio: **26, 50.3, 52.1, 55, 97.5**

Independencia: **84.3**

Poderes del juez: **22.3, 57.4, 65.2 a 65.4, 83, 98, 105, 109, 110, 111, 112**, V. *Plena Jurisdicción, Recurso por exceso de poder*

Procedimiento: **26, 52.2**

Responsabilidad: **104**

Jurisdicciones disciplinarias: **26, 50.6**

Jurisdicciones militares: **75, 76**

Jurisdicciones ordinarias: **63.4**

Facultades de apreciación, de interpretación: **111**

V. *Competencia administrativa y ordinaria, Decisiones de justicia, Justi-*

*cia, Responsabilidad, Servicio público*

Jurisdicciones penales: **93.2**

Jurisprudencia de los tribunales ordinarios: **1.8, 2.5, 2.6, 2.8, 6, 8, 33.4, 33.6, 35.4, 44.4, 54.9, 58.13, 58.14, 62.3, 66.2, 69, 73.7, 74.3, 74.9, 75.2, 81.3, 82.13, 83.12, 84.9, 86.2, 86.3, 87.3, 88.7, 88.8, 93.2, 94.6, 95.4, 95.8, 97.1, 104.6, 111.6, 111.8, 113.5, 113.7**

Justicia: **63, 64, 104**

V. *Decisiones de justicia*

Justicia delegada, restringida: **5**

**L**

Lagos: **108.1**

Laicidad: **18.5, 23**

Lealtad: **110**

en las relaciones contractuales: **110.4**

Legalidad: V. *Acto administrativo, Circunstancias excepcionales, Derecho Penal, Policía, Principio generales del Derecho, Recurso por exceso de poder, Reglamentos y poder reglamentario*

Legitimación para incoar acciones legales: V. *Interés en ejercitar la acción*

Ley

Actos con valor de ley: **17.4, 75, 76**

Ámbito legislativo: V. *Constitución*

Aplicación: **17**

Daños, responsabilidad por: **38.8, 47, 77.2, 77.7**

del gobierno de Vichy: **17.4, 52.1, 57.1, 102.8**

Delegación: **17, 76.2, 76.3**. V. *Constitución, Referéndum*

Inmunidad jurisdiccional: **17.4, 75.4, 76.2, 95.6**

Intención del legislador: **47.4, 57.4, 77.3**

- Ley adoptada por referéndum: **17.4, 71.5, 76**  
 Procedimiento legislativo: **3.3, 3.4**  
 Relaciones con los tratados: **86**  
 Responsabilidad: **47**  
 Suspensión por decreto: **30**  
 Validación: **13.6, 13.7, 86.14**  
 V. *Constitución, Cuestión previa de constitucionalidad, Recurso por exceso de poder, Referéndum, Reglamentos y poder reglamentario, Retroactividad*
- Libertad establecida  
 de asociación: **43.4, 84.3, 92.2**  
 de circulación: **101.10**  
 de comercio e industria: **32.2, 41, 61, 71, 91.8, 94.7, 98.9**  
 de competencia: **41, 61.3, 94.9**  
 de conciencia, de culto: **18, 23, 60.7, 64.3, 98.11**  
 de emprender: **61.3, 98.10**  
 de enseñanza: **71.7, 84.3, 92.2**  
 de expresión: **59, 64, 72**  
 de movimiento: **32, 98.9**  
 de opinión: **59, 64, 65, 98.11**  
 de prensa: **43.4, 73**  
 de religión: **90.6**  
 de reunión: **32.1, 43, 98.10**
- Libertad fundamental: **98.10 s.**  
 Libertad individual: **30.6, 59, 84.3, 91.8, 98.10, 113, 115, V. Internamiento**  
 Libertad personal: **98.9**  
 Libertad profesional: **59, 61.3**
- Libertades  
 Censura: **72**  
 Competencia legislativa: **61.3**  
 Contencioso de los atentados contra la libertad: **30.6, 43, 72, 98.9 s.**  
 Teoría general: **43, 72, 73, 91**  
 V. *Circunstancias excepcionales*
- Licencia de obras: **27**  
 Licencia de Obras en las vías públicas:  
     V. *Dominio público*  
 Líneas directrices: V. *Directivas (líneas directrices)*  
 Lonjas y mercados: V. *Comercio e industria*  
 Lugares: V. *Monumentos y lugares*
- M**
- Magistrados: **105.11**  
 Magistrados administrativos: **12.6**  
 Magistratura: **63**  
     Acceso: **27.5, 46.2**  
     Consejo Superior de la: **55.2, 57.1, 57.4, 63.1, 63.2**  
     Nombramiento: **63.3, 100.5**  
     Obligación de reserva: **64.7, 64.8, 64.9**  
     Puntuación: **63.3**  
     Régimen: **63.3**  
      Sanciones: **27.5, 27.10, 63.3, 64.8**
- Manifestaciones: **14.2, 18.3, 18.4, 43.1, 43.4, 87**
- Medicina  
     Colegio profesional: **50.52, 55.1, 59**  
     Ética: **52.1**  
     Municipal: **8, 41.2**  
     Recurso interpuesto por un médico: **22, 69**  
     Responsabilidad: **2.4, 89**  
     Trabajo: **81.14**  
     Transfusión de sangre: **53.3**  
     Vacuna: **33.8**
- Medidas de orden interno: **12.7, 90**  
 Medidas transitorias: **106.5**  
 Medio ambiente: **108**  
 Menores  
     delincuentes: **33.3**
- Mercados: **24, 29.2, 29.9, 66.9, 95.1, 95.9**  
 Mercados financieros: **96**  
 Militares: **21.2, 31.6, 45.3, 90**  
 Ministro: **9.2, 45, 103.1**

Ministro-juez: **3.2, 5**  
 Misión del juez: **96.9, 105.6 s., 107.5, 112**  
 Modificación unilateral: **20**, V. *Contrato administrativo*  
 Modulación  
     Anulación: **2.2, 105, 110.6**  
     Sanciones por mora: **1.7**  
 Moneda: **8.4**  
 Monopolio: **4, 41.5, 47.1**, V. *Competencia*  
 Monumentos y lugares  
     Carácter, control del juez: **27**  
     históricos: **27.3, 66.5**  
 Motivación: **51.7, 52.2**  
 Motivos  
     de las decisiones jurisdiccionales: **26.7, 52.2, 52.3**  
     V. *Desviación de poder, Motivación, Poder discrecional, Recurso por exceso de poder*  
 Multa coercitiva: **60.7, 83**  
 Municipio  
     Alcalde: **9, 28, 31, 34.2, 61, 72, 91**  
     Competencia: V. *Competencia administrativa y ordinaria*  
     Concejo municipal: **70**  
     Contratos: **5, 19, 24, 29, 110**  
     Crédito municipal: **53**  
     Dominio: **68.7, 68.8**  
     Funcionarios y agentes: **4.2, 37.7**  
     Médico municipal: **8**  
     Policía: V. *Policía*  
     Responsabilidad: **31.1**  
     Servicios públicos económicos: **41**  
     Transportes: V. *Transportes*  
     Tutela: **9, 53**  
 Mutabilidad: **20, 106.7**  
     V. *Contrato administrativo*

## N

Navegación  
     Oficina Nacional de la: **35.3, 68**  
     Puertos, dominio público: **68**

Vías navegables: **38.5**  
 Nombramiento sin puesto: **4.9, 70.4**,  
     V. *Inexistencia*  
 Nueva Caledonia: **9.2, 95**

## O

Obra pública: **33.2, 35.7, 66.8, 83.10**  
 Obras en las vías públicas: **35.7, 35.8, 68.2**  
 Ocio, deportes  
     Camping: **8.6, 14.3, 41.4**  
     Carreras de caballos: **54.5**  
     Cine: V. *Cine*  
     Estadios: **68.7**  
     Fiestas locales: **54**  
     Lanzamiento de enano: **91**  
     Paseos públicos, plazas: **68.8**  
     Piscinas, playas: **14.4, 41.4, 68.8**  
     V. *Espectáculos y juegos, Deporte*  
 Opinión (libertad de): **64**  
 Oportunidad: **27.6, 28.5, 80.2, 80.6, 81.1**,  
     V. *Poder discrecional, Recurso por exceso de poder*  
 Orden conminatoria: **83, 98.7, 98.13**  
 Orden de pago: **22.5**  
 Orden público: **34, 43, 60, 61.5, 61.6, 71, 73, 91**, V. *Comercio e industria, Culto, Enjuiciamiento, Manifestaciones, Policía*  
 Ordenanzas  
     del art. 38 de la Constitución de 1958: **17.3, 71.5, 76.2, 84.1**  
     del art. 92 de la Constitución de 1958: **17.4, 76.2**  
     del CFLN y del gobierno provisional: **17.4**  
     del Presidente de la República (delegación por referéndum): **17.3, 57.4, 76**  
 Organismos colegiados: **97.9**  
 Organismos privados a los que se encomienda una misión de servicio público, y que están investidos de prerrogativa

tivas de poder público: **1.5, 7.4, 7.5, 7.6, 17.3, 48, 49, 78.8, 83.5, 98.11**  
 Organismos profesionales: V. *Profesiones y colegios profesionales*  
 Orientaciones generales: **79.8**

**P**

PACS (Pacto de Solidaridad Civil): **40.4, 46.7, 83.11, 103.5**  
 Parlamento: **96**  
     Delegación: V. *Constitución, Reglamentos y poder reglamentario*  
     Disolución: **3.11**  
     Elecciones: **3.5, 3.11**  
     Inhabilitación: **55**  
     Procedimiento legislativo: **3.3, 3.4**  
 Partido político: **43.3, 64.5, 65**  
 Pasaporte: **27.4, 113.4**  
 Paseo: **31, 68.8**  
 Peligro: V. *Responsabilidad*  
 Pensiones: **6, 96.9, 101**  
 Periódicos (confiscación): **69.7, 73, 75.9, 113.1**  
 Perjuicio: **6.5, 6.6, 12.9, 38.9, 42, 47.8, 47.9, 47.10, 53.8, 74, 77.3, 87**  
 Persona humana: **52.11, 91**  
 Personas públicas (actividad económica): **35, 41, 84.7, 94**  
 Personas públicas (relaciones): **20.7, 41.8, 116.4, 116.7**  
 Personas públicas y personas privadas: **7, 24.5, 41, 48, 49, 78, 83.3, 116**  
 Plan de salvaguarda: **8.5**  
 Pleito contencioso: **22, 83.9, 110, 114**  
 Plena jurisdicción: V. *Plena jurisdicción*  
 Poder discrecional: **23, 27, 28.5, 65, 79**  
 Poder jerárquico: **9.4, 45.2**  
 Poder público: **1.5, 7, 11.3, 48.4, 48.6, 49.9, 50, 80.2, 84, 94.6**  
 Poder reglamentario: V. *Reglamentos y poder reglamentario*  
 Poderes de guerra: **30, 32**

Poderes del juez: **22, 83, 110**, V. *Jurisdicciones administrativas*  
 Poderes excepcionales: **30, 32, 75**  
 Policía  
     administrativa: **9, 18, 34, 43, 56.5, 61, 72, 73, 91**  
     Alcalde: **9, 28, 71, 72, 91**  
     Alta: **27.7**  
     Colaboradores ocasionales de la: **6.7, 54, 69**  
     Competencia de los poderes: **9, 34, 72, 91.6 s.**  
     Control del poder de: **18, 27.4, 27.7, 43, 72, 91**  
     de la circulación: **34**, V. *Vehículos*  
     de los establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres: **4, 22.4**  
     del dominio: V. *Dominio público*  
     especial: **72, 91**  
     y competencia: **94.9**  
     general: **34, 72, 91**  
     judicial: **14.6, 63.4, 69.7, 73**  
     Límites de los poderes de: **18, 27.4, 40.2, 43, 61, 72, 73, 91**  
     Medida de  
         revocación, derogación: **40, 100.4**  
         derechos de la defensa: **51.6, 51.7**  
     Responsabilidad: **14, 31, 38, 69**  
     Titulares del poder de policía: **9, 34, 72, 91**  
 Ponente: **97.8**  
 Ponente público: **99.10**  
 Posición de dominio: V. *Competencia*  
 Preámbulo: V. *Constitución*  
 Precios  
     Bloqueo: **47.5, 106.7**  
     Contrato, indexación: **29.8**  
     Retroactividad: **56**  
     Subida de los - e imprevisión: **29**  
 Prefecto: **9**, V. *Departamento*  
 Prensa  
     AFP, director: **64.1**

- Carácter licencioso: **27.3**  
 Confiscación: **2, 4.4, 69.7, 73**  
 Prohibición: **43.4, 75.10**  
 Prerrogativas del poder público  
   Establecimiento público: **7**  
   Organismo privado: **7.4, 48.4, 48.6, 49.9**  
   V. *Competencia administrativa y ordinaria, Contrato administrativo, Poder público*  
 Presidente de la República  
   Derecho de indulto: **3.2**  
   Elección: **3.5**  
   «Poderes propios»: **34, 75**, V. *Constitución*  
   Poder reglamentario: **17, 34, 76, 85.4**  
   Recurso al referéndum: **3.6**  
 Presunción  
   de falta: **89.2**  
   de legalidad: **4.5**  
   V. *Prueba*  
 Principio de participación: **108.4**  
 Principio de precaución: **80.10, 108.7**  
 Principio de prevención y de reparación: **108.3**  
 Principio de seguridad jurídica: **106**  
 Principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República: **51.10, 71.7, 84, 92**  
 Principios generales del Derecho  
   Cambio de circunstancias: **40.5**  
   Continuidad de los servicios públicos: **58, 65.10, 71.7**  
   Derechos de la defensa: **26, 30, 51, 76, 84.6**  
   Igualdad ante los servicios públicos: **23, 38, 46, 56, 60, 65, 71.7, 82.9**  
   Imparcialidad: **97**  
   Libertad de comercio e industria: **41, 61, 71, 94.9, 98.10**  
   No retroactividad: **56**  
   Recurso de casación: **55**  
   Recurso por exceso de poder: **57**  
   Respeto de los – por los decretos y decretos-leyes promulgados en virtud de una ley de habilitación especial: **76**  
   Respeto de los – por los reglamentos dictados en virtud del art. 37 de la Constitución de 1958: **71**  
   Seguridad jurídica: **106**  
   Teoría general: **51, 56, 60, 65, 71, 76, 82, 85.5, 92.3, 92.4**  
   Vida familiar normal: **82**  
 Prisiones: **90**, V. *Servicio público*  
 Privilegio de ejecutoriedad: **98.4**  
 Procedimiento penal: **73**  
 Procedimiento: **26, 83, 87, 98, 112**, V. *Multa coercitiva, Dictamen (del Consejo de Estado), Casación (recurso de), Jurisdicciones administrativas, Prueba, Principios generales del Derecho, Recurso por exceso de poder, Recurso de urgencia, Remisión, Aplazamiento de ejecución, Urgencia*  
 Procedimientos exorbitantes: V. *Contrato administrativo, Poder público*  
 Procesiones: **18**  
 Proceso justo: **99**  
 Profesiones y colegios profesionales  
   Colegios profesionales: **50, 52, 59**  
   Defensa de los intereses profesionales: **16, 59**  
   Organismos profesionales: **49**  
   Reglamentación: **61**  
   Responsabilidad: **50.7**  
   Riesgo profesional: **6, 33.7**  
 Profesores: **12.5, 26, 27.7**  
 Propiedad privada  
   Agrupaciones de propietarios: **7, 16.3**  
   Expropiación: **4.2, 4.6, 27.4, 80**  
   Menoscabo de la: **70.3, 84.3, 98.9, 113.5**  
   Pillajes: **31.4, 33.7**  
   V. *Trabajo público, Vía de hecho*

Prostitución: **32**  
 Protección de los funcionarios: **2.1, 2.7, 102.1**  
 Protectorado: **38**  
 Prueba: **28.4, 65, 109.12**  
 Pruebas nucleares: **3.7**  
 Publicidad de los actos: **117.9**  
 Publicidad de los debates: **26.4,**  
 Puertos: V. *Navegación*

## Q

Quebranto (en las condiciones de existencia): **74**

## R

Radiodifusión y televisión  
 Radiodifusión, interferencia: **3.7**  
 Orquesta Nacional: **41.5**  
 Requisiciones: **77**  
 Utilización, igualdad: **60**  
 RTF y ORTF, huelga: **58.4, 58.6, 58.8**  
 Ratificación  
 de los decretos legislativos: **17.3**  
 de los tratados: **3.8, 86.6, 95.6**  
 Reconocimiento de los derechos: **16.9**  
 Reconstrucción: **7.3, 66**  
 Reconstrucción de historial laboral: **39**  
 Recurso cautelar: **83.3**  
 Recurso de amparo-libertad: **43.5, 86.13, 98.8, 115**  
 Recurso de amparo-suspensión: **52.3, 98.3 a 98.13, 106.10**  
 Recurso de casación: V. *Casación (recurso de)*  
 Recurso de plena jurisdicción: **22, 83.9**  
 Recurso de urgencia: **13.4, 86.13, 98, 115**  
 Recurso pecuniario: **22**  
 Recurso por exceso de poder  
 Actos susceptibles de: **3, 17, 49, 75, 76, 79, 90, 103**

Análisis de costes y beneficios: **80, 81**  
 Calificación jurídica de los hechos: **27, 43.4, 65.7, 72, 80, 81**  
 Carácter de derecho común: **55.4, 57, 75, 76, 96.8**  
 Consecuencias: **39, 83, 106**  
 Control de los motivos: **4.8, 27, 28, 43, 72, 80, 81**  
 Control mínimo: **27.7, 28.3, 65.2**  
 Defecto de forma o de procedimiento: **30.5, 112**  
 Definición y ámbito: **22, 25**  
 Desviación de poder: **4, 23.2, 28.3, 65.2**  
 Desviación de procedimiento: **4.4, 73**  
 Efecto de las anulaciones contencioso-administrativas: **39, 42, 83, 105**  
 Error de derecho: **4.8, 4.9, 23.2, 28.3, 65.2, 81.8**  
 Error de hecho: **23.2, 28, 65.2**  
 Error manifiesto: **4.9, 23.2, 27.8, 28.3, 28.5**  
 Incompetencia: **30.2, 30.3, 30.4**  
 Interés en ejercitar la acción: **8, 9, 12, 13, 15, 16, 85.6**  
 Modulación: **105**  
 Oportunidad: **27, 28, 80.6**  
 Oposición de terceros: **4, 8, 25**  
 Plazo: **22.9, 40.1, 85.3, 85.6**  
 Poder de apreciación del juez: **27, 28, 43.4, 65, 80**  
 Recurso paralelo: **3.6, 22**  
 Violación de la ley: **4.8, 13.3, 77.2**  
 Violación de un tratado internacional: **3.8, 77.2, 86**  
 Referéndum  
 Aplicación de la ley adoptada por referéndum: **76**  
 Control de la legalidad de las operaciones: **3.6, 3.11, 95.9**  
 Organización: **3.4, 3.6, 8.4, 95**  
 Refugiados: V. *Extranjeros*

- Régimen exorbitante: **24, 24.3**, V. *Contrato administrativo*
- Registros: **14.4, 118**
- Reglamento interno: **43.7, 50.5**
- Reglamento y Ley al amparo de la Constitución de 1958: **71**
- Reglamentos comunitarios: **86.15**
- Reglamentos de administración pública: **17**
- Reglamentos y poder reglamentario
- Cambio de circunstancias: **40, 85**
  - Circulares reglamentarias: **45.2, 59.6, 82.5, 103**
  - de los colegios profesionales: **50.5, 59**
  - de los ministros: **45, 79**
  - de los organismos de economía dirigida: **49.7**
  - Decretos coloniales: **17.3, 47.3, 71**
  - Decretos-Leyes y Decretos promulgados al amparo de una habilitación especial **17.3, 47.3, 76.2**
  - del jefe de Estado: **17, 30, 34, 75.8, 76**
  - del jefe de gobierno: **17, 34, 58, 71**
  - Derogación: **40.6, 85, 100.6**
  - Distinción entre reglamentos y actos individuales: **16.2, 16.4, 40.6, 75.8, 75.9, 78, 85.6, 85.7**
  - Efectos: **100.4**
  - Responsabilidad por el hecho de los reglamentos: **38.7, 47.3**
  - Revocación: **100.6**
  - Valoración de la validez e interpretación: V. *Competencia administrativa y ordinaria*  
V. *Constitución, Decretos-Leyes*
- Regulación: **117**
- Regularización: **56.7, 110.3**
- Relaciones de derecho privado: **11.5, 69.3**
- Relaciones de derecho público: **62.5, 62.6, 69.3**
- Relaciones internacionales: **3.7 s.**, V. *Relaciones internacionales*
- Relaciones internacionales: **3.7, 3.8, 3.9**  
V. *Convenio Internacional, Tratados internacionales*
- Remisión: **7, 88, 107, 111**
- Representantes del personal: V. *Despido*
- Rescisión: **20.4 s., 24.2, 29.6, 29.8, 110**,  
V. *Contrato administrativo*
- Rescrit* (dictamen anticipado): **117.8**
- Reserva (obligación de): **64**
- Respeto de los bienes: **13.6**
- Respeto de la dignidad: **91**
- Responsabilidad
- Competencia: V. *Competencia administrativa y ordinaria*
  - Falta personal y falta de servicio: **2, 21, 31, 44, 62, 102**
  - Acumulación: **21, 31, 62, 102**
  - Reparto de la responsabilidad entre la colectividad pública y su agente: **2, 62, 102**
  - Perjuicio indemnizable: **42, 47.8 s., 74, 87**
  - Responsabilidad de los agentes públicos frente a las colectividades públicas: **2.7, 62**  
frente a terceros: **2, 31, 44, 102**
  - Responsabilidad de los colegios profesionales: **50.7**
  - Responsabilidad del poder público
  - Igualdad ante las cargas públicas: **6.7, 14.5, 38, 47, 77, 118.7**
  - Abstención de las autoridades de policía: **14.2, 38.2**
  - Adopción de decisiones administrativas: **38.7**
  - Convenios internacionales: **38.8, 47.13, 77**
  - Ley: **38.6, 47**
  - No ejecución de las decisiones de la justicia: **38**
  - No ejecución de una decisión administrativa: **38.6**

- Reglamento: **47.3**  
 Falta: **38.2, 89**  
 Control: **53, 89.6**  
 grave: **2.4, 14, 53, 63.9, 69.7, 89, 104.3, 104.6, 118.7**  
 penal: **44, 102**  
 Policía: **14, 38, 118.7**  
 Servicios fiscales: **89.7**  
 Servicios hospitalarios: **89**  
 Servicios judiciales: **63.9, 69, 89.7**  
 Tutela: **53, 89.6**  
 Vehículos administrativos: V. *Vehículos*  
 Principios: **1**  
 Reparación: **42, 74**  
 Riesgo  
     Actividades peligrosas: **6, 33.3**  
     Actos multitudinarios: **87**  
     Armas peligrosas: **6.7, 14.5, 33.2**  
     Colaboradores de los servicios públicos: **6, 54, 69**  
     Cosas peligrosas: **33.2**  
     Medicina: **6.7, 89**  
     Obras públicas: **6.7, 33.2**  
     Riesgo social: **33.8**  
     Situaciones peligrosas: **33.7**  
     Teoría general: **6, 33, 54**  
 Responsabilidad derivada de los convenios internacionales: **38.8, 47.13, 77**  
 Responsabilidad por el hecho de la justicia: **69, 104**  
 Responsabilidad por el hecho de las leyes: **38.8, 47**  
 Responsabilidad por el hecho de los servicios de control: **53**  
 Responsabilidad por el hecho de los servicios judiciales: **63.9, 69, 89.7, 104.6**  
 Responsabilidad por el hecho de los servicios médicos: **89**  
 Responsabilidad por el hecho la policía: **14**  
 Retroactividad: **39, 56, 71.5, 71.6, 100, 105, 106.2**  
 Reunión (libertad de): **32, 43**  
 Revocación: **51.8, 70.6, 85.7, 100**  
 Riesgo: V. *Responsabilidad*
- S**
- SAFER: **8.4, 49.11, 52.7, 81**  
 Sanciones: **10.2, 10.3, 27.3, 27.9, 27.10, 27.11, 50.6, 51, 52.7, 56.6, 63.3, 64, 90, 97.3, 97.4, 100.6**  
 Sanidad pública  
     Centros de lucha contra el cáncer: **7.5, 48.4**  
     Epidemias, contagio: **33.7**  
     Perreras: **19**  
     Productos, Medicamentos terapéuticos: **27.7**  
     Protección: **98.11**  
     Servicios sanitarios municipales: **8, 41.4**  
     Servicios sanitarios, responsabilidad: **2.3, 2.4, 33.7, 89**  
     Vacunas: **33.8**  
     V. *Medicina, Transfusión de sangre*  
 Secreto: **65.4, 65.5**  
 Sector público: **93.8**  
 Seguridad jurídica: **56.1, 56.7, 60.7, 106, 114.1**  
 Seguridad social  
     Cajas de la: **48**  
     Invalidez, accidente laboral: **6**  
     Seguros: **48**  
 Seguros: **35.2, 35.8**  
     Oficina Superior de: **55.1**, V. *Seguridad social*  
 Separación de poderes: **71.7, 76.7, 84**, V. *Competencia administrativa y ordinaria*

Separación entre autoridades administrativas y ordinarias: V. *Competencia administrativa y ordinaria*

Servicio (organización del): **45.3**

Servicio Nacional: **6.3**

Servicio público:

administrativo: **35.6, 35.7, 35.8, 37.9**

Colaboradores de los servicios públicos: **6, 54, 69**

Como criterio de competencia: **1, 11, 19, 35.6, 48, 49, 94**, V. *Competencia administrativa y ordinaria*

Concepto, criterio: **11, 48, 49, 50, 54.2, 67, 78**

Continuidad: **58**

Contrato: **11, 19, 24, 67**

Dominio: **68**

económico: **49**

hospitalario: **2.4, 12.5, 89**

Huelga: **58**

industrial y comercial

Agentes: **35.4, 35.9, 37, 58.11**

Contratos: **24.7, 35.4, 35.9**

Creación: **41**

Régimen: **1.5, 35.4, 69.3, 78**

Responsabilidad: **35.9**

Teoría general, criterios, definición: **35**

Obras: **66.4**

Usuarios: **15, 35.4**

Organización: **78.3, 78.4, 78.5**

Servicios judiciales: **63, 69, 104.6**

Servicios legislativos: **96**

social: **35.3**

Usuarios del: **15, 33.8, 35.4, 54.5, 60.6**

y competencia: **41, 94**

y dominio público: **68**

y personas privadas: **7, 48, 49**

y trabajo público: **36, 66, 67**

Servicios penitenciarios: **89.6, 90**

Sida: V. *Transfusión de sangre*

Símbolos religiosos: **23.4 s.**

Sindicatos

Función sindical: **64.8, 64.9, 81.7, 81.14**

Legitimación para incoar acciones legales: **12, 16**

Representatividad: **27.3, 27.9**

Siniestros

Incendio: **14.4, 54.2, 54.4, 54.6, V. Guerra**

Subvenciones

para el culto: **18.5**

para la enseñanza privada: **45.3, 103.3**

para las agrupaciones de municipios: **60.3**

para una empresa: **41.2**

Solicitud de: **45.3, 79**

Sufrimientos: **74**

Sustitución: **52.11**

Poder de: **9.3**

Suspensión: V. *Recurso de urgencia o de amparo*

## T

Tarifas: **20.3, 56, 60.6, 78.9, 94.7**

Televisión: **15.4, 78.3**

Terceros: **6.7, 12.9, 33.3, 33.7, 35.4, 114**

Oposición de terceros: **4.6, 25**

Trabajo

Accidente de: **6**

Trabajo público

Concepto: **36, 66, 67**

Daños: **33.2, 35.4, 35.9, 36, 44.6**

Ejecución defectuosa: **44.6**

Imprevisión: **29.1**

Tradición republicana: **71.2**

Transbordadores: **35**

Transfusiones de sangre: **52.5, 54.3, 89.2**

Transitorias (medidas): **106**

Transportes

aéreos

Air France: **78**

Personal: **78**  
 ferroviarios: **17, 20, 58.2**  
 SNCF: **45.1, 58.7, 77.2, 78.9, 87.1**  
 fluviales: V. *Navegación*  
 urbanos: **20**  
 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea  
 Europea  
 Art. 101: **94.8**  
 Art. 102: **94.8**  
 Art. 106-2: **41.10**  
 Art. 107: **41.10**  
 Art. 107-1: **41.10**  
 Art. 157: **46.6**  
 Art. 267: **111.7**  
 Art. 288: **109.2**  
 Tratado de la Unión Europea  
 Art. 6: **107.3**  
 Tratados internacionales: **3.7 s., 57.2, 77, 86, 88, 92, 95**  
 Interpretación: **88**  
 Tribunal: **97.5**  
 Tribunal de Cuentas: **13, 26.6, 97.4, 97.9**  
 Tribunal de Justicia de la Unión Europea: **59.4, 95.8, 107**  
 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: **38.5, 46.6, 57.2, 71.8, 86.1, 86.15, 88.4, 91.2, 96.7, 99.4, 104.5, 105.4, 107.6**  
 Tribunal de Seguridad del Estado: **76.6**  
 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: **13.6, 23.6, 26.6, 38.4, 59.6, 83.12, 88.3, 88.5, 91.2, 95.5, 97, 99, 101.3**  
 Tribunal Internacional de Justicia: **3.7, 95.2**  
 Tribunal militar: **75, 76**  
 Tribunal Militar de Justicia: **57.4, 76**  
 Tributación  
 Circunstancias excepcionales: **30.4**  
 Contribuyente: V. *Recurso por exceso de poder*  
 Igualdad tributaria: **60.2**

Recaudador, desvío: **21.3, 53.7**  
 Responsabilidad: **89.6**  
 Textos de legislación fiscal, no retroactividad: **56.3**  
 Tutela administrativa: **9, 53, 56.7, 89.6**  
 TVA: **85**

## U

Urbanismo: **4.2, 8.5, 27, 80**  
 Urgencia: **10.2, 30, 54.8, 82.10, 97.9**  
 Procedimiento de: **98**, V. *Circunstancias excepcionales, Estado de urgencia, Ejecución de oficio, ejecución forzosa*  
 Usuarios de los servicios públicos: **8.5, 15, 33.2, 33.8, 35.4, 45.3, 60.2, 60.6, 78.9**  
 Utilidad pública: **4.2, 80**, V. *Interés general, interés público*

## V

Vacunas: **33.8, 45.3, 45.4**  
 Validaciones: **13.6, 13.7, 47.13, 56.6, 57.1, 71.5, 76.7, 86.16, 105.14**  
 Valoración de legalidad por los tribunales ordinarios: **111**  
 Vecindad: **33.1, 33.3**  
 Vehículos  
 Accidente: **1.6, 35.5, 35.6, 62**  
 Circulación: **34, 40**  
 Conducción de: **34**  
 Concepto de – en el sentido de la ley de 1957: **1.6, 35.8**  
 Estacionamiento: **40**  
 Responsabilidad: **1.6, 35.5, 35.6, 62**  
 Vía de hecho: **10, 98.12, 113**  
 e inexistencia: **70.3**  
 Teoría general: **113**  
 y circunstancias excepcionales: **30.6**  
 y ejecución forzosa: **10.2, 10.4**

■ JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

y falta de servicio: **2.4, 2.6**  
y responsabilidad: **2.4, 73.6**  
Vías de comunicación: **33.2, 35.7, 35.8,**  
**66.9, 80, 80.1, 80.2**  
Vías de ejecución: **10, 83.12**  
Vichy: **102**  
Vida (Respeto de la): **98.9, 115**  
Vida familiar: **82, 98.9**

Vivienda  
Construcción: **66**  
Expulsión: **38.2, 47.9, 98.12**  
Licencia de obras: **27**  
Mejora de la vivienda: **79**  
Requisiciones militares. V. *Requisi-*  
*ciones*  
Vivienda protegida: **37.9, 66.3, 83.3**

## ÍNDICE DE SENTENCIAS

*Las sentencias que se reproducen y comentan en esta recopilación aparecen seguidas de un asterisco; su numeración se indica en negrita y redondo sin negrita. En el caso de las sentencias que se citan en los comentarios, el primer número coincide con el número de la sentencia, el segundo con el número que aparece en el margen en los comentarios*

### JURISDICCIONES ADMINISTRATIVAS Y TRIBUNAL DE CONFLICTOS

20 oct. 1950 (CE): **24.2**  
11 juill. 1955 (TA Nice): **72.1**  
28 déc. 2009 (CE): **20.7**  
21 mars 2011 (CE): **20.7**  
13 nov. 2013 (CE): **27.11**  
16 juin 2016 (CAA Nancy): **115.12**  
3 janv. 2017 (CAA Bordeaux): **74.8**  
7 fév. 2017 (TA Paris): **47.14**

### A

A. (consorts) c. Commune de Grésy-sur-Isère (TC): **36.2**  
Abadie (CE): **35.7**  
Abarchich (CE): **82.6**  
Abbé Belloncle (CE): **74.2**  
Abbé Bouchon (CE): **10.3, 10.4**  
Abbé Bouteyre\* (CE): **23, 65.2**  
Abbé Coiffier (CE): **40.2**  
Abbé Déliard (CE): **8.1**  
Abbé Marzy (CE): **18.2**

Abbé Olivier\* (CE): **4.5, 18, 30.1, 40.2, 43.4, 98.8**  
Abdoulhousen et autres (CE): **71.2**  
Abellan (CE): **81.12**  
Abihilali (CE): **87.3**  
Abisset (CE): **8.6**  
Ablyazov (CE): **4.8, 92.7**  
Abolivier et autres (CE): **47.8**  
Abraham (CE): **80.13**  
Achart (pelle) (CE): **27.8**  
Action française (TC): **2.4, 2.6, 10.2, 10.5, 62.2, 70.3, 73.2, 113.1**  
Adam (1974) (CE): **80.6, 100.2, 100.9**  
Adam (2001) (CE): **4.5**  
Administration générale de l'Assistance publique á Paris c. Consorts Leone (CE): **89.2**  
Aéroports de Paris (TC): **84.8, 94.6**  
Affortit (CE): **37.1, 37.8, 67.3**  
Agamenon (CE): **90.7**  
Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail et autre (CE): **25.3**

- Agence nationale pour la participation des employeurs á l'effort de construction (CE): **83.4**
- Agence nationale pour l'emploi (CE): **60.7**
- Aggoun (CE): **86.6**
- Agnesi (Dame Vve) (CE): **15.3, 78.9**
- AGRIF (CE): **45.3**
- Aguillon (Mme) (CE): **58.13, 98.9**
- Agyepong (Mme) (CE): **82.7**
- Ah Won (CE): **40.5, 40.8**
- Aillières\* (d') (CE): **50.3, 52.1, 52.2, 55, 57.4**
- Aïn-Lhout (CE): **97.9**
- Al Joujo (CE): **82.12**
- Alberigo (CE): **113.6**
- Alberti Scott (Mme) c. Commune de Tournefort (TC): **35.3**
- Albina (CE): **82.10**
- Aldebert (CE): **14.5, 38.7**
- Aldige (Melle) (CE): **46.4**
- Alexis et Wolff (TC): **30.6**
- Ali (CE): **82.11**
- Allain (1989) (CE): **3.4**
- Allain (1992) (CE): **3.3**
- Allegretto (CE): **49.8, 51.3**
- Allenbach (CE): **86.8**
- Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) et SARL Les producteurs de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala (CE): **43.5**
- Allouache (Mme) et autres (CE): **118.2**
- Almayrac (M) et autres (CE): **77.4, 77.6**
- Alsace Nature et autres (CE): **109.11**
- Amato (d') (CE): **46.6**
- Ambrosini (CE): **33.1**
- Améon (CE): **14.4, 53.3, 118.7**
- Amicale des Annamites de Paris (CE): **84.3, 92.2**
- Amoros (CE) v. Ministre d'État chargé des affaires sociales c. Amoros
- Ancey (CE): **89.4**
- Andrade (CE): **12.8**
- Andréani et Desfont (CE): **30.6**
- Andriamisera (CE): **30.7, 75.5**
- Anduran (CE): **10.4**
- Anguet\* (CE): **2.7, 21, 31.2, 31.4, 54.9, 62.2, 62.11, 102.4, 102.6**
- Ansar (CE): **60.2**
- Anschling (CE): **56.7, 85.2**
- Antoine Courrière (CE): **11.6**
- Appert-Collin (CE): **54.7**
- Aquarone (CE): **86.17, 95.3**
- Aragon (CE): **54.3, 69.7**
- Aramu (CE): **27.3, 51.2, 60.1, 106.3**
- Arbousset (Delle) (CE): **26.6, 97.6**
- Arcival et autres c. SAFALT (TC): **49.11**
- Arfi (1950) (CE): **39.2**
- Arnaud (CE): **79.2, 79.3**
- Arnoux (TC): **44.3, 44.3**
- Arriat c. Commune de Nevers (TC): **113.1**
- Arrighi (CE): **17.4, 86.2, 96.2**
- Asaro (CE): **7.2**
- Asope (CE): **47.6**
- Assemblée de Polynésie française (CE): **65.11**
- Assemblée des présidents des conseils généraux de France (CE): **56.7**
- Assemblée nationale (CE): **96.5**
- Assistance publique - Hôpitaux de Marseille (CE): **100.4, 100.6, 115.12**
- Assistance publique - Hôpitaux de Paris (CE): **27.11, 89.4, 117.3**
- Assistance publique - Hôpitaux de Paris c. Mme Marzouk (CE): **89.4**
- Association AC ! et autres\* (CE): **39.7, 70.6, 105, 106.2, 106.11, 107.8, 110.6, 112.9, 116.1**
- Association Aides et autres (CE): **16.2**
- Association Alliance pour les droits de la vie (CE): **98.5**

- Association Après Mines Moselle Est (CE): **108.7**
- Association Ban Asbestos et autres (CE): **108.7**
- Association Ban Asbestos France et association Greenpeace France (CE): **98.5**
- Association Ban Public (CE): **45.3**
- Association Bretagne Europe (CE): **28.5**
- Association «Butte Paillade 91» et Morgavi (CE): **27.3**
- Association «Choisir la vie» (CE): **45.4**
- Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes (CE): **80.13**
- Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne (CE): **80.12**
- Association «Convention vie et nature pour une écologie radicale» et Association pour la protection des animaux sauvages (CE): **13.3**
- Association coordination interrégionale stop THT et autres (CE): **80.10, 108.7**
- Association culturelle des Israélites nord-africains de Paris (CE): **34.2**
- Association culturelle des témoins de Jéhovah de France (TA Paris): **43.5**
- Association culturelle et culturelle Nice La Plaine c. Ville de Nice (CE): **98.10**
- Association de défense des agents publics (CE): **16.8**
- Association de défense des intérêts des étudiants de l'Université de Paris XIII (CE): **13.6**
- Association de défense des riverains de l'Aéroport de Deauville-Saint-Gatien (CE): **80.15**
- Association «Défense des intérêts des lecteurs de la Bibliothèque nationale» (CE): **15.3**
- Association départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône (CE): **1.5, 49.12**
- Association des amis de l'abbaye de Fontevraud (CE): **80.13**
- Association des amis de l'île de Groix (CE): **26.3**
- Association des amis des intermittents et précaires et autres (CE): **105.6**
- Association des anciens élèves de l'ENA (CE): **117.3**
- Association des combattants de la paix et de la liberté (CE): **43.4**
- Association des concerts Colonne et autres (CE): **41.5**
- Association des consommateurs de la Fontaulière (CE): **16.8**
- Association des contribuables repentis (CE): **8.6**
- Association des délégués et auditeurs du Conservatoire national des arts et métiers (CE): **15.2**
- Association des élèves de l'École nationale d'administration (CE): **56.7**
- Association des élus pour la défense du Cévenol et de la ligne Paris - Clermont-Ferrand - Nîmes (CE): **15.4**
- Association des employés civils du ministère des colonies (CE): **16.5**
- Association des fonctionnaires de la marine (CE): **39.3**
- Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes (CE): **16.5, 105.3**
- Association des habitants du littoral du Morbihan (CE): **52.3**
- Association des hôpitaux privés sans but lucratif (CE): **105.14**
- Association des instituts spécialisés de l'ouest et École technique Saint-Joseph (CE): **55.3**

- Association des magistrats de la Cour des comptes (CE): **4.9**
- Association des maires de France (CE): **60.2**
- Association des pêcheurs aux filets et engins. Garonne, Isle et Dordogne maritimes (CE): **61.3**
- Association des présidents de chambre régionale des comptes (CE): **12.8**
- Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques (CE): **56.7**
- Association des riverains de l'autoroute A 12 (CE): **80.8**
- Association des riverains de l'Herrengrie (CE): **26.3**
- Association des topographes géomètres et techniciens d'études (CE): **97.10**
- Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (CE): **48.4, 67.8**
- Association du quartier des Hauts de Choiseul (CE): **108.7**
- Association «Eau et rivières de Bretagne» (CE): **108.2**
- Association Ekin (CE): **27.10, 101.4**
- Association Enbata (CE): **43.4**
- Association «Envie de rêver» (CE): **43.4**
- Association Études et consommation CFDT (1987) (CE): **15.4**
- Association Études et consommation CFDT (1989) (CE): **35.9, 78.8, 78.9**
- Association Études et consommation CFDT du Languedoc. Roussillon (CE): **114.8**
- Association Eurolat, Crédit foncier de France (CE): **20.4, 67.4, 67.4, 110.2**
- Association Euskal Konfederazioa (CE): **78.3**
- Association française contre les myopathies (CE): **105.9**
- Association française des entreprises privées (AFED) (CE): **103.8**
- Association France Environnement (2011) (CE): **34.3**
- Association France Nature Environnement (2001) (CE): **109.9**
- Association France Nature Environnement (2006) (CE): **17.8**
- Association France Nature environnement (12 janv. 2009) (CE): **108.6**
- Association France Nature Environnement et autres (23 avr. 2009) (CE): **22.7, 108.7**
- Association France Nature Environnement (2015) (CE): **105.13**
- Association France Nature Environnement (2016) (CE): **105.13**
- Association franco-russe dite Rousky-Dom (CE): **27.7**
- Association Garches est à vous (CAA Versailles): **83.12**
- Association générale des administrateurs civils (CE): **12.8**
- Association «Girondins de Bordeaux Football club» (CE): **48.4, 49.7**
- Association Greenpeace France (CE): **3.7**
- Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de SainteCroix, des lacs et sites du Verdon (CE): **80.12**
- Association internationale pour la conscience de Krisna (CE): **18.3**
- Association laïque pour l'éducation et la formation professionnelle des adolescents (CE): **81.14**
- Association «Les amis de la terre» (CE): **83.10, 110.2**
- Association «Les Verts» (CE): **3.7, 40.6, 85.8**
- Association «Libérez Les Mademoiselles» (CE): **45.3**
- Association Liberté, Information, Santé (CE): **45.3, 45.4**

- Association «Ligue des Droits de l'Homme» (CE): **16.2**
- Association lyonnaise de protection des locataires (CE): **83.10**
- Association maison des jeunes et de la culture Boris Vian (TC): **113.5**
- Association «Mieux vivre à Béziers et son agglomération, tourisme et loisirs» (TC): **68.6**
- Association musulmane El Fath (CE): **98.13**
- Association nationale de la meunerie (CE): **49.7, 49.8**
- Association nationale des usagers de l'électricité (CE): **8.5**
- Association nationale pour la formation professionnelle des adultes c. Mme Vve Arend (TC): **24.5**
- Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) (2016) (CE): **106.11, 117.3**
- Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) (2017) (CE): **105.13**
- Association Nonant environnement (CE): **25.4**
- Association pour la défense et l'aménagement d'Auxerre (CE): **27.3**
- Association pour la prévention de la corruption et pour l'éthique en politique (Anticor) (CE): **70.2**
- Association pour la promotion de l'image et autres (CE): **27.10, 41.7**
- Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre (CE): **47.6**
- Association pour une formation médicale indépendante (CE): **65.3**
- Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP) (CE): **117.6**
- Association professionnelle des banques (CE): **56.6**
- Association «Promouvoir» (2002) (CE): **72.10**
- Association «Promouvoir» (2004) (CE): **72.10**
- Association «Promouvoir» (2015) (CE): **72.10**
- Association Promouvoir (CAA Paris): **72.11**
- Association Promouvoir, Association Action pour la dignité humaine (2009) (CE): **72.10**
- Association Promouvoir, Association Action pour la dignité humaine (2012) (CE): **72.10**
- Association Promouvoir, M. et Mme Mazaudier (CE): **27.3, 72.9, 91.5**
- Association Saint Pie V et Saint Pie X de l'Orléanais (CE): **68.9**
- Association «Sauvons l'Université !» et autres (CE): **82.9**
- Association Secours mondial de France (CE): **3.9**
- Association SOS Racisme (CE): **60.5**
- Association SOS Racisme-Touche pas à mon pote (CE): **82.9**
- Association SOS Rivières et environnement (CE): **80.12**
- Association «SOS Tout petits» (CE): **18.4**
- Association syndicale du canal de Gignac\* (TC): **7, 48.3, 49.4, 67.8**
- Association syndicale du canal de la Gervonde (CE): **7.2**
- Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe (CE): **50.2, 59.4**
- Association «Un Sysiphe» (CE): **103.2, 103.7**
- Association Unimate 65 (CE): **80.13**
- Association Vent de Colère!, Fédération nationale et autres (CE): **105.13**

- Assurances générales de France (CE): **87.5**
- Astudillo Calleja (CE): **3.9, 27.3, 92.6**
- Attane (CE): **37.1**
- Aubert (CAA Paris): **96.10**
- Aublant (CE): **42.5**
- Augé (CE): **42.2**
- Aubry (Dame veuve) (CE): **74.9**
- Aurran (CE): **29.3**
- Automobile Club de Monaco (CE): **49.12**
- Automobile club des avocats et autres (CE): **34.4**
- Auvray (CE): **30.5**
- Avezard (CE): **40.8, 85.2**
- Avranches et Desmarests (TC): **93.2**
- Aykan (CE) **82.7**
- B**
- B (M.) et Lemaître (Mme) (CE): **74.6**
- B (Mme) (CE): **98.10**
- Ba (Mme) (CE): **3.4**
- Babas (Mme) (CE): **27.7, 82.10**
- Bac d'Eloka\* (TC) v. Société commerciale de l'Ouest africain
- Bachimont (CE): **66.5**
- Baey (CE): **14.4, 83.9, 91.6**
- Bagot (CE): **53.8**
- Balzano (Melle) (CE): **55.2**
- Banque de France c. Huberschwiller (CE Sect.): **65.4**
- Barbaran (TC): **3.10, 75.3**
- Barbaza (Dame Vve) (CE): **35.9**
- Barbey (Dame) (CE): **83.4**
- Barbier (CE): **39.2**
- Barbier\* (Époux) (TC) v. Compagnie Air France c. Époux Barbier\*
- Barbotin (Mme) (CE): **50.6**
- Barbou (TC): **1.6, 35.8**
- Barel\* (CE): **3.2, 4.5, 4.9, 23.2, 28.4, 60.7, 64.2, 64.3, 65, 73.8, 83.6, 98.8, 98.11**
- Barinstein (TC): **10.3, 111.1**
- Barre et Honnet (CE): **60.7, 82.2**
- Bartolomei (CE): **8.5**
- Baud (Consorts) (CE): **63.4, 69.6**
- Baudelet de Livois et autres (CE): **83.10**
- Baudet (Melle) (CE): **46.5, 78.9**
- Baudin (Dame) (CE): **50.6**
- Baudrand (Dame) (CE): **42.6**
- Bauhain (CE): **63.3**
- Baumann (CE): **25.3**
- Baumet (CE): **13.5**
- Baumgarth (CE): **81.14**
- Baynast (de) (CE): **3.7**
- Bayo (de) (CE): **50.2, 50.3, 52.1, 55.2, 97.5, 104.1**
- Bayret (Mme) (CE): **40.6**
- Baysse (Mme) (CE): **97.6**
- Bazin (CE): **74.6**
- Beaufort (CE): **60.2**
- Beaugé (CE): **91.5, 91.7**
- Beaumont (CE): **63.5**
- Beausoleil et Mme Richard (CE): **26.4, 97.3**
- Bech (CE): **26.5**
- Bechu (Dame) (CE): **78.7**
- Bedoian c. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (TC): **63.4**
- Beha (CE): **43.2**
- Belasri (CE): **82.10**
- Belgacem (CE): **27.7, 82.10**
- Béligaud (M. et Mme) (CE): **66.8**
- Bellanger (2006) (CE): **12.9**
- Bellanger (Consorts)(2010) (CE): **12.9**
- Ben Abbes (CE): **118.1**
- Ben Abdallah (Melle) (CAA Lyon): **23.4**
- Ben Abdulaziz Al Saoud (CE): **4.2**
- Benjamin\* (CE): **27.4, 27.9, 40.2, 41.3, 43, 43.5, 61.1, 61.5, 72.3, 73.2, 91.8, 98.8**
- Benne (CE): **53.9**
- Bénouville (de) (CE): **72.8**
- Bereciartua-Echarri (CE): **92.3, 92.6**

- Berge (CE): **25.3**  
 Bergeon (CE): **8.1**  
 Bergoend c. Soc. ERDF Annecy Léman\* (TC): **2.6, 70.3, 73.2, 98.12, 98.13, 113**  
 Berkani (TC): **37.8**  
 Bernabé et autres (CE): **47.15**  
 Bernadas (Dame Vve) c. Buisson (TC): **2.3**  
 Bernadet (CE): **58.6**  
 Bernard (CE): **20.3**  
 Bernard (Mme) (2000) (CE): **6.5**  
 Bernardet (M. et Mme) (TC): **104.4**  
 Bernardi c. Association hospitalière Sainte-Marie (TC): **1.5**  
 Bernardie (CE): **48.4**  
 Berrad (CE): **82.7, 83.9, 87.3**  
 Berthaud (CE): **22.7**  
 Berthaux (Mme) (CE): **83.8**  
 Berthet c. Filippi (TC): **31.7, 44.4, 44.5**  
 Berthier (CE): **68.8**  
 Bertin\* (Époux) (CE): **7.7, 11.5, 19.4, 24.2, 24.4, 24.8, 37.8, 48.3, 63.2, 66.7, 67, 68.7, 96.9**  
 Berton (CE): **82.15**  
 Bertrand (1928) (CE): **93.3**  
 Bertrand (1973) (CE): **30.7**  
 Bertrand (2011) (CE): **2.7**  
 Bertrand (Dame) (TC): **24.7, 35.4**  
 Béry (Dame) (CE): **25.4**  
 Bes (CE): **4.3**  
 Besthelsemer (CE): **31.5**  
 Beucher (CE): **8.3**  
 Biales (CE): **2.3**  
 Biancale (Mme) (CE): **89.2**  
 Bianchi (CE): **6.7, 89.4, 89.5**  
 Biberon (CE): **60.2, 61.6**  
 Billard et Volle (CE): **78.9, 82.15**  
 Billiard (CE): **37.1**  
 Bindjouli (Mme) (CE): **14.4, 53.3, 74.6**  
 Bitouzet (CE): **101.4**  
 Bizouerne (CE): **38.9, 47.10**  
 Blanc (CE): **41.6**  
 Blanc et autres (CE): **2.2, 86.9**  
 Blanc, Argaing et Bezié (CE): **22.9**  
 Blanchard et Dachary (CE): **1.5, 4.5**  
 Blanckeman (Époux) c. Voies navigables de France (TC): **35.3**  
 Blanco (1958) (TC): **73.3**  
 Blanco\* (TC): **1, 2.6, 2.8, 6.1, 11.2, 11.3, 14.1, 19.2, 19.3, 19.4, 24.1, 35.1, 48.1, 49.8, 62.5, 69.3, 89.8, 96.8**  
 Bleitrach (Mme) (CE): **38.5, 38.6, 38.8, 38.9, 38.10, 74.6**  
 Bléton (CE): **4.9**  
 Blum (CE): **43.2**  
 Bluteau (CE): **4.3**  
 Bô (CE): **80.3**  
 Bobard\* (Delle) (CE): **27.9, 46, 60.2**  
 Boddaert (CE): **64.8**  
 Boehrer (CE): **89.2**  
 Boglione (CE): **37.1**  
 Boileau (CE): **52.2**  
 Boisdet (CE): **86.15**  
 Bollecker (CE): **68.10**  
 Bolusset (Consorts) (CE): **68.9**  
 Bondurand (CE): **74.2, 74.3**  
 Bonnal (TA Melun): **90.7**  
 Bonnemaïson (CE): **50.6, 52.10**  
 Borderie (Dame Vve) (CE): **4.2, 80.1**  
 Boromé (CE): **27.11, 90.8**  
 Borvo (Mme) et autres (CE): **15.3, 15.4, 78.3**  
 Bosshard (Delle) (CE): **53.3**  
 Bossuyt (CE): **54.5**  
 Botta\* (CE): **13, 52.5, 56.6, 70.5**  
 Botton (CE): **17.4, 75.7**  
 Bouchez (CE): **43.2**  
 Bouchot-Plainchant c. Fédération départementale des chasseurs de l'Allier (TC): **49.7, 49.9**  
 Boudaa (Mme), épouse Azzi (CE): **82.8**  
 Bouguen\* (CE): **7.4, 17.3, 48.2, 50, 52.1, 55.1, 59.1, 59.5, 63.2, 97.1, 104.1**

Bouhsane (CE): **27.7, 82.6**  
 Boulanger (Delle) (CE): **25.6**  
 Bourdeaux (CE): **60.1**  
 Bourezak (Époux) (CE): **83.9, 83.10**  
 Bourgeois (CE): **89.7**  
 Bourjolly (Mme) (CE Sect.): **12.7**  
 Bourokba (Dame) (CE): **51.6, 118.2**  
 Bourrageas et Moullot (CE): **41.7**  
 Boussadaz (TC): **111.2**  
 Bousset dit Lambert (CE): **43.4**  
 Boussuge\* (CE): **25, 104.2**  
 Boutet-Waiss (Mme) (CE): **64.6**  
 Boutillon (CE): **81.14**  
 Bouvet de la Maisonneuve et Millet  
 (CE): **34.3, 91.8**  
 Bouvier (CE): **23.4**  
 Bouzanquet (CE): **64.7**  
 Bozidarevic (CE): **38.7**  
 Brac de la Perrière (CE): **17.2**  
 Brasseur (CE): **4.2**  
 Braun Ortega et Buisson (CE): **105.3**  
 Braut (CE): **14.2, 38.2**  
 Bréart de Boisanger (CE): **4.3, 13.4, 39.4**  
 Briand (CE): **82.13**  
 Bridet (Consorts) (CE): **6.4**  
 Brillault (CAA Paris): **3.2**  
 Brocard et association Rabodeau envi-  
 ronnement (CE): **8.5**  
 Brocas (CE): **3.4, 3.6, 3.11, 8.4, 75.3**  
 Brodbeck (Mme) (CE): **82.15**  
 Brodelle et Mme Gino (CE): **8.5**  
 Brouant (CE): **63.10**  
 Brousse (CE): **75.6**  
 Brun (Époux) (CE): **68.7**  
 Brunet (CE): **34.3, 55.2**  
 Brusteau (Époux) (CE): **74.2**  
 Buayi (CE): **82.11**  
 Bucard (CE): **43.2**  
 Buffevant (Dame Vve) (CE): **31.4**  
 Bugnet (CE): **55.1**  
 Buissière (CE): **100.3**

Buissière-Meyer c. Communauté d'agglo-  
 mération Belfortaine (TC): **37.11**  
 Bujadoux (CE): **43.1**  
 Butin (CE): **40.5, 40.8**

## C

C. (CE): **74.6**  
 Cachet (Dame) (CE): **100.1, 100.3, 100.7**  
 Cadilhac (CE): **22.5**  
 Cadot\* (CE): **3.2, 5, 11.2**  
 Caillol (CE): **63.5, 90.5**  
 Cailloux (TC): **49.12**  
 Caisse centrale de réassurance (CE): **87.5**  
 Caisse centrale de réassurance c. Mutue-  
 lle des architectes français (TC): **35.3,**  
**35.4, 116.1**  
 Caisse d'allocations familiales de Paris  
 (CE): **27.3**  
 Caisse d'assurance retraite et de santé au  
 travail (CE): **112.4**  
 Caisse de compensation de l'ORGANIC  
 (CE): **55.2**  
 Caisse de compensation pour la décen-  
 tralisation de l'industrie aéronautique  
 (CE): **4.3**  
 Caisse de crédit mutuel de Bain-Tres-  
 boeuf (CE): **97.1, 97.5, 97.6, 97.8**  
 Caisse de prévoyance sociale de la Poly-  
 nésie française (CE): **22.4**  
 Caisse départementale d'assurances so-  
 ciales de Meurthe-et-Moselle c. État\*  
 (CE): **14.3, 53, 89.6**  
 Caisse des écoles de la Coumeuve (CE):  
**35.7**  
 Caisse primaire «Aide et Protection»\*  
 (CE): **7.4, 48, 49.1, 49.2, 49.4, 49.5,**  
**49.9, 54.2, 78.1, 93.9**  
 Caisse primaire centrale de sécurité so-  
 ciale de la région parisienne (CE):  
**33.3**  
 Caisse primaire de sécurité sociale de  
 Mulhouse et Kormann (CE): **54.5**

- Caisse régionale de sécurité sociale de Normandie (CE): **74.2**
- Caïus (Mme) (CE): **82.13**
- Cale (Melle) (CE): **87.2, 87.3**
- Callou et autres (CE): **22.3**
- Calmette (TC): **24.6**
- Calvet (Mme) (CE): **64.3**
- Camara (CE): **90.3**
- Cambieri (CE): **80.2**
- Cames\* (CE): **1.7, 6, 33.7, 33.8, 38.1, 38.8, 54.1, 54.3**
- Camino\* (CE): **3.2, 27.2, 27.3, 27.6, 27.11, 28, 52.6**
- Canal de Gignac (TC) v. Association syndicale du Canal de Gignac\*
- Canal, Robin et Godot\* (CE): **17.3, 57.4, 71.5, 75.10, 76**
- Canasse (Dame Vve) c. SNCF (TC): **35.4**
- Canavaglia (CE): **28.4**
- Capaci (Epoux) (CE): **54.5**
- Capus (CE): **49.11**
- Caraco (Dame) (CE): **3.9, 86.6**
- Carliez (Mme) (CE): **118.6**
- Carre-Pierrat (CE): **63.3, 79.6**
- Caney de Bellemare (CE): **96.3**
- Caruelle (TC): **31.6**
- Casanova\* (CE): **3.2, 8, 12.1, 15.1, 15.2, 41.2, 41.3, 93.1, 112.1, 117.9**
- Casanovas (CE): **98.11**
- Castanet (CE): **6.5**
- Castronovo c. commune d'Aix-en-Provence (CE): **114.6**
- Caubel (CE): **58.10**
- Caucheteux et Desmonts (CE): **13.3**
- Caussidéry (CE): **39.3**
- Cavallo (CE): **100.3**
- Cayzele (CE): **15.3, 15.4, 78.4, 114.6**
- Centre communal d'action sociale de la Rochelle (CE): **60.6**
- Centre communal d'action sociale de Loos (CE): **16.5**
- Centre d'action pharmaceutique c. Union des pharmaciens de la région parisienne (TC): **24.5**
- Centre d'aide par le travail Chanteclerc (CE): **81.5**
- Centre d'études marines avancées (CE): **49.5**
- Centre d'exportation du livre français (CE): **100.5**
- Centre hospitalier d'Armentières (CE): **83.3**
- Centre hospitalier de Besançon (CE Sect.): **2.7, 54.9, 60.7, 62.8, 102.3**
- Centre hospitalier de Dinan c. consorts Étienne (CE): **74.10, 105.15**
- Centre hospitalier de la Région d'Annecy (CE): **1.7**
- Centre hospitalier de Lisieux c. Harel (CE): **74.9**
- Centre hospitalier de Reims (CE): **89.2**
- Centre hospitalier de Roanne (CE): **89.5**
- Centre hospitalier de Seclin (CE): **74.6**
- Centre hospitalier de Vienne (CE): **74.10**
- Centre hospitalier d'Issoire (CE): **89.4**
- Centre hospitalier du Faucigny (CE): **52.9**
- Centre hospitalier général de Firminy c. Mme Chapuis (CE): **51.2**
- Centre hospitalier régional d'Orléans c. Fichon (CE): **89.2**
- Centre hospitalier régional universitaire de Montpellier (CE): **67.4, 67.5**
- Centre hospitalier spécialisé de Maison Blanche (CE): **74.7**
- Centre hospitalier universitaire (CE): **67.5**
- Centre hospitalier universitaire de Nice (CE): **89.4**
- Centre hospitalier universitaire de Rouen (CE): **74.6**
- Centre patronal d'études et d'actions professionnelles (CE): **60.4**

- Centre régional de lutte contre le cancer EugèneMarquis (TC): **7.5, 48.4**
- Cerisier et autres (TC): **37.10**
- CFDT (1982) (CE): **46.3**
- CFDT (1986) (CE): **46.4**
- CFDT et CGT (CE): **27.3**
- Chabba (Mme) (CE): **89.6**
- Chabot (CE): **8.1**
- Chabran (CE): **70.4**
- Chabrol et SA films La Boétie (CE): **72.8**
- Chaigneau (1954) (CE): **50.6**
- Chaigneau (1975) (CE): **4.7**
- Chambre de commerce d'Annecy (CE): **25.4**
- Chambre de commerce de la Rochelle (CE): **15.4, 78.4**
- Chambre de commerce de Tamatave (CE): **114.7, 114.8**
- Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre (CE): **100.3**
- Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle (CE): **82.15**
- Chambre de commerce et d'industrie de Montpellier (CE): **20.8**
- Chambre de commerce et d'industrie de Nice-Côte d'Azur (CE): **52.7**
- Chambre de commerce et d'industrie de Nimes, Uzès, Bagnols, Le Vigan (CE): **20.8, 39.2**
- Chambre de commerce et d'industrie de Perpignan et des Pyrénées Orientales c. Moise Alfredo (TC): **35.3**
- Chambre de commerce et d'industrie de région Paris-Île-de-France (CE): **112.6**
- Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Étienne (CE): **30.7**
- Chambre des métiers et de l'artisanat de la Moselle (CE): **12.2**
- Chambre nationale des services d'ambulance (CNSA) c. Union nationale des caisses d'assurance maladie et autres (TC): **67.4**
- Chambre syndicale de la cinématographie (CE): **72.2**
- Chambre syndicale de la corporation des marchands de vins et liquoristes de Paris (CE): **91.5**
- Chambre syndicale de la propriété bâtie de la Baule (CE): **16.3**
- Chambre syndicale des agents de change, courtiers de la Réunion et autres (CE): **70.5**
- Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions (CE): **98.1, 98.4**
- Chambre syndicale des experts en objets d'art (CE): **59.1**
- Chambre syndicale des industries et du commerce des armes, munitions et articles de chasse (CE): **41.2**
- Chambre syndicale des malees buandiers de Saint-Étienne (CE): **41.6**
- Chambre syndicale des marchands de reconnaissance du Mont-de-Piété (CE): **47.1**
- Chambre syndicale des producteurs de films français (TA Amiens): **72.5**
- Chambre syndicale des services d'ambulance (TC): **67.5**
- Chambre syndicale du commerce d'importation en Indochine (CE): **30.7**
- Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers\* (CE): **8.1, 35.2, 35.5, 41, 61.2, 94.7**
- Chambre syndicale nationale des fabricants de spécialités chimiques destinées à l'horticulture (CE): **16.4**
- Chamley et Perret (CE): **56.3**
- Chapon-Féron (CE): **65.4**
- Chardon (CE): **66.2**
- Chardon (de) (CE): **8.5**
- Chardon (TC): **37.8**
- Charette (de) (CE): **64.8**
- Charon (CE): **17.8**

- Chatelier (CE): **54.2**  
 Chauveau (CE): **12.1**  
 Chavat (CE): **54.1, 54.7**  
 Chaveneau (CE): **45.3, 60.7, 103.3**  
 Chedru (CE): **62.9**  
 Chemins de fer de l'Est\* (CE) v. Compagnie des chemins de fer de l'Est\*  
 Chenu (CE): **80.1**  
 Cheriet-Benseghir (Mme) (CE): **86.7, 88.5**  
 Cheurfa (CE): **52.7**  
 Chevallier (CE): **12.5**  
 Chevassier (CE): **7.5, 37.6, 49.12**  
 Chevillard (Mme) et autres (CE): **54.5, 74.8**  
 Chevillon (CE): **87.3**  
 Chevrol Benkeddach (Mme) (CE): **86.7, 88.5**  
 Chicard (Mme) (CE): **52.7, 81.15**  
 Chilloux et Isaad Slimane (TC): **2.4**  
 Chol (Mme) (CE): **64.6**  
 Chotard (CE): **7.6, 50.8**  
 Chouard et autres (CE): **41.4**  
 Chulliat (Dame Vve) (TC): **44.3**  
 Chupin (Mme) et autres (CE Ass.): **88.4**  
 Cimpoesu (CE): **92.7**  
 Cirelli (CE): **81.9**  
 Claire (TC): **44.2**  
 Clavel (CE): **100.7**  
 Clef (CE): **14.1**  
 Club indépendant sportif du châlonnais (CE): **91.5, 91.6**  
 Cochenet (CE): **42.2**  
 Coesnon (CE): **74.6, 90.9, 91.2**  
 COFIROUTE (CE) v. Compagnie financière et industrielle des autoroutes  
 Cogeze (CE): **74.6**  
 Cohen (CE): **50.6, 52.10**  
 Cohen (Consorts) (CE): **74.6**  
 Cohn-Bendit (1978) (CE) v. Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit  
 Colas (CE): **33.2**  
 Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil, du Poitou et de Migné-Auxances (CE): **80.6**  
 Collectif des élus qui doutent de la pertinence de l'aéroport de Notre-Dames-Lourdes (CE): **80.8**  
 Collet et autres c. Air France (TC): **78.2**  
 Collin (TC): **62.7**  
 Collins (CE): **104.1**  
 Colman (TA Lille): **43.5**  
 Colombani (CE): **101.4**  
 Colombier (Mme) c. ministre de l'intérieur (TA Grenoble): **14.5**  
 Colombo (CE): **26.6, 97.9**  
 Colonna (CE): **39.5**  
 Colonie de la Côte d'Ivoire c. Société commerciale de l'Ouest africain\* (Bac d'Eloka) (TC) v. Société commerciale de l'Ouest africain  
 Colonie du Sénégal (CE): **17.3**  
 Colonna (CE): **39.5**  
 Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante (CE): **79.7**  
 Comité central d'entreprise de la SFENA (CE Ass.): **117.4**  
 Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne (CE): **16.3, 93.8, 117.4**  
 Comité contre la guerre en Irak (CE): **3.7**  
 Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'État\* (1950) (CE): **50.5, 59, 60.7, 98.8**  
 Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables (1954) (CE): **59.3**  
 Comité de défense des riverains de l'aéroport Paris-Nord et autres (CE): **60.3**

- Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique (CE): **105.9, 108.6**
- Comité d'entreprise de la SEITA (CE Ass.): **117.3**
- Comité d'entreprise du siège de l'IFREMER (CE): **117.3**
- Comité d'établissement de l'unité clients et fournisseurs Ile-de-France des sociétés ERDF et GRDF (TC): **78.3**
- Comité national des interprofessions des vins á appellations d'origine (CE): **3.9, 111.1**
- Comité régional d'information et de lutte antinucléaire de Basse-Normandie (CE): **80.13**
- Commissaire de la République de la région Alsace et autres (TC): **113.4**
- Commissaire de la République de l'Ariège (CE): **60.6**
- Commissaire de la République des Landes (CE): **70.2, 70.6**
- Commissaire de la République du département d'Eure-et-Loir (TA Orléans): **43.5**
- Commissariat á l'énergie atomique c. Syndicat CGT-FO du centre d'études nucléaires de Saclay (TC): **78.7**
- Communauté d'agglomération de Martigues (CE): **99.7**
- Communauté d'agglomération du Grand Besançon (CE): **8.1**
- Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole (CE): **52.5**
- Communauté de communes Artois-Lys (CE): **41.5, 41.9**
- Communauté de communes de la vallée du Lot (TC): **35.3**
- Communauté de communes du Piémont de Barr (CE): **41.8, 94.8, 109.7**
- Communauté de communes du Val-de-Drôme (CE): **78.5**
- Communauté des communes du nord du bassin de Thau (CE): **41.9**
- Communauté urbaine de Strasbourg (CE): **52.7**
- Communauté urbaine du Mans (CE): **18.2, 18.5**
- Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole (CE): **68.6**
- Commune de Baalon (CE): **14.4**
- Commune de Baie-Mahaut (CE): **110.3**
- Commune de Baillargues (CE): **68.6**
- Commune de Barcarès (CE): **52.4**
- Commune de Batz-sur-Mer et Dame Vve Tesson (CE): **54.2, 54.3, 54.8, 74.6, 74.7**
- Commune de Beausoleil (CE): **52.11**
- Commune de Béziers\* (2009) (CE): **22.8, 110**
- Commune de Béziers\* (2011) (CE): **110**
- Commune de Béziers (2015) (CE): **20.7, 110.1**
- Commune de Bouchemaine (CE): **4.9**
- Commune de Boulogne-Billancourt (CE): **116.5**
- Commune de Bourisp c. Commune de Saint-Lary-Soulan (TC): **24.2**
- Commune de Cabourg (CE): **26.4**
- Commune de Cambron d'Albi (CE): **112.8**
- Commune de Cassis (CE): **80.3**
- Commune de Chambourg (CE): **98.9**
- Commune de Chamonix-Mont-Blanc (CE): **27.3**
- Commune de Champigny-sur-Mame (CE): **53.7, 53.8, 53.9**
- Commune de Chateaufort-sur-Loire (CE): **53.8**
- Commune de Chirongui (CE): **98.12, 113.6**
- Commune de Cilaos (CAA Bordeaux): **4.2**
- Commune de Clefcy (CE): **78.4, 78.5**

- Commune de Clermont-1'Hérault c. Begnes (CE): **54.2, 54.3**
- Commune de Clichy-sous-Bois (CE): **20.3**
- Commune de Clohars-Carnoët (CE): **46.3, 97.6**
- Commune de Coggia (CE): **54.6, 54.8**
- Commune de Comblanchien (TC): **24.2**
- Commune de Cournon d'Auvergne (CE): **43.5**
- Commune de Crégols (CE): **14.4**
- Commune de Domme (CE): **14.4, 33.8**
- Commune de Douai (CE): **68.8**
- Commune de Dourgne (CE): **53.8**
- Commune de Dreux (CE): **60.6**
- Commune de Fauillet (CE): **98.11**
- Commune de Férin (CAA Douai): **18.2**
- Commune de Fougères (CE): **41.10**
- Commune de Galluis (CE): **98.12, 98.13**
- Commune de Gavarnie (CE): **14.5, 38.7, 47.3, 77.7**
- Commune de Gélaucourt c. OPHLM de Toul (TC): **116.7**
- Commune de Gennevilliers (CE): **60.6**
- Commune de Gouloux (CE): **54.7**
- Commune de Grans M. et Mme Gaigne (CE): **4.3**
- Commune de Grigny (CE): **54.2, 54.3, 54.8, 69.1, 74.2**
- Commune de Hannapes (CE): **14.4, 118.7**
- Commune de Houilles (CE): **42.6**
- Commune de Kintzheim c. Office national des forêts (TC): **35.6**
- Commune de la Crau (CE): **100.3**
- Commune de la Hérie (CE): **54.3**
- Commune de la Rochette (CE): **80.15**
- Commune de Lauterbourg (CE): **4.6, 25.4**
- Commune de Lavour c. Lozar (CE): **70.2**
- Commune de Levallois-Perret (CE): **80.7**
- Commune de Liffre c. Carlier (CE): **15.2**
- Commune de Limoges (CE): **20.6**
- Commune de Loos (CE): **70.4**
- Commune de Lozane (CE): **80.12**
- Commune de Lunel (CE): **108.7**
- Commune de Lusignan (CE): **102.4**
- Commune de Lyon (CE): **97.9**
- Commune de Massat (CE): **98.10**
- Commune de Melun (CE Ass.): **18.6**
- Commune de Merfy (CE): **14.3**
- Commune de Merville-Franceville (CE): **41.4**
- Commune de Meudon (CE): **26.6, 97.9**
- Commune de Moissy-Cramayel (CE): **14.4**
- Commune de Monségur\* (CE): **36, 66.2, 66.3, 67.6**
- Commune de Montagnac (CE): **29.6**
- Commune de Montaut (CE): **54.3**
- Commune de Montfermeil (CE): **27.8**
- Commune de Montpellier (CE): **18.2**
- Commune de Montreuil-Bellay (CE): **61.3, 98.9**
- Commune de Morsang-sur-Orge\* (CE): **27.4, 91, 117.3**
- Commune de Nérès-Les-Bains\* (CE): **8.1, 9, 34.4, 53.7, 72.2, 91.7**
- Commune de Neuves-Maisons (CE): **68.10**
- Commune de Neuville-sur-Escout (CE): **70.6**
- Commune de Palavas-les-Flots, Commune de Lattes (CE): **86.14**
- Commune de Perthuis (CE): **98.2, 98.13**
- Commune de Plessis-Pâté (CE): **58.15**
- Commune de Pointe-à-Pitre (CE): **98.10**
- Commune de Porta (CE): **95.6**
- Commune de Port-Vendres (CE): **68.6**
- Commune de Rivedoux-Plage (CE): **8.1**
- Commune de Rogerville (CE): **26.6, 97.9**
- Commune de Romainville (CE): **60.6**
- Commune de Roquebrune-sur-Argens (CE): **2.7**

- Commune de Roscoff (CE): **87.6**  
 Commune de Royan (CE): **87.3**  
 Commune de Saint-Barthélémy-de-Vals (CE): **74.7**  
 Commune de Saint-Blancard (CE): **9.5**  
 Commune de Saint-Denis (CE): **72.2**  
 Commune de Saint-Dié des Vosges (CE): **105.9**  
 Commune de Saintes (CE): **56.4**  
 Commune de Saint-Étienne (CE): **80.12**  
 Commune de Saint-Géréon (CE): **68.2**  
 Commune de Saint-Germain-en-Laye (CE): **80.13**  
 Commune de Saint-Just-Chaleyssin (TC): **113.2**  
 Commune de Saint-Germain-Langot (CE): **54.5**  
 Commune de Saint-Léger-en-Yvelines (CE): **4.7**  
 Commune de Saint-Michel-sur-Orge (CE): **1.7**  
 Commune de Saint-Nom-la-Bretèche (CE): **54.7**  
 Commune de Saint-Ouen (CE): **85.8**  
 Commune de Saint-Pierre d'Iroube (CE): **72.2**  
 Commune de Saint-Priest-la-Plaine\* (CE): **1.7, 6.7, 33.7, 33.8, 54, 69.1**  
 Commune de Saint-Quay-Portrieux (CE): **52.3**  
 Commune de Saint-Servan (CE): **53.5**  
 Commune de Saint-Sylvain d'Anjou (CE): **38.7, 38.9, 38.10**  
 Commune de Sarlat (CE): **66.5**  
 Commune de Sauve (TC): **24.8**  
 Commune de Soultz (TC): **66.4**  
 Commune de Staffelfelden (CE): **29.7**  
 Commune de Toulon et Compagnie des eaux et de l'ozone (CE): **35.9**  
 Commune de Toulouges (CE): **52.7**  
 Commune de Trélazé (CE): **18.2, 18.5**  
 Commune de Triconville (CE): **10.4**  
 Commune de Tursac (CE): **29.4**  
 Commune de Val d'Isère (CE): **68.11**  
 Commune de Valence (CE): **72.2**  
 Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes (CE): **83.10**  
 Commune de Venelles\* (CE): **13.3, 43.5, 52.3, 81.15, 83.3, 90.6, 90.9, 98, 115.4**  
 Commune de Vias et SEM de la Ville de Béziers et du littoral (CE): **110.6**  
 Commune de Vigneux-sur-Seine (CE): **9.5, 97.6**  
 Commune d'Aix-en-Provence (CE): **35.7, 41.7, 48.4, 110.9**  
 Commune d'Ajaccio (CE): **42.2**  
 Commune d'Annecy\* (CE): **80.10, 108**  
 Commune d'Aragnouet c. commune de Vignec (TC): **24.6, 116.4**  
 Commune d'Arcueil (CE): **89.7**  
 Commune d'Arzon (CE): **110.1**  
 Commune d'Aubigny-les-Pothées (CE): **20.7**  
 Commune d'Auvers-sur-Oise (TC): **67.4**  
 Commune d'Emerainville et Syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée - Val-Maubuée (CE): **41.7, 48.4, 56.7, 78.5**  
 Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue (CE): **110.3**  
 Commune d'Erstein (CE): **110.9**  
 Commune d'Huez (CE): **29.3**  
 Commune d'Hyères les Palmiers (CE): **65.5**  
 Commune d'Issy les Moulineaux (CE): **8.5**  
 Commune d'Orvault (CE): **43.5**  
 Commune d'Uchaux (CE): **114.7**  
 Commune du Castellet (CE): **98.9**  
 Compagnie aérienne française et Chambre syndicale de l'industrie aéronautique (CE): **72.2**

- Compagnie Air France c. Époux Barbier\* (TC): **11.6, 35.9, 37.5, 48.6, 49.7, 49.8, 49.9, 78, 100.2, 117.4**
- Compagnie Alitalia\* (CE): **40.7, 85, 100.4, 100.9, 107.1, 112.3**
- Compagnie d'assurances générales (CE): **96.3**
- Compagnie d'assurances Les Lloyd's de Londres (CE): **87.5**
- Compagnie d'assurances l'Urbaine et la Seine (CE): **54.4, 54.9, 102.5**
- Compagnie de gaz de pétrole Primagaz, Société Vitogaz France (CE): **94.5**
- Compagnie de navigation Fraissinet (CE): **47.4**
- Compagnie des architectes en chef des monuments historiques (CE): **60.5**
- Compagnie des bateaux à vapeur du Nord (TC): **1.6**
- Compagnie des chemins de fer de l'Est\* (CE): **3.2, 17, 76.2, 96.2, 117.2**
- Compagnie des chemins de fer économiques du Nord (CE): **20.1**
- Compagnie des chemins de fer PLM (CE): **25.3**
- Compagnie des messageries maritimes (CE): **29.4**
- Compagnie des mines de Falimé-Gambie (CE): **24.2**
- Compagnie des tramways de Cherbourg (CE): **29.7, 40.1**
- Compagnie du chemin de fer métropolitain (CE): **83.3**
- Compagnie Fabre et Société générale de transports maritimes (TC): **67.4**
- Compagnie fermière du casino municipal de Constantine (CE): **68.8**
- Compagnie financière et industrielle des autoroutes (1989) (CE): **87.3**
- Compagnie financière et industrielle des autoroutes\* (1990) (CE): **87**
- Compagnie française des câbles télégraphiques (CE): **29.3, 29.6**
- Compagnie générale de grande pêche (CE): **47.3, 47.4**
- Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux\* (CE): **29, 40.1, 40.3, 48.3**
- Compagnie générale d'énergie radioélectrique\* (CE): **1.7, 3.10, 6.7, 38.8, 47.3, 77**
- Compagnie générale des automobiles postales (CE): **29.2**
- Compagnie générale des eaux (1927) (CE): **36.4, 66.2**
- Compagnie générale des eaux (1933) (CE): **20.2**
- Compagnie générale des eaux (1947) (CE): **74.9**
- Compagnie générale des eaux (1993) (CE): **94.2**
- Compagnie générale des eaux c. Dame Vve Berluque (CE): **36.4**
- Compagnie générale des eaux, commune d'Olivet (2009) (CE): **20.2, 106.7**
- Compagnie générale française des tramways\* (CE): **20, 29.9, 48.3, 110.8**
- Compagnie industrielle maritime (CE): **110.1**
- Compagnie la Providence et Dame Grima (TC): **31.6**
- Compagnie maritime de l'Afrique orientale (CE): **48.2, 49.4, 61.7, 68.12**
- Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet (CE): **3.3**
- Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau (CE): **41.8**
- Compagnie nationale Air France (CE): **60.2**
- Compagnie nationale du Rhône c. EDF (TC): **67.4**
- Compagnie nouvelle du gaz de DevillésRouen (CE): **20.2, 48.3**
- Compagnie PLM (CE): **47.1**

- Compagnie Union et le Phénix Espagnol (CE): **1.6**
- Comptoir agricole et commercial (CE): **17.7**
- Confédération française de l'encadrement CGC (CE): **27.9**
- Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC) (CE): **103.9**
- Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CE): **67.8**
- Confédération générale des planteurs de betteraves (CE): **56.7**
- Confédération nationale des associations familiales catholiques (CE): **86.16**
- Confédération nationale des radios libres (CE): **98.4, 98.9**
- Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française (CE): **109.7**
- Confédération nationale du crédit mutuel (CE): **48.4**
- Confédération paysanne (CE): **111.1**
- Confédération paysanne et autres (CE): **107.8**
- Conseil central des pharmaciens d'officine (Section A) (CE): **52.2**
- Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris (CE): **50.7**
- Conseil départemental de l'Ordre des médecins de l'Essonne (CE): **50.5**
- Conseil national de l'ordre des infirmiers (CE): **45.2, 103.1**
- Conseil national de l'Ordre des médecins (1962) (CE): **60.3, 71.5, 93.3**
- Conseil national de l'Ordre des médecins (2006) (CE): **17.8**
- Conseil national des barreaux (CE): **107.7**
- Conseil régional de l'ordre des architectes de Picardie (CE): **8.5**
- Conseil régional de l'ordre des pharmaciens de la circonscription d'Aquitaine (CE): **26.3**
- Conseil régional de Paris de l'Ordre des experts-comptables (CE): **50.5**
- Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres (CE): **80.7**
- Consorts A. c. Commune de Grésy-sur-Isère (TC): **36.2**
- Consorts Ancey (CE) v. Ancey
- Consorts Baud (CE) v. Baud
- Consorts Bellanger (CE) v. Bellanger
- Consorts Dastrevigne (CE) v. Dastrevigne
- Consorts Delaprée (CE) v. Delaprée
- Consorts Lecomte (CE Ass.): **118.7**
- Consorts Lecomte (CE) v. Lecomte
- Consorts Lecuyer (CE) v. Lecuyer
- Consorts Métayer et Époux Lacour (CE) v. Métayer (Consorts) et Époux Lacour
- Consorts Nguyen, Jouan, consorts Payan (CE) v. Nguyen, Jouan, Payan
- Consorts Noualek (TC) v. Noualek (TC)
- Consorts Tayeb (TC) v. Tayeb
- Consorts Touron (CE) v. Touron
- Constantin (Dame) (CE): **4.9, 27.4**
- Contamine (CE): **36.2**
- Contarel (CE): **7.3**
- Contessoto (CE): **56.7**
- Coopérative de consommation des adhérents de la Mutuelle assurance des instituteurs de France (TC): **94.3**
- Coopérative laitière de Belfort (CE): **85.3**
- Coquand (Delle) (CE): **58.5**
- Cordelet (CE): **65.2**
- Cordier (TC): **50.8**
- Cordière (Mme) (CE): **65.7**
- Corovic (Mme) (CE): **22.4**
- Costier (Delle) (CE): **50.4, 50.7**
- Cottes (CE): **50.5**
- Couach (TC): **10.4**

Couespel du Mesnil (CE): **65.3**  
 Couitéas\* (CE): **1.7, 6.4, 6.7, 38, 60.2, 63.5, 77.7, 87.4**  
 Courrent (CE): **30.5**  
 Courty (CE): **99.9**  
 Cousinard (Dame Vve) (TA Lille): **74.3**  
 Cozic-Savoure (Dame) (CE): **51.8**  
 Cramencel (Dame) (CE): **3.7**  
 Crédit coopératif (CE): **100.8**  
 Crédit foncier de France c. Delle Gaupilat et Dame Ader\* (CE): **45.5, 79**  
 Crespin (CE): **30.5**  
 Crohin (TC): **37.7**  
 Croix-de-Seguey-Tivoli\* (CE) v. Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli  
 Cru (CE): **39.6**  
 Crumeyrolle (CE): **12.5**  
 Cuaz (CE): **52.3**  
 Culard (Dame) (CE): **93.7, 93.9, 116.6**  
 Curtol (Mme) (CE): **1.6**  
 Czabaj (CE Ass.): **106.11**

## D

D. (CE): **52.5, 52.7, 89.2**  
 D (Mme) (TA Nice): **23.4**  
 Da Silva et Confédération française démocratique du travail (CE): **8.6, 16.2, 82.5, 82.6, 103.3**  
 Dagostini (Mme) (CE): **118.1, 118.5**  
 Dahan (CE): **27.11, 45.3, 52.10, 104.4, 104.4**  
 Dalleau (CE) v. Ministre de l'équipement et du logement c. Dalleau  
 Dalmas de Polignac (CE): **63.5, 93.2**  
 Dalongeville (CE): **27.11**  
 Damasio (CE): **8.2, 8.6**  
 Damazière et autres (CE): **43.3**  
 Dame veuve Aubry (CE Ass.): **74.9**  
 Dames Dol et Laurent\* (CE): **30.7**  
 Danthony (CE ass.): **112**  
 Danthony (CE Sect.): **112**

Daoud (Mme) (CE): **3.7**  
 Daoudi (CE): **107.9**  
 Dardant (Dame) (CE): **70.4**  
 Darfeuille (TC): **73.3**  
 Darmont (CE): **104.3**  
 Darracq (CE): **63.7**  
 Dastrevigne (Consorts) (CE): **36.2, 66.2**  
 Daudignac\* (CE): **27.4, 27.9, 41.2, 41.3, 61, 71.2, 91.8, 98.8, 117.3**  
 Dauphin (CE): **68.7**  
 David (Dame) (CE): **8.6, 26.4, 60.7, 71.5**  
 Debbasch (CE): **64.6**  
 Deberles\* (CE): **42**  
 Debizet (CE): **43.4**  
 Debout (CE): **88.3, 97.3, 101.6**  
 Decerf (CE): **3.9, 92.1**  
 Decugis (CE): **25.1**  
 Defaux (CE): **31.5**  
 Defix, épouse Gaillard (Dame) (CE): **46.2**  
 Dehaene\* (CE): **15.4, 45.3, 48.6, 58, 60.7, 65.10**  
 Delahaye, Villard et ministre du travail c. Dufлот (CE): **9.4**  
 Delaître c. Bouquet (TC): **44.5**  
 Delannoy (Mme) et M. Verzele (CE): **101.10**  
 Delansorme (CE): **41.5, 41.6**  
 Delaprée (Consorts) (CE): **102.4**  
 Delaunay (Mme) (CAA Versailles): **109.12**  
 Delechenault (Mme) (CE): **26.3**  
 Delecluse-Dufresne (Dame) (CE): **12.4**  
 Delhommeau (CAA Nantes): **54.3**  
 Delmas (1981) (CE): **3.5, 3.11**  
 Delmas (1997) (CE): **52.11**  
 Delmotte (CE): **32.1, 32.2**  
 Deltel (Époux) (CE): **3.9, 57.1**  
 Delville\* (CE): **12.9, 21.4, 62, 69.3, 102.2, 102.4, 102.5**  
 Dema (M.) (CAA Lyon): **79.8**  
 Demaret (Mme) (CAA Paris): **47.12**

- Denizet (CE): **27.8**  
 Denoyez et Chorques (CE): **35.8, 60.3**  
 Département de la Corrèze (CE): **41.7**  
 Département de la Guadeloupe (CE): **47.16**  
 Département de la Meuse c. Poilera (CE): **41.2**  
 Département de la Moselle (1967) (CE): **33.6**  
 Département de la Moselle (1989) (CE): **116.4**  
 Département de la Sarthe (CE): **114.2**  
 Département de la Sarthe c. Delle Artus (CE): **74.2**  
 Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire (CE): **83.10**  
 Département de la Vendée c. Consorts Alonzo Hoffmann (CE): **74.7**  
 Département de l'Aisne, ministre de la Santé et des Sports (CE): **41.8**  
 Département de l'Eure (CE): **35.8**  
 Département de l'Indre (CE): **26.4, 97.3**  
 Département de Tarn-et-Garonne\* (CE): **15.3, 22.8, 78.4, 96.1, 105.15, 106.11, 110.1, 110.5, 110.6, 110.9, 110.11, 114**  
 Département des Côtes-du-Nord (CE): **29.8**  
 Département des Hautes-Pyrénées c. Société Sofilia (CE): **29.6**  
 Département des Hauts-de-Seine (CE): **103.8**  
 Département du Puy de Dôme c. Bouchon (CE): **60.3**  
 Département du Val-de-Marne (CE): **105.9, 105.14**  
 Département du Var c. Entreprise Bec frères (CE): **6.7**  
 Deperthes (CE): **98.9, 98.13**  
 Deprez (Melle), M. Baillard (CE): **86.5**  
 Descaves (CE): **42.2**  
 Despujol\* (CE): **29.9, 40, 85.2, 100.4**  
 Desreumeaux (CE): **3.3**  
 Dessay (CE): **27.1**  
 Desseaux (CE): **55.2**  
 Dévé (CE): **50.6**  
 Devouge (CE): **4.5, 59.1, 59.2, 59.3**  
 Devun (Mme) c. Commune de Saint-Chamond (TC): **37.9**  
 Dewavrin (CE): **90.5**  
 Di Chiaro (CE): **81.13**  
 Didier\* (CE): **25.6, 26.6, 55.3, 97, 99.1, 106.1, 117.6**  
 Diebolt Mme (CE): **46.5**  
 Diemert, Union nationale des organisations syndicales des transporteurs routiers automobiles (CE): **17.7**  
 Dieng (CE): **82.12**  
 Dilly (CE): **106.7**  
 Diop (CAA Paris): **101.2**  
 Diop (CE) v. Ministre de la défense c. Diop Diot (CE): **50.3, 50.5**  
 Directeur régional de la sécurité sociale de Nancy c. Dame Léotier (TC): **49.8**  
 Directeur régional de la sécurité sociale d'Orléans c. Blanchet (TC): **49.7, 49.8**  
 Distillerie de Magnac-Laval (CE): **20.4**  
 Dol et Laurent\* (Dames) (CE): **27.9, 30.1, 30.6, 30.7, 32, 41.3, 43.4, 118.1**  
 Domenech (Époux) (CE): **14.2, 91.8**  
 Domenjoud (CE): **98.12, 118.1, 118.5**  
 Dominique Pruvost c. Maison de retraite «Résidence Albert Jean» (TC): **37.10**  
 Dorly (CE): **63.3**  
 Dos Santos Pedro (CE): **90.7**  
 Doublet (1959) (CE): **91.8**  
 Doublet (1962) (CE): **14.3, 38.5, 53.6**  
 Douieb c. Stokos (TC): **44.6**  
 Doukouré (Mme) (1996) (CE): **88.7, 101.1, 101.2**  
 Doukouré (Mme) (1997) (CE): **87.2**  
 Douwens Prats (CE): **22.4**  
 Doyen de la faculté de médecine de Clermont-Ferrand (CE): **12.5**

Drexel-Dahlgren (Delle) (CE): **80.12**  
 Dreyse (Mme) (CE): **8.5**  
 Druelle (CE): **90.7**  
 Dubois (1948) (CE): **52.2, 52.3**  
 Dubois (1952) (CE): **22.9**  
 Dubouloz (Consorts) (CE): **52.6**  
 Dubreuil (CE): **26.6**  
 Duc d'Aumale et Michel Lévy (CE): **3.1**  
 Duchâtellier (CE): **47.1**  
 Ducos (CE): **29.8**  
 Dufour (CE): **8.1, 8.3**  
 Dumont (TC): **10.3**  
 Dupin (CE): **3.7**  
 Dupré et autres (CE): **96.10**  
 Du Puy de Clinchamps (TC): **37.6**  
 Dussol (Delle) (CE): **6.6**  
 Du Verne (TC): **1.2**  
 Duvignères\* (Mme) (CE): **60.5, 79.5, 79.8, 103, 117.3**  
 Duxent (Dame) (CE): **21.3**

## E

EARL Le Patis Maillet (CE): **100.3**  
 Ebri et autres (Dame) (CE): **80.15**  
 École normale supérieure (CE): **43.5, 98.10**  
 EDF c. Farsat (CE): **1.5, 38.5**  
 Effimieff\* (TC): **7.3, 36.4, 66, 67.6, 67.7**  
 Église de scientologie de Paris (CE): **28.5**  
 Egloff (Melle) (TC): **49.12**  
 Eidel (CE): **68.8**  
 El Shennawy (CE): **63.5**  
 Élections de Maisons-Alfort (CE): **75.6**  
 Électricité de France (CE): **55.3**  
 Électricité de France c. Assurances Pacifica (TC): **35.9**  
 Électricité de Strasbourg c. Schaub (CE): **63.5**  
 Électricité Réseau Distribution France (CE): **36.2, 82.15**

Électricité Réseau Distribution France c. M. et Mme Michel (TC): **66.8**  
 Eliacheff (Mme) (CE): **59.5**  
 Elissonde (CE): **83.5**  
 Elkaim (CE): **63.8**  
 Elkoubi (CE): **68.10**  
 Enard (CE): **4.5**  
 Enjalbert (CE): **70.6**  
 Entreprise Chagnaud (CE): **56.6**  
 Entreprise Chemin (CE): **10.2, 30.7**  
 Entreprise de travaux publics Daniel (CE): **74.7**  
 Entreprise Eugène Revert (CE): **66.3**  
 Entreprise J. Fayolle et fils (CE): **105.3**  
 Entreprise Marchand (CE): **79.5, 79.7**  
 Entreprise Marc Vannier (CE): **106.7**  
 Entreprise personnelle de transpon Freymuth (CE): **106.4**  
 Entreprise Peyrot v. Société Entreprise Peyrot Entreprises maritimes Léon Vincent (CE): **40.3**  
 Eon (CE): **50.2**  
 EPAD (CE): **20.6**  
 Époux V.\* (CE) v. V.\* (Époux)  
 Erden (CE): **65.8**  
 Esclatine (Mme) (CE): **99.4, 99.5**  
 Escriva (CE): **96.5**  
 Esdras et autres (CE): **60.4**  
 Espie c. Institut national de la consommation (TC): **35.7**  
 Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines (CE): **29.8**  
 Établissements Campanon-Rey (CE): **24.7, 35.4**  
 Établissements Delannoy (CE): **33.3**  
 Établissements Vézia (CE): **7.4, 48.2, 71.3**  
 Etienne (CE): **94.9**  
 Ève (CE Sect.): **100.7**

## F

Fabrègue (CE): **4.2**

- Falco et Vidailiac (CE): **57.1, 63.1, 63.3, 96.8**
- Falempin (CE): **89.4**
- Fall (M. et Mme) (CE): **82.7**
- Fano (Mme) (CE): **3.7**
- Fauchère (Mme), Mille (M.) (CE): **21.3, 31.6**
- Faure (CE): **54.1, 54.7, 58.10**
- Faure (Mme) (CE): **53.3**
- Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants (CE): **71.4**
- Fédération autonome des sapeurs-pompiers professionnels (CE): **106.10**
- Fédération CFDT de l'agriculture et Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et services annexes Force ouvrière (CE): **46.4**
- Fédération CFTC des personnels de l'environnement, de l'équipement et du logement, des transports et du tourisme (CE): **58.7**
- Fédération chrétienne des témoins de Jehovah France (CE): **96.10**
- Fédération d'action nationale et européenne (CE): **51.7**
- Fédération de la libre pensée de Vendée (CE Ass.): **18.6**
- Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône (CE): **18.2**
- Fédération de l'hospitalisation privée-Médecine chirurgie obstétrique (FHP-MCO) (CE): **103.9**
- Fédération démocratique alsacienne (CE): **3.3**
- Fédération départementale des chasseurs de la Drôme (CE): **105.8**
- Fédération des associations de propriétaires et agriculteurs de l'Île de France et Union nationale de la propriété immobilière (CE): **103.7**
- Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (CE): **86.11**
- Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques (CE): **60.8**
- Fédération des conseils des parents d'élèves des écoles publiques (2006) (CE): **45.3, 103.6**
- Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique (CE): **82.15**
- Fédération des industries françaises d'articles de sport (CE): **7.6, 49.7, 49.9**
- Fédération des parents d'élèves de l'enseignement public (CE): **15.4**
- Fédération des promoteurs immobiliers (CE): **106.9**
- Fédération des services CFDT et autres (CE): **105.14**
- Fédération des syndicats chrétiens de cheminots (CE): **45.1, 58.7, 58.11**
- Fédération des syndicats de fonctionnaires (CE): **16.5**
- Fédération des syndicats de marins (CE): **40.4**
- Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche (CE): **46.5**
- Fédération du Crédit mutuel du Centre Est Europe (CE): **117.6**
- Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres (CE): **45.2, 58.4, 58.6, 58.11, 78.8**
- Fédération française de cyclisme (CE): **7.6, 50.8**
- Fédération française de gymnastique (CE): **40.6, 85.7**
- Fédération française des sociétés d'assurances (CE): **94.8, 117.8**
- Fédération française d'haltérophilie, musculation et disciplines associées (CE): **4.2**

- Fédération générale agroalimentaire (CE): **27.9**
- Fédération générale des syndicats chrétiens de fonctionnaires (CE): **16.7**
- Fédération générale des syndicats de la police CGT (CE): **46.3**
- Fédération générale du commerce (CE): **4.9**
- Fédération nationale de la libre pensée (CE): **3.8, 95.6**
- Fédération nationale de la pêche en France (CE): **108.6**
- Fédération nationale de l'aviation civile (CE): **58.13**
- Fédération nationale des associations des usagers des transports (2004) (CE): **15.4**
- Fédération nationale des associations d'usagers des transports (1991) (CE): **15.4**
- Fédération nationale des associations d'usagers des transports et autres (CE): **80.12**
- Fédération nationale des cadres des transports (CE): **78.7**
- Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes (CE): **17.7**
- Fédération nationale des élus républicains (CE): **60.3**
- Fédération nationale des huileries métropolitaines (CE): **7.6, 49.7, 49.9**
- Fédération nationale des organismes de sécurité sociale et Fradin (CE): **17.5, 75.7**
- Fédération nationale des syndicats et d'exploitants agricoles (CE): **106.4**
- Fédération nationale des syndicats de police (CE): **17.3, 57.1, 71.5, 76.2, 76.4**
- Fédération nationale des syndicats de police de France et d'outre-mer (CE): **22.4**
- Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière (CE): **58.4**
- Fédération nationale des transports routiers (CE): **105.8**
- Fédération nationale des travaux publics (CE): **103.4**
- Fédération nationale ovine du Sud-Est (CE): **17.7**
- Fédération Sud Santé Sociaux (CE): **111.8**
- Fedida et autres (CE): **84.3**
- Feler (CE): **3.6**
- Fenaille (CE): **8.2**
- Ferrand (M.) (CE): **80.12**
- Ferrand (Mme) (CE): **87.3**
- Ferry (Mme) c. Syndicat mixte des stations de l'Audoubert et de Gréolières (TC): **35.3**
- Feuillatey (Mmes) (CE): **98.9**
- Feutry (TC): **11.2, 19.2, 24.1, 31.1**
- FGTE-CFDT (CE): **85.7**
- Fidan (CE): **92.6**
- Fiévet (CE): **54.9**
- Fischer (2010) (CE): **112.4**
- Fischer (2014) (CE): **86.11**
- Flavigny (TC): **113.2**
- Fofana (CE): **98.9**
- Fofana (Mme) (CE): **82.7**
- Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris (CAA Paris): **86.16**
- Fondation d'Heucqueville (CE): **51.3**
- Fonderies et aciéries électriques de Feurs (CE): **81.13**
- Fonds départemental d'indemnisation des dégâts de sangliers du Bas-Rhin (CE): **47.6**
- Fontaine (CE): **39.5**
- Fontbonne (de) (CE): **70.4, 70.6**
- Fontenille (CE): **100.3, 100.4**
- Football Club des Girondins de Bordeaux (CE Sect.): **49.7**

Fort (CE): **100.2**  
 Fouéré (CE): **27.9**  
 Fourcade (CE): **56.5**  
 Fraisse (CE): **64.6**  
 France Nature Environnement (CE), v.  
 Association France Nature Environnement  
 France Télécom (CE): **105.10**  
 France Télécom c. Société Travaux Publics  
 Électricité (TC): **1.6**  
 Frérot (CE): **45.3**  
 Fromassol (CE): **29.2, 29.3**  
 Front national, Institut de formation des  
 élus locaux (CE): **43.5, 98.10, 98.12, 98.13**  
 Froustey (CE): **50.4, 50.7**

## G

G. (M. et Mme) et commune de Grans  
 (CE): **4.3, 13.4**  
 Gabeur (Mme) (CE): **97.3**  
 Gacon (Delle) (CE): **22.11**  
 Gadiaga (CE): **26.6**  
 Gaebelé (CE): **8.2, 8.3**  
 Gagnant (TC): **37.6**  
 Gaigne (M. et Mme) et commune de  
 Grans (CE): **13.4**  
 Gaillard (CE): **54.2, 54.3, 54.8**  
 Galandou Diouf (CE): **8.1**  
 Galtié (Mme) (CE): **54.2, 54.6**  
 Galy (CE): **70.2**  
 Gamba (TC): **68.7**  
 Gambini (TC): **35.3, 35.7**  
 Gambus (CE): **27.7, 27.8**  
 Ganem (CE): **65.8**  
 Ganiayre (CE): **53.2**  
 Garagnon (Mme) (CE): **14.2**  
 Garde des Sceaux (CE): **90.9**  
 Garde des Sceaux c. Lang (CE): **71.4**  
 Garde des Sceaux c. R. (CAA Bordeaux):  
**90.7**

Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 (CE): **89.6, 90.6**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. Banque populaire de la région  
 économique (CE): **33.6**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. Bennay (CE): **90.7**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. Boussouar (CE): **90.7**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. Fuentès (CE): **90.6**  
 Garde des sceaux, ministre de la justice  
 c. Guimon (CE): **90.7**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. Kehli (CE): **90.7**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. M. et Mme Jaffuer (CE): **33.3**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. Magiera (CE): **104.3**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. Pelle (CE): **33.3**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. Remli (CE): **90.7**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. Theys (CE): **33.6**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. Vizier (CE): **65.9**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. M. et Mme Rizvanovic (CE): **63.4**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 c. M. et Mme Zaouiya (CE): **89.6**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice  
 et des libertés c. Association JLCT  
 (CE): **33.3**  
 Garde des Sceaux, ministre de la justice et  
 des libertés c. Mme Ribailly (CE): **63.4**  
 Gardedieu (CE): **47.13, 86.15**  
 Gardier (CE): **26.3**  
 Gamero (Dame) (CE): **1.5**  
 Gamett (CE): **49.4**  
 Garnier (CE): **26.4**  
 Garrigou (CE): **17.3, 56.3, 56.4, 76.2**

- Gasparini (CE): **88.7**  
 Gauchot (M et Mme) (CE): **99.7**  
 Gauthier (CE Sect.): **118.1, 118.5**  
 Gauthier (CE): **75.10**  
 Gavillet (Delle) (TC): **2.6**  
 Gaz de Bordeaux (CE) v. Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux\*  
 Gaz de Deville-lés-Rouen (CE) v. Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lés-Rouen  
 Gaz de Poissy (CE): **29.2**  
 GDF Suez et association nationale des opérateurs détaillants en énergie (CE): **105.12**  
 Gény (CE): **3.7**  
 Georgel (Mme) (CE): **53.3**  
 Georger et Teivassigamany (CE): **3.5**  
 Gervaise (CE): **99.2**  
 Gestas (CE): **104.5, 109.8**  
 Gestin (CE): **40.3**  
 Gevrey (Époux) (CE): **33.7**  
 Ghazal (M. et Mme) (CE): **23.6, 52.8**  
 Ghazi (CE): **81.7**  
 Giaccardi (CE): **41.1**  
 Gicquel (CE): **8.2, 8.4**  
 GIE Axa courtage (CE Sect.): **33.4**  
 Giorgis (CE): **86.12**  
 GIP-HIS c. Mme Verdier (TC) v. Groupement d'intérêt public «Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris» c. Mme Verdier (TC)  
 Girard (CE): **96.3, 96.5**  
 Giraud (Époux) (CE): **102.8**  
 Girodet c. Morizot (TC): **2.3**  
 Girot de Langlade (CE): **64.7**  
 GISTI\* (1978) (CE): **52.7, 60.7, 82, 88.1**  
 GISTI (1985) (CE): **82.5**  
 GISTI (1986) (CE): **82.8**  
 GISTI\* (1990) (CE): **3.8, 88, 92.3, 103.5, 103.8**  
 GISTI (22 mai 1992) (CE): **82.5**  
 GISTI (23 sept. 1992) (CE): **3.7**  
 GISTI (1997) (CE): **86.11**  
 GISTI (2003) (CE): **101.4**  
 GISTI (31 mai 2006) (CE): **82.9**  
 GISTI (18 juill. 2006) (CE): **101.6**  
 GISTI (9 nov. 2011) (CE): **109.11**  
 GISTI, Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (CE): **86.11, 88.6**  
 Gjini (CE): **92.7**  
 Gliksmann (CE): **26.7**  
 Glon (CE): **39.3**  
 Gollnisch (CE): **98.9**  
 Gombert (CE): **3.2, 63.5, 75.3**  
 Gomel\* (CE): **3.2, 4.9, 27, 28.1, 28.5, 28.6, 50.5, 52.7, 52.10, 72.4, 80.2, 106.1, 106.8, 117.10**  
 Gompertz (CE): **118.7**  
 Goncalves (CE): **81.5**  
 Gonfond (CE): **6.2, 54.5**  
 Gonzalez-Gomez (Mme) (CE Ass.): **86.13, 86.14, 115.8**  
 Gorlier et Bonifay (CE): **80.15**  
 Gouelo (CE): **52.11**  
 Goupil (Mme) (CE): **70.4**  
 Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (CE): **9.2**  
 Gouvernement du territoire de la Polynésie française (CE): **60.2, 71.7**  
 Gozzoli (Dame) (CE): **68.8**  
 Graff (CE): **100.4, 100.9**  
 Grange (CE): **65.3**  
 Grange (de la) (CE): **19.4, 67.3**  
 Grasset (CE): **63.4**  
 Grassin (CE): **80.12**  
 Grekos (CE): **83.10**  
 Gremetz (CE): **96.9**  
 Grenet (Époux) (CE): **66.3**  
 Gribelbauer (CE): **51.5**  
 Griesmar (CE): **46.6**  
 Grimaldi (CE): **80.12**  
 Grimouard (CE) v. Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard\*  
 Grostin c. SNCF (TC): **78.8**

Groupe d'information et de soutien des immigrés (CE) v. GISTI  
 Groupement de défense de l'îlot de Firminycentre (CE): **80.3**  
 Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur (CE): **80.1**  
 Groupement d'intérêt économique «La réunion aérienne» (CE): **14.4**  
 Groupement d'intérêt économique du groupe Victoire (CE): **26.7**  
 Groupement d'intérêt public «Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris» c. Mme Verdier\* (TC): **7.4, 48.3**  
 Groupement forestier de Beaume Haie c. Office national des forêts (TC): **24.2**  
 Groupement forestier des ventes de Nantant (CE): **27.3, 106.8**  
 Guetre (CE): **66.5**  
 Guez c. Chambre nationale de discipline des commissaires aux comptes (CE): **50.8**  
 Gugel (CE): **3.2**  
 Guichon (CE): **42.3**  
 Guiderdoni (Dame) (CE): **25.3**  
 Guieysse (CE): **60.2**  
 Guigon (CE): **70.3**  
 Guigon (TC): **70.3, 73.6, 113.6**  
 Guigonis (CE): **6.3**  
 Guigue (CE): **64.7**  
 Guille (1954) (CE): **64.2, 64.3**  
 Guille (1959) (CE): **39.4, 42.2**  
 Guille (CE): **42.2**  
 Guillec (M. et Mme) (CE): **4.2**  
 Guillemet (CE): **4.4**  
 Guiller (CE): **18.3**  
 Guionnet (Mme) (CE): **22.4**  
 Guis (TC): **35.3**  
 Gumez (CE): **72.2**  
 Guyé (CE): **27.8**  
 Guyot (Mme) (CE): **89.3**

## H

Hakkar (CE): **26.6**  
 Halbwx (CE): **45.4**  
 Halifa (CE): **51.11**  
 Halimi (CE): **81.14**  
 Hardouin et Marie\* (CE): **117.2**  
 Hardouin\* (CE): **90**  
 Hatte-Devaux (Dame Vve) (CE): **113.5**  
 Haut-Commissaire de France en Indochine c. Hauger (CE): **42.4**  
 Hébert (Epoux) (CE): **74.6**  
 Hechter (CE): **55.2**  
 Hegazy c. Préfet de Seine-et-Marne (TC): **113.4**  
 Helouis (CE): **42.5**  
 Hénin et autres (CE): **63.6**  
 Hénin et autres (TC): **63.6**  
 Henry (Mlle) (CE): **83.1**  
 Hespel (M. et Mme) (CE): **26.6**  
 Heugel (Consorts) (CE): **83.5**  
 Heyriés\* (CE): **10.2, 27.9, 30, 32.2, 34.2, 38.2, 41.3, 43.4, 75.5, 76.5, 118.1**  
 Hirsch (Mme) (CE Sect.): **118.4**  
 Hirschowitz (CE): **3.5**  
 Hoareau (TC): **63.6**  
 Hoffer (CE): **3.5**  
 Hoffman-Gleman (Mme) (CE): **43.5, 87.3, 102.8, 102.9**  
 Hontang (CE): **27.11**  
 Hôpital-hospice d'Aulnay-sur-Odon (CE): **62.6**  
 Hôpital-hospice de Chauny (CE): **20.3**  
 Hôpital-hospice de Vemon (CE): **54.2**  
 Hôpital Joseph-Imbert d'Arles (CE): **74.8, 89.4**  
 Hospice de Chateauf-neuf-du-Pape et Commune de Chateauf-neuf-du-Pape c. Jeune (TC): **1.8, 62.6**  
 Houaiji (M.) (CAA Lyon): **79.8**  
 Houphouët-Boigny (CE): **43.3**  
 Hubersen (CE): **28.2**

Hubert et Crépelle (Dames) (CE): **51.6, 91.5**  
 Hublin (CE): **58.6, 58.8**  
 Huc (Dame Vve) (CE): **4.3**  
 Huet (CE): **60.4**  
 Huglo (CE): **98.3**  
 Huguet (CE): **25.6**  
 Husson-Chiffre (Dame) (CE): **89.7**  
 Hyacinthe (Mme) (CE): **98.10, 98.12**

**I**

Idjihadi (Mme) (CE): **22.7**  
 Ilouane (CE): **85.7**  
 Imbert-Quaretta (Mme) (CE): **64.6**  
 Institut de recherche pour le développement (CE): **110.1**  
 Institut d'ostéopathie de Bordeaux (CE Sect.): **78.5**  
 Institut français d'opinion publique (CE): **103.5**  
 Institution Notre-Dame du Kreisker (CE): **45.3, 103.1, 103.2, 103.3, 103.6, 103.7, 103.8**  
 Iossifoglu (CE): **19.4, 67.3**  
 Isnardon (CE): **58.13**

**J**

Jacob (CE Ass.): **95.8**  
 Jalenques de Labeau (CE): **37.1**  
 Jaman\* (CE): **15.3, 23.1, 34.2, 45, 58.6, 79.2, 103.4, 103.6, 103.8**  
 Jambon (CE): **103.8**  
 Jamet (Delle) (CE): **64.4**  
 Jannès (CE): **64.7**  
 Jaouen (CE): **26.3**  
 Jardin (CE): **63.6**  
 Jaros (Époux) (CE): **106.6**  
 Jashari c/ Association de réinsertion sociale - service d'accueil et d'orientation de Nancy (TC): **48.6, 49.12**  
 Jauffret (CE): **91.5**

Jean-Louis, Sévère et Caraman (CE): **56.7**  
 Jean Nouvel c. Association Philharmonie de Paris (TC): **66.8**  
 Jeannier (CE): **2.7, 62.4, 62.6, 62.8, 62.9, 62.10, 102.5, 102.7**  
 Jeissou (CE): **35.7**  
 Jin (M.) et Thiero (M.) (CE): **109.11**  
 Jobard (CE): **63.6**  
 Jonquères d'Oriola (CE): **107.5**  
 Joseph Rivière (CE): **17.6**  
 Jourde et Maleville (CE): **60.2**  
 Journal l'«Aurore» v. Société du Journal l'«Aurore»  
 Jouselin (CE): **79.5**  
 Jugeau (CE): **64.1**  
 Jugy (CE): **98.4**

**K**

Ka (CE): **101.6**  
 Kalck (CE): **39.6**  
 Kampmann (CE): **53.2**  
 Kamrul (CE): **82.7**  
 Kandyrine de Brito Paiva (CE): **86.12, 88.6**  
 Kaplan (CE): **102.9**  
 Karl et Toto Samé (CE): **3.8, 88.2**  
 Karle (CE): **71.1**  
 Kechemir (CE): **82.11**  
 Keddar (CE): **4.4**  
 Kessler (TC): **2.3**  
 Kevers-Pascalis (TC): **106.6**  
 Khadar (CE): **90.6**  
 Khan (CE): **57.3**  
 Kherouaa (CE): **23.5, 90.4**  
 Kierzkowski-Chatal (CE): **105.9**  
 Kim c. Établissement français du sang (TC): **78.2, 78.3**  
 Kirkwood (Dame) (CE): **3.8, 3.9, 77.2, 86.11**  
 Kohumoetini (CE): **8.1**  
 Konaté (CE): **28.3, 28.4**

Koné\* (CE): **3.9, 60.7, 84.3, 88.6, 92**  
 Korber (CE): **63.5**  
 Kouyoumdjian (Dame) (TC): **1.6**  
 Kowalewski (Dame) (CE): **64.7**  
 Kozirev (CE): **92.7**  
 KPMG v. Société KPMG  
 Krier (Dame) (CE): **42.4**  
 Krikorian et autres (TC): **26.6**  
 Krivine (CE): **51.6**  
 Krupa (CE): **89.7**

## L

La Cimade et autres (CE): **82.5, 107.9**  
 La Fleurette\* (CE) v. Société anonyme  
 des produits laitiers La Fleurette\*  
 La Grange (de) (CE): **19.4, 67.3**  
 La Poste (CE): **52.9, 52.10**  
 Labachiche (Mme), épouse Beldjerrou  
 (CE): **22.4**  
 Labane (M. et Mme) (CE): **101.7**  
 Labonne\* (CE): **9.1, 34, 72.2, 91.7,**  
**117.3**  
 Laboulaye (de) (CE): **61.3, 71.1, 71.5**  
 Lacaze (CE): **90.5**  
 Lachger (CE): **82.6**  
 Lacombe (CE): **13.6, 47.7, 47.8, 51.9**  
 Lacroix (Consorts) (CE): **21.3**  
 Lacroix (Mme) (CE): **106.5, 106.6, 106.8**  
 Lafage\* (CE): **22, 97.1**  
 Laffitte (CE): **3.1**  
 Lafitte (Dame) (CE): **68.2**  
 Lagrange (CE): **27.8**  
 Laiterie Saint-Cyprien (CE): **85.2**  
 Lamar (CE): **15.2**  
 Lambert (1970) (CE): **4.5**  
 Lambert (1982) (CE): **12.5**  
 Lambert (Mme) et autres\* (CE): **57.4,**  
**98.9, 115**  
 Lambert (2017) (CE): **115.12,**  
 Lamblin (CE): **37.9**  
 Lamotte\* (Dame) (CE) v. Min. de  
 l'Agriculture c. Dame Lamotte

La Murette (Dame de -) (TC): **2.6, 30.6**  
 Landsmann (CE): **52.2**  
 Languellier (CE): **75.6**  
 Lansier et Herem (CE): **70.1**  
 Laplace (CE): **22.9**  
 Laplace (Mme) (CE): **12.8**  
 Lara (CE): **63.7**  
 Larachi (Mme) (CE): **86.12, 88.6**  
 Larichandy (Mme de) et autres (TC):  
**37.9**  
 Larrouturou (CE): **3.6**  
 Larue (CE): **110.2**  
 Laruelle\* (CE): **1.6, 2.7, 12.9, 53.9, 62,**  
**69.3, 102.2, 102.4, 102.5, 102.6, 104.2**  
 Lasry (CE): **50.5**  
 Lassale (CE): **100.3**  
 Lassus (CE): **99.7**  
 Laudy (CE): **8.4**  
 Laugier (CE): **30.3, 30.7, 75.5, 76.5**  
 Laumonier-Carriol (CE): **4.1, 4.3**  
 Laumonier-Carriol (TC): **2.2**  
 Launey (CE): **54.5**  
 Laupretre (CE): **81.14**  
 Laurent (CE): **97.5**  
 Laurent (Dame)\* (CE): **4.5**  
 Lauriau (Dame) (CE): **68.8**  
 Lauthier (CE): **37.8**  
 Lavabre (CE): **41.5**  
 Lavaud (1948) (CE): **64.1**  
 Lavaud (1995) (CE): **38.7**  
 Lavergne (CE): **100.9**  
 Lavergne (Mme) (CE): **45.1**  
 Lavie et Section française de l'Obser-  
 vatoire international des prisons (CE):  
**90.8**  
 Lavigne (CE): **105.3**  
 Lazare (Mme) (CE): **101.10**  
 Le Bigot (CE): **56.2**  
 Le Cointe (Mme) (CE): **70.4**  
 Le Cun (CE): **97.5**  
 Le Gac (Mme) (CE): **34.3**  
 Le Goff (CE): **81.6**

- Le Loir (CE): **83.2**  
 Le Moult et Syndicat «Union des navigateurs de ligne» (CE): **58.13**  
 Le Pen (CE): **63.4**  
 Le Regroupement national (CE): **3.6**  
 Le Saux (CE): **37.3**  
 Lebon (CE): **27.11**  
 Leboucher et Tarandon (CE): **85.3**  
 Leclerc (CE): **64.6**  
 Leclert (TC): **24.2, 24.6**  
 Lecocq (1944) (CE): **30.4, 30.6, 30.7**  
 Lecomte (Consorts) (CE): **14.5, 33.2, 69.7, 118.7**  
 Lecoq (1978) (CE): **83.4**  
 Lecuyer (CE): **3.7**  
 Lecuyer (Consorts) (CE): **100.4**  
 Leduc (CE): **66.4, 116.5**  
 Lefebvre (CE): **98.12**  
 Lefebvre (Mme) (CE): **14.4, 74.6, 91.8**  
 Legastelois (CE): **18.3**  
 Legrand (CE): **58.10**  
 Legrand (Dame) (CE): **46.2**  
 Legros (CE): **3.9**  
 Legros (Mme) (CE): **81.14**  
 Lehembre (CE): **18.4**  
 Leleu (CE): **42.4**  
 Lemonnier\* (Époux) (CE): **1.7, 2.7, 21.1, 21.2, 21.3, 21.4, 31, 54.9, 62.2, 102.4**  
 Leniau (M. et Mme) (CE): **99.7**  
 Léoni (CE): **41.4**  
 Leostic (CE): **29.3**  
 Lepetit (CE): **8.3**  
 Lepouse (CE): **58.5, 58.7**  
 Lepreux (CE): **14.1**  
 Leriche (CE): **97.1, 97.3, 97.5, 97.8**  
 Leroux (CE): **55.1**  
 Leroy (M. et Mme) (CE): **46.7**  
 Lesbats (CE): **4.1**  
 Leseigneur (CE): **100.4**  
 Lesourd (CE): **46.4**  
 L'Étang (CE): **55.2, 57.4, 63.3, 104.3**  
 Letisserand (CE) v. Ministre des travaux publics c. Consorts Letisserand  
 Leveau (CE): **83.10**  
 Level (CE): **35.4, 37.3, 78.9**  
 Lévêque (CE): **42.6**  
 Lévêque (Mme) (CE): **109.12**  
 Levrat (CE): **6.6**  
 Lévy (1955) (CE): **65.2**  
 Leygues (CE): **54.2**  
 Lezzerio (Époux) (CE): **46.5**  
 L'Herbier (CE): **35.9, 37.3**  
 Librairie François Maspero (CE) v. SA Librairie François Maspero  
 Liénart (CE): **42.3**  
 Ligori (CE): **46.7**  
 Ligue des contribuables de la Martinique et Benoit (CE): **4.6**  
 Ligue des droits de l'Homme (CE): **63.8**  
 Ligue des droits de l'homme et autres (CE): **98.9, 118.1**  
 Ligue des droits de l'homme et autres et Association de défense des droits de l'homme-Collectif contre l'islamophobie en France (CE): **43.4**  
 Ligue nationale contre l'alcoolisme (CE): **16.2**  
 Ligue pour la protection des mères abandonnées (CE): **51.3**  
 Lila (Mme) (CAA Lyon): **79.8**  
 Limetti (Dame Vve) c. Ville de Paris (TC): **44.5**  
 Lingois (CE): **27.9, 65.2**  
 Linné (CE): **63.5**  
 Litzler (Dame Vve) (CE): **2.3**  
 Livet (CE): **75.4, 75.7, 75.9**  
 Llioutry (CE): **45.4**  
 Lopez (Epoux) (CE): **96.9, 114.7**  
 Lorédon (CE): **27.8**  
 Lorenzi (CE): **26.4, 97.4**  
 Lot\* (CE): **8.1, 8.2, 9.3, 12, 15.2, 112.1**  
 Lote (CE): **90.4**  
 Louis (CE): **97.6**

Louvard (CE): **4.7**  
 Louys (Dame) (CE): **46.2**  
 Loyeux (CE): **14.2**  
 Lugan (CE): **105.3**  
 Lujambio Galdeano (CE): **92.6**  
 Lyon-Caen (CE): **63.3**

## M

Madaci et Youbi (TC): **10.2**  
 Madi (Mme) (TC): **83.6**  
 Magnier (CE): **48.4, 49.5, 49.7, 49.9**  
 Magnin (CE): **64.7**  
 Maïa (CE): **39.7**  
 Maire de Thionville (CE): **9.3**  
 Maison Genestal (CE) v. Société Maison  
 Genestal  
 Maistre (de) (CE): **100.3**  
 Malardel (CE): **80.7**  
 Malbeau (CE): **63.5**  
 Malby et Bedouet (CE): **80.1**  
 Malglaive (CE): **3.7**  
 Malher (CE): **78.4, 78.9, 82.14**  
 Mann Singh (CE): **45.1, 52.5**  
 Manoukian (CE): **110.3**  
 Mansuy (CE): **68.7**  
 Mansuy (Mme) (CE): **51.4**  
 Manufacture de velours et peluches et  
 Société Velvétia (TC): **83.6**  
 Manufacture française d'armes et de  
 cycles (CE): **47.4**  
 Manufacture française des pneumatiques  
 Michelin (1968) (CE): **27.9, 81.2**  
 Manufacture française des pneumatiques  
 Michelin (1979) (CE): **81.6**  
 Marc S., Commune de Grenoble, Mme  
 P., Mme T (CE): **6.6**  
 Marcel (CE): **81.7**  
 Marcilhacy (Mme) et autres (CE): **117.8**  
 Marcotte (CE): **39.3**  
 Marcou (CE): **22.2, 22.4**  
 Mardirossian (Mme) (CE): **49.7, 49.9**  
 Marécar (CE): **68.2**

Maréchaux (CE): **64.6**  
 Maridet (Epoux) (CE): **74.2**  
 Marie\* (CE): **90**  
 Marini (CE): **3.5**  
 Marion (CE): **30.4, 30.6, 30.7**  
 Marmagne (CE): **50.5**  
 Marteaux (Melle) (CE): **23.4**  
 Martel (Melle) (CE): **46.4**  
 Martin (CE): **15.3, 78.4, 83.10, 96.1,**  
**110.1, 114.1**  
 Martin (Époux) (CE): **6.5, 33.7**  
 Martin (TC): **36.2**  
 Martin-Justet (CE): **21.2**  
 Martins (Mme) (CE): **89.2**  
 Marx (Époux) (CE): **74.2**  
 Marzini (CE): **82.7**  
 Mas-Gayet (CE): **29.2**  
 Masson (CE): **43.2**  
 Masson c. Office public de l'habitat Mo-  
 selis (TC): **37.2**  
 Massonaud (CE): **4.9, 70.4**  
 Massot (CE): **27.3**  
 Matelly (CE): **27.11, 64.7**  
 Mathian (CE): **10.2**  
 Mathis (CE): **86.2**  
 Mattei (Dlle) (CE Sect.): **100.7**  
 Maubleu (CE): **26.4, 97.3**  
 Maugendre, (CE): **43.3**  
 Maurel (CE): **17.3**  
 Maurice (CE): **70.4, 70.6**  
 Mayer (CE): **100.4**  
 Mazerand (Dame Vve) (TC): **37.8**  
 Mazière (CE): **1.6, 62.5**  
 Mbakam (CE): **22.5**  
 Mbaye (CE): **98.9**  
 Meaux (Dame) (CE): **50.8**  
 Mégevand (CE): **70.2**  
 Mégret et Mekhantar (CE): **3.7**  
 Méhu et autres (CE): **72.2**  
 Mélamède (CE): **27.8**  
 Meline (Delle) (CE): **68.4**  
 Mélinette (Dame) (TC): **35.4**

- Menneret\* (Mme) (CE): **7.1, 13.4, 83, 98.3, 98.7**
- Menu (Mme) et SA des établissements Gurdebeke et Office national des forêts (TC): **36.3, 67.7**
- Mestral (de) (CE): **20.4**
- Métayer (Consorts) et Époux Lacour (CE): **4.8, 80.7**
- Metge (CE): **56.3**
- Meunier (TA Bordeaux): **74.3**
- Meyer (Dame) (CE): **7.3**
- Meyer (M. et Mme) (CE): **112.5**
- Meyet (1979) (CE): **15.2, 15.4**
- Meyet (1991) (CE): **15.3**
- Meyet (1999) (CE): **40.2, 40.3, 103.5, 103.8**
- Meyet et Bouget (CE): **3.3**
- Meyet et Mouvement républicain et citoyen (CE): **3.6**
- Mezerna (CE): **73.2**
- Mezger (CE): **36.4**
- Mézy (CE): **41.5**
- Michaud (CE): **68.7**
- Michel (CE): **46.3**
- Michel (Dame) (CE): **4.3**
- Milhaud (CE): **50.3, 50.6, 52.11, 59.4, 91.2**
- Million et Marais (CE) v. Société Million et Marais\*
- Miloudi (CE): **90.7**
- Mimeur (Delle) (CE): **2.7, 21.2, 21.4, 31.5, 31.6, 44.5, 54.9, 62.2, 102.4**
- Mimouni (CE): **66.5, 67.7**
- Minaire (Delle) et autres (CE): **37.4**
- Minart (CE): **25.6**
- Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg (CE): **3.9**
- Ministre de la culture c. Genty (CE): **47.6**
- Ministre de la culture e/ Mme Cusenier (CE): **117.4**
- Ministre de la culture et de la communication c. Association Promouvoir et autres (CE): **72.11**
- Ministre de la culture et de la communication c. M. Hoddé (CE): **46.5**
- Ministre de la défense (CE): **6.6**
- Ministre de la défense c. Consorts Lacourcelle (CE): **6.2**
- Ministre de la défense c. Diop\* (CE): **86.18, 97.2, 99.1, 101**
- Ministre de la défense c. Époux Raszewski (CE): **31.6**
- Ministre de la défense c. M. H (CE): **74.9**
- Ministre de la défense c. Mme Delfau (CE): **22.2**
- Ministre de la défense c. Préaud (CE): **13.7, 101.3**
- Ministre de la défense c. Stefani (CE): **52.5**
- Ministre de la défense et des anciens combattants c. Péru (CE): **46.7**
- Ministre de la défense et des anciens combattants c. Ulvoas (CE): **46.7**
- Ministre de la guerre (CE): **29.3**
- Ministre de la guerre c. Nadaud (CE): **29.8**
- Ministre de la jeunesse et des sports et association nouvelle des Girondins de Bordeaux (CE): **51.8**
- Ministre de la justice c. Compagnie d'assurances La Zurich (CE): **33.3**
- Ministre de la justice c. Craighero (CE): **2.2, 2.3**
- Ministre de la justice c. Dame Vve Picard (CE): **89.6**
- Ministre de la justice c. Frérot (CE): **90.7**
- Ministre de la justice c. Thouzellier (CE): **33.3**
- Ministre de la justice c. Trouillet (CE): **33.3**
- Ministre de la qualité de la vie c. Vauxmoret (CE): **49.7**

- Ministre de la santé c. Prat (CE): **28.3**
- Ministre de la santé publique et de la sécurité sociale c. Delle Ecarlat (CE): **79.6, 79.7**
- Ministre de l'agriculture c. Barcons et Commune de Vernet-les-Bains (CE): **54.2**
- Ministre de l'agriculture c. Consorts Gri-mouard\* (CE): **19.4, 63.2, 66.5, 66.7, 66.9, 67, 68.7**
- Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte\* (CE): **55.4, 57, 60.7, 71.4, 92.3, 96.8, 106.3, 112.3, 112.5**
- Ministre de l'agriculture c. Latour (CE): **51.9**
- Ministre de l'agriculture c. Mornet (CE): **37.8**
- Ministre de l'agriculture c. Simonnet (CE): **29.9, 40.3**
- Ministre de l'agriculture c. société coopérative d'insémination artificielle de la Vienne (CE): **51.3, 51.9**
- Ministre de l'agriculture c. société Les Fils de Henri Ramel (CE): **73.5**
- Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c. Société Sofunag Environnement (CE): **53.2**
- Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c. Carminati (CE): **86.13**
- Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement et du tourisme c. Navarra (CE): **38.5, 38.9**
- Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie (CE): **53.3**
- Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c. Lambois (CE): **60.5**
- Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c. Société Smurfit Kappa Papier recyclé (CE): **100.3**
- Ministre de l'économie et des finances c. Bonnebaigt (CE): **51.5**
- Ministre de l'économie et des finances c. Soc. Export Press (CE): **22.4**
- Ministre de l'économie et des finances c. Société Samat (CE): **100.3**
- Ministre de l'économie et des finances et Ville de Bordeaux c. Sastre (CE): **38.5, 38.9**
- Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi c. Mme Morand (CE): **58.10**
- Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. Kechichian (CE): **53.2**
- Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. SARL Janfin (CE): **98.5**
- Ministre de l'éducation c. Delle Bachelier (CE): **46.3**
- Ministre de l'éducation nationale c. Dame Saulze (CE): **33.7**
- Ministre de l'éducation nationale c. Delle Rabdeau (CE): **39.4**
- Ministre de l'éducation nationale c. École privée de filles de Pradelles (CE): **25.2**
- Ministre de l'éducation nationale c. Époux Gentilhomme (CE): **79.6**
- Ministre de l'éducation nationale c. M. et Mme Ait Ahmad (CE): **23.5**
- Ministre de l'éducation nationale c. Mazuel (CE): **54.7**
- Ministre de l'éducation nationale c. Mme Buret (CE): **46.4**
- Ministre de l'éducation nationale c. Organisme de gestion du collège privé de l'Abbaye de Saint-Sauveur le Vicomte (CE): **13.6**
- Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative c. M. et Mme P. (CE): **98.11**

- Ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche (CE): **62.7**
- Ministre de l'emploi et de la solidarité c. Consorts Botella (CE): **53.3**
- Ministre de l'emploi et de la solidarité c. Vedel (CE): **98.7**
- Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement c. Rahir (CE): **81.9**
- Ministre de l'environnement c. M. Plan (CE): **47.6**
- Ministre de l'environnement c. société SPECHINOR (CE): **22.4**
- Ministre de l'équipement c. Weber (CE): **80.12**
- Ministre de l'équipement et du logement c. Baron (CE): **4.2**
- Ministre de l'équipement et du logement c. Dalleau (CE): **33.2, 33.8**
- Ministre de l'équipement et du logement c. Époux Lossier (CE): **74.7**
- Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville Nouvelle Est» (CE) v. Ville Nouvelle Est
- Ministre de l'équipement, des transports et du tourisme c. SARL Der (CE): **86.15**
- Ministre de l'équipement, du logement et de la mer c. Époux Cala (CE): **33.2, 52.7**
- Ministre de l'équipement, du logement et des transports c. commune de Saint-Germain-en-Laye (CE): **27.3**
- Ministre de l'information c. société Rome Paris Films (CE): **72.7, 81.4**
- Ministre de l'intérieur (CE): **9.2, 98.5, 112.7**
- Ministre de l'intérieur c. association «Communauté tibétaine en France et ses amis» (CE): **18.4**
- Ministre de l'intérieur c. Barain (CE): **27.7**
- Ministre de l'intérieur c. Benkerrou (CE): **61.4**
- Ministre de l'intérieur c. Benouaret (CE): **82.10**
- Ministre de l'intérieur c. Bouriah (CE): **82.6**
- Ministre de l'intérieur c. Boyero (CE): **47.3, 47.9, 77.2**
- Ministre de l'intérieur c. Castellan (CE): **65.9**
- Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit (CE): **109.1, 109.6, 109.8, 109.10**
- Ministre de l'intérieur c. Commune de Saint Florent (CE): **53.2**
- Ministre de l'intérieur c. Consorts Chauche (CE): **47.9**
- Ministre de l'intérieur c. Consorts Chenouf (CAA Marseille): **14.4, 118.7**
- Ministre de l'intérieur c. Cortes Ortiz (CE): **79.5, 79.6**
- Ministre de l'intérieur c. Dame Desamis (CE): **102.5**
- Ministre de l'intérieur c. Diarra Barane (CE): **82.10**
- Ministre de l'intérieur c. Diouri (CE): **82.10**
- Ministre de l'intérieur c. Dridi (CE): **27.7, 82.10**
- Ministre de l'intérieur c. El Mouhaden (CE): **52.7**
- Ministre de l'intérieur c. Époux Leroy (CE): **61.5**
- Ministre de l'intérieur c. Fabre-Luce (CE): **73.5**
- Ministre de l'intérieur c. M. et Mme Sulaimanov (CE): **98.13**
- Ministre de l'intérieur c. Massamba (CE): **52.3**

- Ministre de l'intérieur c. Mme Aueur (CE): **98.6**
- Ministre de l'intérieur c. Mme Auger (CE): **70.3**
- Ministre de l'intérieur c. Mme Ofendès (CE): **82.10**
- Ministre de l'intérieur c. Mme Thuvenin (CE): **112.7**
- Ministre de l'intérieur c. Mme Tliba (CE): **98.12**
- Ministre de l'intérieur c. Pardov (CE): **82.10**
- Ministre de l'intérieur c. Rohmer et Faist (CE): **51.3**
- Ministre de l'intérieur c. Société les Productions de la Plume et Dieudonné M'Bala M'Bala (CE): **43.5, 91.8, 98.10**
- Ministre de l'intérieur c. Société «Les Éditions de la Terre de Feu» (CE): **27.8**
- Ministre de l'intérieur c. Société «Le Témoignage Chrétien» (CE): **73.6**
- Ministre de l'intérieur c. Tliba (Mme) (CE): **98.9**
- Ministre de l'intérieur et de la décentralisation c. Peltier (CE): **27.4, 27.9**
- Ministre de l'intérieur et de la décentralisation c. Société «Les éditions des Archers» (CE): **27.8**
- Ministre de l'intérieur et de la décentralisation et ministre de l'éducation nationale c. École Notre-Dame de Keritron (CE): **53.6**
- Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire (CAA Nantes): **87.6**
- Ministre de l'intérieur, commune de Calais (CE): **98.13**
- Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c. M. et Mme Ben Amour (CE): **38.2**
- Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c. M. Beghal (CE): **98.9**
- Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration (2011) (CE): **22.8**
- Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration (2012) (CE): **51.9**
- Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c. K... (CE): **57.3**
- Ministre de l'urbanisme, du logement et des transports c. ville de Paris (CE): **68.5**
- Ministre délégué, chargé du budget c. Commune de Cherbourg-Octeville\* (CE): **89.7**
- Ministre des affaires étrangères c. Époux Laurent (CE): **31.6**
- Ministre des affaires étrangères et du développement international c. Cava-ciuti (CE): **77.6**
- Ministre des affaires étrangères et Secrétaire d'État aux grands travaux c. Association de sauvegarde du site Alma-Champ de Mars (CE): **80.15**
- Ministre des affaires sociales c. Société d'études, de réalisations, de gestion immobilière et de construction (CE): **11.5**
- Ministre des Affaires sociales et de la santé (CE): **47.13**
- Ministre des affaires sociales et de la santé c. Centre hospitalier Emile Roux du Puyen-Velay (CE): **114.2**
- Ministre des Affaires sociales et de la santé c. M. et Mme Rumija (CE): **98.9**
- Ministre des affaires sociales et de la santé et des droits des femmes c. Mme Touboul (CE): **89.2**

- Ministre des affaires sociales et de l'emploi c. Lesprit (CE): **53.3, 81.14**
- Ministre des affaires sociales et de l'emploi c. Melle Lopez (CE): **51.8**
- Ministre des affaires sociales et de l'emploi c. Syndicat CGT de la Société Griffine Maréchal (CE): **91.2**
- Ministre des armées c. Compagnie d'assurances laPrévoyance et Société des laboratoires Berthier-Derol (CE): **2.3**
- Ministre des armées c. Consorts Occelli (CE): **21.3**
- Ministre des armées c. Hocdé (CE): **64.5**
- Ministre des armées c. Ruffin (CE): **9.4**
- Ministre des armées c. SNCF (CE): **33.2**
- Ministre des armées C. Audibert (CE): **58.12**
- Ministre des Armées-Air c. Dame Vve Coppier de Chanron (CE): **1.6**
- Ministre des finances (CE): **9.2**
- Ministre des finances c. Achard (CE): **53.2**
- Ministre des finances c. Lafon (CE): **22.10**
- Ministre des finances c. Leblanc (CE): **64.7**
- Ministre des finances c. Lemaire (CE): **54.2, 54.3, 54.9**
- Ministre des finances c. Société financière d'exploitations industrielles (CE): **20.6**
- Ministre des finances et des comptes publics c. Amar (CE): **106.11**
- Ministre des finances et des comptes publics c/ Société Export Press (CE): **117.8**
- Ministre des postes et télécommunications c. Frischmann (CE): **64.9**
- Ministre des postes et télécommunications c. Merkling (CE): **39.5**
- Ministre des PTT c. Garysas (CE): **51.2**
- Ministre des relations extérieures c. Tizon et Millet (CE): **77.6**
- Ministre des transports c. Kichenin (CE): **33.2**
- Ministre des travaux publics c. Consorts Letisserand\* (CE): **1.7, 6.6, 74**
- Ministre des travaux publics c. Dame Féraud (CE): **74.6**
- Ministre d'État chargé des affaires sociales c. Amoros (CE): **83.5, 98.3, 98.7**
- Ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la justice c. Bompard (CE): **90.7**
- Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c. Mme Pion (CE): **42.2**
- Ministre d'État, ministre des transports c. Compagnie Touraine Air Transpon (CE): **38.8, 38.10**
- Ministre du budget c. commune de Tallard (CE): **89.7**
- Ministre du budget c. Mme Emard (CE): **58.14**
- Ministre du budget c. SARL Autoroute-Industrie Méric (CE): **97.4, 97.5**
- Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c. Société EPI (CE): **56.6, 106.4**
- Ministre du travail c. Bisson (CE): **81.2**
- Ministre du travail c. Société Carnaud emballage (CE): **81.7**
- Ministre du travail c. Société Peintures Corona (CE): **43.7**
- Ministre du travail c. Stephan (CE): **51.4**
- Ministre du travail c. Syndicat national des cadres des organismes sociaux (CE): **93.3**
- Ministre du travail et Consortium viticole et vinicole de Bourgogne (CE): **81.13**
- Ministre du travail et de la participation c. Société Afrique France Europe transaction (CE): **85.3**
- Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c. SAS Sud Travaux (CAA Marseille): **43.7**

- Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c. Société Corning France (CE): **81.7**
- Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c. Mattei (CE): **81.11**
- Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle et Association de la Couronnerie c. Bourrelier (CE): **81.13**
- Ministre du travail, de l'emploi et de la santé c. Comité d'entreprise de la société Caterpillar (CE): **43.7**
- Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social (CE): **52.7**
- Mirambeau (CE): **51.5**
- Moehrlé (CE): **12.8**
- Moine (CE): **2.3, 62.8, 62.10**
- Moineau\* (CE): **50.6, 52, 55.1, 74.8, 82.10, 97.1**
- Moisan (CE): **14.4, 33.8**
- Molinier (CE Sect.): **117.3**
- Mollet (CE): **41.5**
- Molline et autres (CE): **63.3**
- Monfroy (CE): **90.6**
- Monier (CE): **12.4**
- Monnet (CE): **64.6**
- Monpeurt\* (CE): **7.4, 17.3, 48.2, 48.6, 49, 50.1, 50.2, 59.1, 63.2, 78.1, 78.3, 83.5, 93.9, 94.6, 96.8, 98.11**
- Montaignac (CE): **28.6**
- Morand (CE): **49.7, 49.8, 49.12**
- Moreau (CE): **81.6, 81.8**
- Morel et autres (CE): **18.1**
- Morel et Rivière (CE): **43.4**
- Morell (CE): **74.2**
- Morin (CE): **64.6, 100.4**
- Moritz (CE): **62.4, 62.10, 102.5, 102.7**
- Moritz (TC): **2.7, 62.4, 62.5, 62.6, 102.5, 102.7**
- Moroge (CE): **47.1**
- Moulin (Mme) (CE): **81.14**
- Moulinet (Dame Vve) et demoiselle Moulinet (CE): **110.2**
- Moulis (Dame Vve) (CE): **63.5**
- Moussa Konaté (CE): **82.10**
- Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et pour la paix (CE): **82.5**
- Moya-Caville (Mme) (CE): **6.2, 6.6, 54.5**
- M' Paye. N' Gom et Moumie (CE): **43.4**
- M'Rida (Mme) (CE): **101.8, 101.10**
- Mulsant (CE): **27.5, 27.9, 65.9**
- Muntoni (CE): **61.3**
- Murette (Dame de la) (TC): **2.6, 30.6**
- Mutuelle assurance des commerçants et industriels de France c. Syndicat de copropriétaires du centre commercial de la Lézarde (TC): **66.3**
- Mutuelle générale des personnels des collectivités locales (CE): **9.5**
- Mytteis-Hager (CE): **82.6**

## N

- Naliato (TC): **35.3, 67.8**
- Napol et autres\* (CE): **14.4, 27.7, 30.7, 118**
- Narcy (CE): **48.3, 48.4**
- Naud (CE): **43.3**
- Navizet (CE): **7.5**
- Neel (Époux) (CE): **80.3**
- Nègre (1949) (CE): **64.1**
- Nègre (1956) (CE): **51.2, 51.9, 64.6**
- Nguyen, Jouan, Payan (Consorts) (CE): **33.8, 52.5, 89.4**
- Nicolaï (Mme) (CE): **54.6**
- Nicolo\* (CE): **3.8, 17.5, 46.6, 71.9, 86, 88.3, 92.4, 94.8, 95.1, 95.6, 95.11, 96.2, 96.7, 111.5**
- Nicot (CE): **33.1**
- Nkodia (CE): **82.7**
- Normand (CE): **80.13**
- Noualek (Consorts) (TC): **63.4**

Noulard (CE): **83.5**  
 Nouvel c. Association Philharmonie de Paris (TC): **66.8**  
 Nucci (CE): **97.3**

**O**

Obrégo (Delle) (CE): **63.3, 64.9**  
 Observatoire international des prisons-Section française (2003) (CE): **3.2**  
 Office de développement de l'économie agricole outre-mer (CE): **100.5**  
 Office français de protection des réfugiés et apatrides (CE): **52.7, 82.7**  
 Office français de protection des réfugiés et apatrides c Yarici (CE): **22.4**  
 Office national de la chasse et de la faune sauvage (CE): **100.2**  
 Office national des forêts c. Abamonte (CE): **36.3, 68.9**  
 Office national des forêts c. Béraud et entreprise Machari (TC): **36.3, 67.7**  
 Office national des forêts c. Delle Dupouy (CE): **36.2, 67.7**  
 Office national des forêts c. Girard-Mille (CE): **24.6**  
 Office national interprofessionnel des céréales (CE): **105.4, 109.8**  
 Office public d'HLM de la ville d'Alès c. Brasseur (CE): **20.6**  
 Office public d'HLM de Puteaux (CE): **1.7**  
 Office public d'HLM du département de la Seine (CE): **83.3, 83.4**  
 Office publicitaire de France (TC): **10.2, 30.6**  
 Offner (CE): **50.6**  
 Okosun (Mme) (CE): **82.12**  
 Olivier (Consorts) (CE): **47.7, 77.4**  
 Olivier (CE) v. Abbé Olivier  
 Onesto (2004) (CE): **58.6**  
 Ordonneau (CE): **22.11**

Ordre des avocats á la Cour d'appel de Paris et autres (1981) (CE): **55.3**  
 Ordre des avocats á la Cour de Paris (15 mai 1987) (CE): **103.5, 103.8**  
 Ordre des avocats á la Cour de Paris (17 déc. 1997) (CE): **41.6, 94.10**  
 Ordre des avocats au barreau de Paris (2006) (CE): **41.1, 41.6, 41.9**  
 Ordre des avocats au barreau de Paris (CE): **61.3**  
 Ordre des avocats du barreau de Tours (TC): **63.6**  
 Oriano (d') (CE): **51.2, 75.9, 75.10**  
 Oster (Dame Vve) (CE): **46.2**  
 Ouatah (CE): **98.1, 98.3, 98.7**

**P**

Pacha (CE): **70.4, 70.4**  
 Pain (CE): **85.8**  
 Palazzi (CE): **109.7**  
 Palem (CE): **51.4**  
 Pandajopoulos (CE): **4.6**  
 Pantaloni (CE): **54.8**  
 Papon\* (2002) (CE): **2.3, 21.4, 44.5, 62.3, 62.5, 62.11, 102**  
 Papon (2003) (CE): **96.9**  
 Parent (CE): **97.4**  
 Paris (Mme) c. M. Gaudichon, Mme Naturel (TC): **2.4**  
 Paris de Bollardiére (CE): **3.7**  
 Paris et Roignot (Mmes) (CE): **93.5**  
 Paris, Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris (CAA): **86.16**  
 Pariset\* (CE): **3.2, 4, 27.1, 73.4**  
 Parti des travailleurs (CE): **64.10**  
 Pascau (Mme) (CE): **49.12**  
 Pasquier (Consorts) (CE): **74.7**  
 Pasteau (Delle) (CE): **65.2, 67.3**  
 Patureau (CE): **96.9**  
 Paulin (CE): **86.17**  
 Paumier (Dame Vve) (CE): **31.4, 62.3**

- Paya Monzo (CE): **55.2**  
 Payet (CE): **90.7**  
 Pébeyre (CE): **64.10**  
 Pech (Époux) (CE): **74.6**  
 Pedoussaut (CE): **42.2, 42.2**  
 Peillex (CE): **101.10**  
 Pelletier et autres (CE): **60.5**  
 Pelletier\* (TC): **2, 31.2, 31.8, 54.9, 62.2, 62.4, 62.10, 62.11, 102.3, 102.5**  
 Penicaud (CE): **61.2**  
 Perez (CE): **105.10**  
 Perez (Époux) (CE): **80.12**  
 Perez, Ordre des avocats de Paris (CE): **41.6, 41.10**  
 Perrault (Mme) (CE): **46.5**  
 Perregaux (CE): **82.10**  
 Perreux\* (Mme) (CE): **3.8, 28.4, 46.6, 65.7, 85.2, 106.1, 109**  
 Perruche (CE): **6.5, 33.7**  
 Peters (Mme) (CE): **87.3**  
 Pétronelli (CE): **61.6**  
 Peynet (Dame) (CE): **82.13, 82.14**  
 Peyrilhé (M. et Mme) (CE): **98.9**  
 Philippart et Lesage (CE): **98.2, 98.5, 98.7**  
 Philippe K. (CE): **3.11**  
 Philipponeau (Dame) (CE): **89.2**  
 Piazza (CE): **27.7**  
 Pichon (CE): **64.7**  
 Pierron (CE): **90.3**  
 Pinguet (1953) (CE): **54.8, 69.2**  
 Pinguet et autres (2005) (CE): **70.4**  
 Piollet (Mme), M. Anson (CE): **33.6**  
 Planchenault (CE): **90.7**  
 Plenel (CE): **64.7**  
 Plessis (CE): **81.14**  
 Ploix (CE): **51.5**  
 Plouhinec et Syndicat CFDT chimie énergie Lorraine (CE): **46.6**  
 Poirot (CE): **39.2**  
 Poirrez (CE): **15.4**  
 Poissonnier (Époux) (CE): **100.3**  
 Pôle emploi (CE): **12.7, 109.12**  
 Ponard (CE): **85.2, 103.9**  
 Popin (Mme) et M. El Moumny (CE): **22.4**  
 Popin (Mme)\* (CE): **14.6, 50.7, 69.8, 89.7, 104, 111.6**  
 Poplin (CE): **66.5**  
 Port autonome de Marseille (CE): **14.2, 14.5, 38.5**  
 Portalis (CE): **2.7, 100.3**  
 Pothier (CE): **2.3**  
 Pourcelet (CE): **104.1, 104.3**  
 Pourcin (TC): **66.4**  
 Poursines (CE): **62.2, 62.3**  
 Pouzenc (CE): **58.11**  
 Pradel (CE): **8.6**  
 Pragnère et société Garage du Faucigny c. société Construction de lignes électriques (TC): **66.3**  
 Praingy (de) (CE): **107.9**  
 Prats (CE): **27.8, 63.3**  
 Préfet de la Corse, Préfet de la Corse du sud (TC): **10.2**  
 Préfet de la Côte d'Or (CE): **110.2**  
 Préfet de la Gironde c. Mahmedi (CE): **3.7, 3.8**  
 Préfet de la Guyane\* (TC): **17.4, 17.5, 63, 69.2, 96.8**  
 Préfet de la Haute-Loire c. Tribunal correctionnel du Puy-en-Velay (TC): **1.6**  
 Préfet de la Loire-Atlantique (CE): **82.7**  
 Préfet de la région ile-de-France, Préfet de Paris c. Fédération syndicale Sud PTT (TC): **35.9**  
 Préfet de la région ile-de-France (Ville de Pamiers) (TC): **84.7, 94.2, 94.6, 94.9**  
 Préfet de l'Essonne (1999) (TC): **37.7**  
 Préfet de l'Essonne c. TGI d'Évry (TC): **67.4, 67.4**  
 Préfet de l'Eure (CE): **83.4**  
 Préfet de l'Hérault c. Dakoury (CE): **82.7**

- Préfet de Paris c. Conseil de prud'hommes de Paris (TC): **78.9**
- Préfet de Paris et ministre de l'intérieur (CE): **70.6**
- Préfet de police c. Alcaraz (CE): **61.5**
- Préfet de police c. Chambre syndicale patronale des enseignants de la conduite des véhicules à moteur (CE): **61.6**
- Préfet de police c. Guez (CE): **43.4**
- Préfet de police de Paris c. Metzler (CE): **91.4**
- Préfet des Alpes-Maritimes c. CA Aix-en-Provence (TC): **2.6, 44.6**
- Préfet des Alpes-Maritimes et Société SudEst Assainissement (CE): **98.4**
- Préfet des Alpes-Maritimes, SA EGTL c. Société des autoroutes Estérel Côte d'azur, Provence-Alpes (TC): **35.7**
- Préfet des Bouches-du-Rhône (TC): **36.1**
- Préfet des Deux-Sèvres c. Commune de Neuvy-Bouin (CE): **9.5**
- Préfet des Hauts-de-Seine c. Conseil des prud'hommes de Boulogne-Billancourt (TC): **37.7**
- Préfet du Pas-de-Calais (TC): **87.6**
- Préfet du Tam c. Cour d'appel de Toulouse (TC): **2.4, 44.3, 44.5**
- Préfet du Val d'Oise c. Commune de Goussainville, Compagnie des eaux de Goussainville (TA Versailles): **70.5**
- Premier ministre c. Vve Beau de Loménie (CE): **80.12**
- Président de l'Assemblée nationale\* (CE): **17.3, 17.5, 96, 117.2**
- Président du Sénat (CE): **96.11**
- Preyval (CE): **50.4, 50.7**
- Prince Napoléon\* (CE): **3, 75.3, 75.5, 77.2, 77.5, 90.3, 92.1, 96.1**
- Princeteau (CE): **12.5**
- Privat (CE): **50.6**
- Procureur de la République c. Pirozelli (CE): **51.4**
- Prothée (CE): **18.2**
- Prouvost (CE): **52.7, 81.15**
- Provin (Mme) (CE): **13.7, 46.6**
- Province des Iles Loyauté (CE): **41.4, 41.5**
- Proyart c. Ordre des avocats du barreau de Lille (TC): **63.6**
- Prunet c. Le Bras (TC): **66.5**
- Puce et Garde des sceaux, ministre de la justice (CE): **90.7**
- Puisoye (CE): **39.6**
- Puy de Clinchamps (du) (TC): **37.6**

## Q

- Quériaud (CE): **39.3**
- Quesnel (Delle) (CE): **31.4**
- Quintanel (CE): **46.6**
- Quittat (Consorts) (CE): **27.8**

## R

- Rabot (CE): **4.6**
- Rabut (Mme) (CE): **37.8**
- Radiodiffusion française (TC) **3.7**
- Radix (CE): **14.4**
- Radu (Mme) (CE): **109.11**
- Ragusi (CE): **27.7**
- Ramond (CE): **1.7**
- Ranchon (CE): **68.7**
- Randon et autres (TC): **2.6**
- Raoult (CE): **27.5, 27.9, 65.9**
- Rascol (CE): **12.3**
- Rassemblement des nouveaux avocats de France (CE): **26.3, 103.7**
- Rastouil, évêque de Limoges (CE): **18.2**
- Rauby (TC): **66.3**
- Rault (Delle) (CE): **4.2**
- Raux (CE): **63.6**
- Rebatel (CE): **14.2**
- Rebeuf (CE): **3.5**

- Rebora (CE): **14.4**  
 Rech (CE): **12.3**  
 Régie autonome des transports parisiens (CE): **61.7, 94.9, 94.10**  
 Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes (CE): **79.7**  
 Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes (CE): **117.6**  
 Région Centre (CE): **98.7**  
 Région du Limousin et autres (CE): **20.4, 20.6, 20.8**  
 Région Ile de France c. M. Nautin et autres (TC): **94.6**  
 Région Languedoc-Roussillon (CE): **100.3**  
 Région Midi-Pyrénées c. Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne (CE): **11.5**  
 Région Provence-Alpes-Côte d'azur (CE): **117.6**  
 Région Réunion (CE): **114.2**  
 Regnault-Desroziers\* (CE): **6.5, 6.7, 33, 38.1, 38.8, 77.7, 89.6**  
 Rekhou (CE): **88.5**  
 Remise (Delle) (CE): **102.8**  
 Rémy (CE): **8.1**  
 Renault (CE): **81.6**  
 Réseau Ferré de France (TC): **113.5**  
 Retterer (CE): **27.3**  
 Réunion des assureurs maladie des exploitants agricoles (CE): **45.1**  
 Rey (TC): **63.4**  
 Richard (Melle) (CE): **89.2**  
 Richemond (CE): **8.1**  
 Richemont (Époux de) (CE): **38.2**  
 Ricordel (CE): **41.6**  
 Rié (Dame) et autres (CE): **80.15**  
 Rigal (CE): **100.4**  
 Rigollet (TA Nantes): **74.3**  
 Rioux (CE): **4.2, 4.5, 65.3**  
 Riscarrat et Rouquairol (CE): **45.2**  
 Rispal (Mme) c. Société des autoroutes du Sud de la France\* (TC): **17.1, 24.5, 48.6, 49.12, 96.9, 116**  
 Robert (1986) (CE): **14.2, 105.11**  
 Robert (2010) (CE): **105.11**  
 Robert (Mme) c. Crous de Rennes (TC): **37.8**  
 Robert Lafrégeyre (de)\* (CE): **24.7, 35.9, 37, 67.4**  
 Rochaix (CE): **64.6**  
 Roche (CE): **1.7**  
 Rodde (CE): **39.3**  
 Rodes (CE): **30.6, 73.5**  
 Rodière\* (CE): **12.3, 13.3, 39, 52.9, 56.7, 70.5, 70.6, 83.1, 105.1, 105.3, 105.5**  
 Rodriguez (Mme) (CE): **81.9**  
 Roffé (CE): **63.6**  
 Rogier (CE): **90.7**  
 Rolin (1999) (CE): **48.5**  
 Rolin (CE): **118.1**  
 Rolin et Boisvert (CE): **118.1**  
 Ronald c. SNCF (TC): **78.8**  
 Rosan Girard (1959) (CE): **70.1**  
 Rosan Girard\* (1957) (CE): **4.9, 70, 100.4, 102.8**  
 Rothschild (CE): **1.2**  
 Rouché (CE): **3.3**  
 Rouillon, Pommeret et Sion (CE): **15.2**  
 Roujansky (CE): **17.4, 96.2**  
 Rouquette (CE): **95.6, 101.3, 106.4**  
 Rousseau (CE): **52.7, 63.3**  
 Rousset (1955) (CE): **58.12**  
 Rousset (1961) (CE): **58.5**  
 Rouve (CE): **64.8**  
 Rouveyre (CE): **110.3**  
 Rouxel (CE): **97.4**  
 Rouzet (CE): **89.2**  
 Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la Colonie Royale de Hong Kong (CE): **3.9, 96.1**

Rubin de Servens\* (CE): **3.4, 3.10, 17.3, 17.4, 30.7, 75, 76.2, 96.2**  
 Rujovic (CE): **95.8**

**S**

SA «Giben Marine» (CE): **79.6, 79.7**  
 SA «Le Peignage de Reims» (CE): **111.8**  
 SA Axa France IARD (TC): **24.2**  
 SA Bureau Véritas (1982) (CE): **25.4**  
 SA Bureau Véritas (1983) (CE): **1.5, 7.8, 48.6, 49.10**  
 SA Compagnie de participations de recherches et d'exploitations pétrolières (CE): **77.4**  
 SA coopérative d'habitation á bon marché de Vichy (CE): **51.5**  
 SA de crédit á l'industrie française (CA-LIF) (CE): **24.2, 24.2**  
 SA de livraisons industrielles et commerciales (CE): **60.3, 114.9**  
 SA de télécommunications (CE): **81.5, 81.6**  
 SA des automobiles Berliet (CE): **13.3**  
 SA des logements économiques (CE): **38.2**  
 SA des Monoprix (CE): **81.5**  
 SA des produits laitiers LaFleurette\* (CE): **1.7, 6.4, 6.7, 13.6, 38.8, 47, 60.2, 77.2, 77.7, 96.7, 104.3**  
 SA d'étude, de participation et de développement (CE): **20.2**  
 SA Dragages et travaux publics c. Escota (CE): **29.3**  
 SA EGTL c. Société des autoroutes Estérel Côte d'azur, Provence-Alpes (TC): **35.7**  
 SA Ferme de Rumont (CE): **51.5**  
 SA GDF Suez et association nationale des opérateurs détaillants en énergie (CE): **105.12**  
 SA Librairie François Maspero (CE): **15.4, 23.2, 27.8**

SA Méribel 92 (CE): **20.8, 52.5**  
 SA minière (CE): **24.6**  
 SA Rothmans International France et SA Philip Monis Fr. (CE): **86.15**  
 SA Trans World Finances (CE): **88.6**  
 SA Victor Delforge (CE): **14.2, 14.5, 38.5**  
 SA Voltalis (CE): **103.6**  
 Sablayrolles (Dame Vve) (CE): **38.2**  
 Saboureau (CE): **28.4**  
 Sadok Ali (Dame Vve) (CE): **86.2, 101.1**  
 Sadoudi (CE): **31.6**  
 Saerens (CE): **70.6**  
 Saez\* (CE): **13.3, 52.3, 83.3, 98, 110.1**  
 SAFER d'Auvergne c. Bernette\* (CE): **27.9, 52.7, 81**  
 SAFER de Bourgogne c. Époux Soyer et Valla (TC): **49.11**  
 Sagherian (CE): **50.5**  
 Salan (CE): **63.4**  
 Saleh (Mme) et autres (CE): **77.4, 77.6**  
 Salgues (CE): **74.2**  
 Salva-Couderc (Mme) (CE): **52.7, 80.9**  
 Salvi et Couchoud (CE): **39.2**  
 Sambussy (CE): **58.10**  
 Sanglier (CE): **65.3**  
 Santinacci (CE): **77.6**  
 Sarda (CE): **54.1**  
 SARL Brasserie du Théâtre c. Commune de Reims (TC): **11.5, 24.6**  
 SARL Chocolat de régime Dardenne (CE): **45.4**  
 SARL Cinq-sept (CE): **53.9**  
 SARL Deltana et M. Perrin (CE): **97.4**  
 SARL du parc d'activité de Blotzheim (CE): **3.8, 86.6, 95.6**  
 SARL Hofmiller (CE): **35.3, 35.7, 87.3**  
 SARL Le Monde (CE): **73.1, 73.4**  
 SARL PCRL Exploitation (CE): **61.3**  
 SARL Promotion de la restauration touristique (CE): **110.9**  
 SARL Restaurant Nicolas (CE): **34.2**  
 SARL Soviali (CE): **81.6**

- Sarrabay (Delle) (CE): **51.8**  
 Sanan, Levacher et autres\* (CE): **17.5, 86.18, 92.5, 95, 101.7, 107.1, 107.6**  
 Saussié (CE): **26.5**  
 Savelli (CE): **74.2**  
 SCEA du Chéneau\* (TC): **111**  
 Schintu (CE): **81.14**  
 Schiocchet (CE): **86.16**  
 Schmitt (CE): **17.8**  
 Schwartz (1978) (CE): **93.8**  
 Schwartz (1980) (CE): **4.6**  
 SCI Adal d'Arvor (CE): **8.5**  
 SCI de la vallée de Chevreuse (CE): **47.5**  
 SCI du 61-67 boulevard Arago (CE): **112.4**  
 SCI du Chemin vert (CE): **56.5**  
 SCI Foncière Cannes-Benefiat et ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme (CE): **9.4**  
 SCI La Charmille de Montsoul (CE): **27.3**  
 SCI La Colline (CE): **15.3, 35.3, 35.4, 78.9**  
 SCI La Marne Fourmies (CE): **38.2**  
 SCI Le Panorama (CE): **14.3**  
 SCI Les Fournels (CE): **80.12**  
 SCI Les jardins de Bibemus (CE): **52.7**  
 SCI Ramig (CE): **22.7**  
 SCI Stephaur (CE): **98.9, 98.12**  
 SCP de médecins Reichheld et Sturtzer (CE): **67.4**  
 SCP Mercadier et Krantz (CE): **68.7**  
 Secrétaire d'État á la défense (CE): **29.8**  
 Secrétaire d'État á la guerre c. Coulon (CE): **65.3**  
 Secrétaire d'État á la reconstruction c. Bacqué (CE): **112.3**  
 Secrétaire d'Etat á la santé publique c. Dejous (CE): **33.8, 89.2**  
 Secrétaire d'État auprès du ministre des transports chargé de la mer c. Société Sealink UK limited (CE): **38.10**  
 Secrétaire d'Etat auprès du ministre des transports chargé de la mer c. Société Jokelsonet Handstaen (CE): **38.10**  
 Secrétaire d'État aux finances et ministre des finances et affaires économiques c. Jacquier (CE): **56.3**  
 Secrétaire d'État aux Universités c. Mme Toledano-Abitbol (CE): **13.6**  
 Secrétaire du comité d'entreprise de la SNCASE (TC): **75.3**  
 Section française de l'observatoire des prisons (OIP-SF) et ordre des avocats au barreau de Nimes (CE): **90.9**  
 Section française de l'Observatoire international des prisons (31 oct. 2008) (CE): **90.8**  
 Section française de l'Observatoire international des prisons (17 déc. 2008) (CE): **90.7**  
 Section française de l'Observatoire international des prisons (2010) (CE): **90.8**  
 Section française de l'Observatoire international des prisons (2012) (CE): **90.9, 98.9, 98.13**  
 Section française de l'observatoire international des prisons (2016) (CE): **65.4**  
 Section française de l'observatoire international des prisons (2017) (CE): **85.7**  
 Ségur (de) (CE): **33.1**  
 Sellier (CE): **58.2**  
 Sempé (CE): **68.2**  
 Septfonds (TC): **94.1, 111.1, 111.3, 111.6**  
 Serval (CE): **105.15**  
 SFIB, Association UFC Que choisir, SA Rue du commerce (CE): **105.10**  
 Si Moussa (Dame) (CE): **45.4**  
 Siband (CE): **97.4**  
 SIEMP de la ville de Paris (TC): **49.9**

- Simon (1952) (CE): **52.9**  
 Simon (2016) (CE): **39.4**  
 Simon (Dame) (CE): **21.3**  
 Simonet (CE): **57.1**  
 Sire (CE): **105.12**  
 Slama (CE): **60.5**  
 SNC Lactalis Ingrédients (CE): **104.5**  
 SNC Société hôtelière guyanaise c. Centre national d'études spatiales (TC): **24.4**  
 SNC Warex c. Communauté urbaine de Lyon et société Thierry Chefreux assainissement (TC): **68.10**  
 SNCF (1945) (CE): **33.2**  
 SNCF (1953) (CE): **68.2**  
 SNCF (1961) (CE): **77.2**  
 SNCF c. Entreprise Solon et Barrault (TC): **66.4, 66.9**  
 SNCF c. Ville de Paris (CE): **52.4, 52.9**  
 Soc. d'Éditions et de Protection route (CE): **47.9, 47.13**  
 Soc. Métropole Télévision (M6) (CE): **47.13, 86.15**  
 Société á objet sportif «Toulouse Football Club» (CE): **83.11**  
 Société A.O.N. Conseil et courtage (CE): **81.6**  
 Société AB Trans (CE): **20.8**  
 Société ACS Production (CE): **25.3**  
 Société aérienne de recherches minières (CE): **41.5**  
 Société agricole de stockage de la région d'Ablis (TC): **24.2, 24.2, 24.7, 35.9**  
 Société Air Algérie (CE): **107.8**  
 Société albigeoise de spectacles (CE): **8.5**  
 Société Aliments Piéto (CE): **81.6**  
 Société Allocab (CE): **98.5**  
 Société Alsass (CE): **117.6**  
 Société Altus Energy et Solais (CE): **108.9**  
 Société Aquatrium (CE): **97.6**  
 Société Arcelor Atlantique et Lorraine\* (2007) (CE): **86.3, 95.7, 105.9, 107, 109.7, 109.9**  
 Société Arcelor Atlantique et Lorraine (2009) (CE): **107.8**  
 Société Arizona Tobacco Products et SA Philips Morris France (CE): **86.15, 109.9**  
 Société Armor SNC (CE): **41.8**  
 Société Atom (CE): **22.6**  
 Société Autogrill Côte France (CE): **81.5**  
 Société Automobiles Citroën (CE): **2.4, 81.7**  
 Société auxiliaire de parcs de la région parisienne (CE): **20.6**  
 Société auxiliaire d'entreprise (CE): **29.8**  
 Société Baxter (CE): **60.3**  
 Société Bioenerg (CE): **24.3**  
 Société Boiron (TC): **47.16**  
 Société Bostik (CE): **81.12**  
 Société Boulangerie de Kourou (TC): **67.5**  
 Société Bourgogne-Bois (TC): **1.5, 7.8**  
 Société Bouygues Télécom (2010) (CE): **27.8, 94.7**  
 Société Bouygues Télécom et autres (2006) (CE): **56.4**  
 Société BV exportsalachterig Apeldoorn ESA (CE): **87.5**  
 Société Campenon-Bernard et autres (CE): **110.2**  
 Société Car Diffusion 78 (CE): **65.8**  
 Société Carso-Laboratoire santé hygiène environnement (CE): **41.7**  
 Société Cegedim (CE): **94.10**  
 Société Céphalon France (CE): **25.4**  
 Société CFA Méditerranée (CE): **112.8**  
 Société Chardon et Cie (CE): **47.4**  
 Société Chiesi SA (CE): **112.8**  
 Société Cinéditions (CE): **72.10**  
 Société Citecable Est (CE): **110.2, 110.6**  
 Société civile immobilière (CE) v. SCI  
 Société civile Sainte-Marie de l'Assomption (CE): **28.5, 80.5**  
 Société Claude Publicité (CE): **47.6**

- Société commerciale de l'Ouest africain\* (TC): **1.5, 11.5, 15.3, 19.4, 24.7, 35, 48.1, 49.1, 69.3, 83.9, 94.3**
- Société Compagnie de gaz de pétrole Primagez (CE): **94.5**
- Société Compagnie des bateaux mouches (CE): **94.9, 61.6**
- Société Compagnie française d'entreprise (CE): **20.3**
- Société Condor Flugdienst (CE): **38.10**
- Société Contrôle Mesure Régulation (CE): **81.6**
- Société coopérative agricole Ax'ion (CE): **47.6**
- Société coopérative agricole «La Prospérité fermière» (CE): **24.2**
- Société «Coopérative Maritime Bidassoa» (CE): **112.3**
- Société Covea risks (CE): **87.5**
- Société Credemlux International (CE): **111.8**
- Société d'aménagement et de développement de Briangon-Montgenèvre c. commune de Montgenèvre (TC): **20.5**
- Société d'approvisionnements alimentaires (TC): **67.4**
- Société d'approvisionnements alimentaires et Société Distilleries bretonnes (TC): **35.6, 67.4**
- Société d'assurance la Nantaise et l'Angevine réunies (CE): **52.4**
- Société Datasport c. Ligue nationale de football (TC): **7.6, 84.8, 94.6**
- Société de droit anglais Hoverlooyd Lir-nited (CE): **103.7**
- Société de Groot En Slot Allium Bv. (CE): **109.8**
- Société Decaux et Département des AlpesMaritimes (CE): **110.4**
- Société d'équipement de Tahiti et des îles (CE): **105.15**
- Société des alcools du Vexin (CE): **20.4**
- Société des amis de l'Ecole polytechnique (CE): **16.4**
- Société des Ateliers du Cap Janet (CE): **38.7, 47.3**
- Société des autobus antibois (CE): **61.7, 68.12**
- Société des Autoroutes du Sud de la France c. Société Garage des pins (TC): **116.2**
- Société des ciments Portland de Lorraine (CE): **102.5**
- Société des concerts du Conservatoire\* (CE): **4.2, 4.8, 15.4, 51.1, 56.1, 60, 71.4, 79.7, 85.5, 97.6, 103.1**
- Société des eaux du Nord (CE): **15.4, 93.5, 94.7**
- Société des Établissements Aupinel (CE): **47.4**
- Société des Établissements Cruse (CE): **51.5**
- Société des Établissements Lacaussade (CE): **47.3, 47.10**
- Société des Établissements Lassalle-As-tis (CE): **70.3**
- Société des Établissements Mulsant (CE): **17.3, 76.2**
- Société des Établissements Saupiquet (CE): **30.2**
- Société des étains et wolfram du Tonkin (CE): **3.7, 77.2**
- Société des granits porphyroïdes des Vosges\* (CE): **1.5, 7.7, 11.5, 19.4, 24, 35.1, 37.8, 48.1, 67.2, 67.5, 69.3, 96.9**
- Société des hauts fourneaux de Rouen (CE): **70.5**
- Société des pétroles Shell-Berre (2002) (CE): **52.9**
- Société des pétroles Shell-Berre et autres (1964) (CE): **61.4**
- Société des plastiques d'Alsace (CE): **51.3**
- Société des téléphériques du massif du MontBlanc (CE): **20.6, 20.8**

- Société des terrassements mécaniques et Mariani (CE): **83.4**
- Société des tramways Lille-Roubaix-Tourcoing (CE): **21.3**
- Société des transports en commun de la région d' Hanoi (CE): **3.7**
- Société des travaux et carrières du Maine (CE): **26.3**
- Société Devarocle (CE): **8.5**
- Société d'exercice libéral Landwell, société d'avocats EY Law (CE): **50.8**
- Société d'exploitation des Établissements Pathé-Cinéma (CE): **47.5**
- Société d'exploitation des établissements Roger Revellin (CE): **1.7**
- Société d'exploitation des magasins utilitaires Monoprix (CE): **81.5**
- Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant (CE): **7.7, 24.3, 24.7, 35.9**
- Société d'HLM de Guyane (CE): **38.3**
- Société d'HLM pour Paris et sa région c. Société Dumez Île de France (TC): **66.3**
- Société d'HLM Un toit pour tous (CE): **67.4**
- Société Direct Energie et autres (CE): **105.12**
- Société Distillerie Brabant et Cie (CE): **45.5, 79.3, 79.7**
- Société «Distilleries Bretonnes» et Société d'approvisionnements alimentaires (TC): **35.6, 67.4**
- Société Dockès frères (CE): **25.2**
- Société du canal de Provence (CE): **24.5**
- Société du journal L'Aurore \* (CE): **56, 60.7, 71.4, 100.1, 106.2, 106.6**
- Société du lotissement de la plage de Pampelonne (CE): **27.8**
- Société du vélodrome du parc des princes (CE): **68.7, 83.4**
- Société du vélodrome du Parc des Princes c. Ville de Paris (TC): **24.2, 68.7**
- Société EDA (CE): **94.11**
- Société Éditions Jean-Paul Gisserot c. Centre des monuments nationaux (TC): **94.4**
- Société Efinovia (CE): **114.6**
- Société Eky (CE): **8.4, 17.4, 71.1, 76.2**
- Société Entreprise Peyrot (TC) v. Entreprise Peyrot
- Société Entreprise Thireau-Morel (CE): **29.8**
- Société Environnement services, Communauté d'agglomération du pays ajaccien (CE): **52.7**
- Société éoliennes en mer îles d'Yeu et de Noirmoutier (CE): **25.4**
- Société ERDF Annecy Léman\* c. Bergoend (TC): **70.3**
- Société Espace Habitat Construction (CE): **20.4, 110.2, 110.9**
- Société Établissement Omer Decugis (CE): **38.5**
- Société Établissements Crocquet (CE): **81.6**
- Société Établissements Cuny (CE): **81.11**
- Société Études et constructions de sièges pour l'automobile (CE): **87.5**
- Société Études techniques Ruiz (CE): **81.12**
- Société Eurovia Méditerranée, Société Appia Var Alpes c. Préfet du Var (TA Nice): **29.3**
- Société Fairvesta International (CE): **117**
- Société fermière de Campoloro (CE): **38.2, 53.2, 83.12**
- Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (2009) (CE): **59.4**
- Société fiduciaire nationale d'expertise comptable Fiducial (2003) (CE): **59.3**
- Société financière de France (CE): **26.5**
- Société Frampar\* (CE): **4.4, 63.4, 73, 98.8**
- Société française des revues SFR (CE): **51.7**

- Société française des transports Grand frères (CE): **67.5**
- Société France 5 et Association des fournisseurs de la Cinq (CE): **20.5**
- Société France Conditionnement (CE): **27.7**
- Société France Télécom (CE): **1.7**
- Société Franco-London Film et Société LesFilmsGibe (CE): **72.5**
- Société franco-tunisienne d'armement (TC): **19.4**
- Société Fun Productions, M. Wackeneim c. Commune de Morsang-sur-Orge (TA Versailles): **91.1**
- Société Fun Productions, M. Wackeneim c. Ville d'Aix-en-Provence (TA Marseille): **91.1**
- Société Gallice (CE): **81.5**
- Société Gantois (CE): **43.7**
- Société GDF Suez (CE): **117.8, 117.9**
- Société Géa (CE): **79.6, 79.7**
- Société Gefco (CE): **81.5**
- Société générale d'armement (CE): **35.2**
- Société générale d'entreprises pour les travaux publics (CE): **81.14**
- Société générale des travaux cinématographiques (CE): **61.2**
- Société Generali assurances Iard (TC): **66.8**
- Société Generali IARD (CE): **87.5**
- Société Godet frères (CE): **38.9, 38.10**
- Société Graciet (CE): **56.7, 100.9**
- Société Grandes Distilleries «Les fils d'Auguste Peureux» (CE): **100.3**
- Société Green Yellow et autres c. Électricité de France (TC): **24.3, 111.7**
- Société Grenke Location (CE): **20.7**
- Société Groupama Grand Est (CE Sect.): **33.4**
- Société Groupe Canal Plus et autres (CE): **27.10, 97.7**
- Société Groupe Canal Plus, Société Vivendi Universal (CE): **94.5, 97.7, 97.9**
- Société Guibor EURL c. Société Euro-next Paris (CE): **49.9**
- Société Habib Bank (CE): **97.9**
- Société Hertz (CE): **94.11**
- Société Hit TV, Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers (CE): **28.5**
- Société immobilière de Saint-Just\* (TC): **10, 30.1**
- Société industrielle de Saint-Ouen (CE): **89.7**
- Société industrielle et agricole de fertilisants humiques (SIMA) (CE): **110.7**
- Société industrielle Teinture et Apprêts (CE): **43.7**
- Société Interbrew France (CE): **51.5**
- Société Intermarbres (CE): **94.6, 94.8**
- Société ITM Entreprises (CE): **117.6**
- Société Jean-Louis Bernard Consultants (CE): **41.8, 41.9**
- Société Jonathan Loisirs (CE): **20.6**
- Société Keolis Caen (CE): **67.4**
- Société Klóckner France (CE): **86.15**
- Société KPMG et autres\* (CE): **56.4, 56.5, 60.7, 100.1, 100.9, 106**
- Société L. et P. publicité (CE): **61.3, 61.6, 94.9**
- Société La cartonnerie et l'imprimerie SaintCharles (CE): **38.2**
- Société La Fleurette (CE) v. S A des produits laitiers La Fleurette
- Société La Fontaine de Mars, M. et Mme Muet (TC): **93.7**
- Société La Huta (CE): **60.7**
- Société «La Maison des Isolants-France» (CE): **67.4**
- Société La plage de la forêt (CE): **41.4**
- Société Labor Métal (CE): **26.6, 97.9**
- Société Laboratoires Goupil (CE): **117.6**
- Société «Laboratoires Geigy» (CE): **51.6**
- Société L'Alcool dénaturé (CE): **60.2**

- Société «La Maison des Isolants-France» (CE): **67.4**
- Société Lambda\* (CE): **1.7, 91.5, 93, 94.7, 94.10**
- Société Laser (CE): **98.7**
- Société Leasecom (CE): **20.5, 20.8**
- Société Leasecom (TC): **67.4**
- Société «Le Béton» \* (CE): **66.7, 68**
- Société «Le Profil» c. ministre de l'intérieur (TC): **63.4**
- Société Les fils de Henri Ramel (CE): **38.7**
- Société Les Résidences de Cavalière (CE): **25.5**
- Société «Les affréteurs réunis» (CE): **35.8**
- Société «Les Films Lutetia» \* (CE): **34.4, 72, 91.5, 91.6, 91.7**
- Société «Les Films Marceau» (1960) (CE): **72.4**
- Société «Les Films Marceau» (1966) (CE): **14.4, 72.6**
- Société «Les Grands Moulins de Strasbourg» (CE): **52.7**
- Société «Les terreaux de France» (CE): **81.5**
- Société L'oasis du désert, Syndicat union des professionnels du narguilé (CE): **61.3**
- Société L'Union hydroélectrique ouest constantinois (CE): **15.3**
- Société lyonnaise des eaux (CE): **52.2**
- Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage c. Commune de Talence (CE): **67.3**
- Société lyonnaise des transports (CE): **68.7**
- Société MAAF Assurances (CE): **33.6**
- Société Maison Genestal (CE): **28.4, 65.6, 79.3**
- Société MAJ Blanchisseries de Pantin (CE): **24.4**
- Société Maniry's (CE): **61.3**
- Société Maxi-Librati création (CE): **93.3**
- Société Menarini France (CE): **106.9**
- Société Mercedes-Benz France (CE): **98.5**
- Société Merorini France (CE): **98.7**
- Société Métropole Télévision (M6) (CE): **94.5**
- Société Métropole Télévision (M6), Société Télévision française 1 (TF1) (CE): **105.6**
- Société Million et Marais\* (CE): **1.7, 41.9, 61.3, 61.7, 93.5, 94**
- Société Mines de Joudreville (CE): **47.1**
- Société Mona Lisa investissements et autres (CE): **81.15**
- Société Montalev (CE): **16.6**
- Société MORAL (CE): **22.4**
- Société Morgane (CE): **86.10**
- Société Nachfolger Navigation (CE): **3.9**
- Société nancéienne d'alimentation (CE): **81.2**
- Société Narbonne (CE): **72.2**
- Société nationale des chemins de fer français (CE) v. SNCF
- Société nationale des ventes des surplus (CE): **104.2**
- Société navale des Chargeurs Delmas Vieljeux (CE): **14.2**
- Société Navigator (CE): **3.8**
- Société NC Numericable\* (CE): **117**
- Société Neo Plouvien (CE): **27.3**
- Société NERSA (CE): **25.4**
- Société Neuf Télécom (CE): **85.8**
- Société Notre-Famille Com. (CE): **107.9**
- Société nouvelle des entreprises d'hôtels (CE): **80.2**
- Société nouvelle des établissements Gaumont (1958) (CE): **13.3**
- Société nouvelle des établissements Gaumont (1966) (CE): **72.5**

- Société nouvelle d'imprimerie, d'édition et de publicité (CE): **43.4, 73.2**
- Société NRJ, SA (CE): **51.8**
- Société Octapharma France (CE): **105.13**
- Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté (CE): **110.1**
- Société Orange France (CE): **108.7, 110.9**
- Société Orange France et Société Française du Radiotéléphone (CE): **94.7**
- Société Paris tennis (CE): **97.9**
- Société Pernod-Ricard (CE): **94.5**
- Société «Pierre et Cristal» (CE): **69.5**
- Société Pimiento Music (CE): **98.4**
- Société Poweo (CE): **27.8**
- Société Pradeau et Morin (CE): **81.12**
- Société Premier et Henry (CE): **47.1**
- Société Prest'Action (CE): **29.6**
- Société Produits Roche (CE): **98.3**
- Société Promogil (CE): **98.5**
- Société Propetrol (CE): **29.5, 29.6**
- Société Radio MonteCarlo (CE): **27.3**
- Société Rapidépannage 62 (CE): **34.3**
- Société Resotim (CE): **25.6**
- Société Revlon (CE): **28.3**
- Société Roger Grima (CE): **40.4, 56.7**
- Société routière Colas (CE): **29.4**
- Société Rue impériale de Lyon c. Société Lyon Parc Auto (TC): **24.5**
- Société Sapibat Guyanne (CE): **1.7**
- Société Scoot France et Société Fonecta (CE): **94.7**
- Société SMANOR (CE): **61.4, 86.2**
- Société Sogea Sud (CE): **43.7**
- Société Sogedis (TC): **111.1**
- Société Stambouli frères (CE): **47.4**
- Société Stud'Arts (CE): **104.4**
- Société Tapis Saint Maclou (CE): **10.4**
- Société Techna et autres (2006) (CE): **106.3**
- Société Textron (CE): **7.6, 48.4, 49.9**
- Société The Coca-Cola Company (CE): **94.5**
- Société Thomson Médical Telco (CE): **81.9**
- Société Titaua Ltd (CE): **66.8**
- Société Total (CE): **81.14**
- Société Total Petrochemicals France (CE): **81.10**
- Société Total Réunion (CE): **47.6**
- Société Touax et Société Touax Rom (CE): **33.8**
- Société Townsend car ferries (CE): **38.10**
- Société Transurba (CE): **52.7**
- Société Tropic Travaux Signalisation (CE): **105.15**
- Société TV 6 (CE): **20.5, 20.6**
- Société UGC-Ciné-Cité (CE): **48.5**
- Société Union africaine de presse (CE): **43.4, 75.7, 75.9, 75.10**
- Société Unipain (CE): **41.7**
- Société Usine du Marin (CE): **38.2**
- Société Véolia propreté Nord Normandie c. Communauté de communes de DesvresSamer (TC): **37.9**
- Société Véolia Transports Valenciennes (CE): **20.2**
- Société Vivendi (CE): **20.3, 52.4**
- Société Weleda (CE): **81.14**
- Société Yonne Funéraire (CE): **94.6, 94.8**
- Société Zambon France (CE): **97.6**
- Sociétés Sotrame et Metalform c. GIE SESAM-Vitale (TC): **49.7, 49.10**
- Sociétés UBER France et autre (CE): **61.3, 61.4**
- Sohr (CE): **3.7**
- Soldani (CE): **28.5**
- Soret (CE): **81.12**
- Sottani (CE): **65.4**
- Soubourou (CE): **81.8**
- Souchon (CE): **31.4**
- Souid (Mme) (CAA): **64.7**
- Soulier (Delle) (CE): **4.2**

- Soulier (Mme) (CE): **100.3, 100.4, 100.8**  
 Soyer (CE): **38.2**  
 Spagnol (TA Paris): **23.3**  
 Spire (1978) (CE): **90.5**  
 Spire (1987) (CE): **6.7**  
 Spiteri et Epoux Krehl (CE): **35.9**  
 Sroussi (Mme) et autres (CE): **8.3**  
 Stein (CE): **24.2, 24.7**  
 Stiegler (CE): **8.3**  
 Stilinovic (2003) (CE): **63.3**  
 Stilinovic (2008) (CE): **42.2**  
 Stojanovic (CE): **90.8**  
 Storch (CE): **8.1**  
 Subrini (CE): **97.3**  
 Sud Travail-Affaires sociales (CE): **37.7, 45.4**  
 Sudre (CE): **74.2**  
 Sueur (CE): **17.3, 17.4**  
 Susilawati (Melle) (CE): **77.6**  
 Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration (CE): **4.2, 4.5**  
 Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration au ministère de l'intérieur (CE): **64.6**  
 Syndicat autonome du personnel enseignant des facultés de droit et de sciences économiques de l'État (CE): **12.5**  
 Syndicat CFDT chimie énergie Lorraine (CE): **46.6**  
 Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin (CE): **58.14, 82.13**  
 Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères (2007) (CE): **106.8**  
 Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères (1979) (CE): **45.3**  
 Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères (CE): **106.9**  
 Syndicat CFDT du ministère des relations extérieures (CE): **12.4**  
 Syndicat CFDT Interco (CE): **98.10, 98.13**  
 Syndicat CGT des cadres et techniciens parisiens des services publics territoriaux et autres (CE): **58.9**  
 Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes (CE): **16.5**  
 Syndicat CGT des Hospitaliers de Bédarieux (CE): **9.5**  
 Syndicat chrétien du corps des officiers de police (CE): **46.3**  
 Syndicat chrétien du ministère de l'industrie et du commerce (CE): **16.5, 100.3**  
 Syndicat CNT des PTE de Paris (CE): **13.3**  
 Syndicat de la boucherie de la ville de Châteauroux (CE): **41.2**  
 Syndicat de la juridiction administrative (CE): **12.8**  
 Syndicat de la magistrature (CE): **16.5, 70.4, 70.6**  
 Syndicat de la magistrature et Trébuq (Mme) (CE): **63.7**  
 Syndicat de la raffinerie de soufre française (1951) (CE): **4.5**  
 Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans (CE): **83.10**  
 Syndicat départemental des industriels en lentilles de la Haute-Loire (CE): **61.2**  
 Syndicat départemental Interco 35 CFDT (CE): **78.4**  
 Syndicat des avocats de France (1978) (CE): **16.2**  
 Syndicat des commissaires et hauts-fonctionnaires de la police nationale (CE): **60.7**  
 Syndicat des compagnies aériennes autonomes et autres (CE): **56.7, 100.9**  
 Syndicat des co-propriétaires du 14-16 boulevard Flandrin (CE): **77.4**

- Syndicat des épiciers détaillants de Toulon (CE): **40.2**
- Syndicat des exploitants de cinémathèques de l'Oranie (CE): **41.4**
- Syndicat des médecins inspecteurs de la santé publique (CE): **45.2**
- Syndicat des métaux CFDT, CFTC des Vosges et autres (CE): **16.6**
- Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges\* (CE): **8.2, 12.1, 16**
- Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-liège d'Algérie (CE): **71.4**
- Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli\* (CE): **8.1, 8.2, 15, 78.4, 112.1**
- Syndicat d'initiative de Nevers et Benjamin (CE): **43.1, 43.5**
- Syndicat du personnel de l'Assemblée de l'Union française (CE): **60.2**
- Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe (CE): **61.3**
- Syndicat fédéral des fonctionnaires malgaches et assimilés (CE): **60.7**
- Syndicat Fédération SUD des IPTT (CE): **78.7**
- Syndicat général de la navigation aérienne (CE): **58.7**
- Syndicat général des fabricants de semoules de France (CE): **86.2**
- Syndicat général des fonctionnaires des impôts FO et syndicat national des agents de direction, de contrôle et de perception des douanes de France et d'outre-mer (CE): **58.7**
- Syndicat général des ingénieurs-conseils\* (CE): **17.3, 60.1, 60.7, 71, 76.4, 85.4, 85.5**
- Syndicat Inter-Co-CFDT de la Vendée (CE): **16.5**
- Syndicat intercommunal à vocation multiple du canton d'Accous (CE): **4.4**
- Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (CE): **105.12**
- Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-Napoule (CE): **20.3**
- Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete (CE): **106.4**
- Syndicat mixte de la vallée de l'Oise (CE): **91.8**
- Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (CE): **110.10, 114.9**
- Syndicat mixte des transports en commun (SMTC) Tisseo et Société de la mobilité de l'agglomération toulousaine (SMAT) (CE): **52.9**
- Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport (CE): **114.3**
- Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du Secteur Est de la Sarthe - dit SMIRGEOMES (CE) v. SMIRGEOMES
- Syndicat mixte pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères (SIITEM) de la région de Tournan-en-Brie (CE): **22.4**
- Syndicat national autonome des policiers en civil (CE): **12.8**
- Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies (CE): **46.2**
- Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France c. Banque de France (CE): **7.4**
- Syndicat national de la meunerie à seigle (CE): **100.9, 106.5**
- Syndicat national de l'enseignement technique agricole public (CE): **110.2**

- Syndicat national de l'enseignement technique agricole SNETAP-FSU (CE): **112.6**
- Syndicat national de l'industrie pharmaceutique (CE): **95.7, 106.2, 106.4**
- Syndicat national de radiodiffusion et de télévision (CE): **58.8**
- Syndicat national des agences de voyages (CE): **41.7**
- Syndicat national des cadres des bibliothèques (CE): **40.4, 40.7**
- Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies (CE): **30.1, 58.2**
- Syndicat national des directeurs de la mutualité sociale agricole (CE): **93.3**
- Syndicat national des entreprises de diffusion (CE): **41.5**
- Syndicat national des entreprises de loisirs marchands (CE): **17.8**
- Syndicat national des établissements privés pour personnes âgées (SYNERPA) (CE): **45.2**
- Syndicat national des fonctionnaires et agents des préfectures et sous-préfectures de France et d'outre-mer (CE): **58.7**
- Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radio-électriques (CE): **58.7**
- Syndicat national des industries des peintures, enduits et vernis (CE): **106.9**
- Syndicat national des industries d'information de santé (CE): **41.7**
- Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation civile (CE): **45.2**
- Syndicat national des journalistes Section ORTF (CE): **12.8**
- Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires (CE): **45.3**
- Syndicat national des personnels administratifs des lycées et établissements secondaires (CE): **12.5**
- Syndicat national des personnels de préfecture CGT-FO (CE): **45.3**
- Syndicat national des prestataires de services d'accueil (CE): **111.8**
- Syndicat national des producteurs et sélectionneurs de greffes d'asperges (CE): **56.5**
- Syndicat national des transporteurs aériens (CE): **61.4**
- Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages (CE): **60.3**
- Syndicat national du personnel de l'énergie atomique CFDT (CE): **93.8**
- Syndicat national Forceouvrière du ministère de la reconstruction et de l'urbanisme (CE): **58.10**
- Syndicat parisien des administrations centrales, économiques et financières (CE): **27.8**
- Syndicat professionnel de la géomatique (CE): **41.7, 41.10**
- Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement (CE): **96.9**
- Syndicat régional des quotidiens d'Algérie (CE): **27.4, 65.10**
- Syndicat Sud RATP (CE): **58.15**
- Syndicat Sud Travail (2000) (CE): **64.5**
- Syndicat Sud Travail (2003) (CE): **12.8**
- Syndicat unifié de radio et de télévision CFDT (CE): **58.8**
- Syndicat unifié des techniciens de la Radiodiffusion Télévision française et autres (1967) (CE): **35.9**
- Syndicat unifié des techniciens de la RTF (1966) (CE): **58.4, 58.11**
- Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF (CE): **58.8, 58.11**

Syndicat UNSA-ITEFA (CE): **45.3**  
 Syndicat viticole de Margaux (CE): **111.1**

## T

T. (CE): **2.7**  
 Tabaka (CE): **3.4**  
 Tabouret et Laroche (CE): **4.9, 27.4**  
 Tacite (Mme) (CE): **100.5**  
 Taharu (Mme) c. Haut commissaire de la République en Polynésie française (TC): **2.3**  
 Tallagrand (CE): **3.3**  
 Tamba Samoura (Dame Vve) (CE): **101.1**  
 Tarlier (CE): **80.13**  
 Tayeb (Consorts) (TC): **63.4**  
 Teissier\* (CE): **23.2, 27.3, 64, 65.10, 65.11**  
 Telle (Consorts) (CE): **89.4**  
 Ternon\* (CE): **40.1, 40.6, 56.7, 70.6, 83.1, 85.6, 100, 106.2, 110.4**  
 Terrail (CE): **64.9**  
 Terrier\* (CE): **1.5, 11, 19.2, 19.3, 19.4, 24.1, 24.6, 35.1, 48.1, 49.8**  
 Territoire de la Polynésie française (CE): **61.3**  
 Téry\* (CE): **26, 51.1, 52.2, 55.1, 71.4, 84.6, 97.5**  
 Tête (1998) (CE): **109.7, 109.9**  
 Tête (2000) (CE): **8.3**  
 Teyssier (CE): **50.6**  
 Théâtre national de Bretagne (CE): **27.9**  
 Thépaz\* (TC): **2.4, 44, 62.2, 102.5**  
 Théron (CE): **63.5**  
 Théron\* (CE): **11.2, 19, 24.1, 49.8, 67.2, 67.3**  
 Theux (CE): **14.4, 89.3**  
 Thévenet (CE): **21.2**  
 Thévenot (CE): **90.9**  
 Thibault (CE): **27.3**  
 Thiebaut et Gehin (CE): **97.6**  
 Thomas (CE): **68.7**  
 Thomasson (TC): **53.6**

Thony (Epoux) (CE): **80.7**  
 Thouzellier (CE) v. Ministre de la justice c. Thouzellier  
 Tiberghien (Consorts) c. SA des eaux du Nord et de la Communauté de Lille (TC): **7.8**  
 Tibéri (CE): **98.10**  
 Tilhaud (CE): **31.4**  
 Tinez et autres (CE): **8.7**  
 Titran (CE): **83.11, 105.5**  
 Tixier (CE): **3.5**  
 Tomaso Grecco\* (CE): **14, 53.2, 53.3, 69.7, 87.4, 89.6, 104.3**  
 Toni (CE): **27.7**  
 Toribio et Bideau (CE): **70.4, 70.6**  
 Torregrosa (CE): **70.5**  
 Torrent (Mme) (CE): **35.7**  
 Touchebeuf et Mme Royer (CE): **15.4**  
 Touraine (M. et Mme) et Parthonnaud (M. et Mme) (CE): **56.5**  
 Touron (Consorts) (CE): **63.5**  
 Tramways de Cherbourg (CE) v. Compagnie des tramways de Cherbourg  
 Trannoy (CE): **1.7**  
 Trany (CE): **26.6**  
 Trépont (CE): **28.2**  
 Trognon (CE): **97.9**  
 Trompier-Gravier\* (Dame Vve) (CE): **26.8, 51, 60.7, 76.4, 84.6, 112.7**  
 Trottier (CE): **1.7, 1.8**  
 Turk (CE): **27.9**

## U

Uguen (CE): **45.3**  
 UNAPEL (CE) v. Union nationale des associations des parents d'élèves de l'enseignement libre  
 Union de la propriété bâtie de France (CE): **56.5**  
 Union Démocratique du Travail (CE): **86.2**  
 Union départementale des sociétés mutualistes du Jura (CE): **79.6**

- Union des chambres syndicales d'affichage et de publicité extérieure (CE): **34.3**
- Union des groupements d'achats publics (TC): **24.8**
- Union des transports publics urbains et régionaux (CE): **20.2, 20.3, 24.2**
- Union des véhicules industriels (CE): **17.3, 76.2**
- Union française de l'Express c. La Poste (TC): **35.4, 94.3, 94.6**
- Union française pour la cohésion nationale (CE): **23.6, 103.7**
- Union générale cinématographique (CE): **72.4**
- Union générale des syndicats pénitentiaires CGT (CE): **45.3**
- Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale (CE): **16.7, 60.2**
- Union nationale CGT des affaires sociales (1996) (CE): **82.15**
- Union nationale des affaires sociales CGT (2009) (CE): **12.6**
- Union nationale des associations familiales (1953) (CE): **17.6**
- Union nationale des grandes pharmacies de France (CE): **50.2, 50.5, 59.5**
- Union nationale des organisations syndicales des transporteurs routiers automobiles (CE): **17.7**
- Union nationale des parents d'élèves de l'enseignement libre (1941) (CE): **16.2**
- Union nationale des parents d'élèves de l'enseignement libre (1942) (CE): **71.7**
- Union nationale des parents d'élèves de l'enseignement libre (1961) (CE): **45.4**
- Union nationale des professions libérales et autres (CE): **105.10**
- Union nationale des syndicats autonomes (CE): **27.3**
- Union nationale écologiste (CE): **3.5**
- Union pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales des Alpes-maritimes (CE): **40.6**
- Union professionnelle CFDT de Saint-Pierre-et-Miquelon (TC): **49.12**
- Union syndicale des industries aéronautiques (CE): **35.3, 35.7**
- Union syndicale des magistrats administratifs (CE): **12.6**
- Union syndicale des magistrats administratifs et Ligue des droits de l'Homme (CE): **26.6, 112.4**
- United International Pictures (TA Bordeaux): **72.5**
- Université de Dijon c. Mmes Picard et Brachet (CE): **52.5**
- Université de Nouvelle-Calédonie (CE): **100.4, 100.6**
- Université Paris VII (CE): **78.5**
- UPC France (CE): **81.9**
- Urban (Delle) c. Mouche et État (TC): **44.3**
- Urdiain Cirizar (CE): **92.1**
- USPAC-CGT (CE): **16.7**

## V

- V. (Sieur) (CE): **42.5**
- V.\* (Époux) (CE): **1.7, 2.4, 6.7, 14.3, 53.3, 74.8, 89, 104.3**
- Vacher-Desvernaix (CE): **12.2**
- Vacqué (CE): **63.5**
- Valette (CE): **2.3, 102.4**
- Vannier (CE): **15.4, 45.3, 47.3, 47.10, 100.9**
- Vassilikiotis (CE): **105.5**
- Vast (CE): **98.9**
- Vaulot (CE): **97.6**
- Vayssière (Mme) (CE): **18.2, 18.5**
- Vedel (Mme) et M. Jannot (CE): **85.6**
- Verbanck (TC): **1.8**
- Verheyde (CE): **53.2**
- Vernes (CE): **13.5, 13.5**

- Vernet (TC): **44.3, 44.3**  
 Véron-Réville (CE): **39.4, 42.1, 42.2, 42.2, 63.3**  
 Verrier (CE): **36.2**  
 Veyre (CE): **15.3**  
 Veysset (Mme) (CE): **83.10**  
 Viauroux (Dame) (CE): **46.2**  
 Vidal (CE): **42.2**  
 Vigier (CE): **27.7, 90.3**  
 Vignard (CE): **105.11**  
 Viguier (CE): **30.2**  
 Villa (CE): **3.8, 27.7**  
 Villard (CE): **56.5, 91.1**  
 Ville d'Aix-en-Provence c. société Gaumontdistribution et autres (CE): **72.5**  
 Ville d'Amiens (CE): **80.13**  
 Ville d'Armentières (CE): **64.7**  
 Ville d'Avignon (1899) (CE): **25.1**  
 Ville d'Avignon (1963) (CE): **29.3, 29.4, 29.8**  
 Ville de Bordeaux (1966) (CE): **35.9**  
 Ville de Brest (CE): **104.3, 104.3**  
 Ville de Cannes (1882) (CE): **25.1**  
 Ville de Cannes (1968) (CE): **33.2**  
 Ville de Courbevoie c. Consorts Sanse (CE): **80.12**  
 Ville de Dijon (1963) (CE): **72.3**  
 Ville de Dijon (2005) (CE): **35.4**  
 Ville de Dôle (CE): **14.4**  
 Ville de Fréjus (CE): **6.7**  
 Ville de Grenoble, Société gaz électricité de Grenoble (CE): **105.10**  
 Ville de la Courneuve (CE): **28.3**  
 Ville de Lille (CE): **93.3**  
 Ville de Lille c. Ackermann (CE): **43.4**  
 Ville de Limoges (CE): **80.15**  
 Ville de Lisieux (1947) (CE): **56.2**  
 Ville de Lyon (1961) (CE): **56.2**  
 Ville de Lyon (2007) (CE): **43.5**  
 Ville de Marseille (CE): **42.3**  
 Ville de Melun et Association Melun-cultureloisirs c. Vivien et autres (CE): **48.3, 48.4**  
 Ville de Nanterre (CE): **41.4**  
 Ville de Nemours c. Mme Marquis (CE): **56.4**  
 Ville de Nice (1951) (CE): **20.2**  
 Ville de Nice (1956) (CE): **68.2, 83.3**  
 Ville de Nice c. Société industrielle des travaux d'assainissement urbain (CE): **29.8**  
 Ville de Nimes c. Pabion (CE): **9.3, 53.8**  
 Ville de Pamiers (TC) v. Préfet de la région Île-de-France (ville de Pamiers) (CE): **98.6, 114.8**  
 Ville de Paris (1983) (CE): **9.4**  
 Ville de Paris (1992) (CE): **9.4**  
 Ville de Paris (2008) (CE): **52.7**  
 Ville de Paris c. Driancourt (CE): **14.4, 102.8, 118.6**  
 Ville de Paris c. Hanon (CE): **18.5**  
 Ville de Paris c. Marabout (CE): **14.3**  
 Ville de Paris c. Michon (CE): **29.1**  
 Ville de Paris c. Société Sodevam (CE): **38.5**  
 Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin (CE): **48.5, 67.4**  
 Ville de Paris et bureau d'aide sociale de Paris c. Lévy (CE): **4.8, 82.9**  
 Ville de Paris et Société d'économie mixte PariSeine (CE): **98.9**  
 Ville de Reims (CE): **97.6**  
 Ville de Rouen (CE): **61.5**  
 Ville de Saint-Dié (CE): **63.3**  
 Ville de Saint-Malo (CE): **20.8**  
 Ville de Senlis (CE): **54.1**  
 Ville de Sochaux (CE): **4.6, 80.2**  
 Ville de Strasbourg (CE): **46.2**  
 Ville de Thiais (TC): **66.5**  
 Ville de Toulon (1949) (CE): **29.3**  
 Ville de Toulouse (CE): **68.7**  
 Ville de Toulouse c. Mme Aragnou (CE): **82.14**

Ville de Vichy (CE): **25.4**  
 Ville de Villeneuve-Tolosane (CE): **80.12**  
 Ville de Viry-Chatillon (CE): **4.3**  
 Ville d'Elbeuf (CE): **29.3, 29.8, 47.5**  
 Ville Nouvelle Est\* (CE): **4.8, 27.4, 27.9, 80, 81.4, 106.8, 110.5, 117.4**  
 Villemain (CE): **40.4, 40.6, 40.7, 46.7, 83.11, 103.5, 103.8**  
 Villes (CE): **26.2, 55.1**  
 Vimart (Consorts) (CE): **74.7**  
 Vinatie et Binet (TA): **8.1**  
 Vincent (CE): **17.4, 90.8, 102.8**  
 Vincent c. Ministre de la justice (TC): **37.11**  
 Vindevogel (Mme) (CE): **83.9, 87.3**  
 Vingtain et Affortit (CE): **37.1, 37.8, 67.3**  
 Vion (Dame) (CE): **89.2**  
 Virmont (CE): **78.9**  
 Vo Thanh Nghia (CE): **3.9**  
 Voisin c. RATP (TC): **78.2, 78.3, 78.3**  
 Volff et Exertier (CE): **63.3, 64.8, 90.3**  
 Vuillaume (CE): **12.4**

**W**

Wada (CE): **39.2**  
 Wajs (Mme) et Monnier (CE): **15.2, 15.4**  
 Weisgal (Dame) (CE): **64.10**  
 Welter (CE): **70.4, 70.4**  
 Werling c. Ministre de l'agriculture (TC): **7.6**  
 Werquin (CE): **14.5, 38.7, 77.7**  
 White (Consorts) (CE): **4.3**  
 Winkell (CE): **37.4, 58.2**  
 Wodel (CE): **43.2**  
 Woetglin (CE): **55.2**

**X**

X (CE): **88.6**  
 X. c. Jouvent et Fifis (TC): **2.4**  
 Xavier Vallat (CE): **43.1**

**Y**

Y. (Mme) (CE): **98.9**  
 Yatabare (CE): **82.7**  
 Yener (Consorts) (CE): **3.9, 14.2**  
 Ymain (Dame) (CE): **66.3**

**Z**

Zaidi (CE): **86.12**  
 Zaoui (Époux) (TC): **35.7**  
 Zemma (CE): **70.4**  
 Zénard (CE): **41.5**  
 Zervudacki (CE): **51.5**  
 Zimmermann (CE) : **10.5**

NOTAS Y DICTÁMENES  
 ADMINISTRATIVOS DEL CONSEJO  
 DE ESTADO

9 mai 1950 (Intérieur): **72.6**  
 6 févr. 1953 (AG): **71.2**  
 1er oct. 1962 (AG): **95.9**  
 15-17 mars 1969 (AG): **95.9**  
 21 sept. 1972 (AG): **23.3**  
 27 oct. 1977 (AG): **82.4**  
 13 déc. 1977 (Travaux publics): **105.3**  
 27 nov. 1989 (AG): **23.5, 87.2**  
 23 mars 1993 (Finances): **93.6**  
 9 nov. 1995 (AG): **92.2, 92.4**  
 17 sept. 1998 (Finances): **93.8**  
 24 sept. 1998 (Travaux publics): **20.8**  
 26 sept. 2002 (AG): **92.4**  
 18 mai 2004 (Intérieur): **48.4**  
 19 juill. 2012 (AG): **68.11**

JURISDICCIONES ORDINARIAS

22 déc. 1922 (Civ.): **52.2**  
 22 déc. 1931 (Civ.): **86.2**  
 4 déc. 1934 (T. con. Seine) **58.2**  
 13 juill. 1941 (Crim.): **32.1**  
 23 avr. 1942 (Crim.): **44.2**  
 22 oct. 1946 (Civ.): **74.3**

- 11 mai 1949 (Crim.): **10.3**  
 7 nov. 1950 (Civ.): **68.1**  
 21 févr. 1952 (Soc.): **81.3**  
 28 nov. 1952 (T. civ. Seine): **69.1**  
 2 févr. 1955 (CA Paris): **69.1**  
 27 janv. 1956 (Soc.): **58.11**  
 2 févr. 1956 (Crim.): **58.13**  
 23 nov. 1956, Trésor public c. Giry\*  
 (Civ.): **1.7, 1.8, 6.4, 14.6, 29.2, 54.9, 63.9, 69, 73.3, 73.7, 93.2**  
 23 déc. 1959 (TGI Seine): **73.7**  
 17 févr. 1960 (TGI Seine): **73.7**  
 29 avr. 1960 (Civ.): **106.6**  
 25 janv. 1961 (Crim.): **1.8, 44.2**  
 15 févr. 1961 (Civ.): **37.8**  
 21 août 1961 (Crim.): **75.2**  
 3 janv. 1962 (CA Douai): **69.7**  
 16 janv. 1962 (Civ.): **74.7**  
 22 févr. 1962 (CA Paris): **73.7**  
 10 mai 1962 (Crim.): **75.2**  
 30 avr. 1963 (CA Paris): **78.1**  
 8 mai 1963 (TGI Seine): **73.7**  
 14 nov. 1963 (Crim.): **93.2**  
 3 juin 1964 (CA Paris): **69.7, 73.7**  
 22 juin 1965 (Civ.): **73.7**  
 15 juin 1966 (CA Orléans): **69.7, 73.7**  
 7 juin 1967 (Civ.): **78.1**  
 13 nov. 1968 (Civ.): **69.7**  
 13 mai 1970 (TGI Paris): **69.7**  
 30 mars 1971 (Soc.): **82.13**  
 16 mars 1972 (Civ.): **69.7**  
 21 juin 1974 (Ch. mixte): **81.3**  
 24 mai 1975 (Ch. mixte): **86.3**  
 10 janv. 1984 (Civ.): **97.3**  
 3 juin 1985 (Crim.): **88.8**  
 21 déc. 1987 (Civ., BRGM): **83.12**  
 30 juin 1988 (CA Paris): **84.7**  
 13 juill. 1988 (CA Paris): **69.5**  
 7 juin 1989 (Civ.): **88.8**  
 12 juill. 1989 (CA Paris): **69.5**  
 15 févr. 1991 (CA Paris): **7.5**  
 29 mars 1991 (Ass. plén.): **33.6**  
 18 nov. 1991 (Crim.): **61.6**  
 18 févr. 1992 (Civ.): **24.2**  
 18 nov. 1992 (Civ.): **24.7**  
 26 oct. 1993 (Com.): **69.5**  
 12 janv. 1994 (CA Paris): **69.5**  
 6 avr. 1994 (CA Paris): **69.5**  
 12 déc. 1995 (Com.): **84.9, 94.6**  
 19 déc. 1995 (Civ.): **88.8**  
 30 janv. 1996 (Civ.): **6.4, 54.9, 69.7, 104.6**  
 6 mai 1996 (Com.): **111.6**  
 2 avr. 1998 (C. assises Bordeaux): **102.1**  
 19 mai 1998 (Soc.): **58.14**  
 7 oct. 1998 (Civ.): **89.4**  
 13 oct. 1998 (Civ.): **54.3**  
 5 févr. 1999 (Ass. plén.): **97.1**  
 9 mars 1999 (Civ.): **104.6**  
 5 oct. 1999 (Com.): **97.1**  
 25 févr. 2000 (Ass. plén.): **2.8**  
 7 mars 2000 (CA Paris): **97.1**  
 18 mai 2000 (Civ.): **2.8**  
 23 mai 2000 (Civ.): **97.8**  
 2 juin 2000 (Ass. plén.): **95.4**  
 8 nov. 2000 (Civ.): **89.4**  
 22 déc. 2000 (Ass. plén.): **111.5**  
 23 févr. 2001 (Ass. plén.): **104.6**  
 4 sept. 2001 (Crim.): **40.3**  
 14 déc. 2001 (Ass. plén.): **44.3, 44.4**  
 26 févr. 2002 (Com.): **35.9**  
 4 juin 2002 (Crim.): **44.3**  
 13 nov. 2002 (Civ.): **62.3**  
 19 nov. 2002 (Com.): **94.6**  
 23 janv. 2004 (Ass. plén.): **13.7**  
 11 févr. 2004 (Crim.): **88.8**  
 16 mars 2004 (Civ.): **29.2**  
 13 oct. 2004 (Crim.): **2.3, 2.4, 2.5, 44.3**  
 14 juin 2005 (Crim.): **69.7**  
 20 juin 2006 (Civ.): **35.4**  
 22 sept. 2006 (Ch. mixte): **106.6**  
 6 févr. 2007 (Civ.): **69.7**  
 20 févr. 2008 (Civ.): **2.5**  
 30 sept. 2008 (Crim.): **2.3**

10 févr. 2009 (Crim.): **44.3, 44.4**  
 25 mars 2009 (Civ.): **104.6**  
 16 avr. 2010 (Civ.): **95.8**  
 29 juin 2010 (Com.): **29.2**  
 4 nov. 2010 (Civ.): **104.6**  
 12 oct. 2011 (Civ.): **104.6**  
 26 juin 2012 (Civ.): **33.4**  
 19 mars 2013 (Soc.): **23.4**  
 24 avr. 2013 (Civ.): **110.4, 111.8**  
 10 juill. 2013 (Soc.): **78.8**  
 15 janv. 2014 (Crim.): **88.8**  
 25 juin 2014 (Ass. plén.): **23.4**  
 4 févr. 2015 (Civ.): **3.11**  
 22 sept. 2015 (Cass. soc.): **37.9**  
 9 déc. 2015 (Civ.): **113.5**  
 15 mars 2016 (Crim.): **44.2**  
 15 juin 2016 (Civ.): **113.7**  
 9 nov. 2016 (Cass. Civ.): **14.6, 104.6**  
 18 nov. 2016 (Cass. Ass. plén.): **104.6**  
 13 déc. 2016 (Cass. Crim.): **118.4**  
 1<sup>er</sup> mars 2017 (Civ.): **114.1**  
 3 mai 2017 (Cass. Crim.): **118.4**

CONSEJO CONSTITUCIONAL

26 juin 1969, n.º 69-55 L: **71.6**  
 24 oct. 1969, n.º 69-57 L: **56.6, 71.6**  
 16 juill. 1971, n.º 71-44 DC: **84.3, 92.2**  
 29 févr. 1972, n.º 72-73 L: **17.4**  
 21 déc. 1972, n.º 72-75 L: **71.6, 84.6**  
 15 janv. 1975, n.º 74-54 DC: **13.7, 86.3, 86.16**  
 3 mars 1976, n.º 76-88 L: **61.3**  
 2 déc. 1976, n.º 76-70 DC: **26.9, 51.10, 84.3**  
 12 janv. 1977, n.º 76-75 DC: **43.6**  
 20 juill. 1977, n.º 77-83 DC: **51.10, 84.6**  
 23 nov. 1977, n.º 77-87 DC: **71.7, 84.3, 92.2**  
 23 mai 1979, n.º 79-104 DC: **71.7, 84.2**  
 25 juill. 1979, n.º 79-105 DC: **58.4, 58.8, 71.7**  
 9 janv. 1980, n.º 79-109 DC: **56.6**

22 juill. 1980, n.º 80-119 DC: **13.6, 76.7, 84.3**  
 22 juill. 1980, n.º 80-117 DC: **84.6**  
 22 juill. 1980, n.º 80-119 DC: **92.2**  
 11 juin 1981, Delmas: **3.11**  
 16 janv. 1982, n.º 81-132 DC: **61.3**  
 30 juill. 1982, n.º 82-143 DC: **75.8**  
 30 déc. 1982, n.º 82-155 DC: **56.6**  
 20 janv. 1984, n.º 83-165 DC: **84.3, 92.2**  
 18 janv. 1985, n.º 84-185 DC: **20.5**  
 18 janv. 1985, n.º 84-182 DC: **47.11**  
 23 août 1985, n.º 85-197 DC: **3.11**  
 3 sept. 1986, n.º 86-216 DC: **86.3**  
 18 sept. 1986, n.º 86-217 DC: **9.4, 58.8**  
 23 janv. 1987\*, n.º 86-224 DC: **1.6, 7.8, 55.3, 69.5, 78.3, 84, 92.2, 94.4, 96.8, 97.1, 97.5, 111.2**  
 26 juin 1987, n.º 87-228 DC: **76.7**  
 30 déc. 1987, n.º 87-237 DC: **56.6**  
 20 juill. 1988, n.º 88-244 DC: **92.2**  
 21 oct. 1988, AN Val d'Oise: **86.3**  
 25 juill. 1989, n.º 89-256 DC: **92.2**  
 28 juill. 1989, n.º 89-261 DC: **1.6, 84.10**  
 28 juill. 1989, n.º 89-260 DC: **97.5**  
 29 déc. 1989, n.º 89-268 DC: **26.9**  
 22 janv. 1990, n.º 89-267 DC: **7.2**  
 22 janv. 1990, n.º 89-269 DC: **82.9**  
 9 mai 1991, n.º 91-290 DC: **104.1**  
 19 déc. 1991, n.º 91-167 L: **71.7**  
 9 avr. 1992, n.º 92-308 DC: **95.3, 107.2**  
 2 sept. 1992, n.º 92-312 DC: **86.3**  
 8 déc. 1992, n.º 92-170 L: **112.7**  
 12-13 août 1993, n.º 93-325 DC: **10.2, 82.2, 98.9**  
 13 janv. 1994, n.º 93-332 DC: **13.6**  
 21 janv. 1994, n.º 93-335 DC: **57.3**  
 27 juill. 1994, n.º 94-343/344 DC : **91.2**  
 18 janv. 1995, n.º 94-352 DC: **18.4, 43.6**  
 8 juin 1995, Bayeurtre: **3.5**  
 9 avr. 1996, n.º 96-373 DC: **55.4, 57.3, 96.8**  
 23 juill. 1996, n.º 96-378 DC: **84.4**

- 10 juill. 1997, Abraham: **3.11**  
 7 nov. 1997, n.º 97-391 DC: **106.4**  
 29 juill. 1998, n.º 98-403 DC: **38.3**  
 15 mars 1999, n.º 99-410 DC: **95.10**  
 16 déc. 1999, n.º 99-421 DC: **106.1**  
 21 déc. 1999, n.º 99-422 DC: **13.7**  
 29 déc. 1999, n.º 99-425 DC: **13.7**  
 20 juill. 2000, n.º 2000-434 DC: **34.3**  
 25 juill. 2000, Hauchemaille: **3.11**  
 27 juill. 2000, n.º 2000-433 DC: **71.4**  
 10 janv. 2001, n.º 2000-440 DC: **47.11**  
 10 juin 2004, n.º 2004-496 DC: **95.7, 107.3**  
 19 nov. 2004, n.º 2004-505 DC: **107.3**  
 3 mars 2005, n.º 2005-198 L: **71.7**  
 14 avr. 2005, n.º 2005-513 DC: **68.10**  
 30 mars 2006, n.º 2006-535 DC: **51.10, 84.6**  
 20 juill. 2006, n.º 2006-539 DC: **82.8**  
 27 juill. 2006, n.º 2006-540 DC: **107.3**  
 14 déc. 2006, n.º 2006-544 DC: **105.14**  
 28 déc. 2006, n.º 2006-545 DC: **111.6**  
 19 juin 2008, n.º 2008-564 DC: **108.2, 108.4, 108.8**  
 12 mai 2010, n.º 2010-605 DC: **95.8**  
 28 mai 2010, n.º 2010-1 QPC: **101.7, 101.8, 101.9, 101.10**  
 17 sept. 2010, n.º 2010-28 QPC: **108.4**  
 22 sept. 2010, n.º 2010-33 QPC: **86.16**  
 26 nov. 2010, n.º 2010-71 QPC: **84.4**  
 17 déc. 2010, n.º 2010-79 QPC: **107.9**  
 20 janv. 2011, n.º 2010-624 DC: **47.11**  
 28 janv. 2011, n.º 2010-94 QPC: **65.11**  
 25 mars 2011, n.º 2010-110 QPC: **97.6**  
 25 mars 2011, n.º 2010-108 QPC: **101.8, 101.9**  
 8 avr. 2011, n.º 2011-116 QPC: **108.8**  
 13 mai 2011, n.º 2011-129 QPC: **96.10**  
 22 juill. 2011, n.º 2011-155 QPC: **46.7**  
 2 déc. 2011, n.º 2011-200 QPC: **97.10**  
 24 févr. 2012, n.º 2011-224 QPC: **86.16**  
 5 oct. 2012, n.º 2012-379 QPC: **101.10**  
 12 oct. 2012, n.º 2012-280 QPC: **97.6**  
 23 nov. 2012, n.º 2012-282 QPC: **108.8**  
 7 déc. 2012, n.º 2012-286 QPC: **97.9**  
 29 janv. 2013, n.º 2012-290/291 QPC: **61.4**  
 26 avr. 2013, n.º 2013.308 QPC: **108.9**  
 17 mai 2013, n.º 2013-669 DC: **92.2**  
 24 mai 2013, n.º 2013.317 QPC: **108.9**  
 14 juin 2013, n.º 2013-314 QPC: **55.4, 92.4**  
 5 juill. 2013, n.º 2013-331 QPC: **97.10**  
 19 déc. 2013, n.º 2013-682 DC: **106.4**  
 14 févr. 2014, n.º 2013-366 QPC: **13.7, 86.16**  
 4 avr. 2014, n.º 2014-373 QPC Sephora: **61.4**  
 25 avr. 2014, n.º 2014-392 QPC: **17.4**  
 19 sept. 2014, n.º 2014-417 QPC: **101.10**  
 12 févr. 2015, n.º 2015-710 DC: **106.7**  
 27 févr. 2015, n.º 2014-450 QPC: **90.6**  
 20 mars 2015, n.º 2014-457 QPC: **97.9**  
 5 août 2015, n.º 2015-715 DC: **38.8**  
 22 déc. 2015, n.º 2015-527 QPC: **118.1**  
 22 déc. 2015, n.º 2015-527 QPC: **118.5**  
 29 déc. 2015, n.º 2015-726 DC: **107.3**  
 19 févr. 2016, n.º 2016-536 QPC: **118.3, 118.5**  
 4 août 2016, n.º 2016-736 DC: **56.2, 56.6**  
 23 septembre 2016, n.º 2016-567/568 QPC: **118.3**  
 2 déc. 2016, n.º 2016-600 QPC: **118.3**  
 16 mars 2017, n.º 2017-624 QPC: **118.1**  
 9 juin 2017, n.º 2017-635 QPC: **118.1**
- JURISDICTIONS COMMUNITAIRES
- CJCE 15 juill. 1960, Comptoir de vente du charbon de la Ruhr: **71.8**  
 CJCE 6 févr. 1962, Bosch: **106.2**  
 CJCE 5 févr. 1963, Van Gend en Loos: **109.9**  
 CJCE 6 oct. 1970, Franz Grad: **109.3**  
 CJCE 17 déc. 1970, Société SALE: **109.3**

- CJCE 14 juill. 1972, Azienda Colori Nazionali c. Commission: **106.3**
- CJCE 5 juin 1973, Commission c. Conseil: **106.3**
- CJCE 4 juill. 1973, Westzucker: **106.3**
- CJCE 4 déc. 1974, Van Duyn: **109.3**
- CJCE 8 avr. 1976, Melle Defrenne c. Sabena: **105.4**
- CJCE 10 oct. 1978, Hansen: **86.1**
- CJCE 25 janv. 1979, Racke: **106.3**
- CJCE 5 avr. 1979, Ratti: **109.6**
- CJCE 15 oct. 1980, Roquette frères: **105.4**
- CJCE 6 oct. 1982, CILFTT: **88.4, 111.7**
- CJCE 15 mai 1986, Marguerite Johnston: **57.2**
- CJCE 26 mars 1987, Coopérative agricole d’approvisionnement des Avirons: **86.1**
- CJCE 22 oct. 1987, Foto Frost: **107.6**
- CJCE 30 juin 1988, Commission c. France: **46.4**
- CJCE 19 nov. 1991, Francovitch et Mme Bonifaci: **109.6**
- CJCE 19 mai 1993, Corbeau: **41.10**
- CJCE 27 avr. 1994, Commune d’Almelo: **41.10**
- CJCE 14 juill. 1994, Faccini Dori: **109.6**
- TPI 27 févr. 1997, Fédération française des sociétés d’assurances: **41.10**
- CJCE 17 sept. 1997, Dorsch consult: **96.7**
- CJCE 9 déc. 1997, Commission c. France: **38.5**
- CJCE 25 mars 1998, Fédération française des sociétés d’assurances: **41.10**
- CJCE 17 sept. 1998, Commission c. Belgique: **96.7**
- CJCE 18 nov. 1999, Teckal: **41.7**
- CJCE 4 févr. 2000, Emesa Sugar: **99.4**
- CJCE 5 oct. 2000, Allemagne c. Commission: **79.5**
- CJCE 6 mars 2001, Connolly c. Commission: **64.5**
- CJCE 22 mars 2001, France c. Commission: **79.5**
- CJCE 29 nov. 2001, Griesmar: **46.6**
- CJCE 13 déc. 2001, Mouflin: **46.6**
- CJCE 24 juill. 2003, Altmark: **41.10**
- CJCE 14 oct. 2004, Omega: **91.2**
- CJCE 6 déc. 2005, Abna Ltd et autres: **106.10**
- CJCE 27 juin 2006, Parlement européen c. Conseil de l’Union européenne: **82.8**
- CJCE 26 juin 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophones: **107.7**
- CJCE 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA c. Commune d’Uccle et Région de Bruxelles-Capitale: **41.7**
- CJCE 16 déc. 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine: **107.8**
- CJUE 22 juin 2010, Melki et Abdeli: **95.8, 107.9**
- CJUE 5 avr. 2011, Société fiduciaire nationale d’expertise comptable: **59.4**
- CJUE 30 mai 2013, Doux Élevage SNC: **111.1**
- CJUE 12 déc. 2013, Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux Sèvres: **46.7**
- CJUE 13 mai 2014, Google Spain: **88.4**
- CJUE 17 juill. 2014, Leone: **46.6**
- CUJE 5 nov. 2014, Mukarubega (Mme): **51.11**
- CJUE 18 déc. 2014, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl: **41.8**
- CJUE 28 juill. 2016, Association France Nature Environnement: **105.13**
- CJUE 14 mars 2017, G4S Secure: **23.4**

COMISIÓN Y TRIBUNAL EUROPEOS  
DE DERECHOS HUMANOS

CEDH 23 juill. 1968, Affaire linguistique  
beige: **101.3**

CEDH 17 janv. 1970, Delcourt: **99.2,**  
**99.3, 99.6**

CEDH 16 juill. 1971, Ringeisen: **97.2**

CEDH 8 juin 1976, Engel: **97.2, 97.4**

CEDH 13 juin 1979, Marckx c. Belgique:  
**106.2**

CEDH 23 juin 1981, Le Compte, Van  
Leuven et De Meyere c. Belgique:  
**59.6, 97.3**

CEDH 30 nov. 1987, H. c. Belgique: **97.5**

CEDH 21 juin 1988, Berrehab: **82.10**

CEDH 18 févr. 1991, Moustaqim: **82.10**

CEDH 27 août 1991, Demicoli c. Malte:  
**97.5**

CEDH 3 sept. 1991, Bazerque c. France:  
**99.2**

CEDH 30 oct. 1991, Borgers: **99.3**

CEDH 24 févr. 1994, Bendenoun c. Fran-  
ce: **97.4**

CEDH 24 nov. 1994, Consorts Beaumar-  
tin c. France: **88.3**

CEDH 9 déc. 1994, Raffineries grecques  
Stran et Stratis Andreadis c. Grèce: **20.9**

CEDH 26 sept. 1995, Diennet c. France:  
**97.3**

CEDH 28 sept. 1995, Procola c. Luxem-  
bourg: **26.6**

CEDH 22 nov. 1995, SW c. Royaume-  
Uni: **91.2**

CEDH 20 févr. 1996, Vermeulen: **99.3**

CEDH 16 sept. 1996, Gaygusuz c. Autri-  
che: **101.3**

CEDH 19 mars 1997, Hornsby c. Grèce:  
**38.4, 83.12**

CEDH 31 mars 1998, Reinhardt et Sli-  
mane Kaki c. France: **99.3**

CEDH 23 sept. 1998, Malige c. France:  
**97.4**

CEDH 28 oct. 1999, Zielenski et autres c.  
France: **13.6**

CEDH 7 juin 2001, Kress c. France\*: **99**

CEDH 17 juill. 2001, Association Ekin c.  
France: **101.4**

CEDH 27 août 2002, Didier: **97.1, 97.5**

CEDH 13 févr. 2003, Chevrol: **88.5**

CEDH 6 mai 2003, Kleyn: **26.6**

CEDH 7 oct. 2003, Mme Richard-Duha-  
rry c. France: **97.3**

CEDH 11 janv. 2005, Py: **95.5**

CEDH gr. ch..10 nov. 2005, Sahin: **23.6**

CEDH gr. ch..12 avr. 2006, Martinie:  
**99.8**

CEDH gr. ch..4 juill. 2006, Ramirez San-  
chez: **90.7**

CEDH 26 sept. 2006, Société de gestion  
du port de Campoloro: **83.12**

CEDH 9 nov. 2006 Sacilor-Lormines:  
**26.6**

CEDH 19 avr. 2007, Vilho Eskelinen et  
autres: **97.4**

CEDH 4 déc. 2008, Dogru: **23.5**

CEDH 30 juin 2009, Aktas: **23.6**

CEDH 30 juin 2009, Union fédérale des  
consommateurs Que Choisir de Côte  
d'Or: **26.6**

CEDH 15 sept. 2009, Étienne c. France:  
**99.9**

CEDH 21 janv. 2010, Barret et Sirjean c.  
France: **38.4**

CEDH 21 sept. 2010, Manenc c. France:  
**46.7**

CEDH 6 déc. 2011, Poitevin et Helleboid  
c. France: **7.2**

CEDH 6 déc. 2012, Michaud c. France:  
**107.7**

CEDH 15 janv. 2013, Eweida et autres c.  
Royaume-Uni: **23.4**

CEDH 4 juin 2013, Marc-Antoine c.  
France: **99.10**

CEDH 10 juill. 2014, Tanda-Muzinga: **82.8**

CEDH 10 juill. 2014, Mugenzi: **82.8**  
 CEDH 10 juill. 2014, Senigo Longue et autres: **82.8**  
 CEDH 13 janv. 2015, NML Capital Ltd c. France: **38.4, 77.8**  
 CEDH 10 nov. 2015 Dieudonné M'bala, M' Bala c. France: **43.5**  
 CEDH 26 nov. 2015, Ebrahimian c. France: **23.4**  
 CEDH 6 oct. 2016, Beausoleil c. France: **97.9**

JURISDICCIONES EXTRANJERAS

Cour suprême de la Côte d'Ivoire, 14 juin 1970, Société des Centaures routiers: **35.8**  
 Cour suprême des États-Unis, 1979, Carter c. Goldwater: **3.11**  
 Cour const. italienne, 13 avr. 1989, Società Fragd: **105.4, 107.4**

Cour const. allemande, 7 juin 2000: **107.4**  
 Cour const. allemande, 4 oct. 2011: **107.4**  
 Cour const. belge, 21 févr. 2013: **105.11**

CORTE INTERAMERICANA  
 DE DERECHOS HUMANOS

5 févr. 2001, Olmedo Bustos et autres c. Chili: **72.5**

CORTE INTERNACIONAL  
 DE JUSTICIA

26 avr. 1988: **95.2**

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS  
 DE LAS NACIONES UNIDAS

2 nov. 1987: **88.7**  
 3 avr. 1989, Gueye: **88.7, 101.1**  
 26 juill. 2002, Wackeneim: **91.1**

La obra que el lector tiene en sus manos es la traducción al español de la vigésima edición, cerrada a 31 de julio de 2015, por la casa Dalloz, de *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*. Su primera edición en 1956 fue impulsada por René Cassin, Vicepresidente del Consejo de Estado francés, y por Marcel Waline, profesor de la Facultad de Derecho de París, y en ella intervinieron juristas tan prestigiosos como el catedrático Prosper Weil y los Auditores de Primera Clase del Consejo de Estado Marceau Long y Guy Braibant.

Desde entonces, este recopilatorio constituye todo un clásico en la bibliografía de derecho público, lo que justifica sobradamente su versión española, en la que recibe la denominación de *La Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés*, título que para el lector español resulta más expresivo de su contenido, verdadero compendio de la doctrina del Alto Cuerpo. Los 118 Arrêts o Sentencias proceden tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Conflictos, repuesto definitivamente tras la caída del Segundo Imperio por Ley de 24 de mayo de 1872, y se ordenan cronológicamente desde 1873, con el caso Blanco en materia de responsabilidad patrimonial, hasta 2015. Los motivos de las sentencias se transcriben, por lo general, en su integridad, y las observaciones ilustran con precisión al lector y lo sitúan en el contexto histórico y social. La AEBOE aspira a garantizar para el público hispano la permanente actualización de obra tan señera.