

Jacqueline
MORAND-DEVILLER

Curso de

Derecho Administrativo

Curso
Temas de Reflexión
Comentarios y Análisis de Fallos

Traducción de
ZORAIDA RINCÓN ARDILA
JUAN C. PELÁEZ GUTIÉRREZ

Universidad
Externado
de Colombia

Jacqueline
MORAND-DEVILLER

Curso de

Derecho Administrativo

Curso
Temas de Reflexión
Comentarios y Análisis de Fallos

Traducción de
ZORAIDA RINCÓN ARDILA
JUAN C. PELÁEZ GUTIÉRREZ

Universidad
Externado
de Colombia

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**Curso
Temas de reflexión
Comentarios y análisis de fallos**

Jacqueline Morand-Deville
Profesora emérita de la Université de Paris I
(Panthéon - Sorbonne)

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Curso
Temas de reflexión
Comentarios y análisis de fallos

Traducido por:
ZORAIDA RINCÓN ARDILA
JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ

Traducción a la 10.^a edición (actualizada)

Universidad Externado de Colombia

© 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

© 2007, 2010, JACQUELINE MORAND-DEVILLER

© 2010, JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ (trad.)

© 2010, ZORAIDA RINCÓN ARDILA (trad.)

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia

Teléfono (57 1) 342 0288

www.uexternado.edu.co

publicaciones@uexternado.edu.co

Título original: *Cours de Droit Administratif. Cours. Thèmes de réflexion. Commentaires d'arrêts avec corrigés*, LGDJ Montchrestien, 10^e édition, 2007.

ISBN 978-958-710-664-0 E-BOOK

ISBN 978-958-710-584-1

ISBN EPUB 978-958-710-937-5

Primera edición en español: junio de 2010

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Composición: Proyectos Editoriales Curcio Penen

ePub x Hipertexto Ltda. / www.hipertexto.com.co

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

El Maestro dice: "Estudiar sin reflexionar es vano.
Meditar sin estudiar es peligroso".
CONFUCIO. *Entretiens*, Livre III.

"Yo respondí (a los jueces) que el pobre diablo
de la arbitrariedad administrativa era su razón de ser
y la principal justificación de su existencia,
como el estudiante era la principal razón de ser del
profesor".
JEAN RIYERO

AGRADECIMIENTOS

La traducción de mi *Curso de derecho administrativo* al español es el más bello regalo que me ha sido ofrecido para el aniversario de su décima edición. Esta obra se pudo llevar a cabo gracias a las publicaciones de la Universidad Externado de Colombia y quiero manifestar mi gratitud al rector Fernando Hinestrosa cuya colaboración con el derecho y los juristas franceses es notable y permanente.

Traducir una obra jurídica de esta dimensión y densidad es un trabajo de gran dificultad ya que es necesario sin cesar encontrar la palabra justa y la justa construcción de la frase aunque las identidades y las correspondencias no son siempre equivalentes. Ese desafío fue afrontado con éxito por JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ y ZORAIDA RINCÓN ARDILA, juristas de gran talento, quienes realizaron sus estudios entre Colombia y Francia. JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, luego de haber obtenido el Primer Premio de Tesis doctoral en Derecho Público de la Universidad Paul Cézanne -

Aix-Marseille III, se convirtió en Profesor de Derecho Público en la Universidad Externado de Colombia.

Bajo mi solicitud y autorización, los traductores realizaron ciertas modificaciones en algunos apartes del contenido, se suprimieron algunos cuadros, no muy relevantes, y se dejaron otros cuadros y comentarios de fallos de la edición anterior por ser de vital importancia para nuestros lectores en América Latina.

Por otra parte, los traductores tuvieron la amabilidad de aceptar nuevas modificaciones al trabajo elaborado con el fin de agregar algunos datos, y jurisprudencias que son parte de la décima primera edición que se publicó en Francia en el año 2009.

Soy consciente de la inmensidad de la tarea que ellos desarrollaron y no podré asegurarles suficientemente mi profundo reconocimiento.

El Derecho Administrativo francés permaneció durante mucho tiempo como un derecho pretoriano y los "Grandes fallos del Consejo de Estado" han permitido poner de relieve líneas directrices y principios fundamentales. Como los otros derechos, él se enriquece del aporte de otras jurisprudencias, especialmente de las Cortes supremas europeas, colaboración que permite tomar lo mejor de los diferentes sistemas de derecho y sirve para mejorar su calidad. Se enriquece también,

desafortunadamente, de una inflación masiva de textos: las fuentes comunitarias se suman a las fuentes nacionales en una estratificación masiva, con frecuencia denunciada en nombre de la inseguridad jurídica, jamás interrumpida.

Este *Curso de derecho administrativo* es el complemento de una enseñanza que he impartido durante largos años en las Universidades de Paris XII-Val de Mame y Paris I Panthéon-Sorbonne. De edición en edición, he buscado poner de relieve las características esenciales de un derecho que no cesaba de volverse más complejo y de obscurecerse, y volverlo inteligible y accesible a un público de no especialistas, en primer lugar a los estudiantes. Con ese objetivo, cada capítulo se halla seguido de "temas de reflexión y comentarios de Fallo" que son ofrecidos como "modelos", entre otros, permitiendo familiarizarse con el método cartesiano temido del "plan" a la francesa.

Este modo de razonamiento fundado en el descubrimiento de las problemáticas, un itinerario que va de pregunta en pregunta, una construcción rigurosa, no artificial, en partes y sub-partes, es muy conveniente para el derecho administrativo, el cual está investido por los conceptos y cuya palabra principal es el interés general. La mínima cortesía que se puede tener con ese derecho y su método es tratar de respetar esa claridad y ese rigor.

JACQUELINE MORAND-DEVILLER

PREFACIO

Esta obra encuentra su inspiración en una larga experiencia como docente del curso de "Derecho administrativo general". Está dirigida, primero que todo, a los estudiantes y a los candidatos a los concursos de la función pública, con el fin de ayudarlos a superar lo que parecen ser sus dos principales debilidades: por una parte, la incapacidad de identificar lo más importante, de captar lo *esencial*, con el objeto de resaltarlo y completarlo - sólo posteriormente- a través de los desarrollos necesarios; por otra parte, la dificultad para realizar con éxito una presentación clara de los temas a tratar, bajo la forma de un *plan* correctamente estructurado cuyos argumentos se encadenen con lógica y le den toda su convicción a la demostración.

La escogencia hecha por el autor consiste en:

- Orientar el texto del curso hacia lo que parece *fundamental*, selección que no puede evitar una cierta subjetividad. Reducir a lo esencial las referencias doctrinales y remitir a la bibliografía general ubicada al final de la obra y a los manuales

más especializados, indicados al final de cada capítulo. Las tesis recientes, a menudo mal conocidas, son también señaladas.

- Ilustrar frecuentemente el texto con ejemplos resaltados "en cuadros": tablas, datos estadísticos, extractos de leyes, de reglamentos y sobre todo de jurisprudencia, dado el carácter fuertemente pretoriano de este derecho. Los extractos de los fallos del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado deben, además, permitir una buena aprehensión del lenguaje sabiamente conciso y de la reflexión intelectual algunas veces enigmática de estas Altas jurisdicciones.

- Finalizar cada capítulo con *temas de reflexión y comentarios de fallos* acompañados de análisis de los mismos, presentados bajo la forma de planes esquemáticos. Los fallos comentados han sido generalmente escogidos porque tratan varios temas fundamentales del curso que el estudiante debe estar en condiciones de identificar.

- Habiendo asimilado lo esencial, la aprehensión de la materia deberá permitir tomar algunos elementos del método sistémico -en el cual un rol capital es confiado a las interdependencias, a las analogías, a la integración del tiempo y de las evoluciones dentro de los sistemas considerados-, los cuales, si anteriormente eran piramidales, *DERECHO ADMINISTRATIVO* se organizan cada vez más en redes.

Esta última edición refuerza el lugar dado al derecho comunitario, al derecho constitucional y al derecho privado.

- Seguir, a través de las reediciones de esta obra, las *transformaciones constantes* de una materia marcada por el enriquecimiento de las fuentes del derecho administrativo, la convivial presión de los derechos constitucional y comunitario, los fenómenos de desregulación, contractualización, y el nuevo enfoque de la democracia local de proximidad. La aceleración del tiempo, marca de nuestra época, alcanza el tiempo de la norma.

- Mezclar un *enfoque conceptual fundamental* "el todo viene antes de las partes" (Bergson) y un *enfoque pragmático* e incluso anecdótico para convencer de la cotidianidad viviente de ese derecho, "fuerza viva y no pura teoría" (JHERING).

- Incitar a los estudiantes a una percepción inteligente e inteligible de los temas abordados, insistiendo en *tres enfoques metodológicos* esenciales: el *cuestionamiento*, a partir de interrogantes, promoviendo el debate, de proposiciones de respuesta seguidas de nuevas preguntas sobre un derecho en movimiento y en perspectiva; el rigor de los análisis y de las demostraciones mediante un buen *manejo del lenguaje*: forma al servicio del fondo; y la *coherencia*, haciendo surgir las interdependencias, las analogías,

las lecciones de la Historia. Más que nunca, el derecho atomizado y en retazos requiere del arte de la *depuración* y la *simplicidad*.

Esta aproximación permite evitar el doble obstáculo del aficionado: saber poco sobre todo, y del especialista: saber todo sobre poco.

Aristocrático, secreto, esotérico, el derecho administrativo tiene la reputación de estar reservado a los especialistas, pacientemente instruidos en esos misterios.

Esperamos que esta obra logre persuadir a los lectores que esta materia rica y sutil, esta disciplina formadora, abierta a la reflexión, puede serles familiar. Que ella logre ayudarles a comprender las estructuras y los mecanismos de la administración de los hombres y de las cosas, con el fin de que participen plenamente en su aprendizaje y en su práctica.

PRIMERA PARTE

MARCO DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I

LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

*“La justicia debe ser
clara,
pronta, en nada
austera y universal”.*

MONTESQUIEU

*“Juzgar la ley para
llegar
a juzgar el proceso”.*

TOCQUEVILLE

Plan

Preliminar:

1. En búsqueda de un juez administrativo autónomo
2. En búsqueda de un derecho administrativo autónomo: los criterios del derecho administrativo

I. Las jurisdicciones administrativas: Evolución Histórica

1. El Antiguo Régimen (*Ancien Régime*): justicia real y justicias especializadas

2. La creación del Consejo de Estado y de los consejos de prefectura (*conseils de préfecture*)
3. Evolución ulterior: hacia la justicia delegada

II. El Consejo de Estado

1. Composición
2. Organización
3. Atribuciones
 - A. Atribuciones consultivas
 - B. Atribuciones jerárquicas. Estudios e informes
 - C. Atribuciones contenciosas

III. Los tribunales administrativos

1. Organización
2. Atribuciones

IV. Las cortes administrativas de apelación

1. Organización
2. Atribuciones
3. La congestión de las jurisdicciones administrativas

V. Las jurisdicciones administrativas especializadas

VI. Los "modos alternativos" de solución de conflictos

1. Mediación

2. Conciliación
3. Transacción
4. Arbitraje

Temas de reflexión y Comentarios de fallos

Resumen

El sistema francés se caracteriza por la existencia de dos órdenes de jurisdicciones: jurisdicciones ordinarias encargadas de aplicar el derecho privado, y jurisdicciones administrativas que se refieren a un derecho de origen ampliamente pretoriano en cuanto a sus principios rectores: el derecho público.

Puesto que la búsqueda de un criterio único de competencia se reveló vana, generalmente se estima que una pluralidad de criterios conjugan sus efectos, encontrándose en el primer plano el criterio de la *potestad pública (puissance publique)* y el del servicio público.

La autonomía de la justicia administrativa tiene orígenes antiguos (cfr. leyes de 16-24 de agosto de 1790), pero es sólo al término de una larga evolución que se consolidó plenamente: justicia retenida, posteriormente delegada de hecho, y finalmente delegada de derecho (Ley del 24 de mayo de 1872). El reconocimiento constitucional de esta autonomía y de la del derecho administrativo no intervino sino recientemente (decisiones del Consejo Constitucional de 1980 y 1987).

El Consejo de Estado, juez administrativo supremo, ejerce, además de sus funciones contenciosas (sección del contencioso), importantes funciones consultivas (seis secciones especializadas). Desde la reforma de 1953, los tribunales administrativos son jueces de derecho común del contencioso administrativo y ejercen, subsidiariamente, funciones consultivas. La congestión de las jurisdicciones administrativas hacía necesaria una reforma de envergadura, realizada por la Ley del 31 de diciembre de 1987, mediante la cual se crean las cortes administrativas de apelación, con competencia para conocer en apelación las sentencias proferidas por los tribunales administrativos en numerosos campos. El Consejo de Estado interviene entonces como un juez de casación, siguiendo el ejemplo del rol que ejercía desde hacía mucho tiempo sobre las numerosas y diversas decisiones proferidas por las jurisdicciones especializadas. Las leyes del 8 de febrero de 1995 y del 30 de junio de 2000, así como la publicación de un Código de la justicia administrativa, que entró en vigor el 1° de enero de 2001, completaron esas reformas, las cuales continúan en el 2008.

Texto

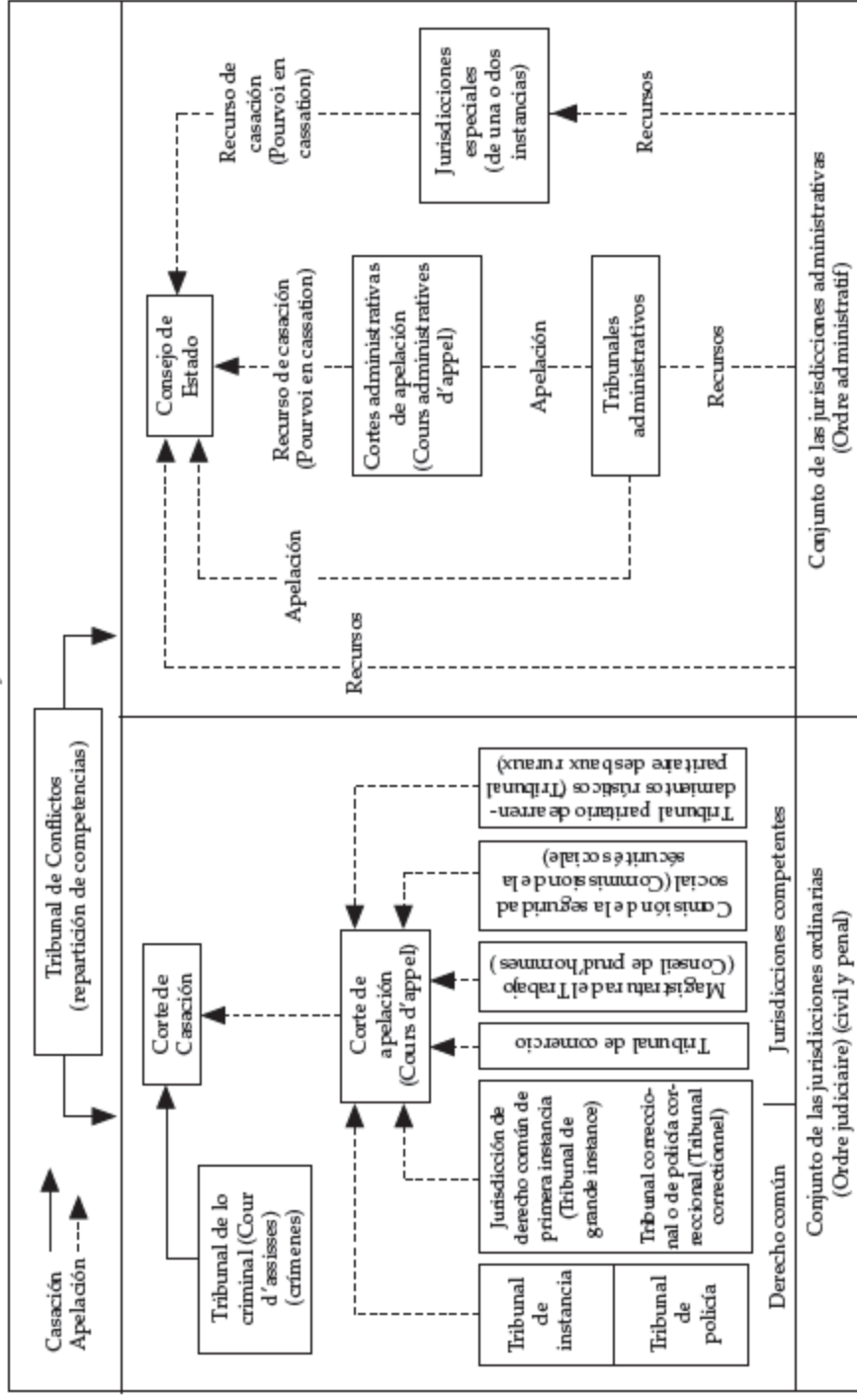
En Francia, la organización jurisdiccional se caracteriza por la existencia de dos órdenes de jurisdicción independientes. Las jurisdicciones ordinarias tienen competencia para conocer los litigios que oponen a los particulares entre sí y para asegurar, mediante la represión penal, el respeto de las leyes. Las jurisdicciones administrativas tienen competencia para conocer los litigios que oponen los administrados a la administración o las administraciones entre sí. Cada orden depende de una jurisdicción suprema -mas no soberana-independiente: Corte de Casación y Consejo de Estado.

La autonomía de la jurisdicción administrativa tiene orígenes antiguos, pero es únicamente al cabo de una lenta evolución (i) que se consolidó plenamente. El orden jurisdiccional administrativo comprende, además del Consejo de Estado (ii) y de los tribunales administrativos, jueces de derecho común sometidos al Consejo de Estado por vía de apelación (iii), las jurisdicciones especializadas (v) y, desde la importante reforma implementada por la Ley del 31 de diciembre de 1987, las cortes administrativas de apelación, las cuales dependen,

como las jurisdicciones especializadas, del Consejo de Estado por vía de casación (iv).

Esta independencia tiene por origen la separación de las autoridades y de las jurisdicciones administrativas y ordinarias, principio fundamental del derecho francés que será evocado a continuación, así como la ardua búsqueda de criterios destinados a fundamentar la competencia de la jurisdicción administrativa.

LA DUALIDAD DE JURISDICCIONES



PRELIMINAR

1. En búsqueda de un juez administrativo autónomo

A. LA EXISTENCIA DE DOS ÓRDENES DE JURISDICCIONES NO ES UNA NECESIDAD

- El sistema francés se caracteriza por *la existencia* de dos órdenes de jurisdicciones: jurisdicción ordinaria encargada de aplicar el derecho privado, y jurisdicción administrativa relativa a un derecho diferente del derecho común y de origen esencialmente pretoriano: el derecho administrativo.

El modelo francés se caracteriza por tres aspectos: la existencia de una *jurisdicción especializada* en el contencioso administrativo; la vinculación orgánica de esta jurisdicción al *ejecutivo* y no al orden judicial; la dualidad de sus atribuciones a la vez *contenciosas y consultivas*, legado de la historia, constituye su principal singularidad.

Orden de jurisdicción: conjunto de jurisdicciones que constituyen una jerarquía única y están sometidas al control de un cuerpo supremo.
--

- Esta organización no es una necesidad, como lo prueba la existencia de sistemas diferentes en numerosos países. Los Estados *anglosajones* tienen un sistema monista de unidad de jurisdicción. Salvo excepción, los mismos tribunales tratan procesos civiles y administrativos, para lo cual deben organizar, al interior, salas especializadas. Esta sumisión al derecho común tiene orígenes antiguos. Después de la Revolución de 1688, se decidió abolir las jurisdicciones de excepción, en nombre de la igualdad ante la justicia de todos los sujetos, incluida la administración. En Francia, la separación de los poderes debe asegurar la independencia de la administración frente a los jueces: es el temor al *gobierno de los jueces*. En Inglaterra, ella debe asegurar la independencia del juez frente a la administración: es el *temor al poder total del ejecutivo*.

Un sistema mixto se encuentra con mucha frecuencia: Alemania, Italia, Bélgica, Holanda. La jurisdicción administrativa es especializada pero al interior de la organización judicial de derecho común: en la cima del conjunto se halla una Corte Suprema única. En ocasiones se introduce una distinción entre los contenciosos: el de legalidad es atribuido al juez

administrativo, el de responsabilidad al juez ordinario.

Modelo francés y modelos extranjeros

- Al "*modelo francés*" se puede oponer el "*modelo anglosajón*" en el que la administración está sometida a las jurisdicciones de derecho común. Como mezcla de los dos sistemas, encontramos el "*modelo alemán*": la jurisdicción administrativa especializada (modelo francés) constituye una de las cinco ramas de la organización judicial, dentro de un orden único (modelo inglés). El conjunto es presidido por la Corte Constitucional federal.

- *Estas distinciones no deben ser sobreestimadas.* En Francia, ciertos litigios que conciernen a la administración son juzgados por el juez ordinario y las jurisdicciones competentes se han multiplicado en Gran Bretaña (*administrative tribunals*) y en Estados Unidos (*Tax courts, Claims courts...*) para resolver los litigios concernientes a la administración. Esas jurisdicciones permanecen sin embargo bajo el control de cortes superiores con competencia general.

- La existencia de una justicia administrativa autónoma, lejos de ser una "excepción francesa", constituye el modelo más expandido en Europa. De los 27 miembros de la Unión, 15 países europeos disponen de una corte administrativa suprema, distinta de las otras jurisdicciones supremas y, en los

12 países que conocen la unidad de jurisdicción, la Corte Suprema incluye con frecuencia en su seno una sala administrativa especializada en el control jurisdiccional de la administración (cfr. *La justice administrative en Europe*, puf, 2007).

En su *Introduction au droit constitutionnel* (1902), el jurista inglés Dicey se entrega a severas críticas con respecto al dualismo, vilipendiando a esos "pretendidos tribunales", cuerpos de funcionarios con un punto de vista gubernamental para decidir los asuntos, en un espíritu bien diferente de aquel que anima al juez ordinario. La exageración, y por ende la falsedad de un tal análisis sin matiz, es generalmente denunciada.

- La *especificidad* del juez administrativo permanece, en Francia, fuertemente marcada: los tribunales ordinarios están compuestos por magistrados sometidos a un estatuto particular garantizado por la Constitución. Las jurisdicciones administrativas están compuestas por jueces sometidos a unos modos de ingreso y a un desarrollo de carrera propios. En lo relativo a sus *atribuciones*, los tribunales ordinarios únicamente resuelven litigios, mientras que las jurisdicciones administrativas juegan además el rol de consejero jurídico del gobierno y de las administraciones.

Finalmente, las reglas del procedimiento contencioso no son idénticas.

A juez especial, derecho especial. Cada jurisdicción aplica un derecho diferente y un principio importante se manifiesta: el del *vínculo de la competencia y del fondo*.

El vínculo de la competencia y del fondo conoce algunas excepciones. Puede ocurrir que el juez administrativo aplique reglas tomadas del Código Civil, escogencia deliberada de su parte. Ejemplo: teoría del *enriquecimiento sin causa en materia contractual*.

Inversamente, el juez ordinario algunas veces ha hecho suyas las reglas del derecho administrativo. Ejemplo: fallo "Giry", Corte de Casación, 23 novembre 1956: aplicación de las reglas de la *responsabilidad administrativa* a un médico requerido por la autoridad de policía en el marco de una investigación penal.

B. LA EXISTENCIA DE UN JUEZ ADMINISTRATIVO AUTÓNOMO NO ES EL PRODUCTO DEL AZAR

Ella es la consecuencia de una lenta evolución histórica, y de una desconfianza con relación a las jurisdicciones especializadas y a los jueces de derecho común, representados en su más alto nivel por las asambleas con un rol judicial en el *Antiguo Régimen (Parlements)*. Bajo el *Antiguo Régimen*,

éstas se mostraban muy críticas respecto del absolutismo real (cfr. negativa de registrar las ordenanzas reales y vigorosos "reproches") y, al mismo tiempo, eran conservadoras y hostiles a las autoridades e ideas nuevas. Propietarios de su cargo, los miembros de esas asambleas eran unos privilegiados, y esta *"nobleza de toga"* veía en sus revueltas un medio para aumentar sus poderes. Mucho antes de la Revolución, el Edicto de Saint-Germain de 1641 prohíbe a los magistrados ordinarios conocer de los asuntos *"que puedan concernir al Estado y su administración, asuntos que son reservados a la sola persona real"* es decir el Rey, aconsejado por el Consejo del Rey, ancestro del Consejo de Estado. La Revolución ajusta cuentas con esos privilegiados suprimiendo la venalidad de los cargos: los jueces se convierten en asalariados.

Por otra parte, se manifiesta *una concepción rígida de la regla de separación de poderes*, la cual en sí misma no prohíbe a los tribunales ordinarios pronunciarse sobre los litigios nacidos de la actividad administrativa. Pero en el espíritu de los Revolucionarios, juzgar a la administración es también administrar, es inmiscuirse en las funciones de la autoridad, aquellas donde se manifiestan las prerrogativas de *potestad pública*, ejercidas en nombre de la soberanía nacional y del interés general. Una tal incursión del juez es presentada