

PEDRO ABERASTURY
(Coordinador)



www.abeledoperrot.com

 **AbeledoPerrot**[™]

Buenos Aires / Bogotá / México / Santiago

Ley de la Justicia Administrativa Alemana

Análisis comparado y traducción

Colaboradores **Hermann-Josef Blanke, David Capitant,**
Juan Carlos Cassagne, Ricardo García Macho,
Evelyn Patrizia Gottschau, Karl-Peter Sommermann

 **Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa de Estudios de Derecho para Latinoamérica
C/4, rue Regional Montevideo

 **AbeledoPerrot**[™]

PUNTO DE VISTA FRANCÉS SOBRE LA LEY ALEMANA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA (VwGO) *

por DAVID CAPITANT **

Francia y Alemania cuentan, ambas, con una jurisdicción administrativa distinta de la jurisdicción civil, ordinaria y especializada en el control del accionar de la Administración. La jurisdicción administrativa francesa se formó, progresivamente, a partir de la creación del Consejo de Estado por la Constitución del año VIII (1800). Simple órgano de consejo del gobierno, en una primera época, adquirió gradualmente una independencia que, dentro del campo del contencioso, le ha dado la cualidad de un verdadero juez administrativo. El Consejo de Estado ha visto su accionar disminuido por la creación de tribunales administrativos, en 1953, y por la Cámara Administrativa de Apelación, en 1987. Alemania, después de haber experimentado diversos sistemas de control de la Administración a lo largo del siglo XIX, en el seno de los estados que la componen, siguió el modelo desarrollado en Prusia, a partir de 1875, de una jurisdicción administrativa especializada. Generalizado ese sistema a todos los *Länder*, durante la República de Weimar; ese modelo no se estableció a nivel federal sino a partir de la Ley Fundamental de 1949. Se trata, pues, de cronologías diferentes pero convergentes que han presidido la aparición de la jurisdicción administrativa en Francia y Alemania.

* Traducción del Dr. Pedro Aberastury.

** Profesor de la Universidad de París 1 - Panthéon-Sorbonne. Director del Centro de Derecho Alemán de l'UMR de derecho comparado, París, Francia.

Mientras que las regulaciones seguidas ante las distintas jurisdicciones administrativas alemanas han sido establecidas de manera sistemática en la VwGO, del 21 de enero de 1960, que fue objeto de la presente traducción y que la completan algunos otros textos legales en número limitado, el proceso contencioso administrativo francés resulta de una acumulación de decisiones jurisprudenciales que el legislador no ha modificado o recogido sino en forma puntual y en épocas diversas. Ello se aplica, verdaderamente, para el Consejo de Estado, que sigue siendo el modelo de la jurisdicción administrativa en Francia, donde las reglas han sido simplemente adaptadas cuando fueron creados los tribunales administrativos, prontamente alcanzados por las Cámaras Administrativas de Apelación. De tal forma, el Código de la Justicia Administrativa, sancionado el 4 de mayo de 2000¹ y que entró en vigor el 1º de enero de 2001, que compila los textos anteriormente aplicables ante el Consejo de Estado, en las Cámaras Administrativas de Apelaciones y en los tribunales administrativos, no constituyen una fuente sistemática y exhaustiva del proceso contencioso administrativo aplicable en Francia, pero debe acercarse a soluciones que conservan un carácter puramente jurisprudencial. Este conjunto de normas contiene así, en numerosos aspectos, la marca histórica de su desarrollo jurisprudencial progresivo, con la gran economía de medios que lo caracterizan. Ese carácter, generosamente jurisprudencial de las reglas francesas, las hace, al mismo tiempo, menos accesible a los justiciables en contraposición con un derecho alemán, mayoritariamente escrito.

A fin de considerar las diferencias más marcadas, que distinguen al derecho francés del alemán en el proceso contencioso administrativo, examinaremos sucesivamente la organización de la jurisdicción administrativa (I), las condiciones en las cuales los demandantes pueden interponer los recursos ante las jurisdicciones correspondientes (II) así como los poderes que dispone el juez administrativo cuando es llamado a decidir (III). Se verá que, en nume-

¹ Ordenanza 2000-387 del 4 de mayo de 2000 relativa a la parte legislativa del Código Administrativo; decretos 2000-388 y 2000-389, del 4 de mayo de 2000, relativos a la parte reglamentaria del Código de la Justicia Administrativa.

rosos casos, a partir de soluciones a veces contrarias, el juego de los temperamentos y de las evoluciones conducen a un cierto acercamiento de ambas soluciones nacionales, acercamiento que favorece la búsqueda acentuada de eficacia dentro del campo del accionar administrativo así como dentro de los mecanismos de control. Un rol unificador no despreciable se produce, igualmente, en la sumisión común a las exigencias de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, especialmente en los arts. 6º y 13, que garantizan el derecho a una acción ante un juez independiente e imparcial.

I. EL JUEZ ADMINISTRATIVO

La primera parte de la VwGO establece una jurisdicción administrativa cuyas estructuras son muy parecidas a aquellas que caracterizan a la jurisdicción administrativa francesa (1). Pero no deben desconocerse las importantes diferencias que subsisten en las funciones asignadas a estas jurisdicciones (2) y a las acciones que son susceptibles de ser llevadas ante ellas (3).

1. La organización de las jurisdicciones

El art. 2 de la VwGO prevé tres grados de jurisdicciones, que se corresponden ampliamente con la organización de la jurisdicción administrativa francesa. El rol de la Corte Suprema, que le corresponde en Alemania al *Bundesverwaltungsgericht*, se asimila al que ejerce el Consejo de Estado en Francia, mientras que la *Verwaltungsgerichte* y los tribunales administrativos intervienen en primera instancia, sobre el control en apelación a los *Oberverwaltungsgerichte* y a las Cámaras Administrativas de Apelación, cada instancia de jurisdicción puede, por otro lado, intervenir como tribunal de primera instancia en ciertos asuntos particulares. Sin duda las jurisdicciones alemanas están repartidas dentro de la estructura federal alemana, el *Bundesverwaltungsgericht* es una jurisdicción federal mientras que los *Oberverwaltungsgerichte*, como así también los *Verwaltungsgerichte*, son jurisdicciones locales de los *Länder*. Pero esto no tiene mayores consecuencias en la medida en que no existe un único orden de jurisdicción y no una distinción de competencias para

aplicar el derecho federal o el derecho de los *Länder*. Además, las reglas de la VwGO se aplican en toda la federación y si los *Länder* tienen la posibilidad de precisar algunas de esas disposiciones no lo han hecho, en general, sino de una manera coordinada, de tal manera que la unidad de la jurisdicción administrativa es totalmente comparable en la Francia unitaria y en la Alemania federal.

Sin embargo, se deben proveer a estos elementos teóricos de hechos fácticos y hacer notar que el número de jueces profesionales que intervienen en estas jurisdicciones es mucho mayor en Alemania, en la medida en que frente a 1200 magistrados administrativos en funciones dentro de las jurisdicciones administrativas francesas, se cuenta con cerca de 2600 magistrados en Alemania si se le agregan los 2000 magistrados que se desempeñan en las jurisdicciones administrativas, cerca de 600 magistrados que ejercen en las jurisdicciones fiscales alemanas, control que se encuentra, en Francia, a cargo de las jurisdicciones administrativas.

Dentro de un contexto histórico, se debe hacer notar que, en Francia, el Consejo de Estado fue la primera y por mucho tiempo la única jurisdicción administrativa. En Alemania, por el contrario, las jurisdicciones administrativas fueron establecidas primeramente en los *Länder* y recién después de la Segunda Guerra Mundial fue establecida una jurisdicción administrativa federal. También, el *Bundesverwaltungsgericht* no tiene la posición tan especial que es la propia del Consejo de Estado en Francia, que se remarca especialmente por el hecho de que sus miembros no pertenecen al mismo cuerpo que los consejeros de los tribunales administrativos y de las Cámaras Administrativas de Apelación y por el hecho de que el Consejo de Estado ejerce no sólo las funciones jurisdiccionales sino, igualmente, funciones administrativas sobre las cuales tendremos ocasión de referirnos.

Ciertos elementos de la organización de las jurisdicciones administrativas han sido objeto de evoluciones discutidas en los últimos años, tanto en Francia como en Alemania, con el objeto de mejorar la eficacia de la jurisdicción administrativa. Se trata especialmente de una acción dirigida a un juez único en detrimento de las formaciones colegiadas de juzgamiento (1.1.) y de las condiciones sobre las cuales se posibilita la interposición de un recurso de

apelación y de casación, tanto en Francia como en Alemania (1.2.). Una cuestión importante, en la práctica, cuando se abre el acceso al juez administrativo es aquella respecto de las condiciones en las cuales la intervención de un abogado es o no obligatoria (1.3.).

1.1. La acción ante el juez único

Tanto en Francia como en Alemania, un principio general de la organización de la jurisdicción administrativa es el de la colegialidad de los tribunales (art. L 3, CJA, § 5, VwGO). Ello acerca a los dos sistemas nacionales que se distinguen frente a los sistemas, como el sistema inglés o español, que favorecen la acción ante el juez único. Sin embargo, ciertas diferencias subsisten. Así la VwGO prevé la participación de dos jueces no profesionales, a los que se le agregan tres jueces profesionales para constituir una sala (art. 5 VwGO) mientras que, en el derecho francés, no se recurre sino a jueces profesionales. Francia, por su lado, conoce la institución particular del Informante Público (antes Comisario del Gobierno), magistrado independiente que examina el expediente en forma paralela al magistrado ponente y participa también en la elaboración de la decisión (art. L7CJA) y que no tiene un equivalente en Alemania.

Pero la necesidad de resolver las cuestiones del contencioso administrativo, dentro de un plazo razonable, frente al constante aumento de causas ha conducido, en ambos Estados, a atemperar el principio de la colegialidad y a prever, en numerosos casos, la intervención de un juez único.

En Alemania, la ley del 11 de enero de 1993 modificó el art. 6 VwGO de tal manera que los asuntos que no presentan una dificultad particular o que no tienen planteada una cuestión fundamental, deben ser confiados a un juez único. En Francia, la acción ante el juez único ha sido fortalecida, más allá de la aplicación clásica en casos de urgencia, especialmente por una ley, del 25 de junio de 1990, que permite a los presidentes de las jurisdicciones resolver asuntos sin gran importancia poniendo fin a la instancia o resolviendo las "series" (R222-1 CJA) y, sobre todo, por una ley del 8 de febrero de 1995, que ha delegado la competencia de resolver por

juzgamiento una serie de litigios actualmente enumerados en el art. R222-13 CJA, considerando también en este caso que no contienen dificultades particulares. Se puede ver una especial convergencia de las evoluciones en la construcción de cada orden jurídico, aun cuando en el derecho alemán se prefiere recurrir a criterios generales de simplicidad del asunto en tratamiento mientras que el derecho francés utiliza el mecanismo de la enumeración.

1.2. Ejercicio de las vías de recurso

La voluntad de solucionar los conflictos del contencioso en un plazo menor, para hacer frente al aumento de causas, condujo a limitar el ejercicio de las vías de recurso tanto en Alemania como en Francia, según modalidades, sin embargo, en ciertas formas un poco diferentes.

Después de la 6ª reforma a la VwGO, operada en 1996², la apelación contra la decisión de un tribunal administrativo alemán no es posible salvo que existan dudas serias en cuanto a la justicia del juzgamiento en primera instancia, cuando el asunto presenta dificultades serias, de hecho o de derecho, y tiene una importancia fundamental, en cuanto la decisión difiere de una solución validada por las jurisdicciones superiores o cuando está cuestionado el procedimiento seguido en primera instancia. La apelación puede ser expresamente autorizada por el juez de primera instancia pero, a falta de ello, lo cual es muy frecuente, debe ser autorizada por el *Oberverwaltungsgericht* (arts. 124 y ss., VwGO). Son, entonces, las instancias de apelación las que habilitan el acceso a sus salas en un cuadro también restringido por la ley, porque el mismo artículo limita los casos en los cuales la apelación puede ser autorizada. Un mecanismo similar se encuentra previsto para el recurso de casación (art. 132, VwGO): los tribunales de apelación de los *Länder* pueden autorizar el recurso de casación y, sólo ante una decisión que rechaza el recurso, la Corte Federal puede establecer las condiciones de su procedencia. Estas condiciones se encuentran estableci-

² Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (GenBeschlG) v. 12.9.1996, BGBl. I S. 1354.

das en el mismo artículo: cuestión jurídica fundamental, jurisprudencia contradictoria, vicio en el procedimiento.

En Francia, no existe un procedimiento de filtro de este tipo, a nivel de apelación, y el legislador ha preferido excluir, de manera sistemática, toda posibilidad de apelación para aquellos asuntos más simples, por un decreto del 24 de junio de 2003. Prácticamente, se trata de cuestiones en las cuales el juzgamiento se encuentra confiado, en primera instancia, a un juez único (cf. *supra* 1.1).

Tratándose de la casación, en cambio, una ley del 31 de diciembre de 1987 instauró un sistema de filtros muy similar a aquel que se encuentra en vigor en Alemania desde que el Consejo de Estado puede rechazar por sí mismo, según un procedimiento simplificado, los recursos considerados como improcedentes o que no se fundamentan sobre la base de argumentos serios (art. L 822-1 y R 822-1 s. CJA).

En cuanto a estos aspectos de admisibilidad, se debe agregar que, tanto el recurso de apelación como el de casación, tienen efecto suspensivo en el derecho alemán (art. 124a y art. 133, VwGO), mientras que no tienen tal efecto en el derecho francés (art. L 4, CJA, R 811-14 y R 821-5, CJA). Sin duda ésta es la razón por la cual, en Francia, el recurso de apelación no se encuentra sujeto a las mismas restricciones que en Alemania. Esto significa que las jurisdicciones francesas comprenden, tanto en apelación o en casación, la posibilidad de ordenar, en caso de petición de una de las partes, la suspensión de los efectos de la decisión adoptada (R 811-17 y R 821-5).

1.3. El rol de los abogados

Las soluciones adoptadas por el derecho francés y el derecho alemán relativas a la existencia o no de la obligación de representación por un abogado son bastantes diferentes en su principio y muy próximas en su aplicación práctica.

La VwGO no prevé la obligación de un abogado para actuar ante los tribunales administrativos y no lo impone sino ante el *Oberverwaltungsgericht* y el *Bundesverwaltungsgericht* (art. 67, VwGO).

Por el contrario, la jurisprudencia francesa impone, de manera general, la representación de los demandantes por un abogado. Pero las excepciones a este principio son extremadamente numerosas y, sobre todo en primera instancia, el recurso por exceso de poder que, como se verá corresponde prácticamente al conjunto de las acciones susceptibles de ser presentadas ante el juez administrativo alemán, se encuentra dispensada de esta obligación desde el decreto del 2 de noviembre de 1864. En grado de apelación, por el contrario, las excepciones fueron ampliamente suprimidas por un decreto del 24 de junio de 2003, así como para los recursos de casación desde 1953, de manera tal que las soluciones aplicables son, finalmente, muy similares a aquellas que se encuentran en Alemania. Tratándose de recursos presentados ante el Consejo de Estado, debe agregarse que el derecho francés reserva a abogados especialmente habilitados la representación ante el Consejo de Estado mientras que, en Alemania, que tiene un sistema similar para la representación ante el *Bundesgerichtshof*, no se aplica ante el *Bundesverwaltungsgericht*.

2. Las funciones de la jurisdicción administrativa

Si la organización de las jurisdicciones administrativas presenta un esquema general suficientemente comparable, tanto en Francia como en Alemania, las funciones que le son confiadas presentan, por el contrario, en comparación, grandes diferencias.

Por una parte, el Consejo de Estado francés ejerce no sólo funciones jurisdiccionales sino, igualmente, funciones administrativas, lo cual no tiene correspondencia en el derecho alemán (2.1). Por otra parte, tratándose de funciones jurisdiccionales, el juez francés posee una competencia mucho más amplia que aquella que le es confiada a la jurisdicción administrativa alemana (2.2).

2.1. Las funciones administrativas

La más importante diferencia que distingue al modelo francés del alemán de la jurisdicción administrativa consiste en que el Consejo de Estado francés ha conservado su función primitiva de consejero de gobierno, que ejerce paralelamente a su función conten-

ciosa. El modelo francés es similar al que funciona en los Países Bajos, en Bélgica, en Italia o en Grecia.

Dentro del marco de las funciones administrativas, el Consejo de Estado es requerido para dar sus opiniones al gobierno. En ciertos casos, la consulta al Consejo de Estado es obligatoria porque la Constitución o un texto de naturaleza legal o reglamentaria así lo determinan. Especialmente se trata de los casos de proyectos de leyes elaborados por el gobierno, los proyectos de reglamentos decididos en Consejo de Ministros, como así también de numerosos reglamentos administrativos o de decisiones particulares. El Consejo de Estado puede, también, dar opiniones sobre toda cuestión que el gobierno considere oportuna de transmitirle.

Por lo demás, a partir de esta función de consejero del gobierno es que la función contenciosa se fue constituyendo progresivamente, el Consejo de Estado preparaba las decisiones del jefe de Estado dentro del campo del contencioso administrativo antes de decidir las él mismo. Cuando se transformó en un verdadero juez, resolviendo el contencioso por las decisiones tomadas directamente en nombre del pueblo francés, en 1872, el Consejo de Estado conservó paralelamente a sus funciones jurisdiccionales, las funciones administrativas anteriormente asignadas.

Este vínculo con la administración activa, que encuentra igualmente su expresión en la carrera misma de los miembros del Consejo de Estado, que son frecuentemente llamados a cumplir funciones en el seno de otras instituciones administrativas, es considerado positivamente de su buena información en relación con las obligaciones de la Administración y, por lo tanto, de su capacidad para solucionar el contencioso administrativo de la mejor manera.

Sin duda estos vínculos han podido parecer como contrarios a los principios de independencia y de imparcialidad que debe imperar en toda jurisdicción, pero la Corte Europea de los Derechos del Hombre ha considerado que las garantías de independencia, que enmarcan a los miembros del Consejo de Estado como también las condiciones dentro de las cuales se ejerce su participación en las diferentes secciones administrativas o contenciosas del Consejo, permiten asegurar el pleno respeto a estos principios (CEDH 9 de noviembre de 2006, Sacilor-Lormines).

Los tribunales administrativos y las Cámaras Administrativas de Apelación ejercen, principalmente, funciones jurisdiccionales y se constituyen también según el modelo igualmente aplicable a las jurisdicciones administrativas alemanas que, como la de numerosos países europeos, se concentran en las funciones jurisdiccionales.

2.2. Las funciones jurisdiccionales

La competencia que la VwGO atribuye al juez administrativo alemán aparece mucho más restringida de la que dispone el juez administrativo francés. El campo de aplicación del art. 40.1 de la VwGO parece, sin embargo, extremadamente amplio, en cuanto asigna al juez administrativo alemán el juzgamiento de todos los litigios de derecho público, salvo los constitucionales u otros que le son atribuidos a otra clase de jurisdicción. El Código francés de la Justicia Administrativa, por su parte, dispone: "Los tribunales administrativos son (...) jueces de derecho común del contencioso administrativo" (art. L 211-1, CJA).

Tanto en un caso como en el otro, al legislador y a la jurisprudencia les ha correspondido determinar los límites de la competencia del juez administrativo, y al juez administrativo francés se le ha confiado, finalmente, una esfera de competencia mucho más importante que la que le corresponde al juez alemán.

La concepción alemana de litigio de derecho administrativo excluye, en efecto, todos los casos en los cuales la Administración, en sentido orgánico, actúa como persona privada, lo que conduce a excluir, sin duda, de la competencia del juez administrativo alemán a los litigios relativos a la mayoría de los contratos suscritos por la Administración, ya se trate de obras públicas, por los cuales la Administración adquiere bienes o requiere prestaciones o trabajos o también contratos de trabajo del personal que emplea. Se encuentran igualmente excluidos de la competencia del juez administrativo alemán los litigios referidos a la responsabilidad que le puede incumbir a la administración por el hecho de su actividad, conforme a la idea de que sólo el juez judicial es el único competente para asegurar la protección del patrimonio de los particulares.

En Francia, por el contrario, el contencioso de los contratos de la Administración es ampliamente un contencioso que corresponde a la competencia del juez administrativo, ya sea que la jurisprudencia considere como administrativo todo el contencioso contractual relativo a situaciones que tienen por causa, aun de manera indirecta, lo relativo a la organización y al funcionamiento de la actividad pública: contratos de trabajo del personal empleado en un servicio público administrativo, contratos relativos a la ejecución de servicios públicos; ya sea que el legislador haya expresamente generalizado la competencia del juez administrativo como es el caso para el contrato de obra pública de la ley MURCEF de 2001 (sobre mercados públicos). La solución es la misma respecto de la responsabilidad delictual de la Administración que es también de competencia del juez administrativo en Francia. La idea general que gobierna tal solución es que el juez administrativo es, en principio, juez, cualquiera sea la forma y cualesquiera sean las consecuencias, de toda la actividad administrativa, es decir de la actividad de las personas públicas o privadas que se les asigna una misión de interés general y que disponen, a tal fin, de prerrogativas de poder público.

Resulta del conjunto de estos textos que el juez administrativo alemán encuentra su actividad, sobre todo concentrada en el control de la legalidad de las decisiones administrativas; mientras que si bien ello constituye para el juez administrativo francés, su *cœur de métier* como lo ha resuelto el Consejo Constitucional reservando al juez administrativo el control de la legalidad de las decisiones administrativas (CC 86-224 DC del 23 de enero de 1987, Consejo de la Competencia), éste concentró en su campo de competencia cuestiones con una relación menos directa con el ejercicio del poder público transformándola en posible (contratos) o resolviéndola indirectamente (responsabilidad). Esto tiene, evidentemente, consecuencias sobre las acciones susceptibles de ser presentadas ante el juez administrativo en cada Estado.

3. Las acciones

La VwGO prevé numerosas acciones que pueden ser presentadas ante el juez administrativo alemán mientras que el juez admi-

nistrativo francés se encuentra ante un universo de recursos más restringido.

Así, si uno descarta provisionalmente el control de los actos de naturaleza reglamentaria, que contiene problemas particulares, de los cuales nos ocuparemos más adelante, la Ley alemana de la Justicia Administrativa prevé expresamente la acción impugnatoria, que tiende a obtener la anulación de un acto administrativo (*Anfechtungsklage* - § 42, VwGO), la acción de condena (*Verpflichtungsklage*) que tiene por objeto la condena al dictado de un acto administrativo (§ 42, VwGO) y la acción declarativa (*Feststellungsklage* - § 43, VwGO). Estas acciones están clasificadas por la doctrina dentro de categorías más generales que se encuentran en el procedimiento civil: *Gestaltungsklage*, *Leistungsklage*, *Feststellungsklage*, de tal manera que se pueden generalizar las acciones expresamente previstas por la VwGO refiriéndose directamente al art. 40, VwGO y al principio de derecho a la acción que se encuentra protegido en el art. 19.4 de la Ley Fundamental, especialmente la acción de prestación (*Leistungsklage*), que permite obtener cualquier clase de acción positiva de parte de la Administración que no se encuentra alcanzada por la *Verpflichtungsklage*.

El derecho francés, igualmente preocupado de la protección del derecho a las acciones de los administrados, ha desarrollado, por vía jurisprudencial en ausencia de texto legal, una serie de acciones correspondientes a diferentes clases de competencia que le son reconocidas. La doctrina francesa clásica distingue cuatro tipos de contencioso respecto de los cuales le corresponde una acción específica: el contencioso de anulación, el contencioso de plena jurisdicción, el contencioso declarativo y el contencioso represivo. El contencioso declarativo se corresponde con el referido al derecho alemán. Por el contrario, el contencioso de plena jurisdicción y el contencioso represivo no tienen su equivalente en el derecho alemán. Ellos permiten al juez francés resolver los litigios que escapan a la competencia del juez administrativo alemán. El contencioso represivo es muy marginal y se refiere esencialmente al campo de las contravenciones importantes sobre vías de comunicación, habiendo la ley facultado al juez administrativo a aplicar multas respecto de personas imputadas como culpables de infringir la con-

servación del dominio público. Mucho más importante, en la práctica, es el contencioso de plena jurisdicción: le corresponde a la esfera de competencia que el derecho alemán le atribuye mayormente al juez judicial, puesto que se refiere esencialmente al contencioso sobre responsabilidad delictual de la Administración y al contencioso de los contratos que, en el derecho alemán, se encuentra asignado a la competencia del juez ordinario. Es, por consecuencia, el contencioso de anulación, que sólo se reconoce en el recurso de exceso de poder, el que se corresponde con las diferentes acciones previstas en el derecho alemán.

El derecho administrativo francés también se caracteriza por una especial economía de medios, en contraposición con la multiplicidad de acciones que se encuentran en el ordenamiento alemán. El recurso de exceso de poder, creación jurisprudencial del Consejo de Estado, ha sido utilizado con fines diversos. La primera de esas funciones, que tiene correspondencia con la *Anfechtungsklage*, puede ser utilizada para demandar la anulación de una decisión administrativa ilegal. Es, igualmente, por la vía del recurso de exceso de poder que se han introducido ante el juez administrativo francés las demandas que, en Alemania, serían objeto de la *Verpflichtungsklage*, en su primera forma, y la *Versagungsgegenklage* dirigida contra el rechazo opuesto por la Administración a un pedido que le ha sido dirigido.

El derecho francés considera que se trata de la negativa de una decisión, la decisión de rechazo, susceptible de ser el objeto de un recurso de anulación, de la misma manera que una decisión positiva. La anulación de la decisión de rechazo corresponderá entonces a la obligación por la Administración de tomar una decisión legal, eventualmente de aceptación. Tal solución está excluida en el derecho alemán (*isolierte Anfechtungsklage*), a justo título porque existe la *Verpflichtungsklage*. Tratándose de la situación que es objeto de la segunda rama de la *Verpflichtungsklage* alemana: la *Untätigkeitsklage* utilizada cuando la Administración no ha tomado posición frente a un pedido que le ha sido dirigido, el derecho francés la refiere igualmente al recurso de exceso de poder dirigido contra una decisión administrativa por la vía del mecanismo de la decisión tácita. Según este mecanismo, el silencio de la Administración equi-

vale, pasado un cierto tiempo, en general de dos meses, a una verdadera decisión. Esta decisión tácita, en principio de rechazo, a veces de otorgamiento, según el régimen en vigor, puede entonces ser objeto de un recurso clásico de exceso de poder.

Los dos sistemas, alemán y francés, permiten entonces finalmente los mismos tipos de controles. Ambos se alejan de la solución prevista en el derecho comunitario, porque el Tratado constituyente de la Comunidad Europea, distingue la acción de anulación (art. 230) de la acción de insolvencia (art. 232), límite éste que corresponde a la *Untätigkeitsklage* alemana mientras que, como en el derecho francés, el caso correspondiente a la *Versagungsgegenklage* reporta a la acción de anulación.

La variedad de sistemas es importante, lo vemos tratándose de la organización y la clasificación de las acciones. Es por ello que el sistema francés aparece finalmente como satisfactorio, pues desecha toda discusión agrupando todas las acciones relativas a la legalidad del proceso de decisión de la Administración dentro de una misma acción y concentra los diferentes procedimientos sobre lo que importa: el efecto del juzgamiento según el cual se imponga a la Administración una obligación de hacer o una anulación. Ello permite evitar las discusiones, complejas pero desprovistas de consecuencias importantes, que tienen lugar en Alemania para distinguir en ciertos casos (acciones de competencia contra subvenciones, etc.), qué tipo de acción debe ser utilizada, aun cuando el régimen procesal de la *Anfechtungsklage* y de la *Verpflichtungsklage* se encuentra organizado en forma paralela por la VwGO y que sus disposiciones han sido ampliamente extendidas por analogía a la *allgemeine Leistungsklage*.

II. EL ACCESO AL JUEZ ADMINISTRATIVO

La aplicación de las acciones mencionadas no se encuentran abiertas sin condiciones a los administrados. Nos concentraremos aquí respecto de ciertas condiciones, de fondo (1) y de procedimiento (2), dispuestas por el derecho francés y el derecho alemán según modalidades a veces diferentes. Todas muestran, sin embargo, que a partir de concepciones muy diferentes sobre la protección juris-

diccional reconocida contra el accionar de la Administración, el derecho alemán y el francés han sabido encontrar vías que le permiten aproximarse dentro de una concepción común al derecho a la acción, actualmente expresadas en la Convención Europea de Derechos del Hombre.

1. Las condiciones de fondo

El derecho francés considera tradicionalmente al recurso de exceso de poder como un medio de asegurar el respeto a la legalidad objetiva por parte de la Administración, lo que permite conducir a abrir el recurso no sólo contra decisiones individuales sino, igualmente, contra los reglamentos así como a aceptar que un demandante tenga un interés objetivo a presentar tal tipo de recurso.

Por el contrario, el derecho alemán hace prevalecer una visión más subjetiva del litigio administrativo, de tal manera que las acciones están, en principio, excluidas contra los reglamentos y que el accionante debe hacer mérito de la lesión a un derecho subjetivo. Sin embargo, más allá de esas diferencias, los temperamentos han sido llevados de una parte y de la otra de tal manera que las diferencias de principios produjeron consecuencias ampliamente cercanas.

1.1. Los actos atacables

La VwGO (art. 42) no abre la acción impugnatoria de anulación sino contra decisiones individuales (*Verwaltungsakte* en el sentido del art. 35, VwVfG). Los actos reglamentarios, por el contrario, no son susceptibles de una acción ante el juez administrativo sino dentro de los estrictos límites previstos en el art. 47, VwGO, que sólo lo prevé contra ciertas decisiones de urbanismo, así como contra ciertos actos reglamentarios de los *Länder* y de colectividades locales. Es, entonces, la *Oberlandesgericht* que debe pronunciarse y no el juez administrativo ordinario.

Por el contrario, el recurso de exceso de poder es susceptible de ser planteado ante las jurisdicciones administrativas francesas contra todas las decisiones administrativas que presenten un efecto individual o reglamentario. Esta diferencia de tratamiento tiene en

cuenta que los actos reglamentarios del derecho alemán son asimilables a la ley en sentido material, particularmente si se trata de reglamentos de aplicación de la ley; aparece como natural no asignar el control al juez administrativo pero sí al juez constitucional. En Francia, por el contrario, prevalece un análisis de naturaleza orgánica y no se opera ninguna distinción entre los actos de la Administración, tanto individuales como reglamentarios.

Esta importante diferencia conceptual, de posibilitar accionar contra los actos reglamentarios, la encontramos en las vacilaciones de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en cuanto a las condiciones dentro de las cuales puede ser interpuesta ante ella una acción de anulación (art. 230, TCE). En efecto, si el texto del Tratado contiene una solución restrictiva que excluye, en principio, sobre la base del modelo alemán, toda acción de las empresas contra los reglamentos o directivas comunitarias, la influencia de la concepción francesa, que permite considerar la posibilidad de accionar preventivamente contra un reglamento ilegal, sin esperar que una decisión individual sea dictada con base en ella, como una efectividad del principio del derecho a la acción, condujo en numerosas ocasiones a la Corte a extender las posibilidades de la acción, sin que por ello se pueda entender que exista una jurisprudencia uniforme en ese sentido (cf. CJCE 25 de julio de 2002, "Unión de pequeños agricultores", C-50/00P). El Tratado de Lisboa, cuando entre en vigor, modificará el art. 230, TCE, para aproximarlos al modelo francés.

1.2. Derecho público subjetivo e interés legítimo

En los términos previstos en el art. 42, VwGO, la acción ante el juez administrativo alemán requiere que el accionante invoque un derecho público subjetivo, es decir que la norma sobre cuya base se invoca la violación haya sido adoptada no sólo sobre la base de interés general sino, también, con el objeto de tutelar su interés particular. En el derecho francés, por el contrario, toda ilegalidad puede ser invocada, siempre que el accionante tenga un interés objetivo para demandar la anulación del acto en cuestión.

En efecto, la diferencia se va atenuando ya que el derecho alemán reconoce cada vez más la subjetivación de todo interés objeti-

vo, lo que transforma en objetiva la acción deducida en sí misma. Las acciones sobre derechos fundamentales, sistemáticamente reconocidos como subjetivos, la elaboración de la "teoría del destinatario" que reconoce un derecho a la acción al sujeto pasivo de una decisión ilegal, permiten flexibilizar el número de personas protegidas por una norma para determinar si ella ha creado derechos subjetivos, en cuanto se toma en cuenta la intensidad de la afectación considerada, es otro de los elementos que permite extender el reconocimiento de derechos subjetivos. Así, se puede considerar de ahora en más, contrariamente a la solución tradicional, que todos los administrados pueden accionar en caso de que la Administración no respete los reglamentos de policía. De la misma manera, la falta de respeto a las reglas de procedimiento es, de ahora en más, considerada como invocable en la medida en que crea un derecho subjetivo en cabeza de los administrados. En el campo del urbanismo, la acción para la protección del derecho constitucional de propiedad y sobre todo de la "teoría de consideración" (*Rücksichtnahme*), que consiste en considerar que toda autorización que afecta un interés digno de protección de un vecino debe, efectivamente, ser protegido, conduce a una "subjetivación" de toda relación de legalidad, lo que lleva por otra parte a su negación misma y, entonces, por consecuencia a una objetivación del sistema de la acción, puesto que el solo interés objetivo del demandante es tenido en cuenta para deducir la existencia de un derecho subjetivo. Ello se aplica igualmente en el campo de las acciones introducidas por los competidores contra las decisiones tomadas en favor de sus oponentes por la Administración (otorgamiento de subvenciones, etc.) tomando en cuenta la afectación que puede constituir la decisión en análisis respecto de los derechos fundamentales del accionante, sobre todo respecto a su derecho a la libertad de comercio y de industria (arts. 12 y 14 de la Ley Fundamental).

De esta manera, nos podemos preguntar sobre la necesidad de mantener esta condición de admisibilidad que impone todavía, por principio, el derecho alemán pero que se encuentra ampliamente evitada pagando el precio, sin embargo, de construcciones teóricas relativamente pesadas, a fin de responder a la expectativa siempre más importante de nuestras sociedades en favor de la puesta en marcha

efectiva del derecho a la acción. Hoy en día, sólo en el campo del derecho a la acción por parte de asociaciones se pueden notar estas diferencias importantes entre el derecho francés y el derecho alemán, ya que el derecho alemán considera que las asociaciones no pueden dirigirse al juez administrativo salvo para hacer respetar sus propios derechos y, en ningún caso, el derecho propio de sus miembros, mientras que el derecho francés reconoce a las asociaciones un interés a la acción a fin de proteger los derechos colectivos de sus miembros.

2. El proceso

Las concepciones en boga, en Francia y Alemania, relativas a las reglas del proceso que se aplican en la presentación ante el juez administrativo difieren, muchas veces, de manera importante. Se trata del caso de la obligación de presentar un recurso, previamente, ante la Administración con anterioridad a la presentación judicial (2.1.). La cuestión de los plazos debe ser objeto, igualmente, de un examen particular (2.2.).

2.1. La existencia de recursos administrativos previos

En tanto este recurso administrativo previo es obligatorio en Alemania, donde toma el nombre de recurso administrativo previo (*Widerspruch*) en los términos de los arts. 65 y ss., VwGO, es en principio facultativo en Francia, donde la desaparición de la obligación del recurso administrativo previo para la presentación ante el juez administrativo ha sido considerado como una etapa importante de su autonomía respecto a la administración activa. Tuvo lugar por la decisión jurisprudencial del 13 de diciembre de 1889, en el caso "Cadot", esta evolución es tradicionalmente presentada por la doctrina francesa como la última etapa del pasaje del control solamente interno de la Administración a la existencia de una verdadera jurisdicción administrativa independiente: el hecho de poder presentarse ante el juez administrativo en caso de litigio con la Administración, sin que la intervención del juez se encuentre sujeta a la presentación previa ante la Administración, fue considerada como marcando la culminación de la evolución hacia una justicia administrativa autónoma.

Pero esta diferencia de principios entre las soluciones nacionales se encuentra un poco atenuada por las instituciones que conocen tanto el derecho alemán como el francés. La VwGO desecha en ciertos casos la obligación del recurso administrativo previo. Es el caso de las decisiones que emanan de las autoridades supremas de la Federación y de los *Länders* (§ 68, VwGO). Por el contrario, el derecho francés, si no lo impone de manera general, es favorable al ejercicio del recurso administrativo previo, principalmente en consideración, por una solución jurisprudencial, que su ejercicio proroga el plazo del recurso contencioso, de manera que no solamente se encuentra interrumpido por el recurso administrativo sino que comienza a correr nuevamente la totalidad del plazo cuando una respuesta explícita o tácita ha sido dada por la Administración. Por otro lado, si bien el derecho francés no impone el recurso administrativo previo en el marco del recurso por exceso de poder, que persigue la anulación de una decisión administrativa, cuando el recurso por exceso de poder es utilizado para obtener una acción positiva de la Administración, se encuentra dirigido contra una decisión denegatoria, tácita o explícita, que supone que la Administración ha sido, previamente, objeto de una petición.

Por último, debe mencionarse que por un movimiento contrario, a todos los efectos remarcable, la reflexión de la doctrina se inclina en Alemania por una supresión sistemática del recurso administrativo previo, y viendo allí una simplificación del procedimiento administrativo, mientras que la doctrina francesa acompañada de numerosos textos especiales, tiende a desear la introducción de un mecanismo general de recurso administrativo previo y entreviendo un medio suplementario de solucionar el contencioso de manera extrajurisdiccional.

2.2. Los plazos de los recursos

Los plazos de los recursos, que difieren un poco según los dos procedimientos nacionales, sin embargo, marcan la búsqueda de un mismo equilibrio entre la legalidad y la seguridad jurídica. El derecho francés conoce un único recurso de dos meses ampliamente aplicable, salvo disposiciones particulares (art. R-421-1 du CJA). El

derecho alemán prevé plazos de recursos más complejos en razón de la variedad de acciones que conoce y de sus modalidades de ejercicio. Tratándose de la acción de anulación (*Anfechtungsklage*), el plazo se desdobra, porque es de un mes el plazo para presentar el recurso administrativo previo bajo la forma de una impugnación (*Widerspruch* - art. 70, VwGO), después de un mes para interponer la acción contenciosa contra el rechazo del recurso administrativo previo (art. 74, VwGO). Igualmente, en caso de rechazo de una pretensión (*Versagungsgegenklage*). En caso de silencio de la Administración a la impugnación o a la petición del administrado (*Untätigkeitsklage*), el plazo de la acción puede ser ejercida sin término, después de transcurrido un plazo de tres meses después de la interposición de la demanda o de la impugnación. Tratándose de la *allgemeine Leistungsklage*, ésta puede ser introducida sin plazo, en la medida en que el juez no compruebe un abuso del derecho.

Si los plazos giran alrededor de dos meses tanto en Francia como en Alemania contra una decisión expresa y alrededor de cuatro meses en caso de la falta de respuesta de la Administración, la reacción exigida a los administrados en Alemania es, de todas maneras, más apremiante para ellos porque no disponen más que de un mes de reflexión para presentar el recurso administrativo que condiciona la continuación del procedimiento, mientras que el derecho francés otorga dos meses, es decir el doble, para presentar ante el juez directamente una petición que abre la instancia.

Es dentro del campo del control de los actos reglamentarios que aparece la diferencia más importante entre estos dos sistemas nacionales, ya que el derecho alemán prevé un plazo que se redujo de dos años a un año en 2007 (art. 47, VwGO) para la interposición de un recurso ante la Cámara de Apelaciones de un *Land* (OVG) mientras que el plazo para recurrir es de dos meses en Francia. Pero debe tenerse presente que los casos de procedencia de estos recursos son mucho más restringidos en Alemania que en Francia (cf. *supra*).

III. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

El juez administrativo posee, tanto en Alemania como en Francia, grandes poderes instructorios. El art. 86, VwGO, proclama el

principio del carácter inquisitorio del proceso administrativo en Alemania. El Código de Justicia Administrativa francés no contiene esta fórmula como principio general, pero la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de formularla en numerosos precedentes y todo el procedimiento instructorio se encuentra organizado alrededor de esta idea. El derecho administrativo de ambos Estados se desarrolla dentro de una medida comparable al del procedimiento acusatorio seguido en las jurisdicciones judiciales.

Sin embargo, las diferencias importantes existen todavía en la manera en que los dos derechos nacionales organizan la intervención del juez. Para mencionar dos ejemplos particularmente relevantes, examinaremos la cuestión de las medidas cautelares susceptibles de ser tomadas por el juez a la espera de una decisión de fondo (1) antes de considerar la manera en que los poderes de control del juez pueden ser neutralizados por una eventual regularización operada *a posteriori* por la Administración (2).

1. Las medidas cautelares

El derecho alemán y el derecho francés recorren caminos opuestos para asegurar un equilibrio entre las exigencias de legalidad, que se inclina para que los efectos de las decisiones ilegales sean rápidamente suspendidas, y la eficacia de la actividad administrativa no sea paralizada fácilmente. Dentro de la lógica objetiva del derecho francés, el principio de la presunción de legalidad de las decisiones administrativas discutidas conduce a no suspender automáticamente su ejecución en caso de recurso, en tanto que la lógica subjetiva del derecho alemán conduce a suspender la ejecución de la decisión administrativa discutida durante la sustanciación de la instancia a fin de que la Administración se encuentre en un cierto pie de igualdad ante el accionante.

Así los arts. 80 y siguientes de la VwGO confieren un efecto suspensivo tanto al reclamo administrativo previo (*Widerspruch*) como a la acción impugnatoria, mientras que, tratándose de otras acciones, le corresponde al juez que conoce, en los términos del art. 123, VwGO, adoptar las medidas cautelares que considere necesarias. Para el derecho francés, por el contrario, los recursos no

poseen efectos suspensivos como lo determina el art. L 4 del Código de Justicia Administrativa, que recoge una solución jurisprudencial anterior.

Pero a partir de estas soluciones de principios opuestos, cada uno de estos dos derechos ha previsto soluciones que conducen a una práctica menos contrapuesta. Así, el derecho alemán prevé que la ley puede desechar el efecto suspensivo automático de los recursos. Es el caso referido a cuestiones impositivas, para ciertas decisiones de policía, etc. En igual forma, la autoridad administrativa puede decidir la exclusión del efecto suspensivo para cada decisión particular que ella adopte bajo la condición de fundamentar los motivos. En tal caso, será ante el juez que el impugnante deberá dirigirse para obtener el restablecimiento del efecto suspensivo del recurso.

Ésta es la solución que el derecho francés ha generalizado, para que los demandantes puedan obtener el pronunciamiento del juez de medidas de urgencia (*référés*) referidas a la suspensión de la decisión en la medida en que contradicen la legalidad. Este procedimiento ha suscitado el interés del legislador repetidas veces en los últimos años, marcando así su preocupación por reforzar en este derrotero la protección del derecho de los administrados. A fin de acelerar el pronunciamiento de la suspensión, que estaba antes sujeto al procedimiento normal de juzgamiento, muchas veces muy extenso, una ley del 8 de febrero de 1995 instauró primero un mecanismo de suspensión automática, luego una ley del 30 de junio de 2000 confió al juez de medidas de urgencia (*référé*), juez único que resuelve según un proceso de urgencia, la decisión de las suspensiones.

El derecho alemán es igualmente sensible a esta cuestión de rapidez ya que el art. 80.8, VwGO, prevé la posibilidad de que la decisión de restablecimiento del efecto suspensivo sea pronunciada por el presidente de la sala a cargo del juzgamiento en caso de urgencia.

En cuanto a las condiciones necesarias para obtener una suspensión, se trata en Francia de la urgencia (art. l 521-1, CJA) que se caracteriza, según la jurisprudencia, por el hecho de que la ejecución podría producir un daño grave e inmediato al interés invocado por el demandante y por la existencia de una duda seria, rela-

tiva a la legalidad de la decisión. Para Alemania, en tanto que el efecto suspensivo no sea automático, el art. 80, VwGO, no fija condiciones particulares para que sea restaurado el efecto suspensivo por el juez; éste debe pronunciarse teniendo en cuenta todos los elementos presentes. Además, el art. 80, VwGO, habilita expresamente al juez administrativo alemán la posibilidad de volver sobre los efectos de la decisión administrativa ya ejecutada, en tanto que la jurisprudencia francesa rechaza tal solución.

Todos estos elementos evidencian que para el juez alemán, su posibilidad de intervención previa es más importante que las que puede utilizar el juez francés y que permitirá *a posteriori* una ejecución más simple de las eventuales decisiones de anulación.

El juez puede, igualmente, adoptar medidas provisionales frente a una abstención de la Administración. Las posibilidades son entonces paralelas tanto en Francia como en Alemania. El juez francés será objeto de la demanda de suspensión de la decisión de rechazo que hubiera sido opuesta a la pretensión de actuar que debe serle previamente presentada. Tal pronunciamiento de suspensión de una decisión de rechazo impone a la Administración la obligación de resolver, provisoriamente, aquello que le es pedido. En Alemania, conforme al sistema de las acciones que prevé la acción de carencia, es el pronunciamiento de un mandato —*injonction*— provisorio basándose en el art. 123, VwGO, que será utilizado.

2. Las posibilidades de subsanación pendiente la instancia

Frente a las exigencias de legalidad que justifican la anulación por parte del juez de las decisiones administrativas ilegales, se manifiesta la necesidad de no contradecir demasiado la acción de la Administración sometiéndola a una juridicidad muy estrecha. Esta preocupación se manifiesta, así, tanto en Francia como en Alemania por el hecho de que sólo los vicios sustanciales de procedimiento conducen a la anulación de las decisiones; esta solución, jurisprudencial en Francia, se encuentra formulada en Alemania por el art. 46, VwGO.

Más recientemente, han sido abiertas, no sin críticas, las posibilidades para la administración de subsanar, pendiente la instancia,

las decisiones ilegales. Siendo el principio que la legalidad de las decisiones se aprecia al momento de su adopción, tales soluciones marcan una voluntad particular de flexibilizar las exigencias de legalidad sobre una Administración donde la eficacia cuenta cada vez más.

Así el derecho alemán ha extendido recientemente las posibilidades permitidas a la Administración de subsanar, pendiente de la instancia, las decisiones atacadas. El art. 45, VwGO, prevé esta posibilidad desde la entrada en vigor de la ley del 12 de septiembre de 1996 para las ilegalidades externas, principalmente para los defectos de motivación, de consulta o de escuchar a los administrados. Criticada en Alemania, esta solución no se ha aplicado en Francia, donde las motivaciones *a posteriori* no subsanan la ilegalidad del acto cuestionado. En la medida en que, y es objeto de las críticas de la doctrina a la solución implementada en Alemania, una motivación *a posteriori* pierde gran parte de su interés, que permite la posibilidad, en principio, a los administrados, de informarse de los motivos de las decisiones con el fin de decidir con pertinencia sobre la oportunidad de deducir un recurso contra ésta.

Tratándose de la legalidad interna de las decisiones, tanto el derecho alemán como el derecho francés, permiten modificar la base legal de una decisión ya adoptada. La solución es de naturaleza jurisprudencial en el derecho francés y prevista en el art. 47 VwVerfG (*Umdeutung*) en Alemania. Más audaz aún, en vista de las estrictas exigencias de la legalidad, es la solución que consiste en autorizar a la Administración a sustituir pendiente de la instancia el fundamento legal, diferente al utilizado en primer término, en la decisión atacada. Es lo que autoriza el art. 114, VwGO, después de la ley del 12 de septiembre de 1996 (*Nachschieben von Gründen*) y lo que aceptó una novedosa jurisprudencia en Francia a partir del *arrêt Hallal* (Consejo de Estado, 6/2/2004).