

ENSAYO SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS NEOLIBERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS CONTEMPORÁNEO*

ESSAY ON THE NEOLIBERAL CHARACTERISTICS OF CONTEMPORARY FRENCH ADMINISTRATIVE LAW

Thomas Perroud

Profesor de Derecho Público

Universidad Panthéon-Assas (Paris II)

RESUME: Cet essai s'intéresse au phénomène du néolibéralisme juridique en essayant de montrer comment cette idéologie a bouleversé les bases du droit administratif classique français. L'évolution contemporaine du droit administratif français est en effet caractérisée par deux évolutions : d'une part, le nouveau droit administratif est moins libéral, et confère davantage de pouvoir à une administration qui est moins contrôlée avec la diminution des contre-pouvoirs juridictionnels ; d'autre part, il est moins démocratique. Nous montrerons que ce qui distingue le néolibéralisme français c'est que ces réformes ont été portées et promues par la haute fonction publique elle-même, par le Conseil d'Etat en particulier, plus que par des partis politiques.

PALABRAS CLAVE: droit administratif, néolibéralisme.

RESUMEN: Este artículo se centra en el fenómeno del neoliberalismo jurídico, tratando de mostrar cómo esta ideología ha trastocado los fundamentos del Derecho administrativo francés clásico.

* Este artículo es una versión ampliada y mejorada de un estudio publicado en francés en los *Mélanges en l'honneur professeur Serge Regourd*, Institut Universitaire Varenne, 2019. El autor desea agradecer a Omar Ciceri Pizo y a León Aceves su ayuda en la redacción, traducción y revisión de este artículo al español. En el texto se han mantenido las referencias legislativas y jurisprudenciales en su formato original, en francés.

En efecto, la evolución contemporánea del Derecho administrativo francés se caracteriza por dos desarrollos: por un lado, el nuevo Derecho administrativo es menos liberal y confiere más poder a una Administración menos controlada con la disminución de los contrapoderes jurisdiccionales; por otro lado, es menos democrático. Mostraremos que lo que distingue al neoliberalismo francés es que estas reformas fueron llevadas y promovidas por la propia alta Administración pública, por el Conseil d'Etat en particular, y no por los partidos políticos.

PALABRAS CLAVE: Derecho administrativo francés, neoliberalismo jurídico.

ABSTRACT: This essay focuses on the phenomenon of legal neo-liberalism by trying to show how this ideology has upset the foundations of classical French administrative law. The contemporary evolution of French administrative law is indeed characterized by two developments: on the one hand, the new administrative law is less liberal, and confers more power to an administration that is less controlled with the decrease of jurisdictional counterpowers; on the other hand, it is less democratic. We will show that what distinguishes French neo-liberalism is that these reforms were carried and promoted by the senior civil service itself, by the Conseil d'Etat in particular, rather than by political parties.

KEYWORDS: neoliberalism, administrative law, judicial review

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS CARACTERÍSTICAS ANTILIBERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO FRANCÉS.—3. LAS CARACTERÍSTICAS ANTIDEMOCRÁTICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO.—4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En este ensayo, nos gustaría intentar, por un lado, proporcionar una clave para entender ciertos desarrollos en el Derecho administrativo francés contemporáneo y, por otro lado, contribuir a la definición de una ideología, el neoliberalismo, cuyos contornos son difíciles de demarcar, porque los enfoques propuestos son muy diferentes¹. Esta ideología no es “transparente”, es “ambigua”, escribe (AUDIER,

¹ Ver la presentación de estos enfoques en: Vincent VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, 2002; Serge AUDIER, *Néo-libéralisme(s)*, Grasset et Fasquelle, 2012; Jacques CAILLOSSE, “Le néolibéralisme, la réforme administrative et son droit” en Fabien BOTTINI (ed.), *Néo-libéralisme et droit public*, Mare et Martin, 2017; Ver también, Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, 2017. También nos referimos al muy interesante dossier de la revista *Law and contemporary problems* dirigida por David SINGH GREWAL y Jedediah PURDY sobre « Law and Neoliberalism » (vol. 77, no 4, 2014); Ver también Honor BRABAZON (éd.), *Neoliberal Legality – Understanding the Role of Law in the Neoliberal Project*, Routledge, 2018; Manfred B. STEGER y Ravi K. ROY, *Neoliberalism. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2010; Ver También los análisis de Michel FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Seuil - Gallimard, 2004; y Pierre BOURDIEU, *Contre-feux, Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néo-libérale*, Raisons d'agir, 1998.

2012: 31) en su monumental estudio sobre el tema². ¿Cómo se puede proceder para dar una definición de tal fenómeno para el Derecho administrativo francés?

El proyecto neoliberal es tanto económico y político como jurídico, y se refleja en técnicas específicas que han influido en el Derecho administrativo. (HARCOURT, 2010) ha documentado la aparición de una pena neoliberal³ que se manifiesta en el repliegue del juez que dicta la sentencia, ya que la mayoría de los encarcelamientos en Estados Unidos se dictan tras un acuerdo entre la Fiscalía y el procesado. Pero este análisis no permite comprender lo que ocurre en el Derecho administrativo. Consideramos que el neoliberalismo en el Derecho administrativo francés corresponde a un modo específico de tratar la legalidad. Se trata, más precisamente, de la creación de mecanismos que permiten neutralizar la voluntad legislativa bajo la apariencia del discurso gerencial de la simplificación, de la reducción del papeleo. (BROWN, 2017) en su libro *Undoing the Demos*⁴, ha demostrado que este movimiento se caracteriza por una relación específica con el “legalismo”. Los neoliberales estadounidenses acusan sistemáticamente al legalismo de ser vergonzoso, precisamente porque muestra la impregnación de la lógica de los negocios, o del mercado, según el análisis de (CAILLOSSE, 2017)⁵. En la esfera pública: “Los principios democráticos y la ley no son ni guías ni limitaciones reales, sino que aparecen como instrumentos u obstáculos, según un fenómeno que Foucault describió como una táctica de la ley”⁶. Esta relación específica y nueva con la ley, la describe además de la siguiente manera: “Al ser utilizado de forma táctica o instrumental, el Derecho se profana radicalmente, produciendo las condiciones para su suspensión o revocación cotidiana y preparando lo que Agamben, inspirado en Schmitt, llama la soberanía como “estado de excepción” permanente (...)”⁷. ¿No es este poder de derogación una nueva manifestación, precisamente, del permanente estado de excepción en el que vivimos y que Agamben teorizó?⁸ El fundamento de la legalidad se escapa constantemente bajo nuestros pies... Ahora bien, esta concepción de la ley como obstáculo es precisamente una elaboración del Consejo de Estado desde los años ochenta y del informe sobre la seguridad jurídica. Pero nos parece que esta teoría no permite comprender todo el

² Serge AUDIER, *Néo-libéralisme(s)*. Grasset et Fasquelle, 2012, p. 31.

³ Bernard E. HARCOURT, “Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy”, *Theoretical Criminology*, Vol. 14, 2010, pp. 74-92

⁴ Wendy BROWN, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone Books, 2017.

⁵ Jacques CAILLOSSE, « Le néolibéralisme, la réforme administrative et son droit », en Fabien BOTTINI (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare et Martin, 2017.

⁶ Wendy BROWN, “Le cauchemar américain: le néoconservatisme, le néolibéralisme et la dé-démocratisation des Etats-Unis”, *Raisons politiques*, núm. 28, 2007/4, pp. 67-89; También la autora cita a: Michel FOUCAULT, “Governmentality”, en Graham BURCHELL et al. (ed.), *The Foucault Effect, Studies in Governmentality*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, p. 95. Después de la publicación Michel FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-1978*, Paris, Gallimard/Seuil, 2004.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Citado por Wendy BROWN: Giorgio AGAMBEN, *État d'exception*, traducción del italiano por Joël Gayraud, Paris, Seuil, 2003.

proyecto neoliberal, que se manifiesta también, en el Derecho administrativo francés, por un cambio en el centro de gravedad de este Derecho, que ya no es la libertad.

Así que hay dos cambios relacionados con la libertad y la democracia.

En primer lugar, identificaremos el nuevo Derecho administrativo que se estableció en el decenio de 1980 en relación con los valores del Derecho administrativo francés “clásico”. Este Derecho administrativo francés clásico nos parece que se caracteriza por dos elementos. Por un lado, era liberal⁹ en espíritu: su objetivo era la moderación del poder administrativo (de ahí el interés por la acción que se escucha ampliamente y que permite al ciudadano acceder fácilmente al juez para impugnar la actuación administrativa). La idea de la separación de poderes era central en la estructura misma de la Administración, con múltiples separaciones, siendo la más elocuente y la más amenazada hoy en día el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales, pero también se puede pensar en el principio de separación de la jurisdicción administrativa y la Administración activa o la separación de la policía administrativa y judicial. De igual modo, este liberalismo se hizo sentir con fuerza en la concepción de las esferas públicas y privadas forjada por el juez administrativo al imponer una subsidiariedad de la intervención del Estado. En otras palabras, había que contener la acción económica de la Administración, lo que ya no es el caso en la jurisprudencia. Esta *contención* también era visible en el campo de la moralidad: las actividades de la policía no tenían por objeto imponer una moralidad particular. Todo esto ha cambiado radicalmente. Desde el punto de vista del contenido de las políticas administrativas, el principio de la competencia se ha convertido en central y la intervención del Estado se orienta ahora en gran medida a la construcción de mercados.

Por otro lado, el Derecho administrativo francés clásico se caracterizó por la voluntad de asegurar la preeminencia de la democracia representativa, a través de la figura de la ley. El juez había asegurado su superioridad en el ordenamiento jurídico interno, y hoy ha multiplicado considerablemente las posibilidades de neutralizar a la ley. El juez desarrolla una nueva legalidad al redibujar la jerarquía de las normas. Además, desde el decenio de 1980, la Administración se ha liberado del mecanismo de rendición de cuentas democrática al Parlamento con el desarrollo de autoridades administrativas independientes. Desarrollaremos menos este tema, bien conocido en el contexto de los estudios sobre el *New Public Management*, que ha transformado al ciudadano, al administrado, en cliente.

En resumen, nos parece que, en el Derecho administrativo francés, el neoliberalismo se caracteriza por dos elementos estructurantes: es una ideología antiliberal, por un lado, y una ideología antidemocrática, por el otro.

⁹ Para vislumbrar la extraordinaria riqueza del pensamiento liberal: Alain LAURENT, Vincent VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, Les Belles Lettres, 2012.

2. LAS CARACTERÍSTICAS ANTILIBERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO FRANCÉS

El liberalismo no es una corriente homogénea. En el Derecho administrativo se ha traducido en estructuras y mecanismos cuya finalidad era la moderación y el control del poder administrativo. De este modo, se verá que el liberalismo tradicional se está desvaneciendo en las estructuras y el control de la acción administrativa.

La moderación del poder en las estructuras administrativas: el borrado de las separaciones. El ideal de moderación y equilibrio de poder, que (HAURIOU, 1916) explica tan bien en los *Principios de Derecho Público*¹⁰, estaba de hecho en el corazón de nuestras instituciones administrativas.

En primer lugar, se está retirando el principio de separación de la jurisdicción administrativa y la Administración activa. Este tiene dos vertientes: por un lado, es el principio que justifica la transferencia del contenido administrativo al juez, lo que constituye una conquista esencial, pero también es, por otro lado, aquel que implica la moderación del juez frente a la Administración. (CHEVALLIER, 1970) dejó claro en su tesis que este principio se consagró en el período de 1872 a 1905¹¹. Por consiguiente, este delimita claramente las facultades del juez sobre la Administración y prohíbe la sustitución o los mandamientos judiciales. El contra-momento de 1900¹², que se inauguró en los años ochenta, alteró profundamente esta relación, en particular con la introducción de la orden judicial. Sin embargo, más recientemente, el desarrollo de un recurso de plena jurisdicción objetivo es lo que constituye la ruptura más clara. Esta es la facultad del juez administrativo de rehacer la decisión administrativa que le ha sido sometida; esta facultad está reconocida por la ley en ciertos casos y ahora tiene una base general en la jurisprudencia en el ámbito de la sanción administrativa¹³. El juez se convierte en administrador en este caso, ya que puede rehacer la decisión que revisa. El desarrollo de un recurso de plena jurisdicción objetivo hace que este principio sea aún más explosivo que el mandato judicial y convierte al juez en un administrador.

En segundo lugar, el principio de la separación de las autoridades administrativas y judiciales también está experimentando un cambio significativo. Este es el principio que prohíbe al *juge judiciaire* perturbar la acción administrativa y que distribuye las competencias entre los dos órdenes jurisdiccionales. Varios elementos han movido

¹⁰ Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, L. Tenin, 1916, 2e éd.

¹¹ Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970; Para un estudio más reciente de este principio: Ludvine CLOUZOT, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Dalloz, 2012.

¹² Ver a este respecto, la hermosa conferencia sobre este tema dirigida por Olivier JOUANJAN: *Le « moment 1900 » : critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éditions Panthéon Assas, 2015.

¹³ Ver Conseil d'État, 16 février 2009, *Société ATOM*. Véase sobre el tema la tesis dirigida por Yves GAUDEMET: Hélène LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, 2011.

esta frontera. La intervención del legislador, por una parte: en el ámbito de la regulación, el litigio de estos actos se ha atribuido al *juge judiciaire*. Tanto en principio como en efecto, esta atribución debe interpretarse como una privatización del control de la Administración¹⁴. Otros acontecimientos más recientes han hecho avanzar aún más estas líneas, pero en sentido contrario, hacia un aumento de la competencia del juez administrativo en el ámbito de las libertades públicas, se remonta a la creación de la *référé-liberté* por la Ley del 30 de junio de 2000, que permite al juez poner fin a una violación grave e inmediata de las libertades fundamentales. El enfoque de facto y la retención irregular, cuyo espíritu era, en efecto, restablecer la competencia del juez (poder judicial) cuando la Administración viola las libertades públicas, están ahora casi privados de efecto por importantes sentencias del Tribunal de Conflictos¹⁵ de 2013¹⁶. Estas nociones abarcan la hipótesis en la que el juez (poder judicial) recupera la plena competencia para sancionar a la Administración en caso de violación de una libertad fundamental. El juez (poder judicial) en la concepción francesa es, en efecto, el protector de las libertades. También en este caso las fronteras y los límites se han desplazado y el juez administrativo dispone ahora de los instrumentos para defender las libertades fundamentales, lo que justificaría este cambio. Pero, en nombre de la eficacia, perdemos aquí un símbolo, el que hizo del juez (poder judicial) el árbitro de las más graves infracciones administrativas de las libertades fundamentales. Además, el juez administrativo no ha cambiado, sigue siendo un juez muy cercano al gobierno. La ampliación de la competencia del juez administrativo en materia de libertades fundamentales también es flagrante en el contexto del Estado de excepción. La libertad está cada vez más bajo el control de un juez cercano a la Administración.

Esto nos lleva naturalmente a estudiar el tercer dique que nos protege de la arbitrariedad administrativa y que parece estar amenazado: el debilitamiento de la separación de la *policía administrativa y judicial*. El Derecho francés ha querido, para contener el poder de la policía, separarlo en dos: la policía administrativa y la policía judicial. La policía administrativa tenía como objetivo la prevención, mientras que la policía judicial tenía como objetivo la represión. Esta separación ha ido cediendo poco a poco: el golpe más importante y, en mi opinión, más preocupante fue el del asunto “*Dieudonné*”¹⁷. Como muy bien explica (PETIT, 2014)¹⁸, estas órdenes socavan la autonomía del orden público al hacer que la prevención de los delitos forme

¹⁴ Ver Thomas PERROUD, “La Cour d’appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif?”, *Droit administratif*, núm. 5, 2017, pp. 23-31.

¹⁵ El Tribunal de Conflictos fue creado por el art. 89 de la Constitución de 1848 para resolver los conflictos de atribución entre la autoridad administrativa y el *juge judiciaire*.

¹⁶ Tribunal des conflits, 17 juin 2013, n° 3911, *Bergoend c. ERDF Annecy Léman*; Tribunal des conflits, 9 décembre 2013, n° 3931, *Époux Panizzon c. Commune de Saint-Palais-sur-mer*; Conseil d’État, ord., 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, n° 365262.

¹⁷ Dieudonné es un cómico francés, cuyo espectáculo ha creado una importante polémica por su carácter antisemita y de negación del Holocausto.

¹⁸ Jacques PETIT, “Les ordonnances *Dieudonné*: séparer le bon grain de l’ivraie”, *AJDA*, 2014, 866.

parte de los objetivos de la policía¹⁹. El Consejo de Estado considera ahora que la autoridad policial es competente para prevenir la comisión de delitos: “Esta fórmula traza una línea más allá de la cual el juez administrativo, como ha decidido hacer el Consejo de Estado, asume una parte de la función penal, e incluso una función de prevención del delito que va más allá de las tareas de la justicia penal”²⁰, explica (BARANGER, 2014). La novedad más importante en este sentido es el aumento de la represión administrativa desde el decenio de 1980. En Francia, el liberalismo había excluido a la Administración de la represión penal, si quería castigar el incumplimiento de sus reglamentos, tenía que remitir el asunto al juez penal, que tenía así el monopolio en esta materia. Una manifestación importante de la pena neoliberal, como la llama (HARCOURT, 2010) en Francia, es el recurso masivo a este modo de represión²¹.

También en este caso, como podemos ver, la Administración se ha visto reforzada por la política jurisprudencial del Consejo de Estado. A este análisis hay que añadir el surgimiento de autoridades administrativas independientes que tienen facultades que antes estaban separadas, ya que pueden aprobar reglamentos y asegurar su sanción. Estudiaremos estas instituciones en la segunda parte.

A esto hay que añadir el estudio de la disminución de los poderes compensatorios. En otras palabras, no solo la Administración sale fortalecida de la política del Consejo de Estado, sino que, además, los controles y equilibrios han desaparecido.

La moderación del poder en la acción administrativa. La intervención pública fue contenida por ciertos frenos y por la delimitación de un campo. A partir de ahora el principio es la intervención, pero una intervención con un contenido específico.

La moderación de la potencia pasada por la delimitación de un campo, protegida por un amplio acceso al juez. Aunque el Consejo de Estado, hacia 1900, había construido el recurso por exceso de poder como un recurso de interés general y, por tanto, había abierto su sala de audiencias de par en par, hoy en día estamos asistiendo a la tendencia opuesta, que es una tendencia de fondo. ¿En qué área comenzó esta evolución? Sin duda, es en el campo del Derecho urbanístico donde se han perfeccionado más las técnicas para cerrar el acceso al tribunal de instrucción, en nombre de la seguridad jurídica. Esta política ha sido impulsada por el propio Consejo de Estado desde el decenio de 1990 y el informe *Labetoulle* 22. Encontramos la misma tendencia en el Derecho de los contratos, donde los terceros están ahora excluidos del acceso al juez

¹⁹ La posición adoptada en las “Ordonnances” se confirma en el fondo cuando se examina la legalidad de la Circular de Valls: Conseil d’État, 9 novembre 2015, n° 376107, concl. Aurélie BRETON-NEAU, *AJDA*, 2015, p. 2508; Ver también, Pierre BON, “Le but de la police administrative générale après l’affaire Dieudonné”, *RFDA*, 2016, p. 791.

²⁰ Denis BARANGER, “Retour sur Dieudonné”, *RFDA*, 2014, 525.

²¹ Bernard E. HARCOURT, “Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy”, cit.

²² Ver « L’urbanisme, pour un droit plus efficace », *La Documentation française*, 1992; Recientemente, Christine MAUGÜÉ, *Propositions pour un contentieux de l’urbanisme plus rapide et plus efficace* (<https://www.vie-publique.fr/rapport/37098-propositions-pour-un-contentieux-des-autorisations-durbanisme-plus-rapi>).

administrativo²³, volviendo así a una construcción secular²⁴, de nuevo en nombre de la seguridad jurídica de las relaciones contractuales. Por último, encontramos la misma tendencia en el ámbito de los actos unilaterales en la jurisprudencia de *Czabaj*, que, también en nombre de la seguridad jurídica, dificulta la impugnación de una decisión administrativa individual en determinados casos²⁵. Sin embargo, el ataque más claro sigue siendo la sentencia de 18 de mayo de 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT* (Nº 414583). (CASSIA, 2018) tiene razón en afirmar que esta sentencia constituye “una violencia simbólica y práctica contra las personas”²⁶, ya que restringe el acceso a los tribunales al solicitante que desea impugnar un acto reglamentario por vía de excepción, es decir, más allá del plazo de presentación de un recurso. Ya no podrá impugnar los requisitos formales y de procedimiento. Esta tendencia se ve reforzada por la Ley ESSOC²⁷ que, en su art. 70, refuerza “la restricción impuesta por el Consejo de Estado a los recursos contra los actos administrativos adoptados tras un procedimiento irregular, en nombre de la seguridad jurídica”²⁸.

Por tanto, podemos ver hasta qué punto el juez está volviendo al espíritu del Derecho administrativo clásico. Se podría objetar: pero qué hacer entonces con la decisión de *Fairvesta* que, por el contrario, abre la sala del juez a una nueva categoría de actos, los actos de *soft law*²⁹. Pero es aquí donde el contraste se hace más llamativo porque, como señaló (ROLIN, 2016) en esta decisión el juez procede a una jerarquía de intereses, ya que solo serán justiciables los instrumentos de *soft law* que produzcan efectos significativos, en particular de carácter económico. La declaración no es chocante en sí misma, pero sí lo es cuando se la contrasta con los grandes obstáculos a la acción judicial de los particulares o las asociaciones en los litigios de planificación urbana³⁰. La diferencia de trato, la jerarquización del acceso a la sala según los intereses efectivamente da la impresión de que el Consejo de Estado está al servicio del “Gran Capital”, para utilizar la expresión de (ROLIN, 2016), y que efectivamente constituye una ruptura del pacto republicano, establecido en el marco de la Tercera República³¹. Por tanto, la protección de los ciudadanos requería un amplio acceso por parte del juez. También se manifestó a través de los principios liberales destina-

²³ Ver Conseil d'État, Ass., 4 avril 2014, nº 358994, *Dpt Tarn-et-Garonne*.

²⁴ Ver Conseil d'État, 4 août 1905, *Martin: Lebon*, p. 749.

²⁵ Conseil d'État, 13 juillet 2019, *Czabaj*, nº 387763.

²⁶ Ver Paul CASSIA, « Le Conseil d'État abîme les principes de légalité et de sécurité juridique », *Le Blog de Paul Cassia*, 22 mai 2018.

²⁷ La Ley de 10 de agosto de 2018 para un Estado al servicio de una sociedad de confianza, conocida como ley ESSOC, desarrolla este principio de confianza en la relación entre los usuarios, tanto particulares como empresas, y la Administración, al permitir a los contribuyentes corregir los errores cometidos de buena fe (el “derecho al error”).

²⁸ Gilles DUMONT, « La loi ESSOC, révolution ou involution ? », *AJDA*, 2018, p. 1815.

²⁹ Conseil d'État, Ass., 21 mars 2016, nº 368082, *Société Fairvesta International GmbH*.

³⁰ Ver el detalle descrito por Christine MAUGÜE y Cécile BARROIS DE SARIGNY, “2018 : une nouvelle étape de la spécificité du contentieux de l'urbanisme”, *RFDA*, 2019 p. 33.

³¹ Frédéric ROLIN, “Le droit administratif est-il au service du Grand Capital?”, *AJDA*, 2016, p. 921.

dos a contener, por una parte, la acción económica de la Administración y, por otra, su deseo de imponer un código moral.

El vínculo entre el *liberalismo económico* y el acceso al poder judicial es de larga data. Esto se ve claramente en la decisión *Casanova* 32, que abre el recurso por exceso de poder al contribuyente local. André Mater ha demostrado claramente que es con el fin de bloquear el socialismo municipal que el Consejo de Estado consagró en la misma sentencia el principio de no competencia y la apertura de la sala a los contribuyentes locales³³. La acción económica de la Administración estaba sujeta a un principio de subsidiariedad. Así pues, la Administración solo podía sustituir a la iniciativa privada y crear un servicio público en caso de carencia³⁴. Este requisito se suprimió en 2006 en la sentencia de la *Ordre des avocats au barreau de Paris* 35. Asimismo, en el caso de que una persona pública desee solicitar la adjudicación de un contrato público, el Consejo de Estado considera, desde un dictamen del año 2000, que las personas públicas y privadas deben estar en pie de igualdad³⁶. Es cierto que el juez ha atenuado esta afirmación más tarde al exigir la prueba de un interés público³⁷. Así pues, esta última sentencia ajusta la jurisprudencia sobre la licitación de un contrato relativo a la creación de un servicio público. Sin embargo, en ambos casos, el Consejo de Estado, si bien exige que se persiga un interés público, ya no parte de la idea de que la iniciativa privada debe ser protegida de la intrusión de la autoridad. Catherine Bergeal lo dice de esta manera: “El derecho de intervención económica pública, que se basaba en un principio de no competencia entre las actividades públicas y privadas, busca ahora un nuevo fundamento en el principio de la igualdad de competencia entre los agentes económicos que intervienen en un mercado, independientemente de su condición pública o privada”³⁸. Bertrand Dacosta, en sus conclusiones de la sentencia *Société Armor SNC*, dice que no hay diferencia³⁹. El principio de no intervención está ahora enterrado. El Consejo de Estado ha elaborado incluso una guía de la acción económica de las entidades públicas⁴⁰.

³² Ver Conseil d'État, 29 mars 1901, *Casanova*, n° 94580.

³³ Ver A. MATER, «Le municipalisme et le Conseil d'État», *Revue d'économie politique*, 1905, p. 324.

³⁴ Ver Conseil d'État, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. Lebon, p. 583.

³⁵ V. Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531.

³⁶ Ver Conseil d'État, Sect., 16 octobre 2000, lecture du 8 novembre 2000, n° 222208, *Société JeanLouis Bernard Consultants*.

³⁷ Ver Conseil d'État, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563. Ver también Conseil d'État, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n° 324156 : “La mera candidatura de una persona pública, respetando las normas de la competencia, para la adjudicación de un contrato público, no está sujeta a la falta de iniciativa privada, ni, como se ha dicho, a la existencia de un interés público”.

³⁸ Ver «Conclusions sur Conseil d'État, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*», RFDA, 2001 p. 106.

³⁹ Ver conclusions sur Conseil d'État, Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563, RFDA, 2015 p. 57

⁴⁰ Ver Conseil d'État, *Guide des outils d'action économique*, La Documentation française, 2018.

Pero lo más llamativo es, sin duda, la consagración de un *orden público inmaterial*, es decir, una moral administrativa que las autoridades policiales deben, por tanto, hacer respetar. Mientras que el objetivo de la policía administrativa liberal era salvaguardar la libertad apuntando sólo a los disturbios que el ejercicio de las libertades podía generar, la integración de la salvaguardia de la dignidad humana en los objetivos de la policía con la sentencia de la *Comuna de Morsang-sur-Orge*⁴¹ cambia radicalmente el espíritu de la policía. Los padres fundadores del Derecho administrativo habían hecho del orden público un orden material y externo, precisamente para salvaguardar la libertad e impedir que las autoridades policiales instituyeran un orden moral en cada municipio. Hay que reconocer que el Consejo de Estado nunca fue completamente claro sobre la moralidad incluso antes de la sentencia mencionada, como muestra (TEITGEN, 1934) en su tesis sobre la policía municipal⁴². Del mismo modo, la jurisprudencia de la *Société Les films Lutétia*⁴³, que permite a los alcaldes prohibir la proyección en su municipio de ciertas películas susceptibles de crear perturbaciones, es muestra clara de preocupaciones morales. Sin embargo, esta jurisprudencia se limitaba a ámbitos específicos (cine) o a casos concretos. De ahora en adelante, las preocupaciones morales son parte integral del orden público. El paternalismo expresado por el Comisario del Gobierno, Frydman, en sus conclusiones, en las que no duda en establecer un paralelismo con el nazismo al hablar de “Untermensch”, es sintomático del nuevo orden moral nacido en el período posterior a la Guerra Fría con la caída del Muro de Berlín⁴⁴. Asimismo, la relectura de la ley de 1905 en el momento del asunto del pesebre de Navidad, contra la letra de un texto perfectamente claro y central en la tradición republicana francesa, implica un retroceso en la neutralidad confesional del Estado⁴⁵.

⁴¹ Ver Conseil d'État, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*. Los alcaldes de Morsang-sur-Orge y Aix-en-Provence habían prohibido los espectáculos de lanzamiento de enanos que iban a tener lugar en las discotecas de sus municipios. El Consejo de Estado sentenció que el respeto a la dignidad humana es un componente del orden público. Por consiguiente, la autoridad policial municipal puede prohibir una atracción que atente contra el orden público, incluso en ausencia de circunstancias locales específicas, ejerciendo su poder de policía general.

⁴² Ver Pierre-Henri TEITGEN, *La Police municipale: étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Libr. du Recueil Sirey, 1934.

⁴³ Ver Conseil d'État, 18 décembre 1959, *Société Les films Lutétia*, n° 36385.

⁴⁴ Ver Patrick FRYDMAN, “L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des ‘lancers de nains’”, *RFDA*, 1995, p. 1204.

⁴⁵ Ver Conseil d'État, Ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun c. Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122 y Conseil d'État, Ass., 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223. El Consejo de Estado aclara las condiciones de legalidad de la instalación temporal de belenes por parte de personas públicas. Este recuerda el alcance del principio de laicidad, que crea obligaciones para las entidades públicas, exigiéndoles que, para asegurar la libertad de conciencia y garantizar el libre ejercicio del culto, se garantice la neutralidad de los agentes y servicios públicos con respecto a las religiones, en particular no reconociendo ni subvencionando ninguna religión. El Consejo de Estado dictaminó que el art. 28 de la Ley de 1905, que aplica el principio de neutralidad, prohíbe la instalación por parte de personas públicas de signos o emblemas que manifiesten el reconocimiento de una religión o marquen una preferencia religiosa. Debido a la multiplicidad de significados de los belenes, que tienen un carácter religioso, pero también son elementos de decoración

Los límites de la acción administrativa han cambiado profundamente. El Consejo de Estado ha renunciado a contener la intervención del Estado, e incluso la promueve (recordemos aquí que la protección del orden público no es una opción sino una obligación) y es un verdadero principio de intervención el que rige la acción administrativa. ¿Pero qué tipo de intervención? El contenido de la acción pública ha cambiado. Foucault ve en el neoliberalismo una respuesta a esta pregunta: “¿Cómo se puede regular el ejercicio total del poder político sobre los principios de la economía de mercado?”⁴⁶ (BOURDIEU, 1998) no está lejos de la misma idea cuando dice que el objetivo final del neoliberalismo es destruir “todas las estructuras colectivas capaces de impedir la lógica del mercado puro”⁴⁷. El teórico más influyente y visible sobre el uso de los mecanismos de mercado para controlar los servicios públicos es (LE GRAND, 2007), autor de un libro con el título elocuente, *La otra mano invisible, que proporciona servicios públicos a través de la elección y la competencia*⁴⁸. En 1991, este autor definió la noción de cuasi-mercado para reunir bajo este término una serie de políticas públicas cuyo objetivo era reconfigurar la acción pública para imitar los mecanismos del mercado con el fin de disciplinar los servicios públicos y permitirles ser más eficientes. El establecimiento de un cuasi-mercado consiste en un cambio en el papel del Estado, que deja de ser a la vez el financiador y el proveedor del servicio⁴⁹. El Estado se limita al papel de financiador para poder poner en competencia a los diferentes proveedores.

La acción económica de los organismos públicos se orienta hoy en día hacia la construcción de mercados. No tenemos aquí lugar para estudiar el papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la aclimatación del razonamiento competitivo en Francia, en todo caso se puede hacer referencia a la tesis de (MADDALON,

profana instalados para las fiestas de fin de año, el Consejo de Estado dictaminó que su instalación temporal por iniciativa de una persona pública, en un lugar público, es legal si tiene un carácter cultural, artístico o festivo, pero no si expresa el reconocimiento de un culto o una preferencia religiosa.

⁴⁶ Ver Michel FOUCAULT, *op. cit.* (n. 1), p. 136.

⁴⁷ Ver Pierre BOURDIEU, “Le néo-libéralisme, utopie (en voie de réalisation) d’une exploitation sans limites”, *Le Monde diplomatique*, mars 1998.

⁴⁸ Ver Julian LE GRAND, *The other invisible hand: delivering public services through choice and competition*, Princeton University Press, 2007; Ver también Jenifer DIXON, Julian LE GRAND, Peter SMITH, *Can market forces be used for good?* Kings Fund, 2003; Julian LE GRAND, “Quasi-Markets and Social Policy”, *The Economic Journal*, núm. 408, vol. 101, 1991, pp. 1256-1267; Sobre la noción de la elección en el pensamiento de la tercera vía ver Jérôme TOURNADRE-PLANCQ, *Au-delà de la gauche et de la droite, une troisième voie britannique?*, Dalloz, 2006.

⁴⁹ Ver la definición de Julian LE GRAND: “All these reforms had a fundamental similarity: the introduction of what might be termed ‘quasi-markets’ into the delivery of welfare services. In each case, the intention is for the state to stop being both the funder and the provider of services. Instead it is to become primarily a funder, purchasing services from a variety of private, voluntary and public providers, all operating in competition with one another. The method of funding is also to change. Resources are no longer to be allocated directly to providers through a bureaucratic machinery. In some cases, the state continues to act as the principal purchaser, but resources are allocated through a bidding process. In other cases, an earmarked budget or ‘voucher’ is given directly to potential users, or to agents acting on their behalf, who can then allocate the budget as they choose between the competing providers” (“Quasi-Markets and Social Policy”, p. 1257).

2007)⁵⁰, pero aún no se ha estudiado bien la forma en que los conceptos han podido migrar. Nos limitaremos a la jurisprudencia del Consejo de Estado. En el Derecho francés es bien conocida la evolución que ha llegado a consagrar el concepto de mercado en el Derecho administrativo. La sentencia que inaugura este cambio es de 1997, *Millions et Marais* 51, a la que seguirán la decisión de la *Société EDA* 52 y el dictamen de la *Société L et P Publicité SARL* 53 y la *Société Jean-Louis Bernard Consultants* 54. El Consejo de Estado somete ahora toda la actividad administrativa al respeto de la integridad del mercado: “Una vez aceptada en principio [el juez del Tribunal Supremo], dicha intervención no debe realizarse de manera que, por la situación particular en que se encuentra este ente público en relación con los demás operadores que operan en el mismo mercado, distorsione el libre juego de la competencia en el mercado”. La introducción de la competencia como objetivo general de la actuación administrativa es muy visible en la citada sentencia de la *Société EDA*, ya que es la que fija los objetivos de la Administración cuando gestiona el dominio público, es decir, los bienes que son de todos y que la Administración debe gestionar en interés de todos. El juez administrativo afirma que: “Considerando que si a la autoridad administrativa que asigna las dependencias de dominio público le corresponde gestionarlas tanto en interés del dominio y su asignación como en el interés general, también le corresponde cuando, de acuerdo con la asignación de estas dependencias, son sede de actividades de producción, distribución o servicio, tomar las medidas necesarias para que el dominio público no sea utilizado para ningún otro fin, distribución o servicios, para tener en cuenta las distintas normas, como el principio de libertad de comercio e industria o la Ordenanza del 1 de diciembre de 1986 [la Ordenanza que creó el Derecho de la competencia en Francia], en cuyo marco se desarrollan estas actividades”⁵⁵.

El neoliberalismo cambia así el contenido de la acción hacia la competencia. “Este nuevo papel del Derecho de la competencia aparece en dos ámbitos: por un lado, en el Derecho de la regulación y, por otro, en el Derecho de la contratación pública. La regulación es un claro ejemplo de cómo el imperativo de la competencia se ha convertido en el centro de la regulación de los servicios públicos”⁵⁶. Esto también se ve claramente en el papel central que desempeña ahora la legislación sobre contratación pública. También se observa en la búsqueda cada vez mayor de rentabilidad⁵⁷

⁵⁰ Ver Philippe MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, 2007.

⁵¹ Conseil d’État, 3 novembre 1997, *Société Yonne Funéraire, Société Interarbres, Société Million et Marais*, n° 169907.

⁵² Conseil d’État, 26 mars 1999, *Société EDA*, n° 202260.

⁵³ Conseil d’État, 22 novembre 2000, *Société L et P Publicité SARL*, n° 223645.

⁵⁴ Conseil d’État, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208.

⁵⁵ Ver Conseil d’État, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531.

⁵⁶ Una crítica a la regulación en Francia : Bruno DEFFAINS y Thomas PERROUD, “La régulation”, en Jean-Baptiste RACINE (dir.), *Le droit économique au XXI^e siècle. Notions et enjeux*, LGDJ, 2020.

⁵⁷ Sébastien BERNARD, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, 2001.

del dominio público a través del requisito de valorización que el Código General de la Propiedad de las Personas Públicas ha integrado. Los objetivos de la acción administrativa se han visto así profundamente alterados y el sistema de acción pública se ajusta cada vez más a la lógica de la empresa⁵⁸.

La jurisprudencia muestra así que el paradigma jurídico ha cambiado. La acción de las personas públicas debe incorporar el principio de la libre competencia, que se traduce necesariamente en un estrechamiento de los derechos de los usuarios.

Por tanto, podemos ver que el Derecho administrativo contemporáneo ha renunciado a contener la intervención del Estado mediante un acceso “precarizado” al juez, para utilizar el término de (DEFOORT, 2018)⁵⁹. Se trata de un Derecho intervencionista orientado a la creación y al buen funcionamiento de los mercados. La naturaleza antidemocrática de este Derecho aún no ha sido estudiada.

3. LAS CARACTERÍSTICAS ANTIDEMOCRÁTICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO

El carácter antidemocrático del Derecho administrativo contemporáneo se debe, por una parte, a varios elementos de la nueva legalidad y, por otra, a nuevos modos de actuación que sustraen a la Administración del control democrático (aquí se mencionará el papel de las autoridades administrativas independientes, el fenómeno de la privatización y, por último, la figura del Estado accionista)⁶⁰.

El Consejo de Estado está llevando a cabo un replanteamiento de la jerarquía de las normas en detrimento del poder legislativo. Desde la Tercera República, el Consejo de Estado ha construido su legitimidad sobre la ley. El recurso por exceso de poder tenía, pues, por objeto garantizar la preeminencia de la voluntad del legislador sobre la acción de la Administración. Todas las herramientas estaban en su lugar para asegurar el respeto a la voluntad del Parlamento. A partir de finales de los años ochenta, el Consejo de Estado multiplicó las hipótesis en las que era posible neutralizar la expresión de la voluntad general. Primero, por supuesto, asegurando la preeminencia del Derecho internacional, comenzando con la sentencia *Nicolo 61*, y luego del Derecho de la Unión Europea. Este elemento de la legalidad neoliberal, es decir, la reconstrucción de la jerarquía de las normas desde arriba es, en efecto, bien conocido. Lo que no está suficientemente estudiado, por otra parte, es la consecuencia de

⁵⁸ Ver Jacques CHEVALLIER, “La juridicisation des préceptes managériaux”, *Politiques et Management Public*, núm. 4, vol. 11, 1993, pp. 111-134; Jacques CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2017; Jacques CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif*, PUF. Presses Universitaires de France, 2008.

⁵⁹ Benjamin DEFOORT, “Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents”, *RFDA*, 2018, p. 1071.

⁶⁰ El debilitamiento de las consultas públicas en el marco de la Ley ESSOC emana de esa misma tendencia.

⁶¹ Ver Conseil d'État, 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec. Lebon*, p. 190.

esta jurisprudencia en las relaciones de poder. La supremacía del Tratado significa un fortalecimiento del ejecutivo y de la Administración diplomática en relación con el legislativo, que solo tiene derecho de veto en el sistema del art. 53 de la Constitución francesa. El legislador queda fuera de las negociaciones diplomáticas. Por lo tanto, este cambio coloca una vez más al ejecutivo en el centro de la acción pública y refuerza aún más el poder de la Administración.

La reconstrucción de la jerarquía de las normas, que se traduce en el ensordecedor clamor del legislador, se refleja todavía en el desarrollo del control inconcreto, inaugurado por el Consejo de Estado en la sentencia *Mme. González-Gómez* 62. Este caso es interesante porque permite al juez, en el marco de un control de convencionalismo clásico, neutralizar la aplicación de la ley en un marco concreto, porque considera que, en este supuesto específico, la aplicación de la ley tendría efectos excesivos con respecto a los derechos fundamentales. El caso se refería a una solicitud a la Administración francesa para realizar una inseminación *post-mortem* en España. Sin embargo, la ley prohibió la exportación de gametos para realizar este tipo de procedimiento, que está prohibida en Francia. El juez considera aquí que puede desestimar la solicitud en este caso. En otras palabras, el control en concreto creará tantas micro jerarquías de normas como casos haya. Menos conocida es la reconstrucción de la jerarquía de las normas de abajo hacia arriba, que no es solo obra del Consejo de Estado. En ciertas esferas técnicas en las que hay mucho en juego, como el Derecho urbanístico o el Derecho fiscal, o en el Derecho laboral, se trata de una verdadera reconstrucción de la jerarquía de las normas de abajo hacia arriba, lo que se logra limitando los efectos de la ley hacia abajo⁶³. En materia fiscal, la organización de la neutralización de la ley es antigua, ya que se remonta a 1927, y permite que una posición de la Administración prevalezca sobre la ley⁶⁴. Pero, recientemente, la práctica de la reincorporación⁶⁵ en materia fiscal, social y financiera, que permite al ciudadano pedir a la Administración que se pronuncie sobre la interpretación de una norma, refuerza el dominio de las normas inferiores de la jerarquía de las normas sobre las que delibera la comunidad. El programa de simplificación iniciado en 2004⁶⁶

⁶² Conseil d'État, 31 mai 2016, *Mme Gonzalez-Gomez*, RFDA, 2016, p. 755.

⁶³ En el Derecho urbanístico, la regla de compatibilidad limitada se denomina y se define de la siguiente manera: "La regla de compatibilidad limitada en el Derecho urbanístico es una regla que rige la articulación de las normas urbanísticas de los diferentes niveles jerárquicos. Significa que, en caso de superposición de más de dos normas de planificación en el mismo territorio, la norma inferior debe ser compatible solo con la inmediatamente superior. Esta norma, que deroga la ley ordinaria de la jerarquía de las normas, tiene su origen en el informe del Consejo de Estado, *Urbanismo para un derecho más eficaz* (Henri JACQUOT, "Sur la règle de la compatibilité limitée en droit de l'urbanisme", en *Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 607). Ver también Jérôme TRÉMEAU, "L'urbanisme et le Palais-Royal", en *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2008, pp. 1049-1062.

⁶⁴ Ver Fanny GRABIAS, *La tolérance administrative*, Dalloz, vol. 173, 2018, p. 49.

⁶⁵ Ver Benoît PLESSIX, "Le rescrit en matière administrative", *Revue juridique de l'économie publique*, núm. 657, 2008; Benoît PLESSIX, "Le droit à l'erreur et le droit au contrôle", RFDA, 2018, pp. 847; Anne-Laure GIRARD, "Le rescrit", RFDA, 2018, pp. 838.

⁶⁶ Ver Ley del 9 de diciembre 2004 de simplificación del Derecho, que faculta al Gobierno para adoptar por ordenanza cualquier medida que "permita al contribuyente acogerse a la doctrina y a las

relanzó este movimiento, aun cuando la preferencia por la reincorporación se reavivó desde el decenio de 1990⁶⁷.

El Derecho laboral también ha experimentado recientemente un proceso de inversión de la jerarquía de las normas. Dado que este Derecho ha estado sujeto durante mucho tiempo a normas de conflicto específicas⁶⁸, la reforma conocida como El Khomri instituyó “micro jerarquías”, “micro órdenes” entre los diferentes tipos de actos que se encuentran en este campo⁶⁹. En este campo, se puede encontrar el análisis *bourdieiano* que identifica el neoliberalismo a través de la influencia de los economistas, porque son estos últimos los que han proporcionado la justificación científica de estos cambios. Gilbert Cetté y Pierre Cahuc han llegado incluso a militar por la ruptura de la jerarquía de las normas⁷⁰. El informe del consejero de Estado Jean-Denis Combrexelle ratifica este enfoque⁷¹.

Hoy en día hay muchas técnicas legales para privar a la ley de cualquier mordacidad, para neutralizar la ley, como lo ilustra la creación de un derecho al error, que permite privar a la ley de sanción⁷².

El derecho al error demuestra el fracaso del proceso de simplificación. La idea defendida por ciertos consejeros de Estado como Thierry Tuot, es por tanto privar de efecto a la ley, ya que no es posible simplificarla⁷³. Esta es la forma que está tomando la desregulación al introducir este Derecho administrativo “líquido”, para usar la expresión de Gilles Dumont⁷⁴.

También nos hemos referido con anterioridad a la mitigación del alcance de las irregularidades de procedimiento, lo que en nuestra opinión está en el mismo espíritu. La misma tendencia se observa en el litigio contractual: el nuevo recurso de terceros contra los contratos administrativos ha llevado al juez a considerar

decisiones de la administración relativas a la base imponible de los derechos e impuestos recaudados y recuperados de conformidad con lo dispuesto en el Código de Aduanas” (art. 24, 6o) y “permitir que los contribuyentes se acojan a las circulares e instrucciones ministeriales emitidas; permitir que los contribuyentes invoquen la interpretación de la agencia de recaudación sobre su situación con respecto a la legislación relativa a las contribuciones y gravámenes de la seguridad social” (art. 52, 1o y 2o). Véase la Orden de 6 de junio de 2005 en materia social. Y ver Pascale DEUMIER, “La ‘doctrina administrativa’: una interpretación oponible”, *RTD civ.* 2006, p. 69.

⁶⁷ Bruno OPPETIT, “La résurgence du rescrit”, *Dalloz*, 1991, pp.105.

⁶⁸ Cass. soc., 17 juillet 1996, GADI, 2008, 4e éd., n° 180: “En caso de conflicto de normas, es la más favorable al trabajador la que debe ser aplicada”; Ver Pascale DEUMIER, *Introduction au droit*, LGDJ, 2017.

⁶⁹ Las dos expresiones son de Florence CANUT y Frédéric GÉA, “Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie)”, *Droit social*, 2016, p. 1038.

⁷⁰ Ver Gilbert CETTE, «On n’a pas tout fait contre le chômage de masse», *Le Monde Économie*, 4 mars 2017. Y ver la respuesta de Pierre CAHUC: <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/e12b1313-68f0-4159-b870-50bfd054db5/files/dff6e0bf-ee60-4264-abf1-bfef2c9a72ed>.

⁷¹ Jean-Denis COMBREXELLE, *La négociation collective, le travail et l’emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, septembre 2015.

⁷² Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d’une société de confiance.

⁷³ Gilles DUMONT, «La loi ESSOC, révolution ou involution ? », cit.

⁷⁴ *Ibid.*

que los defectos en la celebración del contrato no conducen necesariamente a su invalidez⁷⁵.

De este modo, la fuerza de la ley se debilita considerablemente, disminuyendo así la capacidad de la comunidad nacional para decidir su propio destino. Estos no son los únicos aspectos antidemocráticos del Derecho administrativo contemporáneo. Desde el decenio de 1980, la Administración ha venido desarrollando *modos de acción* que escapan al *control parlamentario*. Queremos mencionar tres de ellos: el surgimiento de autoridades administrativas independientes, la privatización de las funciones del Estado y, por último, el desarrollo de un Estado propietario o contratante.

El surgimiento de autoridades administrativas independientes (AAI) en la organización administrativa es una característica bien conocida. El objetivo es aislar la regulación de un sector de la influencia de los políticos electos y sustituirla por la influencia política de los administradores. La ideología no está, por supuesto, ausente en estos organismos, como ha demostrado Bruno Deffains con respecto a la apertura del mercado de las telecomunicaciones a un cuarto operador⁷⁶. La ideología pro-competitiva es claramente visible en las palabras de los presidentes de estas agencias⁷⁷. Recientemente el Parlamento, y en particular el Senado, ha mostrado su voluntad de retomar el control de las AAI mediante la promulgación de un estatuto, pero sin cuestionar fundamentalmente este modo de acción pública.

La privatización de las funciones del Estado es también un medio de eliminar el ejercicio de ciertas funciones de los mecanismos de responsabilidad democrática. Después de una ola de privatizaciones en los años ochenta, Francia reanuda este movimiento, pero esta vez en ámbitos que van al corazón de la soberanía. Los Estados Unidos, por su parte, han tenido que hacer frente a un fenómeno masivo desde el decenio de 1980: la privatización de las prisiones, la policía, los ejércitos, las ciudades, los espacios públicos, los servicios públicos, de funciones públicas e incluso la reglamentación (con el uso masivo de normas privadas). El Reino Unido siguió un movimiento similar. Francia está protegida desde hace mucho tiempo por una concepción de las potestades soberanas que ha permitido consagrar ciertas competencias en el seno del Estado, aunque el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional se hayan esforzado por neutralizar el párrafo 9 del Preámbulo de la Constitución de 1946 con

⁷⁵ Conseil d'État, Ass., 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*; Pierre DELVOLVE, "Les limitations dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Des arguments pour ?", *RFDA*, 2018, pp. 665 y ss.

⁷⁶ Bruno DEFFAINS, *Choc sur le marché des communications mobiles: l'impact sur l'emploi*. ERMES. Panthéon-Assas, coll. « Document de recherche », avril 2012 ; « Free : quand l'idéologie de la concurrence dessert l'économie », *Les Échos*, 11 juin 2012 (<http://lecercle.lesechos.fr/entreprises-marches/high-tech-medias/autres/221147781/free-quand-lideologie-concurrence-dessert-leco>).

⁷⁷ Véase, por ejemplo, la entrevista con Philippe de Ladoucette, ex presidente de la Comisión de Regulación de la Energía: "Adhesión al mercado y construcción europea. Vine a la CRE porque fundamentalmente creo en una economía competitiva. Es un medio para cambiar ciertos aspectos de la sociedad francesa, que está demasiado atascada en viejos mecanismos" (Philippe de LADOUCETTE, "La France a un problème avec la concurrence", *Contexte Énergie*, 3 de febrero de 2017, observaciones recogidas por Julian SCHORPP, Victor ROUX-GOEKEN y Simon PRIGENTE).

el fin de autorizar las privatizaciones de los años ochenta y 2000 (en particular de las autopistas, que fue un fracaso⁷⁸). El Consejo de Estado, al igual que el Consejo Constitucional, se aseguró, sin embargo, de que las potestades inherentes al Estado permanecieran en el seno del Estado, aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, de hecho, muy fluctuante en este punto⁷⁹. La permanencia de esta jurisprudencia puede hoy en día ser seriamente cuestionada en un momento en que las autoridades locales están privatizando los parquímetros, las multas de aparcamiento y las multas por exceso de velocidad. En cada caso, el argumento esgrimido es el de la eficiencia: proporcionaría un servicio de mejor calidad al mejor costo, resultado que ha sido fuertemente cuestionado por las principales investigaciones⁸⁰. En el caso americano, un importante libro de Jon Michaels documenta los efectos antidemocráticos de este movimiento⁸¹. La tendencia contemporánea a fusionar el mercado y el Estado, o, en palabras de Michaels, a hacer del gobierno un “negocio politizado”, tiene el efecto de marginar la experiencia de los funcionarios públicos y el papel de la sociedad civil en el desarrollo de la política pública, haciendo que el Estado sea más autoritario. Esta es la contribución decisiva de Michaels: “La mezcla de las fuerzas del gobierno y del mercado conduce a un aumento del poder del Estado a expensas del sector privado, amenazando con desestabilizar el orden democrático liberal. Más fundamentalmente, esta mezcla aumenta el poder del ejecutivo a expensas del Congreso y de la administración pública, amenazando la separación constitucional y administrativa de los poderes”⁸². En otras palabras, el ideal de gobierno limitado es contradictorio con el de gobierno privatizado porque las funciones privatizadas quedan fuera de los modos de control elaborados por las teorías constitucionales y administrativas tradicionales. Estas funciones van también más allá de los mecanismos del Derecho privado, que deben tenerse en cuenta en una reflexión sobre la lucha contra la arbitrariedad privada. La privatización de las funciones del Estado tiene por objeto privar a la sociedad de los medios para controlar el Estado y dirigir su política. Hace que los ciudadanos estén aún más alienados de su Estado y por tanto revela la verdadera naturaleza de este proceso: es un proceso de alienación política.

Queremos terminar este panorama mencionando una figura contemporánea de la acción pública en el campo económico: el Estado como accionista. Esta figura coloca el derecho de propiedad en el centro de la acción pública. Desde el decenio de 2000, el Estado ha hecho hincapié en esta función frente a las empresas de servicios

⁷⁸ Los informes públicos de la Autoridad de la Competencia y del Tribunal de Cuentas han puesto de manifiesto las elevadísimas ganancias de estas empresas, que se explican por un fuerte aumento del importe de los peajes, sin relación con los costes. Por tanto, la privatización de un monopolio ha dado a estas empresas el poder de extraer rentas de los usuarios.

⁷⁹ Ver Conseil d'État, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*; Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

⁸⁰ Ver Christopher HOOD, Ruth DIXON, *A Government that Worked Better and Cost Less?: Evaluating Three Decades of Reform and Change in UK Central Government*, Oxford, 2015.

⁸¹ Ver Jon MICHAELS, *Constitutional Coup, Privatization's Threat to the American Republic*, Harvard University Press, 2017.

⁸² *Ibid.*, p. 126.

públicos. La Agencia de Participaciones del Estado fue creada por un decreto del 9 de septiembre de 2004⁸³. Esta agencia es responsable de los intereses de propiedad del Estado. Por consiguiente, se está desarrollando un tipo de intervención cuyo principio es el derecho de propiedad del Estado y que requiere que los servicios públicos participen en el desarrollo de los bienes del Estado. Este tipo de acción también se aparta de los mecanismos tradicionales de rendición de cuentas: el Parlamento difícilmente puede entender la acción cotidiana de este órgano, que sin embargo tiene un impacto decisivo en la estrategia de los servicios públicos y sus acciones no son justiciables. En el caso del aeropuerto de Toulouse, que no es ciertamente indiferente al tema de estas líneas, vimos a la Agencia Estatal de Participaciones firmar un acuerdo de accionistas en el que el Estado vinculaba su voluntad a la del comprador:

2.2 Decisiones de la Junta de Supervisión.

2.2.1 El Estado y el Comprador se comprometen a consultarse mutuamente a fin de buscar una posición común antes de cualquier reunión de la Junta de Supervisión sobre todos los temas del orden del día de la reunión y harán todo lo posible por llegar a una posición común.

2.2.2 El Estado ya se compromete a no obstaculizar la adopción de las decisiones tomadas de acuerdo con el proyecto industrial desarrollado por el Comprador en su Oferta y, en particular, las inversiones y presupuestos de acuerdo con las directrices de esta Oferta.

2.2.3 El Estado francés se compromete también, salvo motivo legítimo, a votar en el Consejo de Supervisión de la misma manera que el Comprador para las decisiones importantes.

2.2.4 Los miembros del Consejo de Supervisión designados por las Partes votarán siempre en interés de la Sociedad.

2.3 Comité de Inversiones El Consejo de Supervisión tendrá un Comité de Inversiones, y las Partes se comprometen a votar a favor del candidato al puesto de Presidente de este Comité propuesto por la Communauté Urbaine Toulouse Métropole. La composición y las facultades del Comité de Inversiones serán especificadas por la Junta de Supervisión.⁸⁴

¿El Estado sigue siendo el accionista? La lectura de este pacto de accionistas muestra claramente cómo el Estado, como propietario, puede vincular su voluntad a la del particular. Se compromete aquí a conformar su voluntad a la del inversor, es una especie de última etapa de la privatización del Estado.

En definitiva, este breve ensayo ha intentado comprender lo que el neoliberalismo podría significar en el Derecho administrativo (o cómo el neoliberalismo ha impactado en el Derecho administrativo). Nuestro método consiste en identificar cuál era el espíritu del Derecho administrativo clásico para mostrar las evoluciones estructurales que conocemos hoy en día. Parece que hay dos rasgos principales que caracterizan a este Derecho administrativo neoliberal: es antiliberal y antidemocrático. La Administración neoliberal es una Administración más fuerte y menos controlada.

⁸³ Ver Décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'État.

⁸⁴ Ver Laurent MAUDUIT, "Aéroport de Toulouse : les preuves du mensonge", Médiapart, 7 décembre 2014 (https://www.mediapart.fr/s.acces-distant.sciences-po.fr/journal/france/071214/aeroport-de-toulouse-les-preuves-du-mensonge?page_article=2).

4. BIBLIOGRAFÍA

- Serge AUDIER, *Néo-libéralisme(s)*, Grasset et Fasquelle, 2012.
- Denis BARANGER, «Retour sur Dieudonné», *RFDA*, 2014, pp. 525 y ss.
- Pierre BOURDIEU, «Le néo-libéralisme, utopie (en voie de réalisation) d'une exploitation sans limites» *Le Monde diplomatique*, mars 1998. <https://www.monde-diplomatique.fr/1998/03/BOURDIEU/3609>.
- Wendy BROWN, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone Books, New York, 2017.
- Jacques CAILLOSE, «Le néolibéralisme, la réforme administrative et son droit», en Fabien BOTTINI, *Néolibéralisme et droit public*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare et Martin, 2017.
- Paul CASSIA, «Le Conseil d'État abîme les principes de légalité et de sécurité juridique», *Le Blog de Paul Cassia*, Paris, 22 mai 2018.
- Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, Paris, 1970.
- Benjamin DEFOORT, «Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents», *RFDA*, 2018, pp. 1071 y ss.
- Bernard E. HARCOURT, «Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy», *Theoretical criminology*, núm. 14, 2010, pp. 74-92.
- Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Tenin, Paris, 1916.
- Julien LE GRAND, *The other invisible hand: delivering public services through choice and competition*, Princeton University Press, Princeton, 2007.
- Philippe MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2007.
- Jacques PETIT, «Les ordonnances Dieudonné: séparer le bon grain de l'ivraie», *AJDA*, 2014, pp. 866 y ss.
- Frédéric ROLIN, «Le droit administratif est-il au service du Grand Capital?», *AJDA*, 2016, pp. 921 y ss.
- Pierre-Henri TEITGEN, *La Police municipale: étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1934.

