



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
TESIS DE DERECHO

“La justicia administrativa francesa. Breve comparación con el derecho chileno.”

Autora: Dominique Nicole Le-Cerf Aravena

Profesor guía: Juan Carlos Ferrada Bórquez

Tabla de contenidos

<u>Contenido</u>	<u>Página</u>
Tabla de Abreviaturas.....	4
Resumen – Palabras clave.....	5
Introducción.....	6
CAPÍTULO I: Principios y bases fundamentales del proceso administrativo francés.....	7
1.- Historia y evolución del Consejo de Estado y Tribunales administrativos en Francia.....	7
1.1 El Consejo de Estado luego de la Segunda Guerra Mundial.....	8
1.2 Creación de los Tribunales Administrativos: 1953.....	9
1.3 Creación de las Cortes Administrativas de Apelación: 1987.....	9
2.- El principio de la doble pertenencia en el Consejo de Estado contemporáneo.....	10
3.- Clasificación de los recursos o procesos administrativos en el sistema francés.....	12
CAPÍTULO II. Análisis de algunos campos específicos del proceso administrativo francés.....	13
1.- La legitimación.....	13
1.1 Interés legítimo y calidad para litigar.....	13
1.2. Diversidad de intereses protegidos.....	15
1.3. No concurrencia del interés e inadmisibilidad de la demanda.....	16
2.- Tribunales Administrativos. Estructura de la jurisdicción administrativa francesa.....	19
2.1 Organización de los tribunales administrativos.....	19
2.2 Las Cortes Administrativas de Apelación.....	20
2.3 El Consejo de Estado.....	22
2.4 Tribunales especializados.....	23
3.- Medidas Cautelares. Procedimientos de urgencia: Los “référés”.....	25
3.1 El juez de los <i>référés</i>	25
3.2 Particularidades del procedimiento.....	27
3.3 Clases de <i>référés</i>	30
4.- La prueba.....	33
4.1 Reglas de procedimiento	33
4.2 Características generales de la etapa de instrucción o investigación	33

5.- La sentencia. Contenido.....	38
5.1 Las visas.....	38
5.2 Las menciones de regularidad procesal.....	38
5.3 La motivación.....	39
5.4 Lo dispositivo.....	40
6.- La sentencia. Ejecución.....	43
6.1 La obligación de ejecutar la Cosa Juzgada.....	43
6.2 Consecuencias de la anulación por exceso de poder (o del recurso de nulidad).....	44
6.3. Las dificultades y la negativa a ejecutar el fallo.....	46
6.4. Consecuencias y sanciones de la inejecución de la Cosa Juzgada.....	47
6.4.1. Las reglas jurisprudenciales.....	47
6.4.2 La orden del Mediator de la República.....	48
6.5. Las medidas de coerción de las leyes de 16 de julio de 1980 y de 8 de febrero de 1995.....	48
CAPÍTULO III Breve comparación con el derecho positivo chileno.....	51
1 Legitimación.....	51
2 Tribunales.....	53
3. Medidas Cautelares.....	55
4. La Prueba.....	57
5. La Sentencia. Contenido.....	60
6. La Sentencia. Ejecución.....	63
Conclusiones.....	66
Bibliografía.....	68

Tabla de abreviaturas

CC: Código Civil

CJA: Código de Justicia Administrativa

CPC: Código de Procedimiento Civil

CE: Consejo de Estado

RESUMEN

El trabajo que se desarrolla en esta tesis, tiene por objeto realizar una comparación entre el sistema de justicia administrativa francés y el chileno, para establecer semejanzas y diferencias entre ambos. Se describirá brevemente los principios fundamentales de la justicia administrativa francesa en un capítulo primero con el objeto de formar un marco teórico donde insertar el análisis particular que se pretende realizar. En un capítulo segundo se analizará la regulación de seis aspectos de la justicia administrativa francesa y se describirá su funcionamiento en esa legislación. En un último capítulo se buscará realizar un paralelismo de lo anterior y de lo que acontece en el ordenamiento jurídico chileno, de tal manera de obtener las principales semejanzas y diferencias entre ambos, y en su caso, aquello nuestro legislador recogió de dicho ordenamiento.

Palabras clave:

Justicia Administrativa francesa – legitimación – medidas cautelares – tribunales – prueba – sentencia – ejecución de la sentencia

INTRODUCCIÓN

Esta investigación se encuentra inserta en el ámbito del Derecho Administrativo, y dentro de él, en el tema denominado “la Justicia Administrativa” en el marco de un trabajo conjunto de ocho alumnos y ex alumnos de la escuela. En esta tesis se tratarán los lineamientos básicos de la jurisdicción administrativa en Chile y Francia y se desglosarán algunos aspectos clave de ambas de manera paralela,

La Hipótesis sobre la que se trabajará consiste en que la regulación del derecho administrativo chileno en esta materia, tiene su base fundamentalmente en el sistema francés.

Actualmente se hacen reiteradas referencias al sistema francés por los juristas nacionales tanto en sus publicaciones como en las aulas. Se tiene a aquél ordenamiento como un referente obligatorio a la hora de hacer referencias de derecho comparado. Este trabajo de investigación pretende reunir el análisis de algunos de los aspectos más relevantes de la justicia administrativa francesa y así trabajarlos como un todo interrelacionado con el objeto de sistematizar su estudio y verificar si aquello se plasma en la legislación nacional.

Dicho lo anterior, lo que se busca mirar hacia uno de los sistemas jurídicos más relevantes en materia de Derecho Administrativo, cual es el ordenamiento jurídico francés. Importante es hacer una comparación acotada a ciertos temas fundamentales que se tratarán con mayor detalle, con el objeto de obtener una visión de contraste respecto de aquello que la cultura jurídica popular ha señalado como nuestro referente legislativo, para así lograr comprender de manera más precisa si somos verdaderamente hijos de aquél sistema o solamente hemos obtenido algunos parámetros clave y en otras áreas nos alejamos de él.

Se utilizará un método de investigación dogmática y de derecho comparado que recaerán fundamentalmente sobre lo que ocurre en el ordenamiento jurídico francés y su paralelo en la legislación chilena.

CAPITULO I.

1.- Historia y evolución del Consejo de Estado y Tribunales administrativos en Francia

En la Edad Media, la *curia regis*, constituida por grandes personajes cercanos al rey, ayudaba a éste en el gobierno del reinado y en el ejercicio de la justicia. En los siglos XIII y XIV, ésta se subdividió en diversas instituciones: Especialmente el Parlamento encargado de una parte de la justicia, la Cámara de contabilidad, que tenía una función contable y sobretodo el Consejo del Rey. Éste último era donde el rey buscaba consejo, pero ejercía también su poder justiciero, si bien se distinguirá más tarde la justicia retenida en el Consejo y la justicia delegada en el parlamento.

Bajo el Antiguo Régimen, el Consejo del rey se reunía en diversas sesiones, diferentes por su nombre, los miembros y los asuntos discutidos. La expresión “Consejo de Estado” apareció en 1578, bajo el reinado de Enrique III. Ella designaba el consejo encargado del gobierno interior del reino y de lo contencioso administrativo. Fue solamente bajo Luis XIV que la organización fue clarificada y que se pudo discernir al ancestro del Consejo de Estado actual. Se trataba del Consejo de Estado privado, finanzas y dirección que se ocupaba de los problemas administrativos y lo contencioso.

En vísperas de la Revolución, algunas innovaciones pavimentaron el camino hacia la constitución del Consejo de Estado. En 1777 fue creado el Comité contencioso de finanzas, luego en 1789 el Comité contencioso de departamentos, es decir, diferentes ministerios.

En 1790 la Asamblea Constituyente puso en práctica la teoría de la separación de poderes y se aseguró que la administración no estuviera más sometida a la autoridad judicial. Profesaba, al contrario del Antiguo Régimen, la idea de que el poder público debería ser juzgado por una jurisdicción particular. Aquello fue instituido por el Consulado en 1799 con el nombre de Consejo de Estado (<http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/naissance-et-evolution/#1>).

En este contexto el artículo 52 de la Constitución del 22 de *frimario* del año VIII (que en el calendario cristiano sería el 13 de diciembre de 1799) instituyó al Consejo de Estado. Recibió una doble misión administrativa (participar en la redacción de los textos más importantes) y contenciosa (resolver los litigios vinculados a la administración). El Primer Cónsul, Napoleón Bonaparte, buscó sintetizar las tradiciones del Antiguo Régimen con lo adquirido por la Revolución

El Consejo de Estado tuvo una actividad muy importante bajo el Consulado y el Primer Imperio (1799-1814). Es a él a quien se debe notablemente la preparación de los códigos napoleónicos.

Bajo la Restauración tuvo un rol menos importante, volcado esencialmente hacia los asuntos contenciosos.

Hubo que esperar a 1848 y la Segunda República para ver reafirmado su lugar entre las instituciones. En 1849 una ley determinó que el CE juzgaba, desde entonces, “en nombre del pueblo francés”. El mismo año otra ley creó el Tribunal de conflictos, asamblea distinta del Consejo de Estado, que estaba encargada de resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción *judicial* y tiene su asiento hoy en día en el Palacio-Real.

Es también en ésta época que el acceso a la auditoría fue organizado como un verdadero concurso. Napoleón III, emperador a partir de 1852, restablece la justicia retenida. Sin embargo, la institución bajo su reinado, ganó prestigio y su jurisprudencia alimentó el derecho administrativo, creando en particular, el *recurso por exceso de poder*. (<http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/naissance-et-evolution/#2>)

La Tercera República le dio la estructura que encontramos hasta hoy. El rol del Consejo de Estado fue especificado por la ley de 24 de mayo de 1872. Al final de un largo debate en la Asamblea Nacional – en la cual Leo Gambetta apoyó la proposición del dualismo jurisdiccional contra la tesis extrema de la sumisión de la Administración a la justicia ordinaria, argumentando que ella representa un poder superior y que los Tribunales ordinarios le impedirían funcionar – se pasa del régimen de la “justicia retenida” al de la “justicia delegada”. En otras palabras, el Consejo de Estado que era un órgano consultivo, pasa a ser un órgano jurisdiccional independiente (Cassese, 2010; p.23)

1.1 El Consejo de Estado luego de la Segunda Guerra Mundial

René Cassin fue nombrado vicepresidente en noviembre de 1944 y favoreció la renovación del CE. Éste fue reorganizado por la ordenanza de 31 de julio de 1945 que consolidó su función consultora, imponiendo el principio de consulta obligatoria, sobre todo proyecto de ley. En la misma época fue creada la Escuela Nacional de Administración, de donde salieron las nuevas generaciones de auditores.

La institución recibió un tratamiento extenso en la Constitución de 1958, que fijó en materia legislativa los diferentes casos en los cuales debería ser consultada en forma obligatoria. A pesar de esta posición reforzada, la relación con el General De Gaulle no fueron siempre pacíficos. Dos episodios cercanos provocaron una crisis en 1962. Cuando el General De Gaulle decidió someter a *referéndum* (art. 11 Constitución Francesa) la instauración de la elección del Presidente de la República en sufragio universal directo, el Consejo de Estado emitió una recomendación

desfavorable el 1º de octubre de 1962, por la cual estimaba que este medio no podía ser usado para revisar la Constitución, lo que fue difundido por la prensa. El 19 de octubre, en la Asamblea de lo Contencioso (la más alta formación de tribunal) del Consejo de Estado anuló una ordenanza que creaba la Corte Militar de Justicia, la que había condenado a muerte a un dirigente de la OAS, llamado Canal. La decisión *Canal* declaraba ilegal la corte militar porque la ausencia de posibilidad de apelación era contraria a los principios generales del derecho. Al alero de estas dos diferencias de opinión aportadas a su actuar por el Consejo de Estado, en tanto consejo y juez administrativo supremo, el gobierno anunció su intención de someterlo rápidamente a una reforma.

Bajo la presidencia de Leon Noël, una comisión formada por varios miembros del Consejo se encargó de formular propuestas. Contrariamente a la proyección inicial, los decretos de 30 de julio de 1963 reforzaron el rol consultivo y de experto jurídico del Consejo, creando una comisión de Informes y Estudios. Pero la innovación esencial fue el principio de la doble afectación de sus miembros, a la sección administrativa, a la vez que a la de lo contencioso (o judicial), con el fin evitar que los jueces sufrieran de un desconocimiento de las realidades de la Administración.

Esta doble afectación no fue cuestionada nunca más, a pesar de todas las reformas que ha sufrido el funcionamiento de la institución (<http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/naissance-et-evolution/#3>)

1.2 Creación de los Tribunales Administrativos: 1953

El período que siguió la Segunda Guerra Mundial y el restablecimiento de las actividades del Consejo de Estado fue esencialmente la de organización de la jurisdicción administrativa. En 1953 los tribunales administrativos sustituyeron a los Consejos de Prefectura.

Recibieron una competencia muy extensa, convirtiéndose en jueces de derecho común de los asuntos de primera instancia de lo contencioso administrativo, en tanto que el Consejo de Estado, conservando la competencia en primera y última instancia sobre los asuntos más importantes, se convirtió en Tribunal de Apelación. Los Tribunales Administrativos son hoy 41 en total. (<http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/naissance-et-evolution/#4>)

1.3 Creación de las Cortes Administrativas de Apelación: 1987

La ley de 31 de diciembre de 1987 completó el orden jurisdiccional creando las Cortes Administrativas de Apelación, hacia las cuales se transfirió lo esencial en materia de competencias de apelación. Hoy en día existen ocho Cortes. En cuanto jurisdicción suprema del orden administrativo, el Consejo de Estado se transformó en

tribunal de casación de este nuevo orden (<http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/naissance-et-evolution/#5>)

2.- El principio de la doble pertenencia en el Consejo de Estado contemporáneo.

Con este concepto, en pocas palabras, nos referimos al sistema en virtud del cual el Consejo de Estado funciona como ente impartidor de justicia, pero también como órgano administrativo (Chapus, 2004; p. 70).

Es así que en su estructura podemos encontrar la Sección de lo Contencioso, que en su sentido restringido funciona como el Tribunal supremo en materia de justicia administrativa en Francia. Pero en su sentido amplio, es solo una de las seis secciones en que se divide el Consejo de Estado, siendo las otras cinco, secciones administrativas (Interior, Finanzas, Trabajos Públicos, Social e Informes y Estudios) (2004; p. 70).

Pero el principio no se reduce a conjugar en un solo órgano funciones jurisdiccionales y administrativas; va más allá, ya que casi todos los miembros “ordinarios” del Consejo en lugar de tener una sola función, se encuentran **a la vez** vinculados a una formación administrativa así como a Sección de lo contencioso, sin que estén obligados a compartir su tiempo de manera equitativa entre las dos actividades (puede vincularse principalmente con una y menos con la otra, pero siempre con ambas) (2004; p. 70).

Este principio reconoce excepción en algunos miembros que son solo asignados a la Sección de lo Contencioso, como el Presidente de la Sección, los dos Presidentes Adjuntos y también los Presidentes de las sub secciones. Y por otro lado, en razón del carácter formador del trabajo contencioso, los Maestros de Consultas y Auditores que lleven menos de tres años de servicio en el Consejo. También es posible que haya otros miembros asignados solo a secciones administrativas o bien solamente a la Sección de lo Contencioso. Pero el sistema de doble pertenencia abarca por lo menos tres cuartas partes de los consejeros (2004; p. 70).

¿Qué se obtiene con este original principio? Se logra cumplir muy satisfactoriamente la exigencia que los jueces administrativos estén imbuidos de la administración en su máxima expresión, lo que resulta en la excelente calidad de su jurisprudencia (2004; p. 70).

3.- Clasificación de los recursos o procesos administrativos en el sistema francés.

De acuerdo a la clasificación clásica formulada por Lafériere podemos distinguir los siguientes recursos (Lafériere, 1887; pag. 5 y ss.)

El Recurso de Plena Jurisdicción o contencioso de los derechos equivale a lo contencioso subjetivo. Acá el juez administrativo dispone de amplios poderes, pudiendo dictar cuantas medidas sean necesarias para proteger el derecho lesionado, ya sea de la Administración o del particular, del mismo modo que lo haría un juez entre dos partes, en la justicia ordinaria, Puede, con estos plenos poderes, bien restaurar al estado primitivo a las partes (entiéndase, antes de la lesión), o bien establecer una indemnización por el derecho subjetivo lesionado.

Dentro de lo que puede pronunciar el juez en virtud de este tipo de recurso podemos encontrar una anulación del acto, pero solamente para pronunciar un derecho a favor de un particular. No hace desaparecer al acto de la vida jurídica, sino que lo anula solo para esas partes (efecto relativo de la sentencia).

En el “contencioso de la anulación”, por otro lado, los poderes de juez están limitados a la anulación de actos ilegales de la administración. Es el dominio de los Recursos por Exceso de Poder. Este recurso pretende obtener un pronunciamiento que anule el acto impugnado y/o lo sustituya por la decisión del juez. La anulación que se puede obtener con este tipo de acción tendrá efecto erga omnes, a diferencia del recurso de plena jurisdicción. Por lo anterior, se asocia con el contencioso objetivo pues lo que se discute en este procedimiento no es si el acto vulnera o no un derecho, sino más bien si vulnera o no al ordenamiento jurídico.

Dada la gravedad que reviste su efecto, el plazo para ejercer la acción de nulidad es muy breve por motivos de certeza jurídica.

En cuanto al “contencioso de la interpretación”, a pesar de su denominación, acá el juez puede no solamente determinar el sentido y alcance de un acto, sino también pronunciarse sobre su legalidad. La diferencia con el recurso de nulidad es que acá no puede pronunciarse sobre las consecuencias de la validez o nulidad; simplemente hace una declaración acerca de ella. No podría, por ende, anular el acto en virtud de su ilegalidad.

En la última, en el contencioso de la represión, se trata del recurso destinado a obtener la represión de atentados a la integridad o afectación del dominio público.

Por otro lado, hoy en día existe una segunda clasificación elaborada por René Chapus, a saber (Chapus, 2004; p.199):

- I. El contencioso de los recursos: está formado por los recursos que van en contra de una decisión (ya sea para su anulación como para pronunciar condenas a propósito de su anulación, así como para discutir su legalidad)
- II. El contencioso de las persecuciones: cuyo objeto será perseguir que la jurisdicción administrativa aplique una sanción a alguna persona.

Dentro del contencioso de los recursos se va más allá, realizando la famosa subclasificación entre el *recurso de plena jurisdicción* y el *recurso por exceso de poder*.

Esta distinción es fundamental ya que importa múltiples consecuencias principalmente en materia del contenido de la parte dispositiva de la sentencia, el ejercicio y juzgamiento de los recursos.

CAPÍTULO II. Análisis de algunos campos específicos del proceso administrativo francés.

1. La legitimación.

1.1 Interés legítimo y calidad para litigar.

En Francia la acción, está definida en el nuevo Código de Procedimiento Civil como “*el derecho para el autor de una pretensión de ser oído sobre el fondo de su demanda con el fin del que el juez la declare bien o mal fundada. Para el adversario la acción es el derecho de discutir el fundamento de esa pretensión*” (NCPC francés, art. 30)

Claramente distingue el derecho a la acción del derecho subjetivo lesionado, cuya existencia y/o titularidad se discutirá durante el juicio. El primero se evalúa independientemente del segundo. Es más, es un requisito de admisibilidad de la demanda. Para tener derecho a la acción basta con dar cuenta en la misma demanda de la posible titularidad de un derecho o interés legítimo lesionados. La verdad de la existencia de aquel derecho o interés legítimo se discutirá más adelante, durante el curso del proceso.

El artículo 31 del Nuevo Código de Procedimiento Civil reconoce el derecho de actuar en justicia a las personas que justifican un interés para actuar y una calidad para actuar. La capacidad de hacer uso de este derecho depende de la existencia de una persona, por ende no se permite el accionar de los difuntos o de grupos desprovistos de personalidad jurídica. En este sentido, “*La acción está abierta a todos aquellos que tienen un interés legítimo en el éxito o el rechazo de una pretensión, con la excepción de los casos en los cuales la ley atribuye el derecho a actuar solo a las personas que califica para interponer o combatir una acción o para defender un interés determinado*”

En este contexto, las dos condiciones que son requisito para ejercer el derecho de actuar en justicia son el derecho o interés (legítimo) y la calidad. La ausencia de una de ellas dará lugar a la inadmisibilidad de la acción (Artículo 122 NCPC Français).

En cuanto al interés, el artículo 31 del NCPC consagra el adagio “sin interés no hay acción”. Si el interés para actuar en justicia debe haber nacido y ser actual, la jurisprudencia ha admitido acciones cuando el interés es futuro, como por ejemplo la verificación de una escritura [Artículo 296 NCPC fr.], medios de prueba *in futurum* [Artículo 145 NCPC fr.], référé preventivo de un daño inminente y acción de denuncia de obra nueva o cuando el interés es incierto en acciones declaratorias como la acción de declaración de nacionalidad (Art. 29-3 al 29-5 del Código Civil francés). En contraposición, la jurisprudencia descarta las acciones interrogatorias (que son aquellas que buscan que una persona tome partido respecto de algo) y provocatorias

(que buscan que la parte aporte inmediatamente la prueba del derecho respecto del cual se pretende titular)

En una causa que fue objeto de casación, en que se reclamaba una indemnización por el contenido de un mensaje leído en un foro de discusión a través de Internet, que involucró a una organización religiosa de la que era el líder, la Corte Suprema declaró que no existía un interés de actuar ya que no era personal, y confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones había declarado la inadmisibilidad del recurso porque la demandante no estaba dirigida personalmente por el infractor. (1^a Sala Civil 9 de julio 200, N^o 08-12720 recurso de casación, BICC N^o 715, de 1 de febrero de 2010,).

En plural, los "intereses" representan *una suma de dinero calculada como un porcentaje de la cantidad de capital cuyo monto depende de la duración de la operación durante la cual se perciben*. El interés es el costo del dinero y no es lo que nos ocupa en este punto.

El "interés" empleado singularmente es *la ventaja material o moral que pretende aquel que toma la iniciativa de interponer una acción judicial* (art. 31 Código de Procedimiento Civil Francés)

El titular del derecho a la acción debe justificar un interés legítimo. La existencia del interés es apreciada conforme a la fecha en que se interpuso el recurso (CE 6 de octubre, Marcy, p. 493). Por lo tanto la desaparición del interés en el curso del proceso no va a provocar la inadmisibilidad del recurso, siempre que haya existido a la fecha de su interposición.

Por otra parte, el principio que rige, es que el interés es evaluado no en relación a los medios invocados por la parte que lo alega, sino por referencia a las conclusiones a las que llegue el juez en relación al objeto de la demanda.

Resulta que, debido a que el requirente tiene interés de obtener aquello que demanda, tiene a su vez interés de valerse de todos los medios que le parecen útiles; es decir que un medio no puede ser rechazado por falta de interés del requirente a hacerlo valer.

En fin, el interés respecto del que el juez apreciará, si da calidad para obrar en juicio, es únicamente el interés invocado por el requirente y no otro interés que podría reconocérsele a pesar de no haber sido invocado por él (Chapus, 2004, p.446).

Es frecuente que una persona pueda *a priori* hacer valer la lesión de distintos intereses. Por ejemplo el ser a la vez agente y usuario de un servicio público, podría alegar que una medida de la Administración lesiona por una parte sus intereses como profesional y como usuario. Pero debe invocar su interés como usuario y no tendrá

inconvenientes a la hora de evaluar la admisibilidad del recurso (desde el punto de vista del interés, claro está)

El corredor de propiedades que habita en un vecindario en el cual tuvo lugar una edificación o una demolición que fue autorizada por la Administración, podrá asegurar la admisibilidad del recurso invocando su interés como vecino (al igual que todos los otros vecinos que son tan solo residentes). Será diferente si alega el interés en cuanto su calidad de agente inmobiliario.

Del mismo modo, el requirente que impugna un decreto relativo al estado de las estaciones de televisión, no va a cumplir con el requisito del interés si invoca aquel que le asiste en cuanto ciudadano. Será distinto si invoca su calidad de espectador (en este último caso si cumple con el requisito de admisibilidad). Si no invoca el interés apropiado, el juez no va a sustituirlo por el que debió alegar.

Lo que puede hacer (siempre que haya invocado un interés legítimo a la interposición de la demanda) será alegar un nuevo interés durante el proceso, incluso en apelación (V. CE 3 de mayo de 1993 *Soc. Industr. De construction*, p.941, DA 1993, n° 293, RDP 1994, p. 1888 en donde la Sociedad primero invocó un interés comercial pero más adelante invoca un interés de propietario-vecino)

1.2. Diversidad de intereses protegidos

Chapus afirma que la situación de la jurisprudencia en materia de interés es abundante y matizada. Este tema se asocia principalmente al recurso por exceso de poder, dado que por su naturaleza es bastante plausible dudar que aquel que reclama el reconocimiento de un derecho no cuente con un interés que le de la calidad para litigar. (2004, p. 447)

Se constata que los intereses más diversos dan origen a la admisibilidad del recurso. Así, el interés puede ser *netamente moral*, es decir, que importa poco que la anulación demandada no vaya a procurar al requirente satisfacciones de orden patrimonial o “material”. Por ejemplo, un veterano de guerra tiene interés de demandar la anulación de un reglamento que permita la atribución de la carta de veterano de guerra a personas que no hayan efectivamente participado en operativos militares (CE Ass. 13 de mayo de 1949, *Bourgoin*, p. 214). Tampoco hay dudas que un interés moral bastará para declarar admisible el recurso deducido por habitantes de una comuna en materia de denominación de las vías públicas o privadas (CE 19 de junio de 1974, *Broutin*, p. 346) o el cambio de nombre de la comuna (CE 4 de abril de 1997, *Marchal*, p. 131, AJ 1997, p. 508)

El interés puede ser también *individual*: aquél que corresponde a una persona *natural* o el de una persona *jurídica* privada o pública que actúe contra las decisiones que afecten su existencia, patrimonio o estatuto.

Es en 1906 que el Consejo de Estado reconoció la admisibilidad de aquellos recursos ejercidos en nombre de un *interés colectivo* consagrando de esa manera la admisibilidad de la “acción corporativa” (CE 28 de diciembre de 1906, *Synd. Des patrons-coiffeurs de Limoges*, p. 977, concl. Romieu, S. 1907, 3.23, concl.) respecto de lo que hay que destacar que ella puede ser ejercida para defender no solamente intereses materiales sino también morales en relación al objeto de la agrupación.

De esta manera por ejemplo, una asociación constituida para el respeto de las reglas de urbanismo en una comuna tendrá interés para demandar la anulación de los permisos de construcción y las modificaciones del plan de urbanismo (plano regulador) en donde un habitante de la comuna no podría adjudicarse esa calidad, por lo tanto, corre el riesgo de declararse inadmisibles su demanda por falta de interés.

Estas agrupaciones pueden litigar en defensa del *interés colectivo* de aquellos a quienes representan. Es necesario, por tanto, que dicho interés colectivo haya sido afectado.

Pero hay hipótesis en donde por motivos generales y permanentes de oportunidad, el interés invocado no da calidad para litigar, aunque satisfaga las distintas condiciones antes señaladas. Es por principio, que se consideran como no suficientes para dar calidad para litigar, de acuerdo con Chapus. Así tenemos, por ejemplo, el caso en que el número de recursos posibles obstaculiza su admisibilidad ya que el ejercicio del recurso por exceso de poder se confundiría de a poco con una “acción popular” que cualquier persona podría formar contra cualquier decisión. Este caso es aquel donde los requirentes invocan su interés de “contribuyentes”. (Chapus, 2004, p. 472).

Sabemos que en el francés, se acepta la defensa de los intereses colectivos, siempre y cuando las personas constituyan una asociación. (Chapus, 2004, p. 449)

1.3. No concurrencia del interés e inadmisibilidad de la demanda

Las causas de negación de la demanda por falta del interés invocado son diversas. El requirente se pudo equivocar creyendo que la decisión que impugna le es desfavorable cuando en verdad no lo es (v. CE 4 de diciembre de 1953, *Gaillard*, p. 527) o bien pudo malinterpretar un reglamento en que las disposiciones no le conciernen (CE 1° de febrero de 1952, *Union des Chbres synd. De l'industrie du pétrole*, p. 76). Del mismo modo, un contribuyente local pudo creer que una deliberación autorizando la conclusión de un mercado importaría para él consecuencias financieras sobre el presupuesto de la colectividad local y no fue así (CE 25 de abril de 1994, *Mme Aguila*, p. 1099)

Hay que precisar que la realidad del interés puede ser reconocida de manera parcial en el caso en que la decisión cuya nulidad se pretende esté dirigida a distintas categorías de personas: en ese caso el requirente tendrá interés para obrar en la calidad que le concierne. Y de obtenerse la nulidad, esta última será pronunciada en tanto que la disposición concierne a la categoría dentro de la cual este se encuentra. Lo mismo en el caso de una asociación que obre en un interés colectivo, siempre que se aplique -la disposición que se anula- a aquellos cuyos intereses defiende esa agrupación. (Chapus, 2004, p. 452)

Hay casos en que la realidad del interés está predeterminada por la ley. Por ejemplo el prefecto tiene siempre interés a reclamar de la legalidad de los actos de las autoridades descentralizadas que estime ilegales. También es el caso de los documentos administrativos que, en virtud del derecho de información (Ley de 17 de julio de 1978) son de carácter público, lo que conlleva a que toda persona tenga el siempre interés a demandar la anulación de una denegación de comunicación respecto de ellos. (Chapus, 2004, p. 453)

Una fórmula jurisprudencial usual es que el requirente tiene interés “y por ende, calidad” para litigar (CE 15 de marzo de 1957, *Israël*, p. 174; Ass. 22 de junio de 1963, *Albert*, p.385); o bien que no tiene interés y “por ende tampoco calidad”. En este punto, vale la pena precisar que el interés de una persona se percibe como un aprovechamiento, una ventaja o utilidad que le procurará la acción, en cambio la calidad, será el título que le confiere el derecho a acción (<http://www.oboulo.com/theorie-action-difference-interet-qualite-agir-droit-63916.html>).

Una fórmula tal no debe inducir a error. No significa que por el hecho de tener un interés que sea real también tendrá calidad para litigar. El interés debe reunir una serie de otras condiciones. Así, el interés debe ser personal, legítimo y pertinente. En cuanto a la lesión del mismo, debe ser calificada como suficientemente cierta y directa. (Chapus, 2004, p. 453)

Que el interés sea personal quiere decir que la misma persona que reclama debe ser su titular (aunque actúe a través de un representante). La gran implicancia de este requisito es que excluye los recursos “en defensa de la legalidad” invocando la simple calidad de ciudadano, consumidor, etc. Lo mismo cuando se invoca la calidad de habitante de la comuna pero el domicilio es lejano a la obra cuya autorización se pretende objetar. (Chapus, 2004, p. 455)

Que sea legítimo quiere decir que no se ejerza para proteger una situación irregular o inmoral (Chapus, 2004, p. 457)

Que sea pertinente o adecuado, se refiere a que haya correspondencia con la decisión litigiosa. Así, una asociación de estudiantes no tiene legitimación activa frente

a la situación de los extranjeros que son extraditados, como sí lo tendría una asociación de defensa de los derechos de los extranjeros. (Chapus, 2004, p. 458)

2. Tribunales Administrativos. Estructura de la jurisdicción administrativa francesa

Para hablar de la estructura de la jurisdicción administrativa en Francia, hay que comenzar señalando una de sus características más importantes: tiene una jurisdicción propia, que funciona de manera independiente del poder judicial. Aunque, si bien existen otros numerosos ordenamientos que contemplan tribunales especiales en materia contenciosa administrativa, (el caso colombiano es en Latinoamérica el único que ha seguido de manera más estrecha a Francia) el sistema francés sobresale ya que la jurisdicción administrativa está, por una parte, completamente separada del poder judicial. Por otro lado, los magistrados que integran esta jurisdicción están mucho más vinculados a la administración (lo que no significa “sujetos”), de tal manera que se los presenta muchas veces como jueces/administradores.

Podemos señalar muy sucintamente, que la estructura de la Jurisdicción Administrativa está ordenada de la siguiente manera, en orden ascendente en la pirámide jerárquica: Los Tribunales administrativos, las Cortes Administrativas de Apelación y finalmente el Consejo de Estado como Corte de casación, sin perjuicio de las otras múltiples competencias que se le asignan a este organismo *sui generis* y que se tratarán más adelante y de la existencia de otros órganos que ejercen funciones jurisdiccionales y que se encuentran sometidos al Consejo de Estado.

2.1. Organización de los tribunales administrativos

Estos son los Tribunales de primera instancia. Tienen competencia para conocer por regla general de toda acción que se enmarque dentro de lo contencioso administrativo, salvo aquellas que están específicamente asignadas a otros Tribunales.

Para poder hacer frente al gran flujo de recursos, la mayoría de los tribunales admiten diversas *formation du jugement* (composiciones). Para estudiar estas variadas formas de componerse, debemos dividirlos en tres grupos, a saber:

En cuanto al Tribunal de Paris, actualmente está compuesto de 17 cámaras (o salas), reagrupadas en secciones.

Los juicios pueden rendirse (CJA R 222-21): Por una cámara (un presidente y dos consejeros), por una sección (un presidente y cuatro consejeros), por una formación especial (que comprende el presidente y vicepresidente del tribunal, los presidentes y vicepresidentes de tres secciones, y el relator) y de manera excepcional, por una formación “plenaria” (el presidente y vicepresidente del Tribunal, los presidentes de todas las secciones y el relator)

En los restantes Tribunales metropolitanos varía el número de cámaras: Así, por ejemplo los de Marsella y Versalles cuentan con ocho; Lyon y Niza, siete, y así sucesivamente hasta aquellos que cuentan solo con dos cámaras, como es el caso de Saint Denis. Cada cámara se compone de tres magistrados.

Los juicios pueden rendirse (CJA R 222-20) por una cámara. Los tribunales con más de tres cámaras pueden juzgar en formación especial compuesta por los miembros de una cámara más los vicepresidentes y presidida por el presidente del tribunal y, por otro lado, todos los tribunales pueden adoptar excepcionalmente la formación plenaria.

Finalmente están los Tribunales Administrativos de ultramar (CJA L 223-1). Es el caso, por ejemplo, de la Polinesia Francesa. Aquellos Tribunales solo cuentan con una formación, constituida por su presidente y dos consejeros, uno de los cuales puede también desempeñarse en la jurisdicción "judicial".

Los Tribunales en formación unipersonal o, *de juez único* pueden funcionar con el Presidente del Tribunal o el magistrado delegado por él, funcionando unipersonalmente. Puede pronunciarse de esta manera, en audiencia pública y previa audiencia del Comisario de Gobierno, sobre nueve temas establecidos en el CJA artículo R 222-13. Se puede decir que el legislador lo permitió debido a que se trata de materias más "simples". Claro ejemplo de ello es el número 7°, el cual se refiere a las acciones indemnizatorias cuando la cuantía no supera los €8000 Euros.

Podrá también funcionar en el caso del Juicio de las contravenciones de carreteras con el presidente del Tribunal o el magistrado designado por él encargándose de la sustanciación de estos juicios que se refieren a la transgresión de algunas prohibiciones y servidumbres relativas a las carreteras, líneas férreas y terrenos adyacentes a ellas.

2.2 Las Cortes Administrativas de Apelación.

A diferencia de los Tribunales Administrativos, las Cortes Administrativas de Apelación no tienen un precedente en esta jurisdicción. El mismo Consejo de Estado es el órgano que tuvo dentro de su competencia los recursos de apelación. Fueron creadas por ley de 31 de diciembre de 1987 y entraron en vigor el 1° de enero de 1989.

De este modo, la jurisdicción administrativa, paralelamente a la judicial, tiene la clásica estructura piramidal de tres niveles: Tribunales de primera instancia, Cortes de Apelación y Tribunal Supremo.

Organización de las Cortes (CJA R 221-7 y ss)

Existen siete Cortes Administrativas de Apelación, que son las de Bordeaux, Douai, Lyon, Marseille, Nancy, Nantes y Paris. Por ende cada una comprende una serie de regiones del país (que es la división territorial administrativa geográficamente mayor)

Composición de las Cortes (CJA R 222-25 y ss).

Son presididas por un consejero de estado o por un miembro de la corte que haya sido instituido consejero de estado para desempeñar la presidencia de la misma.

Están compuestas de cámaras o salas, cuyo número varía dependiendo de cada Corte (entre cinco y tres). Cada cámara se compone normalmente de tres miembros (el presidente de la sala, un relator y un magistrado asignado a la sala), pero puede funcionar con cinco (se agrega por el Presidente de la Corte un magistrado asignado a la cámara y un magistrado asignado a otra cámara) si la complejidad del asunto lo amerita, por decisión del Presidente de la Corte.

Pueden ejercer sus funciones divididas en cámaras o bien de manera "plenaria". La forma plenaria corresponde al Presidente de la Corte, el relator y los presidentes de las cámaras. El Presidente de la Corte puede ser subrogado por el presidente de Cámara más antiguo.

Extensión de la competencia de las Cortes. Las transferencias.

Al contrario de las Cortes de Apelación de la jurisdicción judicial, las Cortes administrativas no tienen una competencia general en materia de apelación. Pero se les ha transferido la casi totalidad de la competencia en esta materia desde su creación, dejando al Consejo de Estado casi exclusivamente como tribunal de casación y de única instancia en algunas materias.

Así las cosas, a contar de la entrada en vigor de las Cortes se lograron transferir las apelaciones deducidas en lo contencioso de plena jurisdicción, lo cual representaba cerca de la mitad de la carga de trabajo del Consejo de Estado en la víspera de la reforma. En la misma fecha, se traspasó además un segundo grupo que comprendía las apelaciones en materia de contravención de carreteras y un tercero, constituido por las apelaciones en materia de exceso de poder.

Inicialmente solo se pensó en transferir desde el Consejo las apelaciones de juicios relativos a la legalidad de actos no reglamentarios, y para tomar en consideración la carga de trabajo del mismo Consejo, esta transferencia se programó en tres etapas sucesivas por decreto de 17 de marzo de 1992: Lo contencioso del urbanismo y de los impuestos, el 1° de septiembre de 1992, lo contencioso de la función pública (en sentido amplio) el 1° de enero de 1994 y lo que restaba por transferir el 1° de octubre de 1995. Esta última tiene la importancia de haber excedido lo que se pensaba traspasar, acumulando las Cortes, no solamente la competencia en materia de apelación de los actos no reglamentarios pero también la de los actos reglamentarios. De esta manera las Cortes de Apelación en lo administrativo se quedan con cerca del 90% de las apelaciones. (Chapus, 2004, p. 87)

2.3. El Consejo de Estado.

Como hemos venido adelantando, el Consejo de Estado es una institución bastante antigua que no ha estado exenta de grandes modificaciones para sobrevivir los cambios que ha experimentado la cultura jurídica francesa. Así las cosas, lo que conocemos hoy como Consejo de Estado es muy distinto de lo que se entendía por él en sus tiempos primitivos.

Hoy es el equivalente del Tribunal de Casación (jurisdicción judicial) dentro de la jurisdicción administrativa; una especie de Corte Suprema, haciendo la analogía con Chile.

Pero su competencia no se ciñe únicamente a la Casación, aunque ésta constituye la mayor parte de su esfera de atribuciones jurisdiccionales. Los artículos L 311-2 a L 311-5 CJA contienen una larga lista de materias que el Consejo conoce en primera y única instancia, como por ejemplo de los reclamos en contra de la elección de representantes al Parlamento europeo, conforme al artículo 25 de la ley 77-729.

En cuanto a la Formación de Juicio (CJA R 122-11 y ss), las hay de cuatro tipos. La primera está representada por la Asamblea de lo Contencioso (ex asamblea plenaria); la segunda, por la Sección de lo Contencioso sesionando en formación de juicio; la tercera, por las sub secciones reunidas; y la cuarta, por las sub secciones solas.

En principio, luego de la instrucción por una de las sub secciones, los asuntos son juzgados ya sea por la misma sub sección, sea por dos sub secciones reunidas y, en algunas oportunidades, lo eran también en materia fiscal, por tres secciones juntas (“plenario fiscal”)

Si un asunto aparece como particularmente importante por las dificultades propias de su regulación reglamentaria o bien por el peso político o jurídico que tendrá su regulación, puede, luego de la instrucción por una sub sección, igual que en el régimen anterior a 1963, ser reenviada ante la Sección o ante la Asamblea.

Cualquiera sea la formación elegida, ella es designada por una decisión no susceptible de recurso. Emanada del vicepresidente del Consejo de Estado, del Presidente de la Sección de lo Contencioso o incluso del Presidente de la sub sección interesada, o del Comisario de Gobierno. Es una decisión que se toma *en el nombre del Consejo de Estado*, es decir, soberanamente.

Hay que hacer presente que cada sub sección no es azarosa; cuentan con alguna especialización que dota de mayor eficacia a sus decisiones.

También cabe señalar que cualquier formación está compuesta solo de consejeros con la salvedad del Maestro de Requerimientos o del Auditor que reportó el asunto y en el caso en que para completarse, haya que llamar a un Maestro de Requerimientos.

Importante también es decir que las sub secciones ya sea solas o reunidas, conocen de la gran mayoría de los asuntos sometidos al Consejo de Estado en su Sección contenciosa. (Chapus, 2004, p.73)

Respecto de la composición de la formación del juicio, desde la reforma de 1963 ella se caracteriza por el hecho que las secciones administrativas no son únicamente representadas en la formación del juicio más elevada. A aquello hay que agregar la doble anomalía después de la reforma, de la composición de la Asamblea de lo Contencioso. Por un lado, si bien es la formación más elevada, tiene un número menor de magistrados que la Sección. Por otro lado, comprende un número par de miembros.

La Asamblea Plenaria está presidida por el Vicepresidente del Consejo de Estado y comprende: El Presidente de la Sección de lo Contencioso, los tres Presidentes adjuntos, el Presidente de la Sub sección de instrucción y el consejero Maestro de Requerimientos o el Auditor, además de los presidentes de cada una de las cinco secciones administrativas.

En caso de igualdad de votos, dirime el conflicto el voto del Presidente de la sección.

La Sección de lo Contencioso funcionando como formación de juicio comprende diecisiete miembros con un quórum de nueve. Se compone de: El Presidente de la Sección de lo Contencioso, los tres Presidentes Adjuntos, los diez Presidentes de las sub secciones, el relator, además de los dos consejeros de Estado principalmente vinculados a las secciones administrativas.

Tratándose de las sub secciones reunidas de dos y dos, son constituidas de nueve miembros. Se componen de: uno de los Presidentes Adjuntos (o el Presidente de la Sección), el Presidente y los dos consejeros asesores de cada una de las dos secciones, el relator, además de un consejero de Estado representante de las secciones administrativas.

Finalmente, cuando una sub sección juzga sola, debe comprender por lo menos tres miembros y no más de cinco. (Chapus, 2004, p.74)

2.4 Tribunales especializados.

Son aquellas “jurisdicciones de excepción” –como las llama Chapus- que tienen funciones jurisdiccionales especializadas, ya sea para conocer de recursos deducidos en contra de ciertos actos administrativos, para establecer si cabe alguna sanción administrativa respecto de algún funcionario público, o bien para tomar decisiones fuera de toda contienda (2004; pp. 99-100).

Para saber si estamos frente a un tribunal especializado, hay que observar la concurrencia de dos condiciones: que tenga poder de decisión y que se trate de una autoridad colegiada (2004; pp. 109-110).

Proliferaron durante el siglo XX y hoy en día existen alrededor de treinta. Ejemplo de Tribunal especial es la Corte de Cuentas, la cual es la más antigua (ley de 16 de septiembre de 1807) y la más prestigiosa (2004; pp. 93-94)

3.- Medidas Cautelares. Procedimientos de urgencia: Los “référés”

Sabemos que la consideración de la urgencia ligada a supuestos de distintos órdenes, puede conducir al juez a acelerar espontáneamente la instrucción de un asunto de manera de regularlo tan rápido como sea posible. Es importante el establecimiento de procedimientos adecuados

Son, según una expresión simple y usual, los “procedimientos de urgencia” y los hay de dos tipos: Los unos están efectivamente destinados a auxiliar al juez que está obligado a tomar en los menores plazos, si no de manera inmediata, las medidas justificadas por la existencia de una situación de urgencia, es decir, por la inminencia de la realización - o de la agravación - de un perjuicio. Estos son los procedimientos de urgencia por naturaleza. Los otros tienen por objeto permitir al juez decretar medidas que la buena administración de justicia justifique que puedan ser decididas tan rápido como sea posible, como si su intervención fuera urgente. Estos son los procedimientos de urgencia por asimilación.

Los *référés* son procedimientos de urgencia que podemos encontrar en Francia, tanto en la jurisdicción judicial como en la administrativa. Ésta última los incorpora a través de una reforma de la ley de 30 de junio de 2000 relativa a los *référés ante las jurisdicciones administrativas*, agregando un libro V al Código de Justicia Administrativa y que entró en vigor el 1° de enero de 2001.

Es un procedimiento especial mediante el cual se solicita al juez que dentro de un plazo muy breve, tome las medidas provisorias que considere pertinentes para prevenir un perjuicio inminente o su agravación, justificadas por una situación de urgencia.¹

Tal y como se presenta – en consecuencia, tanto del Libro V del CJA, como de las soluciones jurisprudenciales anteriormente adquiridas que conservan su validez –la regulación normativa francesa consagra primero los principios calificables de generales porque son aplicables de manera invariable y sin distinción entre las diversas variedades de *référés*. Los unos deben ser tomados en consideración a la hora de identificar al “juez de los *référés*” -así denominado de manera plural por el código-, mientras que los otros dominan ya sea el régimen procedimental, sea la competencia jurisdiccional.

3.1 El juez de los *référés*

La identificación del juez de los *référés* se regula principalmente por las dos primeras disposiciones del libro V (art L 511-1 y L 511-2). El juez de los *référés*

¹. (concepto confeccionado con elementos de R. Chapus y del glosario de la página web del Consejo de Estado <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/glossaire/>)

aparece inmediatamente como un magistrado juzgando unipersonalmente por la vía de “ordenanzas”.

En virtud del artículo L-511-2 son jueces de référé en cada Tribunal y Corte de Apelaciones, el presidente de dicho Tribunal así como los magistrados designados por él para obrar como jueces de référé -y que deben contar con una antigüedad mínima de dos años con el grado de primer consejero-; en el Consejo de Estado, el presidente de la sección contenciosa así como los consejeros que designe al efecto (art R 122-23).

Pero es posible que los référé sean juzgados por una formación colegiada, habiendo el juez usado su facultad de reenviar los asuntos que le parecen ameritar una deliberación de varios magistrados. Y aquello conforme con una práctica general en materia de lo contencioso administrativo y a la cual, tratándose de los référé, hacen referencia los artículos L 522-1 y R 522-11.

Se encuentra también ilustrado el principio según el cual el juez de los référé no es una “jurisdicción distinta del Tribunal y dotado de una competencia propia”. En materia de la organización de los jueces de los référé la ley solamente dijo “en el marco de este tribunal”, “un procedimiento particular”. (Chapus, 2004, p. 1285)

Es interesante observar como la consideración que funda la facultad de reenvío está también en el origen de una obligación de traspaso: en el caso donde el juez de los référé llega a conclusiones propias de tribunales colegiados, no debe rechazarlas sino transmitir las a estas formaciones.

En la fecha de su decisión, el juez de los référé decide “en el estado de instrucción”, por “medidas que presentan un carácter provisorio. No es antes del principal” (art L 511-1). Afirmando así el carácter provisorio de las medidas, la ley consagra el principio dominante por la jurisprudencia anterior y según el cual las medidas adoptadas en référé están desprovistas de la autoridad de cosa juzgada, tanto respecto del magistrado que las pronunció como respecto del juez principal que podrá pronunciarse en sentido contrario o diferente. En consecuencia la libertad de este último está garantizada. En cuanto al juez de quien emana la medida, el artículo L 521-4 confirma que puede modificarlas o ponerles fin en “todo momento” siempre que esa solicitud provenga de “toda persona interesada” y con la condición de que esta solicitud sea justificada por un “elemento nuevo”. Es normal que el poder de revisión del juez le permita, bajo las mismas condiciones, ordenar medidas que él mismo había rehusado prescribir inicialmente (2004; p. 1286).

Se puede estimar que el juez de los référé funciona como juez de lo principal en el caso en que usa poderes que son independientes de su calidad de juez de urgencia: como el caso donde condena a la parte perdedora a reembolsar a su adversario todo o parte de las costas no incluidas en los gastos; o el caso en donde decreta una multa por recurso abusivo.

Pronunciando medidas provisionales el juez de *référé*s no resuelve el litigio. En consecuencia, su intervención se sitúa en el exterior del campo de aplicación del artículo 6-1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre. No se puede, por ende, decir que el procedimiento de urgencia desconoce dicha normativa.

Finalmente los mandamientos judiciales no deben tener un carácter “irreversible” como por ejemplo la orden de comunicar un documento o importar efectos idénticos a los de la anulación de una decisión, como la orden de otorgar un permiso de residencia o todavía de retirar una decisión. (2004: p. 1287)

Contribuye a la identificación del juez de *référé*s el hecho remarcable, cual es que no es necesario un juicio actual. Dicho de otra manera, uno de los puntos interesantes y particulares del *référé*, es que el litigio al que se refiere la demanda que se somete al juez, puede ser incluso solo eventual. El juez podrá pronunciarse sobre la solicitud cuando esté conectada a una acción principal, si la hubiere, que no esté manifiestamente fuera de la competencia de su Tribunal y que el recurso principal que pudiera ser posteriormente deducido no sea manifiestamente inadmisibile. Importa observar que el hecho de que la jurisdicción haya conocido del litigio principal y actual no es un obstáculo para que, al margen del asunto principal el juez de *référé*s pueda conocer en vista de una medida provisional. (2004: p. 1288)

Por otro lado, la brevedad del procedimiento es el punto central del régimen de los *référé*s, y es gracias a ello que el juez podrá pronunciarse en los “mejores plazos”. En los distintos tipos de *référé*s, claramente los plazos más breves los vamos a encontrar en los *référé*s de urgencia, frente a los ordinarios.

Una de las razones que permiten la rapidez de este tipo de procedimiento es precisamente que las decisiones las toma un juez obrando unipersonalmente, libre de las deliberaciones a que se sujeta un tribunal colegiado.

3.2. Particularidades del procedimiento

Ahora, cuando la causa se somete al juez de *référé*s, se eliminan diversas exigencias. Hay exención de decisión previa. En relación con algunas vías obligatorias que el procedimiento ordinario puede imponer para la obtención de una salida amistosa, también se elimina esta obligación en el procedimiento de los *référé*s, a menos que se establezca de modo de no entorpecer el curso de las actuaciones.

Tampoco existen las autorizaciones para obrar en justicia generalmente impuestas por los estatutos de personas jurídicas de derecho privado, colectividades locales y establecimientos públicos, esto por la naturaleza misma de los *référé*s, donde la demanda presentada sin autorización se considera regular.

En lo contencioso del urbanismo, existe la dispensa jurisprudencial de la notificación del recurso al autor de la decisión y, en su caso, al beneficiario. (2004: p. 1289)

La instrucción mantiene el principio de contradicción: ninguna medida puede aplicarse regularmente sin que el afectado haya sido emplazado para presentar sus observaciones. El Código de Justicia Administrativa dispone que al tratarse de *référé*s de urgencia, luego de la notificación, se conceden los plazos más breves a las partes para formular sus observaciones, y estos plazos deben ser “rigurosamente observados” ya que terminados que sean, se pasa a la siguiente etapa sin demora. En los *référé*s ordinarios también habla de que la notificación debe ser “inmediata” y éste debe pronunciarse en los plazos fijados, que pueden ser notablemente más breves que si se tratase de un procedimiento normal.

Por regla general, nada más se impone. Según la notable fórmula jurisprudencial el *référé* es “rendido siguiendo un procedimiento particular adaptado a la naturaleza de la demanda y a la necesidad de una decisión rápida” y que “este procedimiento que garantiza el carácter contradictorio de la instrucción, se basta a sí mismo”. Como se puede apreciar de la jurisprudencia, esto significa que no hay obligación ni de comunicar al demandante las observaciones presentadas por la defensa, ni de comunicar los aportes de otros implicados. (Chapus, 2004, p. 1290)

El principio del carácter contradictorio de la instrucción implica por otro lado, que el juez debe preocuparse de provocar observaciones de las partes sobre los medios de orden público que sobre los que pretende fundar su decisión.

La ligereza procedimental afecta igualmente la fase de juzgamiento de los procedimientos de urgencia y particularmente de los *référé*s. Un ejemplo se llama la “jurisprudencia *Souris*”, en virtud de la cual el juez del *référé* tiene libertad de llamar a las partes a una audiencia o bien, no hacerlo. No tiene la obligación de convocarlos. De este modo, y en función del grado de urgencia y de complejidad del asunto, pertenece al juez la libertad de apreciar si tiene lugar juzgar sin debates y solo en vista del procedimiento escrito o bien si es preferible llamar a audiencia (CE 19 de febrero de 1965, *Souris*, p. 1017)

A pesar de ello, la tendencia es a mantener una audiencia pública. Esto en la nueva jurisprudencia, así como en las normas sobre *référé*s que han ido derogando parcialmente este principio. Así es que en el *référé*-suspensión y el *référé*-salvaguardia el juez deberá pronunciarse en el curso de una audiencia. Además en la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos el artículo 6-1 de la convención impone una audiencia pública cuando la jurisdicción vea el asunto en primera o única instancia, lo cual es frecuente en materia de *référé*s. (Chapus, 2004, p. 1292)

También se elimina de los *référé*s de urgencia las conclusiones del Comisario de Gobierno, y por aplicación jurisprudencial, en las otras clases de *référé*s.

Si bien las motivaciones de la decisión en materia de *référé* puede ser lacónica, es necesario que permita el ejercicio de control propio de un recurso de apelación o casación, y de manera más general, el dar a los justiciables una cuenta suficiente de las razones por las cuales el juez tomó su determinación. En la práctica se ve que las motivaciones, sobre todo cuando provienen del Consejo de Estado, se encuentran casi siempre, plenamente desarrolladas. (Chapus, 2004, p. 1293)

En cuanto a los plazos para interponer recursos en contra del fallo del *référé*, generalmente son más breves. Respecto de los *référés* de derecho común (de urgencia y ordinarios) los plazos son uniformes: quince días para recursos de apelación y casación.

Hay una facilitación de las reglas de competencia. El régimen de determinación del juez competente de primera instancia se adapta, tanto a la rapidez del procedimiento como al hecho de que éste último se pueda vincular con un litigio principal que será solamente eventual.

En primer lugar, en lo que concierne a las instalaciones en que sea aplicable el principio de separación de autoridades administrativas y judiciales, es importante resguardar los límites de la competencia. Los tribunales judiciales que conocen de un *référé* deben abstenerse de pronunciar una medida no susceptible de ser vinculada más adelante a un litigio principal que esté dentro de su competencia judicial (R Abraham, *L'avenir de la voie de fait et le référé administratif*, 1996) **Mélanges Braibant, Dalloz*, 1996 (S. Welsch, *Le référé-expertise: compétence parallèle ou concurrente des juridictions administratives et judiciaires*, 1999) *LPA août 1999, n° 154 y al revés, un juez de *référé* administrativo no debiera conocer de una medida que no sea susceptible de vincular a un litigio principal de carácter contencioso administrativo. Esta materia ha sido una preocupación del Tribunal de Conflictos a propósito de una tendencia de los jueces a sobrepasar su competencia bajo la excusa de la urgencia: por ejemplo, CE 3 abril 1987, Catty, RDP 1987, p. 1383: rechazo de un *référé-expertise* sobre hechos relativos a lo contencioso de la correspondencia que la ley atribuye a la jurisdicción judicial. (Chapus, 2004, p. 1294)

Pero si hay incertidumbre respecto del litigio principal, el juez administrativo es plenamente competente, “habida cuenta de los caracteres propios del procedimiento del *référé*”, “debido a que la demanda que le es presentada no es manifiestamente insusceptible de conectarse con un litigio” de la jurisdicción administrativa. En otras palabras, para que el juez administrativo tenga competencia bastará que exista una posibilidad que el litigio principal entre, por ejemplo, en lo contencioso del dominio público, o que haga referencia a una decisión administrativa o un contrato de carácter público. (Chapus, 2004, p. 1295)

Finalmente el Tribunal de conflictos ha mostrado una tendencia que llama a los jueces a no dejarse frenar por el hecho de que el eventual litigio principal relacionado

con el *référé* no sea de la entera competencia de su orden jurisdiccional. Incluso operaría el principio de la inexcusabilidad en ese sentido. *“En el estado donde la demanda no tiende sino a que se ordene una medida de instrucción antes de todo proceso y antes incluso, que pueda estar determinada, teniendo a la vista las partes eventualmente llamadas a la causa principal, la competencia sobre el fondo del litigio, pero que el fondo del litigio es de naturaleza en parte de la competencia de las jurisdicciones del orden al cual pertenece, el juez de référés no puede rehusar pronunciarse sobre ella”* (TC 17 de octubre de 1988, SA Entreprise Niay, p. 494, AJ 1989, p. 458, note J. –P. Gilli, Quot. Jur. 21 febrero 1989, p.3, note F. Moderne)

En lo que concierne a la determinación del juez competente en el seno del orden administrativo, la solución jurídica es una continuación de la jurisprudencia precedente, dado que cuando el litigio principal se presenta de una manera tal, que se sabe a qué jurisdicción administrativa se sujeta, la medida de urgencia solo deberá ser demandada ante ésta jurisdicción. Por ejemplo si el asunto debe ventilarse ante un Tribunal Administrativo, no se puede solicitar la medida en el Consejo de Estado, ni viceversa. Si hay dudas, aplicamos el principio mencionado con anterioridad y será competente para conocer la medida un juez administrativo siempre que no sea “manifiestamente insusceptible” de vincularse a un juicio principal en que tenga competencia. La normativa vuelve a ser rigurosa en el caso donde el litigio principal entra en la competencia de una jurisdicción administrativa especializada donde el estatuto no previene que pueda ser precedida de un procedimiento de urgencia. Encontramos en cuanto a la determinación de la competencia territorial facilidades del mismo orden que las precedentes.

Así, en el caso de incertidumbre en cuanto al tribunal administrativo donde se radicaría el litigio principal eventual, el juez de *référés* susceptible de conocerlo podrá ser el presidente del tribunal en que la competencia de aquél tribunal no esté manifiestamente excluida. (Chapus, 2004, p. 1297)

3.3. Clases de référés

Los procedimientos para los *référés* son de dos tipos: aquellos que, previstos por la ley solo pueden tramitarse en caso de urgencia y aquellos en que el régimen es fijado por vía reglamentaria y que pueden operar con o sin urgencia.

En cuanto a los *référés* de urgencia, permiten obtener del juez algunas medidas provisorias o conservativas que aseguren poner a salvo ciertos derechos.

Así, tenemos el *référé*-suspensión, regulado en el artículo L 521-1 que dispone que *“cuando una decisión administrativa, incluso aquellas que rechazan solicitudes, que haya sido objeto de una demanda de nulidad o reforma, el juez de référés que haya recibido una demanda en ese sentido, puede ordenar la suspensión de la ejecución de aquella decisión o de algunos de sus efectos, cuando la urgencia lo justifique y que aporte un medio propicio para crear, en el estado de instrucción, una*

duda seria en cuanto a la legalidad de la decisión” . Se trata de paralizar la ejecución de las decisiones administrativas antes del pronunciamiento del fondo del asunto.

²La admisibilidad de la demanda en esta clase de *référé* está subordinada al cumplimiento de tres condiciones: la existencia de una decisión administrativa, un recurso que tienda a obtener la nulidad o la reforma de dicha decisión (en este caso la demanda de suspensión presenta un carácter accesorio a la demanda principal de nulidad o reforma) y la presentación de la segunda en pos de la primera.

Ahora, para que el juez suspenda todo o parte de los efectos jurídicos de una decisión, es necesario que concurren tres requisitos: la existencia de la solicitud de nulidad o reforma del acto, la urgencia y que el riesgo de perjuicio sea inmediato. Según el C.E. hay urgencia “*cuando la decisión administrativa impugnada, perjudica de una manera suficientemente grave e inmediata un interés público, la situación del requirente o los intereses que él pretende defender*”. (CE 19 de enero de 2001 “*Confédération nationale des radios libres*” req. N°228 815). La demanda debe justificar la urgencia por elementos de hecho precisos y el juez debe obtener todos los elementos útiles para formar su convicción. Es necesario valerse de un medio propicio para crear una “duda seria” acerca de la legalidad del acto.

También encontramos al *référé*-libertad, regulado por el artículo L 521-2 del CJA: “Presentada ante él una demanda justificada por la urgencia, el juez de *référé* puede ordenar todas las medidas necesarias para la salvaguardia de una libertad fundamental a la cual una persona jurídica de derecho público, un organismo de derecho privado encargado de la gestión de un servicio público haya experimentado en el ejercicio de sus funciones, un atentado grave y manifiestamente ilegal. El juez de *référé* se pronunciará en un plazo de 48 horas”. Nuevamente vemos que deben concurrir tres condiciones para que el juez tome las medidas que considere necesarias para resguardar el derecho o interés afectado. Primero que el acto emane de una persona jurídica de derecho público o de derecho privado que se encargue de la gestión de un servicio público en el ejercicio de sus funciones, que el acto atente contra una libertad fundamental y que el atentado contra la libertad haya sido grave y manifiestamente ilegal. El demandante debe establecer un atentado directo y personal a una de sus libertades fundamentales. La carga de probar la existencia y la gravedad de ese atentado es suya. Al igual que en el caso anterior, la demanda se justifica por la urgencia.

Finalmente está el *référé*-conservativo, regulado en el artículo L 521-3 del CJA: “*en caso de urgencia y por un simple requerimiento que será admisible incluso en ausencia de decisión administrativa previa, el juez de référés puede ordenar todas las*

² En este punto el legislador dejó al juez la carga de precisar ésta condición. Ha resultado de la jurisprudencia, que la noción de libertad fundamental encuentra su fuente en la constitución y accesoriamente en los tratados internacionales. Las libertades en el sentido del artículo L 521-2 del CJA cubren a la vez libertades y derechos

otras medidas útiles sin obstaculizar ninguna decisión administrativa". La decisión del juez de *référé*s se traduce esencialmente en ordenar obligaciones de hacer y no hacer, pero en ningún caso paralizar un acto administrativo.

Los requisitos en este caso son la urgencia de la medida, la utilidad de la misma para el actor y la ausencia de obstáculos para la ejecución de un acto administrativo.

Por otro lado encontramos los *référé*s ordinarios, los que se pueden entablar con o sin urgencia.

Está el *référé*-constatación. A esta clase de *référé* se refiere el art. L 531-1 del C.J.A. que dispone que *"el juez de référé puede, por un simple requerimiento e incluso en ausencia de acto administrativo previo, designar un experto para constatar sin demora los hechos que serían susceptibles de dar lugar a un litigio ante la jurisdicción"*

También tenemos el *référé*-instrucción. El artículo R 532-1 del CJA dispone que: *"el juez de référé puede, por un simple requerimiento e incluso en ausencia de acto administrativo previo, prescribir toda medida útil de peritaje o prueba"*

Y finalmente el *référé*-provisión. En términos del artículo R 541-1 del C.J.A. *"el juez de référé puede, incluso en ausencia de una demanda de fondo, acordar una medida a favor del acreedor que lo solicite, cuando la existencia de la obligación no es disputada seriamente"* (Fonction Publique, 2004)

4. La prueba.

4.1. Reglas de procedimiento

En cuanto al procedimiento mismo, éste se inicia por una demanda o “memoria de requerimiento” y si fue presentada de forma sumaria la puede seguir una “memoria complementaria”. A ésta se opone la contestación o “memoria de defensa”, la sigue la réplica o la “memoria de réplica” y finalmente la dúplica o “memoria de dúplica”. La producción de todos estos escritos es normalmente acompañada o seguida por la de las piezas destinadas a justificar los medios de hecho y de derecho invocados por las partes en apoyo de sus pretensiones. Es tarea del juez velar por que las partes tengan conocimiento de las memorias presentadas por su respectiva contraparte de modo que tengan la oportunidad de estudiarlas y eventualmente objetarlas en la oportunidad procesal correspondiente.

En cuanto a la forma de notificación de las memorias (esto es, de los escritos) dependerá del tipo de acción que se ejerza: si se trata de una en donde no se exige la comparecencia a través de un abogado (se haya o no valido de uno) o bien es una en donde tiene interés el Estado, la notificación la realizará el Tribunal Administrativo que corresponda por los “soins du greffe” y por medio de cartas recomendadas con solicitud de aviso de recepción. En cambio si la parte solicitante debe ser representada por un abogado, el Tribunal le ordena a ella misma notificar, siendo el Presidente de la Sub Sección quien le indica a ese abogado las personas a las que debe notificar y el plazo para hacerlo.

Claramente deben notificarse la demanda, sus complementos, la contestación, réplica y dúplica. En cuanto a las restantes memorias del proceso, no hay necesidad de comunicarlas si no revelan hechos nuevos o si el Tribunal no las considera para tomar su decisión. Este límite no es más que una expresión del principio de contradicción.

Pero tratándose de las piezas -las “memorias” son los escritos y las “piezas”, los documentos o instrumentos- si bien en principio hay que notificarlas de la misma manera que los escritos anteriormente señalados, podría ocurrir que su volumen o sus características hagan impracticable la notificación. En este caso basta notificar que se han acompañado, por razones prácticas: Así, al conocer que hay nuevas piezas, las partes podrán concurrir a examinarlas, obtener copias y objetarlas en su caso. De hacerse así, la notificación debe dar cuenta de un inventario detallado de las piezas acompañadas (CJA, art. R 611-5)

4.2. Características generales de la etapa de instrucción o investigación.

Se habla de que la etapa de instrucción es secreta ya que, al igual que en materia civil, en Francia no existen audiencias de instrucción que sean llevadas a cabo

en presencia de las partes y tampoco se puede divulgar las memorias y piezas que compongan los expedientes.

Chapus cita en esta materia el fallo *Zurmely*, del Consejo de Estado (7 de junio de 2000) que reza “ningún principio general del Derecho impone la publicidad del procedimiento previo de instrucción”.

Se trata de un procedimiento eminentemente *escrito* ya que la oralidad se presenta de manera excepcional, por ejemplo, en la prueba testimonial o en las observaciones a la prueba que se formulan oralmente en la audiencia de cierre de la investigación. De esta manera la escrituración se manifiesta en que la instrucción será hecha sobre la base de las memorias de las partes, conteniendo la expresión escrita de sus medios de prueba y sus conclusiones.

Una consecuencia de este principio es que si se presentan nuevas conclusiones o medios de prueba nuevos oralmente por alguna de las partes, el Tribunal solo está obligado a responder si estas conclusiones o medios fueran confirmados en una memoria escrita durante el curso de la audiencia. Lo mismo, si las partes pretenden hacer uso de la palabra, solamente pueden comentar la prueba producida - presentada en las memorias escritas a lo largo del proceso - sin agregar nueva. Por ende, no podrá hacer uso de la palabra una parte que no haya presentado estas memorias con anterioridad.

Pero también cabe destacar que, al ser la oralidad accesoria frente a la escrituración, no es un requisito la comparecencia a la audiencia de cierre. Incluso podría prescindirse de la presencia del abogado.

Otro principio que sustenta la instrucción es el del procedimiento *inquisitivo*. Es el juez administrativo el que “dirige la investigación”. Esto se traduce en que el demandante se dirige al juez y es él –el juez- quien se dirige al demandado llamándolo a participar del proceso, a diferencia de materia civil en donde es el demandante quien se encarga directamente de arrastrar a su contraparte al proceso.

Una vez trabada la litis, no se impide a las partes solicitar diligencias de prueba, pero la dirección de la investigación corresponde al juez. Tiene una mayor iniciativa probatoria, sobretodo comparado con el antiguo proceso civil francés, en donde existía un sistema acusatorio donde el juez asistía como “público” al debate. Hay que hacer presente que con la reforma civil de 1965, el juez ahora es un juez interventor, por lo que la diferencia entre proceso administrativo y proceso civil se ha atenuado considerablemente, aunque su rol en materia administrativa sigue siendo más fuerte.

Otro principio que opera en materia de prueba es el principio de *contradicción*, que a la vez es una garantía de los justiciables y que se traduce en la posibilidad de conocer y de realizar observaciones a las gestiones desarrolladas por la contraparte. Este principio cobra especial relevancia en materia contencioso administrativa, ya que

normalmente el debate será entre un particular y el Estado, y al respetar el principio de contradicción se puede equilibrar la situación de desigualdad que existe entre las partes. Es tan esencial este principio, que el Código de Justicia Administrativa lo menciona entre los principios más fundamentales de lo contencioso administrativo: “*la instrucción de los asuntos es contradictoria*” (Título preliminar art. L 5). Incluso en materia de jurisprudencia, el Consejo de Estado había incluido este elemento entre los principios generales del derecho y que reconoce en sí mismo una de las garantías esenciales del derecho de los justiciables.

Ahora, este principio se aplica indiscutiblemente en los medios de prueba ofrecidos por las partes. Así, si una parte presenta un medio probatorio, éste debe ser comunicado a la parte contraria, quien tendrá un plazo dentro del cual podrá efectuar las observaciones que estime pertinentes. (Libro IV, título I, capítulo I CJA)

Pero al tratarse de los medios de prueba solicitados de oficio por el Tribunal, hay un antes y un después del decreto de 22 de enero de 1992 y que se plasma en el artículo R-611-7 CJA. Este decreto fue sugerido por el Consejo de Estado, que estimó más efectivo un cambio legislativo que uno jurisprudencial para zanjar la materia. Antes de su entrada en vigencia, cuando el Tribunal decretaba un medio probatorio de oficio, no tenía obligación alguna de comunicarlo a las partes, ni mucho menos de oírlos. Hoy, por el contrario, *debe* comunicárselos y concederles un plazo para presentar observaciones. Esta obligación recae sobre los Tribunales Administrativos, Cortes Administrativas de Apelaciones y Consejo de Estado, y de no cumplirse, el procedimiento adolece de un vicio que podría significar la anulación de lo obrado en él.

Ahora, en cuanto a los medios probatorios, el juez solo podrá juzgar con conocimiento de causa. Para ello, el principio que rige es el de aportación de parte; cada parte tiene la carga de proponer y producir su propia prueba. Además como no existe un sistema de prueba legal tasada, se puede probar por “todos los medios”, con la limitante lógica de que estos deben ser fiables. Por ejemplo, la jurisprudencia ha entendido que no satisface la fiabilidad los datos obtenidos de computadores, o “prueba por minitel” (TA Rennes 28 febrero 1990, *Mme Alaoui-Manar*, AJ 1990, p. 426, obs, M. Hecquard Théron) ni la prueba ilícita obtenida por la administración (CAA Lyon 5 Octubre 1994, *Sarl O’Palermo*, p. 653, AJ 1995 p. 192, chron. J Courtial). En este último punto se ha entendido que si el particular obtiene un documento confidencial de la administración, el proceso no se vicia, dado que se ha podido discutir válida e igualmente sobre la existencia de aquel documento.

En la práctica hay que recordar el carácter inquisitorio de la instrucción y la preocupación que debe observar el juez para no cargar al particular con la prueba de sus alegaciones en el caso –frecuente- en que no tienen los medios para producir esa prueba ya que éstos son detentados por la Administración.

En el Código de Procedimiento Civil Francés, encontramos el art. 11 que regula el tema de las cargas probatorias dinámicas:

Artículo 11

“Las partes tienen la obligación de colaborar en la práctica de las pruebas; el tribunal operará las consecuencias oportunas en caso de que se abstengan o rechacen hacerlo.

Si una parte tuviera en su poder un elemento de prueba, el tribunal, a petición de la parte contraria, podrá requerirle para que lo aporte, bajo apercibimiento de multas coercitivas. El tribunal también podrá, a petición de una de las partes, solicitar u ordenar, bajo idéntico apercibimiento, la aportación de todos aquellos documentos que estuvieran en poder de un tercero, si no existe impedimento legítimo”

De una manera general, el juez formará su convicción a partir de los elementos del expediente (v. CE 4 febrero 1981, *Konaté*, D 1981, p. 353, Nota de B Pacteau) y en presencia de elementos contradictorios o no decisivos, se pronunciará en el sentido que le parezca más conforme con la realidad (v. CE 25 febrero 1987, *Ferrucci*, RDP 1987, p. 1378); todo teniendo en cuenta siempre que la Administración tiene la carga de destruir presunciones establecidas a favor de los requirentes y de que a ella también incumbe probar los hechos que originan sanciones o sumarios disciplinarios.

Existe un sistema de *libre convicción* a la hora de valorar la prueba. El juez solo puede juzgar con conocimiento de causa. El contenido de las memorias y las piezas producidas durante el proceso, pueden bastar para ilustrarlo en este sentido. El principio, es que pertenece a cada una de las partes la carga de aportar por todos los medios la prueba de los hechos que invocan, pero en la práctica, es preciso contar con el carácter inquisitorio de la instrucción y la preocupación del juez de no cargar al reclamante con la prueba de sus alegaciones, en los casos frecuentes en que no tenga los medios para producir cierta prueba, puesto que normalmente éstos son detentados por la Administración. Ocurrirá frecuentemente que se tengan por establecidas las alegaciones del particular, cuando la Administración no consiga probar su inexactitud.

De un modo general, el juez forma su convicción a partir de los elementos del expediente (CE 4 febrero de 1981, *Konaté*, D, 1981, p. 353). En presencia de elementos contradictorios o no decisivos, se pronunciará en el sentido que le parezca más conforme a la realidad (CE 25 de febrero de 1987, *Ferrucci* RDP 1987, p. 1378), teniendo siempre en cuenta, cuando sea pertinente, que pertenece a la Administración la carga de destruir las presunciones establecidas a favor de los requirentes y que también le incumbe expresamente probar los hechos que originan las sanciones o medidas disciplinarias que ella ha adoptado (Chapus, 2009; p. 824)

El pronunciamiento de una medida de instrucción, asegurará la información del juez y el establecimiento de su convicción, si las memorias y las piezas del expediente no bastan para hacerlo.

5. La sentencia. Contenido.

El contenido de la sentencia se encuentra en el Libro VII, Título 4º, artículos R 741-2 a R 741-6 del Código de Justicia Administrativa francés y podemos clasificarlo en cuatro partes:

5.1. Las visas.

Corresponde a la enunciación de las *memorias* presentadas por las partes y las *piezas* producidas antes del fin de la etapa de instrucción. Por ende, no es obligatorio referirse a los escritos o piezas producidos con posterioridad al cierre de la instrucción, con la excepción de la visa de las *notes en délibéré*, que son observaciones que las partes -en la práctica, sus abogados- remiten al juez en el período que va desde la audiencia posterior al cierre de la instrucción, luego del pronunciamiento de las conclusiones del relator público hasta la sentencia. También, a consecuencia del carácter escrito del procedimiento, no existe obligación de visar las observaciones orales presentadas.

Referirse a lo mencionado no significa solamente citarlo, sino, por disposición de las reglas generales de procedimiento aplicables a toda la jurisdicción administrativa (salvo texto en contrario), las visas deben analizar lo expuesto, de manera de lograr un conocimiento completo y preciso. No hay que perder de vista que en base a estas consideraciones el Tribunal Administrativo tomará su decisión. Esto trae como consecuencia que, a pesar del deber de concisión que recae en su redactor, suele ser una parte bastante extensa de la sentencia, tal como ocurre en el Derecho chileno.

Luego de aquella mención, es preciso indicar las *normas* en cuestión: textos legales relativos tanto a la competencia de la jurisdicción administrativa y al procedimiento seguido delante de ella, como a las cuestiones de fondo ventiladas en el litigio.

No obstante, las prescripciones acerca de las visas no son de orden público; tanto así que la ausencia de visas redactadas de manera correcta no vicia el acto, si su motivación hace suficiente referencia a los medios y conclusiones de las partes, así como de los textos legales aplicados.

5.2. Las menciones de regularidad procesal.

Se refiere a aquellas destinadas a hacer aparecer las condiciones procedimentales en las cuales fue rendido el juicio, todo sobre la base del principio de que “todo juicio debe hacer prueba de su regularidad por sí solo”

El juicio será irregular si las menciones de regularidad procesal no se corresponden con la realidad, siendo de carga de la parte que alega esta incongruencia, la prueba de la misma. Esto porque las menciones “hacen fe por sí mismas hasta la prueba en contrario”. Pero incluso si el juicio se sujetó a las exigencias de procedimiento, será igualmente irregular si no hace las menciones correspondientes.

Las hay de fuente legal o jurisprudencial. Las legales corresponden principalmente a las del artículo R 741-2 del CJA Modificado por el decreto n° 2009-14 del 7 de enero de 2009 y que reza *“La decisión menciona (1) que la audiencia fue pública, salvo si se hizo aplicación de las disposiciones del artículo L. 731-1. En este último caso, se menciona que la audiencia tuvo lugar o continuó sin la presencia de público.*

Ella contiene el (2) nombre de las partes, (3) el análisis de las conclusiones y memorias, así como las (4) visas de las disposiciones legislativas o reglamentarias las cuales aplica.

Se menciona (5) que el relator y el relator público y, si tuvo lugar, las partes, sus mandatarios o defensores, así como toda persona escuchada por decisión del presidente en virtud del segundo inciso del artículo R. 731-3, fueron oídos.

(6) Igualmente se menciona la producción de una note en délibéré.

La decisión contiene (7) la fecha de la audiencia y (8) la fecha en la cual ella fue pronunciada.”

Hay además en el Título Preliminar una mención que da cuenta de que los jueces deben asumir personalmente la responsabilidad por sus decisiones: *“(9) la mención del nombre de los jueces que los rindieron [los juicios]”* Art. L 10.

En caso que un Tribunal Administrativo llame a un abogado integrante, la sentencia debe precisar que era el más antiguo de los abogados disponibles Art L 221-2.

5.3. La motivación.

Hay que recordar que de acuerdo con el CJA, las sentencias deben comenzar con “En el nombre del pueblo francés”, de manera tal que hay que poder comprender cuál fue el motivo que llevó al Tribunal a llegar a una determinada decisión pues están actuando en nombre de toda la ciudadanía. (Chapus, 2004; pp. 1000 y ss).

Hay que destacar que el señalamiento de los motivos, ayudará a las partes a evaluar una posible apelación, además de garantizar el *debido proceso* desde el punto de vista del derecho interno francés, pero también de la Corte Europea de Derechos Humanos

Con todo, los jueces no han de explicarse sobre los medios requeridos de oficio cuando no son fundados (pp. 781 y 1001), así como tampoco han de pronunciarse en caso de rechazar la demanda (pp. 371 y 1001), o cuando los medios son inoperantes (pp. 771 y 1001) y tampoco en la hipótesis donde se acoge la demanda (pp. 916 y 1001).

A pesar del deber de concisión de los jueces, la expresión de los motivos debe ser completa (motivar siempre que sea obligatorio), precisa (no dubitativa) y concordante (no contradictoria). Si no cumple con alguna de estas características podría alegarse su irregularidad.

Con todo, se ha observado una tendencia en virtud de la cual las sentencias emanadas del Consejo de Estado se han ido alejando de la brevedad, de algún modo salvándose de cualquier posible irregularidad en cuanto a la falta de motivación, pero también cumpliendo un rol “pedagógico” y “jurisprudencial” en cuanto Tribunal Supremo. (F-Blanco, *Le Conseil d'État, juge pédagogue*, *Révue recherche juridique. Droit Prospectif* 2003-2, p.1414.).

5.4. Lo dispositivo.

Se trata de la expresión de voluntad de los jueces en cuanto al asunto controvertido. Habría una irregularidad si se opusiera a lo expresado en la motivación ya que se presenta como la conclusión lógica de aquello (Chapus, 2004, pp. 1002 y ss).

Por otro lado, el contenido de lo dispositivo, va a tener directa relación con el tipo de acción que se ejerce³, de tal manera que si se trata de una demanda de indemnización de perjuicios, deberá determinar si condena o no a la parte demandada, y por qué cantidad de dinero; si es una demanda de nulidad, entonces deberá declararla, o rechazar la demanda. Recordemos que en el contencioso de los derechos, el juez tendrá amplios poderes para proteger el derecho subjetivo lesionado, pudiendo dictar las medidas que considere necesarias para aquello; en el contencioso de la anulación, el juez va a determinar si procede o no la nulidad del acto impugnado; en el de la interpretación, podrá determinar el sentido y alcance del acto, y pronunciarse sobre su legalidad; y por último en el de la represión, tomará las medidas para obtener la represión de los actos atentatorios en contra de la integridad del dominio público.

³ ver los distintos tipos de recursos en el capítulo I de esta tesis.

Condenas pecuniarias vinculadas con la instancia

Son otras materias que también podrían regularse en el fallo, y que son independientes del asunto litigioso: El recurso no se ejerce para obtenerlas pero son una consecuencia posible de la manera en que se trabó, ventiló o concluyó el juicio.

Tenemos, por una parte, los gastos. La parte dispositiva se pronuncia sobre la carga de los mismos, aunque no sea solicitado en la demanda. La liquidación se practica en una “ordenanza” del presidente de la jurisdicción y existe un plazo de un mes desde su notificación para objetarla ante la misma jurisdicción (Art. R 761-5 CJA).

Son normalmente soportados por la parte perdedora, no obstante se podría determinar que sean soportados por ambas partes o incluso por la parte ganadora (Art R 761-1).

A partir de la ley de 30 de diciembre de 1977 que dispone la *gratuidad de los actos judiciales* (en materia civil y administrativa) el monto de los gastos disminuyó significativamente. Hoy comprenden esencialmente (cuando ha sido ordenado) los gastos de la *encuesta* o prueba testimonial (que son los gastos de transporte y comparecencia de los testigos) y los gastos de la *experticia* o prueba pericial (estos sí pueden elevarse bastante). Pero hoy en día los gastos de la *visita de lugares* o inspección personal del tribunal son soportados por el Estado.

También existen las compensaciones: el proceso puede ocasionar perjuicios patrimoniales, es por eso que el demandado puede interponer una demanda reconventional hasta el cierre de la instrucción por *abuso del derecho de actuar ante la justicia*.

Otra forma de compensación que se ha vuelto muy popular desde su establecimiento en 1988 es el *reembolso de los costos no comprendidos en los gastos*. Como los tribunales civiles desde 1975 (art. 700 CPC), las jurisdicciones administrativas pueden, desde 1988, condenar a una parte a reembolsar –a lo menos, parcialmente- a otra los costos en que haya debido incurrir en la instancia y que no estén incluidos en los gastos. Normalmente estos “costos irrepetibles” están constituidos por los honorarios de los abogados. Podrían igualmente incluirse acá el lucro cesante debido al tiempo usado en preparar el proceso y el perjuicio moral que le significó las molestias del mismo. Dentro de este tema, encontramos la posibilidad –al igual que en materia procesal civil- de condenar al pago de este tipo de costos a la parte vencedora, si se hubiera dado un comportamiento abusivamente dilatorio que hubiese aumentado el costo de litigar para su contraparte (CE, 2 de junio de 1989, SA *Phinelec*, AJ 1989, p. 722, D 1990, p. 229).

El año 1991 se produjo una reforma legal que rediseñó la fórmula anterior, hablando de “la parte obligada a pagar los costos, o la parte perdedora”. Como en

justicia administrativa rara vez hay que reembolsar costos y mucho menos frecuente es que sean, en la práctica, de cargo de la parte ganadora. (2004; p. 1007)

Pero la dificultad es determinar cuál es la parte ganadora, por ejemplo en el caso que el particular demanda la nulidad de un decreto y solo obtiene una nulidad parcial. En estos casos, se trata de si se concedió o no “lo esencial” de su petición (*Ministre de l’Agriculture*, p. 1229; 5 de mayo de 1999, *Soc Groupe Maritime et Commercial du Pacifique* p. 987)

La reforma del año 1991, por otro lado, invita al juez a considerar “la situación económica” de las partes.

Finalmente el texto actual dispone expresamente que “en todas las instancias” el reembolso de los costos irrepetibles, puede ser solicitado y obtenido. Esto incluye las instancias de *référé*s (2004; p. 1009).

Los intereses

También debe regularse la aplicación de los intereses moratorios que se deban en virtud de lo dispuesto en el art. 1153 del Código Civil. Esto ocurrirá en caso que haya una condena pecuniaria. Hay que distinguir: si los intereses fueron demandados –esto es, en el escrito de demanda- corren desde la recepción de la parte deudora, de la reclamación de la suma principal (esto, en la etapa administrativa de la reclamación). Si acudió directamente a la sede judicial, entonces se deben desde la interposición de la demanda. Si no fueron demandados, empiezan a correr desde el pronunciamiento del fallo de pleno derecho, a menos que el juez decida otra cosa (2004; pp. 1011-1012).

En relación con los intereses, el vencedor puede solicitar al juez la capitalización de los intereses devengados o anatocismo, para que ellos a su vez, generen intereses a contar de la demanda. (2004; p. 1012)

La supresión de escritos y pasajes injuriosos, ultrajantes o difamatorios.

Esta es otra particularidad del sistema francés. Lo pueden hacer los jueces en el fallo, de oficio o a petición de parte. Esto proviene del art. 41 de la ley de libertad de prensa de 29 de julio de 1881, al cual se dirige el art. L 741-2 CJA. Ocurre lo mismo en materia procesal civil. Incluso, con la reforma del año 1982, se podría condenar al autor de dichos pasajes a indemnización de daños y perjuicios. (2004; pp. 1015-1016)

6. La sentencia. Ejecución.

Hay que distinguir el contenido de la sentencia en cuanto al fin⁴, puesto que si se trata de una sentencia meramente declarativa, no habrá lugar a la ejecución forzada, puesto que con la ejecutoriedad del fallo, se cumple de pleno derecho con su contenido. En cuanto a las sentencias constitutivas, por regla general ocurre lo mismo, pero existe un matiz, que corresponde a los casos en que se declara la nulidad de un acto administrativo, puesto que existe una particularidad en materia de sentencias que declaran la nulidad en el contexto de un recurso por exceso de poder, o bien en el de plena jurisdicción en que se han rechazado los argumentos dados por un la defensa cuando se trata de un organismo público: en estos casos la autoridad vencida puede solicitar al Consejo de Estado que le entregue las modalidades de ejecución de la decisión judicial_(art. R 931-1 CJA).

Hablaremos de ejecución forzosa, entonces, principalmente a raíz de sentencias de condena. (Araos, 2010; p.20)

Finalmente, una particularidad adicional en el sistema galo: las partes interesadas pueden señalar a la Sección de Informes y Estudios las dificultades que han experimentado en la ejecución de algún fallo (solamente si el órgano condenado ha rechazado expresamente dar cumplimiento al mismo). El presidente de la sección designa un relator al efecto y si se justifica, se mencionará en el informe anual que elabora el Consejo de Estado (art. R 931-2 CJA).

6.1. La obligación de ejecutar la Cosa Juzgada

En primer lugar, cuando la sentencia queda ejecutoriada, la Administración se encuentra inmediatamente obligada a ejecutarla. El interesado tiene, sin embargo, el derecho de solicitar su ejecución. Este comportamiento le servirá para interrumpir el curso de la prescripción y demostrar el carácter contrario a derecho de una abstención de ejecutar el fallo por parte de la Administración. En el caso *Dlle Fourtet*, el CE dice que si la parte que ha obtenido un fallo favorable, no solicita la ejecución del mismo, esta pasividad atenúa la responsabilidad que se genera para la Administración por no haberlo ejecutado antes. (Chapus 2004, p. 1077)

En segundo lugar, la Administración dispone de un “plazo razonable” para cumplir con su obligación. Solo cuando transcurre este plazo sin que se hayan tomado las medidas necesarias, que hay una falta. Ahora, éste plazo puede estar determinado o no por la sentencia. Si no lo estuviese, dependerá de las circunstancias del caso específico, el cual no debiera exceder tres meses por regla general (art. R 921-1 CJA), salvo en caso de dificultades excepcionales como, por ejemplo, aquellas que pueden

⁴ Ver distinción realizada en el punto 5 sobre contenido de la sentencia del Capítulo III.

resultar de la nulidad de un concurso público muy complejo que debe reabrirse y claramente va a tomar más de cuatro meses reorganizar su puesta en marcha. (Chapus, 2004, p. 1078).

En el caso de ejecución de sentencias que ordenen una medida de urgencia, se podrá obtener su ejecución forzosa desde la notificación (art. R 921-1 CJA)

La ejecución podría suspenderse en dos casos: cuando se entabla en contra de la sentencia un recurso que se admita con efecto suspensivo; y en el caso en que la jurisdicción haya ordenado a solicitud del demandante que sea suspendida la ejecución. (Chapus, 2004, pp. 1078 y 1079)

Podría, asimismo, extinguirse, pero solo en el caso en que el legislador libere a la administración de dicha obligación. (Chapus, 2004, p.1079)

Es preciso destacar que en el ordenamiento jurídico francés, estas demandas de ejecución forzosa de las sentencias, pueden ser presentadas sin el patrocinio de un abogado (art. R 921-4)

6.2. Consecuencias de la anulación por exceso de poder (o del recurso de nulidad).

La diversidad de consecuencias se manifiesta tanto en el reemplazo del acto nulo, como en la empresa de reconstitución del pasado que a veces se impone, y también tratándose de repercusiones que la anulación puede tener sobre la legalidad de diversas decisiones.

En cuanto al reemplazo de la decisión anulada, la nueva decisión debe ser tomada en función de las nuevas circunstancias de hecho y de derecho, en otras palabras, a las circunstancias de la fecha de esta nueva decisión. Por ejemplo, tratándose de un concurso público de reclutamiento para funcionarios públicos, al ser anulado la autoridad administrativa debe abrir un nuevo concurso aplicando la reglamentación nueva –si es que ha sufrido cambios-. No se trata, por ende, de recrear el concurso, sino de hacer uno nuevo. (Chapus 2004, pag. 1041).

Ahora bien, el reemplazo del acto puede ser facultativo cuando la anulación del acto impugnado bastó para restablecer el imperio del derecho, como por ejemplo el caso en que se anula la disolución de una asociación. (Chapus 2004; p. 1042)

También podría ser automático, como en el caso en que el acto nulo modifica, deroga, reemplaza o retira algunas disposiciones. La nulidad de ese acto, automáticamente pone en vigor las disposiciones modificadas, derogadas, reemplazadas o retiradas. (Chapus 2004; p. 1042)

Hay que precisar lo que ocurre cuando el acto anterior que revive, era a su vez, ilegal. La jurisprudencia dice que revive de todas maneras, e imponen a la

administración el pronunciamiento de un acto modificadorio, derogatorio, etc, adecuado. (CE Sect. 14 Noviembre 1958, *Ponard*, p. 554).

El CE ha determinado que las consecuencias de la declaración de nulidad de un acto de este último tipo se extiendan también a la declaración de ilegalidad, pues si bien el acto nulo desaparece del ordenamiento jurídico, mientras el acto declarado ilegal no, este último debe quedar “entre paréntesis” y no ser aplicado, del mismo modo que si hubiese dejado de existir (ver el mismo fallo *Ponard* antes citado). Además si pensáramos que el acto previo no resurge a la vida del derecho, quedaría un vacío en el lapso que transcurre entre que se declara la ilegalidad y que se dicta el acto nuevo.

En ocasiones el reemplazo es de carácter obligatorio. No debemos olvidar que cuando la declaración de nulidad importa a la Administración una obligación de volver a emanar un acto sobre el punto en cuestión, esta anulación debe contener una cláusula que establezca un plazo determinado para tomar una nueva decisión, sujeto a *astreintes*, en su caso. (Chapus 2004, p. 926). Más adelante nos referiremos a ellas.

Se observa que si la retroactividad de este tipo de anulación es susceptible de traer distintas consecuencias sobre aquellas decisiones que se tomaron en base al reglamento declarado nulo, ello no desemboca en que el nuevo reglamento tenga un efecto retroactivo. Es importante precisar también, en materia de retroactividad, que si el acto declarado nulo fue dictado a solicitud de parte, en virtud del efecto retroactivo propio de haber sido anulado, se entiende que la Administración se encuentra en mora de responder a dicha solicitud. (Chapus 2004, p. 1051)

El principio es que la nueva decisión sea tomada “sobre la base de la situación de derecho y de hecho existente a la fecha” de su nacimiento. (CE 10 octubre 1997, *Soc. Strasbourg FM*, péc.). Ahora, la anulación de un acto de la Administración, no convierte al solicitante en titular de una decisión favorable en virtud del *silencio administrativo positivo* que pudiese alegar, salvo que éste haya reiterado su demanda. (Chapus 2004, p.1052).

En cuanto al contenido de la decisión, depende de lo que fue juzgado, teniendo en cuenta los motivos del fallo de nulidad. El principio que rige esta materia es que la nulidad que ha obtenido da solamente derecho al interesado a que su solicitud sea nuevamente cursada para obtener una decisión legal y conforme con la cosa juzgada. En este entendido, podría perfectamente obtener la misma decisión desde el punto de vista del fondo, si el motivo de la nulidad se relacionaba con falta de requisitos externos del acto. Incluso, si se relacionaba con los motivos de fondo, podría llegarse a la misma decisión, si subsisten otros motivos ajustados a derecho que la funden. (Chapus 2004, p.1053). Con todo, hay que mencionar un caso en que se concreta en la legislación francesa el particularismo de lo *contencioso del urbanismo*, y que se traduce en que por la ley de 9 de febrero de 1994 (Código Urbanístico, art. L 600-2), la

Administración no puede repetir un acto que deniegue una solicitud de autorización de ocupación o de utilización del suelo basado en normas nuevas: en el caso en que un rechazo haya sido anulado, la Administración, nuevamente requerida por el interesado, no podrá para oponerle una segunda denegación, invocar la intervención de nuevas disposiciones de urbanismo. (Chapus 2004, p. 1054)

6.3. Las dificultades y la negativa a ejecutar el fallo.

La obligación de ejecutar el fallo puede verse dificultada. Incluso podría ser desconocida por la Administración. Es cierto que la cantidad de fallos que no se ejecutan, o no se hace como debiera, son una ínfima minoría, pero no por eso el tema ha quedado irresoluto.

Conscientes de la importancia del asunto, los poderes públicos instituyeron en 1963, un sistema destinado a la vez a prevenir la inejecución de la cosa juzgada y a incentivar su ejecución. Más adelante, en 1976 y 1980, crearon sistemas de sanción de la violación de la cosa juzgada.

Respecto del primero, se trata del decreto de 30 de julio de 1963, incorporado al CJA en sus art. R 921-1 y R 931-2.

R 921-1 “La demanda tendiente a que el tribunal administrativo prescriba las medidas necesarias para la ejecución de una sentencia definitiva de ese tribunal, acompañada en su caso, de una astreinte, no puede ser presentada, salvo decisión explícita de no ejecución opuesta por la autoridad administrativa, antes del cumplimiento de un plazo de tres meses a contar de la notificación de dicha sentencia. Cuando se trata de decisiones que ordenen una medida cautelar, la demanda puede ser presentada sin demora.

En el caso de que el órgano jurisdiccional, en el fallo cuya ejecución se persigue, hubiese determinado un plazo en el cual la administración deba tomar las medidas de ejecución que él prescribió, la demanda no puede ser presentada si el plazo no se ha cumplido.

Las mismas condiciones de plazo se aplican a la demanda presentada ante la Corte Administrativa de Apelaciones, sea para la ejecución de un fallo de esta misma corte, sea para la ejecución de una sentencia pronunciada por un Tribunal Administrativo situado en su territorio jurisdiccional y que ha sido recurrida ante ella.”

R 931-1 “Cuando un Tribunal Administrativo ha anulado por exceso de poder un acto administrativo o, en un litigio de plena jurisdicción, ha rechazado todo o parte de las conclusiones presentadas en la defensa por una colectividad pública, la autoridad interesada, tiene la facultad de demandar al Consejo de Estado para que

informe a la Administración sobre las modalidades de ejecución de la decisión de la justicia.

Estas demandas dan lugar a la designación de un relator que ejerce su misión para la Administración bajo la autoridad del Presidente de la Sección de Informe y Estudios.

En su caso, se hace mención del asunto en el informe anual del Consejo de Estado.”

6.4. Consecuencias y sanciones de la inexecución de la Cosa Juzgada

Como se adelantó en el punto anterior, al régimen jurisprudencial que establecía los derechos de las víctimas de comportamientos contrarios al respeto de la cosa juzgada, se agregaron las disposiciones de la Ley de 24 de diciembre de 1976 que modificó los poderes del Mediador de la República y, remarcablemente, las de la ley de 16 de julio de 1980, relativa a las *astreintes* pronunciadas en materia administrativa y a la ejecución de sentencias por personas jurídicas de derecho público.

Se denomina *astreinte* a la condena de un deudor a pagar una cierta suma de dinero por día, semana o mes de retardo en caso de inexecución de obligaciones impuestas por una decisión de justicia. La *astreinte* está destinada a incentivar a la persona condenada a ejecutar la decisión de justicia (Glosario pag. web Ministerio de Justicia del Gobierno Francés⁵). La gran diferencia que tiene con una multa, es que ésta última es fija, en cambio la *astreinte* experimenta un incremento periódico a medida que transcurre el tiempo sin cumplir con la obligación.

6.4.1. Las reglas jurisprudenciales

Nulidades y daños y perjuicios. De la jurisprudencia resulta en primer lugar, que toda decisión no conforme a la cosa juzgada –sea que la rechace implícita o explícitamente- está sujeta a la anulación.

Por otro lado, cada vez que se niegue el cumplimiento, podrá ser condenado a las indemnizaciones pertinentes. Y si el juez tiene motivos para creer que este incumplimiento persistirá, puede anticipando el porvenir y ejerciendo al mismo tiempo un efecto de presión, premunir a cada condena de la reserva explícita de derechos del interesado a una nueva indemnización si un nuevo rechazo le es opuesto. (Chapus, 2004, p. 1095).

Tratándose de la negativa a cumplir con una condena pecuniaria, la suma debida aumentará con los intereses moratorios que produzca, de acuerdo con las reglas del Código Civil (art. 1153-1 CC francés), y en virtud del mismo artículo, si se

⁵ http://www.justice.gouv.fr/mots-cles/mc_a.html

prueba la mala fe, podrá ser condenado además a una indemnización aparte. (Chapus, 2004, p. 1096)

6.4.2 La orden del Mediador de la República

En virtud de la ley de 3 de enero de 1973, la inejecución de una decisión jurisdiccional pasada en autoridad de cosa juzgada puede provocar su intervención

Tiene el poder de “imponer” a la persona pública llamada a respetar la cosa juzgada, “de acatar en el plazo que él fija”. Si esta imposición no es obedecida, dicha inejecución será objeto de un informe que el Mediador publicará en el Diario Oficial. (Chapus, 2004, p. 1097).⁶

6.5. Las medidas de coerción de las leyes de 16 de julio de 1980 y de 8 de febrero de 1995.

Estas leyes, dice Chapus, fueron necesarias pues las vías de ejecución de derecho común no pueden ser puestas en práctica frente a personas públicas.

La ley de 16 de julio de 1980 (modificada y complementada por las leyes de 12 de mayo de 1981, de 11 de abril de 1988 y de 15 de mayo de 1990) tiende a superar y sancionar por medio de *astreintes* las denegaciones deliberadas o persistentes de ejecutar la cosa juzgada.

Para aumentar su eficacia, la ley de 8 de febrero de 1995 (art. 62; precisado por el decreto n° 83 de 3 de julio de 1995, art. 12) desconcentró, a favor de los Tribunales Administrativos y las Cortes Administrativas de Apelación, el poder de coerción, hasta entonces reservado al CE. También dispone que vuelve al Tribunal o a la Corte –no solo pronunciar, si es del caso, *astreintes*- la facultad de disponer las *medidas de ejecución* que sean necesarias. (Chapus, 2004, p. 1098)

Hay tres regímenes en el CJA cuya sola existencia puede importar un efecto de prevención, y cuya aplicación conjunta es perfectamente compatible:

A.- El pronunciamiento de mandatos y *astreintes* (CJA, art. L 914-4 y siguientes)

La *astreinte* solamente es definitiva en casos muy excepcionales y graves, y esto debe ser establecido expresamente. En los demás casos, será provisoria. Luego de su liquidación podrá ser rebajada o suprimida en el caso que la Administración vuelva a un actuar correcto o incluso en un caso de inejecución constatada. Si fuese

⁶ La figura del mediador de la república no existe en Chile y claramente es un factor de protección de los intereses de los particulares que han vencido al Fisco en juicio, al efectuar una denuncia que es publicada en el diario oficial

definitiva, solo se suprime en el caso en que la inejecución se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

Pertenece al juez que la pronuncia, la facultad de determinar qué parte del monto va en beneficio del interesado; el resto irá a beneficio fiscal. Si nada dice, será completamente a beneficio fiscal. No obstante, se produce la paradoja que el dinero sale, a su vez, del patrimonio fiscal. Por ende, el juez normalmente determinará que vaya al patrimonio del particular (CE 28 de febrero de 2001, *Féderat. Force des Masseurs Kinesithérapeutes*)

Los mandatos y las *astreintes* pueden ser pronunciados de oficio o a solicitud de parte. Una demanda en este sentido, puede ser entablada no solo por las partes del juicio que dio lugar a la sentencia, sino por todas las personas “directamente afectadas” por sus resultados. (Chapus, 2004, p. 1103)

En cuanto al procedimiento, esta demanda de ejecución puede ser presentada con o sin patrocinio de abogado y el plazo es de tres o seis meses desde la notificación de la sentencia, dependiendo si se presenta ante un Tribunal, una Corte o al mismo CE. No habrá plazo, en cambio, cuando la decisión prescribe una medida de urgencia, una suspensión de la ejecución y donde interviene una decisión explícita de rechazo de ejecución.

Luego, hay que distinguir: cuando la demanda se presenta ante el Tribunal Administrativo o ante la Corte Administrativa de Apelaciones, el presidente de la jurisdicción o el relator designado por él, va a cumplir “todas las diligencias útiles” para obtener la ejecución de la demanda (Art R 921-5 CJA). Si no tiene éxito, dictará una resolución de apertura del procedimiento jurisdiccional que deberá ser llevado a término y puede incluir la prescripción de medidas de ejecución que, en su caso, pueden comprender *astreintes*.

Cuando se presenta ante el CE, se procederá según las reglas de procedimiento habituales, luego de una comunicación del expediente a la Sección de Informes y Estudios. Es importante, ya que esta sección intervendrá de la misma manera que en el caso en que ella es requerida directamente en las demandas de ayuda para la ejecución.

Por otro lado, cuando están involucradas dificultades de ejecución señaladas por la Sección de Informes, su presidente puede utilizar, para establecer una *astreinte*, el informe de la Sección de lo Contencioso. Habiendo ésta ordenado la apertura del procedimiento judicial, el asunto será tramitado y juzgado en un procedimiento de urgencia.

B.- La obligación de pagar

La ley prescribe que la suma de la que el vencedor en el fallo es beneficiario, debe ser pagada en el plazo de dos meses a contar de la notificación del mismo, con dos condiciones: que la sentencia se encuentre ejecutoriada y que determine el monto a pagar.

La sanción del no pago dentro de plazo varía: tratándose de condenas del Estado, basta que el acreedor presente la sentencia ante el contador competente para que obtenga el pago. Y si se trata de condenas de colectividades locales y establecimientos públicos, la autoridad de tutela, requerida por el acreedor, procederá al pago con un mandato de oficio en el plazo de un mes.

Si los créditos son insuficientes, se trata de condenas al Estado y el gasto es imputable a Créditos Limitados, el plazo aumenta en dos meses más, para realizar las gestiones tendientes a obtener el monto que falta. Si se trata de condenas a otras personas públicas, la autoridad de tutela debe, dentro del mes de la solicitud, llamar a la deudora a crear los recursos necesarios. Si el llamado no surte efecto, dicha autoridad inscribirá de oficio el gasto en el presupuesto, liberando los recursos necesarios; si finalmente la colectividad deudora no ha pagado durante los ocho días siguientes a la inscripción de oficio, la autoridad procederá dentro de un mes al pago de oficio. (Chapus, 2004, pp. 1112, 1113)

C.- Las multas

La ley de 16 de julio de 1980 organizó la imposición de multas a aquellos cuyo comportamiento provocó la condena a una *astreinte* de una persona pública u organismo de derecho privado en ejercicio de un servicio público; así como también a aquellos que no verificaron el pago de sumas a que una persona pública fue condenada a pagar (art. L 313-12 y art L 911-10 CJA)

La multa en que los unos y los otros son responsables y que puede atender al monto de su salario anual bruto (en algunos casos, será el doble), se les aplica por la Corte de Disciplina Presupuestaria y Financiera, requerida por alguna de las autoridades designadas por su estatuto, o por el acreedor mismo, en el caso de desconocimiento de disposiciones relativas al mandamiento, pero no por el CE, en tanto que es de él que emana la *astreinte* que justifica su participación. (Chapus, 2004, p. 1114)

CAPÍTULO III Breve comparación con el derecho positivo chileno.

1. Legitimación

Respecto del titular de un derecho subjetivo lesionado, no hay reparos. Ni en la legislación francesa ni en la chilena se discute su calidad de legitimado.

En Chile, la mayoría de las veces esta legitimación está expresamente establecida por la ley, como es el caso del Decreto Ley 2.186 sobre procedimientos de expropiaciones, en cuyo caso la ley legitima al *expropiado* a reclamar, y éste es quien detenta el dominio sobre el bien expropiado. En otras palabras, tiene un derecho subjetivo de dueño o propietario de la cosa y que está siendo infringido por la autoridad. (Uribe; pp 31-32).

Siempre que haya un titular de un derecho subjetivo, como en los casos antes mencionados, existen facultades o prerrogativas que las normas otorgan a determinados individuos, para poder exigir de otros individuos ciertos comportamientos consistentes en una acción, una actividad, una omisión, abstención o tolerancia, que constituyen a la vez el contenido de deberes jurídicos de esos otros (Monti, 2005: p. 23).

El interés también da legitimación, pero el tipo de interés dependerá del tipo de proceso de que se trate. En materia de reclamaciones de multa, por ejemplo, se exige que el interés sea *directo, personal y actual*. Por ejemplo la Ley 18.410 en relación a multas que aplique la Superintendencia de Electricidad y Combustibles; la Ley 19.518 respecto de multas que aplique el SENCE a las empresas u organismos técnicos de capacitación que infrinjan la ley; Ley 19.718 respecto de multas que imponga la Defensoría Penal Pública; el Código Tributario en la aplicación de sanciones tributarias; decreto ley 3.538 respecto de multas impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros, entre otras. En efecto, en casi todas ellas se habla directamente del “afectado por”, dejando claro el carácter personal del interés.⁷

Están también dentro de esta categoría –esto es del interés *directo, personal y actual*- los procesos en que la Administración le deniega alguna solicitud al particular, como por ejemplo la Ley 18.168, cuando se reclama por la suspensión de un servicio por parte de la superintendencia de telecomunicaciones y que es aplicada a los servicios de telecomunicaciones (estos pueden reclamar); Ley 18.290 respecto la negativa a inscribir o anotar en el registro de vehículos motorizados; la Ley 18.168 a propósito de los reclamos por no otorgar concesiones o modificaciones de servicios públicos de telecomunicaciones. En todos estos casos el reclamo sólo puede ser

⁷ Karina Uribe sostiene que el ser “afectado por” el acto administrativo no necesariamente se traduce en ser titular de un derecho subjetivo lesionado, ya que el titular de un derecho subjetivo tiene prerrogativas para exigir de otro, algo. En cambio en estos casos en que hablamos de un particular multado, este no tiene derecho a que “no se le multe”, muy por el contrario. (Uribe, 2010 p. 33)

interpuesto por aquellos a quienes les afecta el rechazo, que son quienes presentaron las solicitudes, es decir a los directamente afectados.

En las categorías previamente señaladas, se produce una diferencia con lo que ocurre en Francia en materia de interés en donde éste debe ser *personal, legítimo y pertinente*. Personal, en cuanto se trata del directamente afectado por el acto, sea que actúe por sí o representado; legítimo, en cuanto no sea un interés de carácter ilegal o inmoral (no puede reclamar el que pretende obtener un permiso para vender drogas prohibidas, y la Administración se lo deniega); y pertinente, pues debe relacionarse con lo que se reclama. En esta materia, podríamos decir que Chile y Francia han seguido caminos sutilmente diferentes ya que en nuestro país, tiene un interés legítimo el particular “afectado por la medida”, en otras palabras, se asocia más la legitimidad del interés al carácter de “personal” del mismo.

Por otro lado existen materias en Chile, donde la ley no ha sido clara en determinar cuál es el tipo de interés que sirve para litigar.

En materia de acción popular, encontramos coincidencias entre ambos sistemas. En efecto, la acción popular en todos los ordenamientos, requiere expreso reconocimiento legal. (Bujosa, 1995: p. 286) Es una declaración que hace el legislador expresamente, en la medida que constituye una excepción calificada en el sistema jurídico. (Ferrada 2010: p.192) Esto también se asume en el caso chileno y cuyo ejemplo más claro es a propósito del recurso de amparo económico en el cual la ley emplea la expresión “cualquier persona”.

En el ámbito de intereses colectivos, en el ordenamiento francés, se acepta su defensa, siempre y cuando los particulares que lo alegan, se constituyan en una asociación. Bastará para ello, que dos personas se asocien y le asignen a esta entidad la misión de salvaguardar los intereses que les ocupan. (Chapus, 2004, p. 449). Esto nos lleva a concluir que la regla general que opera en dicho sistema coincide con la chilena, en el sentido que solamente nos vamos a encontrar con una acción popular, cuando la situación particular encuadre con normas o jurisprudencia que expresamente admitan dicha posibilidad.

2. Tribunales

El control jurisdiccional de la Administración del Estado de acuerdo a nuestra legislación vigente, corresponde a los tribunales ordinarios, especiales y a algunos órganos administrativos que ejercen funciones cuasi-jurisdicciones (más acertado será denominarlos como órganos administrativos con potestades juzgadoras) y que reciben la denominación de tribunal por la doctrina. (Díaz; p. 26)

En cuanto a los tribunales ordinarios, a diferencia de lo que ocurre en Francia, no existe una jurisdicción aparte para el contencioso administrativo. Conocerán de estas materias, por regla general, los tribunales ordinarios, esto es, los que forman parte del Poder Judicial (art. 76 CPR en relación con los arts. 1, 5 y 45 COT). Sin un proceso administrativo cuenta con reglas especiales, se estará a ellas, como por ejemplo el reclamo de ilegalidad municipal, en que, en virtud del artículo 141 de la LOCM, en que la primera instancia está entregada a la Corte de Apelaciones correspondiente. La misma, conoce de los recursos de protección (que se mantiene vigente como mecanismo de control de los actos administrativos, de una manera mucho más secundaria, por sus restringidas hipótesis)

En nuestra justicia administrativa también encontramos tribunales que tienen expresamente encomendado el conocimiento de ciertas y determinadas materias contenciosas administrativas, nos referimos en este punto, a los tribunales contenciosos especiales (Silva Cimma; 1994; t II; pp. 408) que también se encuentran sometidos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, salvo el Tribunal calificador de las elecciones.

Es importante precisar que los tribunales especiales –es decir, aquellos que tienen encomendado el conocimiento de determinadas materias contenciosas administrativas- no son reconocidos expresamente como parte del Poder Judicial, pese a que la doctrina ha señalado que ejercen funciones jurisdiccionales. En este sentido, el profesor Colombo dice que el COT al mencionar algunos tribunales especiales en el artículo 5, está reconociendo indirectamente su existencia (2004; 554). Podemos citar como ejemplo al Tribunal de la Contratación pública; el Tribunal de la Propiedad Industrial; el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; Tribunal calificador de elecciones; Tribunal Tributario y Aduaneros etc.

En el derecho chileno también se contempla el control “jurisdiccional” de parte de órganos administrativos. Estos forman parte de la Administración del Estado y tienen las características propias de un órgano administrativo y no cumplen con las garantías mínimas de un Tribunal, por tanto, en estricto rigor no ejercerían funciones jurisdiccionales (Ferrada; 2008; pp. 40).

Con todo, son llamados “tribunal” debido a un reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, el cual sostiene que ejercen jurisdicción al ser capaces de dirimir una controversia entre el particular y el Estado, en el que ambos son parte y siguen reglas

procedimentales semejantes a las jurisdiccionales en cuanto a plazos, recursos, forma de notificación, entre otras. Este es el caso de los procedimientos ante el Ministro de Transporte y Telecomunicaciones (Art. 36 letra A de la Ley General de Telecomunicaciones), el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos (Art 115 del Código Tributario) o el Consejo Nacional de Televisión (Art. 34 de la Ley N° 18.838). (Díaz: pp. 30-31)⁸

En Chile, hoy en día, el conocimiento de las causas contenciosas administrativas se encuentra entregado a la jurisdicción ordinaria, especial y a los propios órganos administrativos.

Al comparar esta situación con el estatuto jurídico francés, podemos observar que la diferencia es radical. Recordemos que en Francia existe una jurisdicción separada, creada especialmente para conocer de los procesos administrativos, con tribunales especializados al efecto y encabezado jerárquicamente por el Consejo de Estado, entidad que no encuentra un equivalente en Chile, no solo por tratarse de un tribunal supremo en materia de justicia administrativa, sino por todas las características especiales que ostenta (principio de la doble afectación, la cuatro formaciones posibles para conocer de un asunto, etc). El nivel de especialización, la calidad y unidad de la jurisprudencia que emana de los tribunales de la justicia administrativa francesa, son ejemplos que deberíamos intentar imitar. Pero de un sistema de jurisdicción común como es el chileno, no se puede esperar mucho más de lo que tenemos. En Francia los jueces se preparan muy bien para ser jueces administrativos, estudian, y se vinculan además con la actividad doctrinaria. Eso claramente no ocurre en nuestro país y los resultados son visibles.

⁸ En el caso del Director de Servicios Impuestos, el Tribunal Constitucional ha señalado que es un Tribunal Especial que legítimamente ejerce jurisdicción. (Tribunal Constitucional; Rol N° 616; 6 Septiembre 2007). Siguiendo esta misma tendencia el Tribunal Constitucional ha declarado que el Ministro de Transporte y Telecomunicaciones cuando resuelve sobre una oposición a un otorgamiento o modificación de una concesión en las áreas de su competencia actúa como un tribunal situado fuera del poder judicial. (Tribunal Constitucional; Rol N° 176; 1993).

3. Medidas Cautelares

En Chile se encuentran reguladas las medidas cautelares en Código de Procedimiento Civil, arts. 290 y ss. El código, no entrega un concepto de medidas cautelares y solo se conforma con señalar cuál es su objeto: “*Para asegurar el resultado de la acción [...]*”.

Los procesos administrativos especiales que contemplan medidas cautelares en Chile son de dos tipos: aquellos en que existe prohibición expresa de adoptar medidas cautelares, y los que carecen de regulación referente a las medidas cautelares.

En la primera hipótesis, al igual que en Francia, se reconoce la existencia de la medida “Suspensión del Acto Administrativo”. Se entiende por ello la interrupción o cese temporal y absoluto o relativo de la ejecución del acto recurrido de la Administración del Estado.

En este grupo también encontramos la Orden de No Innovar⁹, la adopción de medidas conservativas necesarias para evitar que desaparezcan los antecedentes que prueben la infracción o que se consumen los hechos que la constituyen, en forma que no se impida el desenvolvimiento de las actividades del contribuyente (artículo 161 del Código Tributario), las medidas conservativas del libro II del Código de Procedimiento Civil, contempladas en virtud de la remisión que realiza el artículo 27 de la Ley N° 19.886 (de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios), en que señala la aplicación supletoria de las reglas establecidas en el Libro I y las de Juicio Ordinario de Mayor Cuantía del Código de Procedimiento Civil, entre otras remisiones a las mismas reglas de aplicación general.

En el segundo grupo –prohibición de suspender el acto administrativo– podemos encontrar la Ley N° 18.696 sobre Servicio de Transporte, la N° 18.175 sobre Quiebra, el Reglamento del Sistema de Impacto Ambiental Decreto Supremo N° 95 del año 2001, etc.

Finalmente existen aquellos procesos especiales que no contemplan normas sobre aplicación de medidas cautelares, y dentro de éstos también podemos encontrar algunos que señalan que se tramitan sin forma de juicio, por ejemplo el artículo 3 de la Ley N° 18.696 (que modifica el artículo 6° de la ley n° 18.502, autoriza importación de vehículos que señala y establece normas sobre transporte de pasajeros) que dice “...*este recurso se conocerá sin forma de juicio...*”. Ésta fórmula podría entenderse como que no existe norma especial (en cuyo caso, aplicaremos las reglas supletorias del CPC), o bien que no debe tramitarse en proceso alguno. Esta última interpretación

⁹ En la discusión acerca de la diferencia práctica entre la Orden de No Innovar y la Suspensión del Acto, Tavolari dice que radica en la marcada condición conservativa de la primera y un tinte innovativo, en la segunda (1992, p. 707).

es de muy discutible constitucionalidad (Estrada, 2010: p. 37), y por otro lado, da cuenta de la gravedad de la falta de tratamiento legal de los procesos administrativos en Chile. Parece mucho mejor, entonces, inclinarse por la primera interpretación y volver al título V del Libro II del CPC.

Ahora, al volver al CPC, debemos recordar que si se trata de las medidas cautelares innominadas, está el tema de la contracautela en el art. 298. Si se aplicase siempre, tendríamos una grave limitante para que los particulares puedan defender sus derechos e intereses. Claro que el art. Dice “Podrá también, el tribunal, cuando lo estime necesario...”, por lo que corresponde al Juez, evaluar si amerita o no la caución. Esto se relaciona estrechamente con el *solvo et repete*, principio en virtud del cual, el reclamante ha de pagar la multa antes de reclamar en tribunales. (Estrada, 2010: p. 38). Ya lo ha dicho el Tribunal Constitucional: es “una *barrera injustificada y carente de razonabilidad al acceso a la justicia, que forma parte de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, que consagra la Carta Fundamental en el numeral 3º de su artículo 19º*” (TC rol n° 1046-2008 considerando n° 22). Se puede aplicar el mismo criterio, por analogía. Ambas, caución y *solvo et repete*, tienen en común el poner una barrera patrimonial al particular para acceder a la justicia.

En el plano de las medidas cautelares, Chile se aleja bastante de Francia, ya que la regulación allá de la tutela cautelar, precisamente a partir de la reforma que entró en vigencia el año 2001, es muy completa y sistematizada. En efecto, se regulan los procedimientos de urgencia con bastante detalle en el libro V del CJA.

Además en cuanto a una de las características de las medidas cautelares, hay una diferencia radical. Acá, se discute una medida cautelar con el fin de asegurar el resultado de un proceso principal. Allá, la existencia de dicho proceso principal es solamente eventual.

Lo que ocurre en Chile, en cambio, es diametralmente opuesto en materia de medidas cautelares, al menos. En Chile, los jueces son reacios a aplicar medidas que de alguna manera importen la anticipación de la tutela. Se habla acá de una “ejecución sin título”, ya que acá predomina la visión clásica sobre la finalidad de las medidas cautelares, que señala que solo se puede pedir ejecución después de firme la sentencia. En contrapeso, el proyecto de nuevo Código Procesal Civil chileno, contempla expresamente la facultad del juez para anticipar la pretensión del demandante, otorgándole herramientas para ello. (2010; p. 371)

Por lo pronto y, debido a la falta de regulación sistemática en nuestra legislación, se suele acudir al viejo recurso de protección que, como proceso de urgencia y a falta de norma especial, contempla un mecanismo veloz que opera bajo algunos supuestos (violación de ciertas garantías constitucionales). La doctrina habla acá de Tutela de Urgencia Genérica. (2010; p. 379)

4. La Prueba

En materia de regulación de los medios de prueba en los procesos administrativos chilenos, se distinguen tres grupos en los cuales se pueden encuadrar los procesos más relevantes, a saber: aquellos que carecen de una regulación de la prueba como por ejemplo el recurso de protección; aquellos que se remiten a las reglas establecidas en el CPC, como el proceso administrativo especial de reclamo de ilegalidad de las resoluciones de los gobiernos regionales –que se remite a las reglas establecidas para los incidentes-, o el proceso administrativo especial de reclamación por multas cursadas por la Superintendencia de Valores y Seguros, -que se remite a las reglas del juicio sumario-; y finalmente aquellos que comprenden una regulación que altera las reglas señaladas (Aravena, 2010; pp. 24-28).

En este último grupo, existen dos hipótesis que se han dado en la práctica: el caso en que el legislador trata de una manera especial algunos medios probatorios, guardando silencio respecto de los demás y; el caso en que regula de manera particular algunos medios probatorios, abriendo en lo demás, la posibilidad de valerse de cualquier otro que sirva para hacer fe (2010; pp. 28-29).

Se concluye que se deben aplicar supletoriamente, las reglas de la prueba legal tasada existentes en nuestro CPC, cuando no hay regla especial (2010; p. 34)

En Francia, en cambio, rige un sistema de libertad probatoria. Como ya señalamos en el capítulo II de esta tesis, se puede probar por “todos los medios”, con la limitante lógica de que estos deben ser fiables. Ciertamente y como en todo sistema de libertad probatoria, también existen la regulación de la prueba ilícita y sobreabundante.

En cuanto a la carga de la prueba, también se agrupan las hipótesis en tres. Aquellos sistemas en que no se habla de la carga de la prueba –que son 24 de los 35 analizados- ; aquellos en donde se remite a las reglas generales del CPC y aquellos en donde se plantean normas especiales. (Aravena 2010; 34-38)

En el primer caso, en donde el legislador nada dice, plantea Aravena que hay que atenerse a la regla general entregada por el art. 1698 del C.C., que reza “*incumbe probar la existencia las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta*”. El que alega, prueba. (Regla que se repite en Francia, en el art. 9 del CPC, que dice “que incumbe probar a cada parte conforme a la ley, los hechos necesarios para el éxito de su pretensión”)

En el segundo grupo, el legislador expresamente se ha remitido a las reglas establecidas para los incidentes, por un lado, o para el juicio sumario, por otro. Es preciso tener presente que estas remisiones normativas han sido establecidas en general para todo el tema de la prueba, y no particularmente para el *onus probandi*.

En el tercero, solamente nos encontramos con el caso del Amparo Económico (Ley N° 18.971), acción popular que entrega la iniciativa probatoria al ente jurisdiccional en los siguientes términos: “*es el tribunal quien debe investigar la infracción deducida*”, regla concordante con el principio inquisitivo.

En comparación con Francia, la iniciativa probatoria en dicho sistema es de las partes, pero con matices inquisitivos importantes en los poderes del juez, de acuerdo con lo antes mencionado. Todo esto con el fin de no cargar al particular con la prueba de sus alegaciones en aquellos recurrentes casos en que no cuentan con los medios para producir esa prueba, puesto que por regla general, éstos son detentados por la Administración. Esta es una tendencia mundial –la de aumentar los poderes del juez antes de la citación para oír sentencia en el caso chileno, o del cierre de la instrucción, en el francés- y como decía el profesor Raúl Tavolari en las aulas de ésta universidad, si confiamos en el juez al punto de entregarle la decisión del asunto, por qué tendríamos que desconfiar de él a la hora de reunir los elementos para formar su convicción, esto es, en la etapa de prueba.

Ahora, en materia de la presunción de legalidad¹⁰ de los actos administrativos, de acuerdo con la señorita Aravena, esto podría significar una carga adicional para el particular. Pero he de diferir de aquello, concordando con aquella parte de la doctrina que señala que la presunción de legalidad tiene que ver con la posibilidad de ejecutar de inmediato los actos. No significa que la Administración no deba probar la legalidad de los mismos, sino que la prueba será *ex post* su dictación, y no *ex ante*. (Gordillo, 2009; pp. I-9 – I-10).

En Francia, además de esta aclaración doctrinal, existen normas expresas que regulan el principio de facilidad de la prueba o cargas probatorias dinámicas en el CPC. Y si se encuentra regulado en materia procesal civil, con mayor razón se admitirán en materia de justicia administrativa, dado que, como ya habíamos mencionado, los poderes del juez son mucho mayores en esa sede.

Respecto de la ponderación del valor probatorio, opera la misma regla, esto es: si la norma especial guarda silencio o se remite expresamente a las normas del CPC, aplicaremos aquellas. Esto es, el régimen de prueba legal tasada.

Si, establece normas especiales, aplicaremos éstas. Es el caso de aquellos procedimientos que establecen derechamente el sistema de la valoración de la sana crítica o que se remiten a ella indirectamente a través de las normas del recurso de protección. Es importante tener presente que 13 de los 35 casos analizados por Aravena, se basan en este sistema, por ejemplo el procedimiento administrativo

¹⁰ En su tesina, establece tres posiciones doctrinales: aquellos que niegan su procedencia basados en la garantía de igualdad ante la ley del art. 19 n°2 CPR; aquellos que la admiten en razón del argumento de texto del art. 3 de la LBPA y; aquellos que consideran que solo los actos administrativos tomados de razón gozan de la presunción.

especial de reclamo en contra de la Inspección del Trabajo por multas cursadas a las Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, consagrado en el artículo 10 de la Ley N° 19.296; el procedimiento especial de reclamo de avalúo de bienes raíces (artículo 149 al 154 del Código Tributario) y; el procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos tributarios (artículo 155 a 157 del Código Tributario).

En el sistema de justicia administrativa francés, tenemos reglas de aplicación general a los procesos administrativos, que consagran un sistema de libertad de ponderación, en el cual el juez formará su convicción a partir de los elementos del expediente y en presencia de elementos contradictorios o no decisivos, se pronunciará en el sentido que le parezca más conforme con la realidad, como ya adelantamos. (Chapus, 2004; p. 824)

En cuanto a los principios de escrituración y contradicción, cabe señalar que se repiten en ambas legislaciones.

5. La Sentencia. Contenido.

En relación con el contenido de la sentencia, es necesario en primer lugar, recordar la principal clasificación de los recursos en Francia, mencionada en el Capítulo I de este trabajo, esto es, el recurso de plena jurisdicción (subjetivo, o de los derechos), por exceso de poder (objetivo, o de nulidad), de la interpretación y de la represión.

Se recogen cuatro clasificaciones de las sentencias: atendiendo al fin distingue entre declarativas (es decir, que ratifican una situación jurídica), constitutivas (crean una situación jurídica nueva) y de condena (condenan al cumplimiento de una prestación –sea de dar, hacer o no hacer-, normalmente la de indemnizar perjuicios); atendiendo a su contenido, aquellas que se pronuncian sobre el fondo y aquellas que no; atendiendo a sus efectos procesales, entre ejecutoriadas (aquellas que producen efecto de cosa juzgada y respecto de las cuales no cabe recurso alguno) y no ejecutoriadas; por último -particularmente al tratar las sentencias de procesos administrativos regulados en Chile- atendiendo a las facultades del juez, habla de las sentencias restringidas (en que el juez solo puede pronunciarse sobre su legalidad) y amplias (en que el juez podría por ejemplo, anular y dictar un acto en reemplazo del anulado) (Pérez 2010; pp. 20-22 y pp. 36 y ss.).

Dentro de esta última clasificación, al relacionarla con la clasificación francesa de los recursos, podríamos decir que en el recurso de plena jurisdicción, el juez está facultado para dictar sentencias amplias, y por otro lado, en el recurso por exceso de poder, solamente podrá dictar una restringida, pronunciándose acerca de la validez del acto impugnado.

Clasifica, luego, las sentencias restringidas de los procesos administrativos chilenos en declarativas y constitutivas, señalando que la mayoría de las sentencias dictadas en estos procesos son constitutivas, debido a que cuando un particular acude a la jurisdicción para obtener la satisfacción de sus pretensiones, va en busca de una modificación en su situación jurídica, citando en este punto a Jaime Jara (2004; p. 159). Con todo, debo diferir de esta opinión, pues si bien estoy de acuerdo que en la mayoría de los procesos de facultades restringidas del juez, la pretensión del particular es efectivamente obtener una modificación de una situación jurídica, en la práctica los casos que gana el Fisco en Chile son cerca del 90% cuando actúa como demandado.¹¹

Por ejemplo las sentencias en reclamaciones de multas (sanitarias, tributarias) al pronunciarse a favor del reclamante, dejando sin efecto la misma, son constitutivas,

¹¹ Información obtenida en Curso de Medidas Cautelares, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 26 de Noviembre 2010 impartido por doña Ruth Israel, abogada del Consejo de Defensa del Estado, Universidad de Chile Noviembre 2010.

dado que se modifica la situación en que se encontraba el particular antes de su pronunciamiento. (Perez, 2010; p. 37)

Respecto de las sentencias amplias, dice que se aplican al recurso de protección y a todos los procesos administrativos que se tramiten conforme a sus reglas. También al amparo económico y a todo otro proceso que permita al juez dictar las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho. (2010; pp. 38-40)

También observa la existencia de sentencias mixtas, en materia de reclamos por acuerdos ilegales de Gobiernos Regionales y los reclamos de Ilegalidad Municipal. Las llama Mixtas, pues en principio parecen ser restringidas al tratarse de la legalidad de ciertos actos. Pero sus normas permiten al juez dictar un acto nuevo que reemplace al ilegal, en su caso y en determinadas circunstancias, podría incluso disponer que se indemnicen los daños y perjuicios causados por el mismo. Ahora, yo considero que llamarlas “mixtas” es un error en esta clasificación pues los poderes del juez en cuanto a lo dispositivo del fallo, no pueden ser a la vez restringidos y amplios. Es más bien una apariencia de restringido, pero en la práctica el juez detenta poderes amplios. Estimo, con todo, que sería correcto elaborar una categoría “mixta” en la clasificación francesa, entre recursos por exceso de poder y recursos de plena jurisdicción, como veremos más adelante.

Pérez, cita un fallo de la Corte Suprema en que se dice que, si bien, el tribunal tiene amplios poderes en estos procesos, la nulidad que se dicta tiene efecto *erga omnes*, por ende se identificaría mucho más con un contencioso por exceso de poder que con un recurso de plena jurisdicción. La tesista se encuentra en desacuerdo con la Corte Suprema, y dice que lo que verdaderamente identifica al recurso es el tema de los poderes del juez (CS “*Hotelera Somontur S.A. c/ Municipalidad de Chillán*”, Rol 4384-08).

Acá sí considero que vale la pena hablar de “mixto”, ya que la clasificación francesa se basa en que, o bien se dicta la nulidad del fallo con efecto para todos, o bien se dicta una nulidad con efecto restringido a las partes, y se toman otras medidas para restablecer el imperio del derecho. Me parece que con el avance de la técnica jurídica, una clasificación tan tajante ha ido quedando obsoleta, y es necesario considerar la posibilidad de incluir situaciones en que el juez pueda declarar una nulidad con efecto sobre todos y además dictar un acto en reemplazo del anulado, así como disponer la indemnización de perjuicios para el o los afectados, como ha ocurrido en varias ocasiones¹². De otro modo, se producen discusiones acerca de nomenclaturas importadas que si bien han servido para fundar nuestro sistema, no deberían ser a la vez cadenas que lo petrifiquen.

¹² Cita la señorita Pérez, un fallo de la Corte Suprema en que abiertamente se declara la nulidad de un Decreto Supremo (*erga omnes*) y se establece una condena pecuniaria a favor de la demandante (*inter alias*). (CS “*Eyzaquirre Cid, Germán con Fisco de Chile*” Rol 1203-2006)

En materia de “gastos” (que acá se llaman “costas”). En Francia, los gastos son pronunciados de oficio por el tribunal, si fuese procedente, aunque no haya sido solicitado en la demanda. Acá eso daría origen al vicio de *ultra petita*, fundamento del recurso de casación en la forma. Esto demuestra, una vez más, el matiz marcadamente inquisitivo que reviste dicho sistema. Por otro lado, existe un mes desde la notificación de la liquidación, para objetarla. En Chile, se puede objetar dentro de tercero día, por regla general.

Del mismo modo, se produce una diferencia en cuanto a quien puede ser condenado a pagar los gastos. Allá, bajo ciertos supuestos, incluso podría ser el vencedor.

En cuanto a lo que se paga, dado el principio de gratuidad de las actuaciones judiciales –que también nos rige- es muy reducido. En ese sentido ambos sistemas se parecen. Pero con una sutileza: en Francia, los costos de la inspección personal del tribunal, o *visita de lugares* es soportado por el Estado.

Finalmente, está el tema de suprimir los pasajes injuriosos, ultrajantes o difamatorios, lo cual tiene que ver más que con la legislación contenciosa administrativa francesa, con la existencia de una ley de libertad de prensa del siglo XIX a la que se remiten los procesos civiles y administrativos. Esto tampoco ocurre en Chile y me parece bien que así sea, dado que podría significar una buena salida, la de excluir pasajes de los escritos de la contraparte, alegando que resultan difamatorios. Eso abriría la puerta a una serie de corruptelas que probablemente no ocurren en Francia –y lo digo basada en que la reforma del año 1991 del CJA, implantó esta remisión normativa que antes no existía, por ende, lejos de dejar atrás este mecanismo con el tiempo, se refuerza-.

6. La Sentencia. Ejecución.

Tal como ocurre en los puntos analizados con anterioridad, no existe en Chile alguna norma de carácter general que se haga cargo de este momento jurisdiccional en materia de justicia administrativa. (Araos, 2010; pp. 37), ninguno contiene normas alusivas a este ítem. Al no haber reglas generales ni particulares, primero, debemos estudiar si es pertinente la aplicación de las reglas generales del CPC para la ejecución de las sentencias, dada la naturaleza del sujeto ejecutado. El Fisco, a diferencia de un particular, primero: siempre será solvente y; segundo: sus caudales pertenecen a todos los chilenos. Son públicos, están destinados a su uso para el bien común (educación, salud, obras públicas) y se asocian fuertemente con la redistribución de la riqueza. Por ende, hace falta considerar todos estos elementos antes de optar por las reglas de ejecución en su contra. No obstante, aquello, se han verificado medidas de apremio del derecho común en contra del Fisco en la etapa de ejecución, como ocurrió en la causa “Riveros con Sociedad Presered Ltda” rol C-752-2010 del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Valparaíso, en que se decretó como medida de ejecución el arresto de la Seremi de Salud de Valparaíso por el plazo de tres días, que podría renovarse hasta obtener la remisión de los fondos retenidos.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha acudido consistentemente por la jurisprudencia, al art. 752 CPC, ubicado en el Juicio de Hacienda. Al no ser una norma de aplicación general –dado que está diseñada para el caso particular del juicio de hacienda y también por su ubicación en el Libro III del CPC- , se ha argumentado a favor de su aplicación como regla supletoria, su propia redacción, al hablar de “toda sentencia que condene al Fisco” (Araos, 2010; p. 38). A mi parecer, esta interpretación es bastante artificial, ya que claramente se refiere a “toda sentencia” en el contexto del juicio de hacienda. Me parece mal que el mismo intérprete haga interpretaciones literales algunas veces o bien extensivas en otras, para torcer la norma con el fin de llenar los imperdonables vacíos que ha dejado nuestro legislador. Otro argumento que se ha utilizado es que no hay otra norma que regule la materia, y esta sería, dentro de todas las –inexistentes- normas que rigen la materia, la más general, y no se encuentra prohibida su aplicación como tal.

En Francia, como ya hemos visto en los puntos anteriores, la etapa de ejecución en materia administrativa tiene una regulación general en el Código de Justicia Administrativa, que le consagra todo el Libro IX de la Parte Reglamentaria.

Coincidimos en que las sentencias que van a ejecutarse son casi siempre las de condena, no obstante encontramos una sutileza en las constitutivas que prescriben la nulidad de un acto: la situación mencionada en el capítulo II de esta tesis, en relación a la posibilidad de los órganos condenados de solicitar al Consejo de Estado que le entregue lineamientos acerca de cómo llevar a cabo la ejecución del fallo.

Para tratar las diferencias normativas entre Chile y Francia, podemos, de la simple observación de la realidad, partir de la base que nuestro sistema carece de regulación al respecto y en Francia la regulación es sistemática y acabada.

En primer lugar, cuando hablamos de ejecución forzosa de las sentencias, en ambos casos nos referimos a las de condena. Así como también en ambos casos, suele ser notablemente más frecuente ésta, que la espontánea.

La obligación para la Administración de ejecutar el fallo, es inmediata. En Chile no existe norma acerca del “plazo razonable” que debe esperar el particular vencedor para provocar la ejecución forzada, en cambio en Francia debe esperar por regla general, tres meses desde la notificación, sin perjuicio de que la Administración ya se encuentra obligada, pero se le concede ese plazo para que cumpla buenamente con la sentencia (cosa que rara vez ocurre).

Una diferencia importante es que en Francia esta demanda de cumplimiento de la sentencia puede ser presentada por la parte interesada, sin necesidad de estar patrocinada por un abogado. En Chile eso sería inconcebible.

También cabe destacar el órgano encargado de la ejecución. En Chile será por regla general el tribunal de primera o única instancia que pronunció el fallo. En Francia será, en principio, el tribunal de primera o única instancia, pero si la causa subió en apelación, entonces la Corte Administrativa de apelaciones correspondiente será competente para la ejecución.

En Francia existe la figura del Mediador de la República, personaje que se encarga de llamar al órgano administrativo a ejecutar el fallo, so pena de elaborar un informe que será publicado en el Diario Oficial. En Chile no hay nada que se le parezca.

Otra figura particular es la de las *astreintes*, que se traduce en la aplicación de una sanción pecuniaria por cada día, semana o mes de incumplimiento, la cual se va acumulando con el tiempo. Tampoco existe regulación en Chile sobre la materia, pero es de conocimiento público y notorio –se habla de esto en las aulas- que es uno de los temas que serán regulados en el nuevo Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al pago de las cantidades de dinero que se deban al particular, en Francia éste puede acudir directamente ante el competente contador luego de dos meses (con las condiciones de que la sentencia establezca el monto exacto que se le adeuda y se encuentre ejecutoriada), quien le pagará en el acto, o se aumentará el plazo en dos meses si ocurre que hay créditos insuficientes en el lugar, con el fin de realizar las gestiones presupuestarias para pagarle.

En Chile, cuando aplicamos por analogía el art. 752 CPC, el particular acude al Tribunal (de primera o única instancia) para que éste envíe un oficio al Ministerio que

corresponda, quien emite un decreto de pago, siendo Tesorería la que consigna el monto en la cuenta corriente del Tribunal, que será el que gire el cheque a nombre del acreedor. El plazo con el que cuenta es semejante al francés (60 días) pero como es de “días” se entiende que se trata de días hábiles, por lo que en la práctica es mayor. Y si no cumpliera dentro de plazo, la suma se reajustará de acuerdo al IPC entre el mes anterior a la ejecutoriedad de la sentencia y el mes anterior al pago. Nada de multas o *astreintes* en Chile. Sólo paciencia del particular.

CONCLUSIONES

1.- En Chile no existe una regulación sistemática y general para los procesos administrativos. Nos encontramos con una serie de normas específicas para cada tipo de proceso y, en muchos casos, con vacíos legales que deben ser solucionados con las reglas de interpretación y de integración. En Francia, en cambio, sí existe este tipo de regulación acabada, con un conjunto de normas claramente establecidas en el Código de Justicia Administrativa y que se hacen cargo tanto del aspecto procedimental como orgánico de la materia.

2.- Al efectuar una comparación entre la justicia administrativa francesa y la chilena, en términos generales, se puede apreciar que en Francia, el hecho de tener una jurisdicción paralela y especializada ha dado excelentes resultados, en cuanto a la calidad de los fallos y a la uniformidad de criterio de los tribunales, lo que no ocurre en Chile.

3.- En materia de legitimación, ambos sistemas coinciden –ya hablando del fondo- en darle esta calidad al titular de derechos subjetivos y al legítimo interesado. Pero en Chile el interés para ser legítimo debe ser *directo, personal y actual* y en Francia opera una regla diferente, ya que debe ser *personal, legítimo y pertinente*. En cuanto a la acción popular, en ambos sistemas requiere de reconocimiento legal expreso.

4.- Acerca de los tribunales, en Chile existió la intención de apegarse al modelo francés en las diversas constituciones (antes de la de 1980), pero esto nunca llegó a concretarse. Hoy en día, el conocimiento de las causas contenciosas administrativas se encuentra entregado a la jurisdicción ordinaria, especial y a los propios órganos administrativos. En Francia, en cambio, hay toda una jurisdicción administrativa paralela a la civil. En esta materia nos apartamos contundentemente del modelo francés.

5.- En materia de medidas cautelares, en Chile algunos procesos administrativos tienen normas especiales, otros no y otros se remiten a las reglas generales, siempre que se cumpla con el *fumus boni iuris* y con el *periculum in mora*. Aquí estas medidas tienen un carácter instrumental, ya que no aseguran directamente el derecho subjetivo, sino que aseguran los resultados del proceso y éste, a su vez, vela por el derecho subjetivo. En Francia existe un título especial en el CJA que trata los *référés*, que son procedimientos de urgencia que pueden o no estar sujetos a la existencia de un proceso principal. Por lo tanto la “instrumentalidad” en Francia es un poco más tenue. Y, al igual que en los demás casos, allá está regulada de manera sistemática en el código, a diferencia de nuestra legislación.

6.- En cuanto a la prueba, en Chile hay tres grupos de procesos: los que se remiten a las reglas generales del juicio ordinario, de los incidentes y del juicio sumario en el CPC; los que nada dicen y; los que contienen reglas especiales. En Francia las

principal semejanza con Chile es la regla del *onus probandi* en que se remite al art. 9 de su CPC que es un equivalente de nuestro art. 1698 CC. Las diferencias aparecen en cuanto a los poderes del juez (allá tiene mayor iniciativa probatoria), el sistema de libertad de prueba (se aceptan todos los medios que hagan fe), el sistema de libre valoración de la prueba y la regulación expresa de las cargas probatorias dinámicas.

7.- Respecto del contenido de las sentencias, en ambos sistemas hay coincidencias importantes (las motivaciones, lo dispositivo cuando se declara la nulidad, cuando se ordena indemnizar, etc). En Chile se ha intentado adoptar por parte de la doctrina y la jurisprudencia la clasificación de los recursos de Lafériere, lo cual ha dado lugar a algunas confusiones y discusiones doctrinales.

8.- En cuanto a la ejecución de las sentencias, en Chile la escasez de normas se hace aún más evidente ya que no solo no existe norma general, sino que tampoco contamos con normas especiales en los distintos procesos, aplicando por analogía la única norma expresa existente en nuestro ordenamiento, que es el art. 752 CPC en materia de Juicio de Hacienda. En Francia, nuevamente nos encontramos con todo un título dedicado a la ejecución de las sentencias que fija plazos, órganos competentes, maneras de reclamar, etc. Incluso establece algunas figuras especiales, como el Comisario de Gobierno y las *astreintes*.

9.- Si bien se habla que el derecho administrativo se origina en Francia y que Chile ha mirado hacia aquella legislación para generar el estatuto de normas que regulan la materia, podemos observar que claramente nos alejamos bastante de dicho sistema, tanto en la forma como muchas veces, en el fondo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAOS REINOSO, HERNÁN (2010) Tesis sobre *La Ejecucion de Sentencias Administrativas* Universidad de Valparaíso, Valparaíso
- ARAVENA VERA, DELICIA (2010) Tesis sobre *La prueba en la Justicia Administrativa Chilena*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso
- BONNARD, ROGER (2006) *Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Administration, étude de droit administratif comparé*, Ediciones Dalloz, Paris.
- CASSESE, SABINO (2000) *La Construction du Droit Administratif*, France et Royaume-Uni, Ediciones Montchrestien, Paris.
- CHAPUS, RENÉ (2004), *Droit du Contentieux Administratif*, Ediciones Montchrestien, Paris.
- COLOMBO, JUAN (2004), *La competencia*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2004.
- DE LAUBADÈRE, ANDRÉ (1960) *Manuel de Droit Administratif*, Editorial Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, Paris.
- ESTRADA EGUIGUREN, DANIELA (2010) Tesis sobre *Las medidas cautelares en la justicia administrativa chilena*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso
- FERNANDEZ PEREZ, MARIANA (2010) Tesis sobre *El Contenido de la Sentencia en la Justicia Administrativa Chilena* Universidad de Valparaíso, Valparaíso
- FERRADA, JUAN CARLOS (2008), *El Control Jurisdiccional de la Administración del Estado en Chile*, en *Estudios de Justicia Administrativa*, Lexis Nexis, Santiago de Chile (p.40)
- GLOSARIO de la página web del Ministerio de Justicia Francés (http://www.justice.gouv.fr/mots-cles/mc_a.html) consultada por última vez el día 10 de abril de 2011.
- GORDILLO, AGUSTÍN (2009), *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, La Defensa del Usuario y del Administrado*, 9° edición, Edición FDA, Buenos Aires.
- JARA SCHNETTLER, JAIME (2004): *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago.
- LAFERRIÈRE, EDOUARD (1887) *Le Traité de la Jurisdiction Administrative* 2° edición, Berger-Levrault Libraires-Éditeurs, Paris
- LOCHAK, DANIELE (1998), *La Justice Administrative*, Ediciones Montchrestien, Paris.

- Le Code de Justice Administrative (francés)
- Le Code de Procédure Civile (francés)
- Le Code Civil (francés)
- Página web del Consejo de Estado <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/naissance-et-evolution/> Fecha última consulta 7 de mayo de 2011
- Revista virtual Fonction Publique, Tomo n°112, noviembre de 2004 pp. 22-26.
“Lés différents types de référés administratifs d’urgence”. Disponible en http://www.ugff.cgt.fr/ancien/pdf/fonct_publ/fonct_publ_112/fonct_publ_112_22_26.pdf Fecha última consulta 24 de marzo de 2011
- SILVA CIMMA, ENRIQUE (1994) *Derecho Administrativo Chileno Y Comparado. El Control Público*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile
- URIBE PEÑA, KARINA (2010) Tesis sobre *La Legitimación en el Proceso Administrativo Chileno*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso