

es inadmisibile, pues ninguna cláusula puede menoscabar el derecho de las autoridades municipales de reorganizar el servicio público de alumbrado. La propia idea del servicio público se opone a ello resueltamente (1).

## CAPITULO IV

### CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y SUPRESIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO.

*Crear* un servicio público es decidir que una determinada necesidad de interés general sea satisfecha mediante el *procedimiento del servicio público*.

*Organizar* un servicio público es formular las reglas generales según las que se regirá la actividad de ciertas personas

---

El Consejo de Estado ha interpretado esta cláusula de la siguiente manera : «El art. 17 del Convenio..., según los términos en que está redactado, reconoce a favor del concesionario del alumbrado por gas el derecho a proceder por sí mismo a la instalación del alumbrado eléctrico, si la sustitución la reclama la ciudad en la eventualidad prevista, pero *no regula las condiciones del funcionamiento del nuevo servicio*. A falta de cláusula contraria, deben ser las condiciones discutidas entre las partes, y a falta de acuerdo amigable ser fijadas por la jurisdicción competente, de manera que quede la explotación regularmente asegurada y normalmente remunerada. En ningún caso el concesionario del alumbrado por gas está obligado, bajo pena de ser privado del derecho de que goza según el art. 17, a aceptar ejecutar el nuevo servicio de conformidad a las ofertas hechas por un concesionario concurrente. Así, la ciudad no estaba autorizada por el contrato a imponer a la Compañía requirente las cláusulas de un convenio propuesto por un tercero. De lo que se desprende, que en las circunstancias del caso, la ciudad no estaba desligada de sus propios compromisos, como lo hubiera estado si la Compañía hubiese rehusado conformarse al art. 17; así, al conceder al señor M autorizaciones de vía pública para instalar el alumbrado eléctrico público y privado, ha lesionado los derechos de la Compañía del gas y debe indemnizar los daños que le ha ocasionado.

(1) Véase Hauriou, *Droit administratif*, 7.<sup>a</sup> ed., 1911, pág. 815, nota 1 : «Hasta ahora, el Consejo de Estado no aplica este sistema de opción más que en el caso en que el convenio celebrado por la Compañía del Gas no contiene cláusula referente al alumbrado eléctrico (cláusula de alumbrado mejor). Si el convenio contiene una cláusula de esta naturaleza, el Consejo estima que, habiéndose previsto la cuestión por las partes, hay que atenerse a lo estipulado. Pero estamos persuadidos que aun en este caso es pro-

o deberán ser administrados ciertos bienes. De una manera más precisa diremos que *organizar* es decidir que haya *servicio público puro y simple*, a cargo de tal patrimonio administrativo *general*, o *servicio público con afección de recursos*, o bien *establecimiento público*, es decir afección de un patrimonio propio; *organizar*, es también determinar si el servicio público habrá de ser explotado por *administración directa*, por *administración interesada* o por *concesión*; es, además, disponer que dicho servicio se sustraiga a la actividad concurrente de los particulares (*monopolio*) o se abandone al régimen de libertad; señalar el número, sistema de reclutamiento, separación, disciplina, competencia de los agentes que habrán de ponerse al frente de él (1), así como formular las reglas generales que habrán de aplicarse a los recursos o a las cosas afectas al servicio, dado caso de que esta afección se hubiese dispuesto. Tales son los *principales*—no los *únicos*—objetos de la *organización* de un servicio público.

*Suprimir* un servicio público es disponer que en lo sucesivo dejen de aplicarse las reglas especiales del procedimiento del servicio público a la satisfacción de *tal* necesidad de interés general. La *liquidación* de la organización anterior suscita delicados problemas.

La *creación*, la *organización* y la *supresión* de un servicio público versan, pues, sobre objetos diversos. Las dos primeras viven una vida íntima, pues la segunda es el complemento lógico y necesario de la primera.

La *naturaleza jurídica* de los actos de *creación*, *organización* y *supresión* es idéntica. La *creación*, *organización* y *supresión* de un servicio público se sintetizan en el establecimiento de *reglas generales obligatorias*; el acto que *crea*, que *organiza* o

---

cedente el sistema de opción, toda vez que muchas de estas cláusulas a que nos referimos son frutos de un espíritu demasiado hábil, y comprometen más de lo debido la libertad de la administración municipal. A nuestro juicio, siempre que la Compañía del Gas por una cláusula cualquiera pretenda restringir el derecho de la ciudad a procurarse un concesionario de luz eléctrica, la ciudad debe remontar su libertad invitando al concesionario del alumbrado por gas a que él mismo se encargue del suministro de la luz eléctrica».

(1) La designación de los individuos investidos de la función no forma parte de la organización del servicio público; el acto del nombramiento no tiene la misma naturaleza que la reglamentación *impersonal* y *general* relativa al personal. Véase más abajo.

que *suprime* un servicio público es, pues, una *ley* en el sentido material de la palabra (1).

Las únicas autoridades competentes para crear, organizar o suprimir un servicio público son las autoridades públicas que pueden formular reglas de derechos, es decir, leyes. Este principio no suscita dificultad alguna.

En el instante actual, las autoridades que en Francia gozan del poder de formular esta clase de reglas son : 1.º el *Parlamento* ; 2.º las *autoridades administrativas* (Presidente de la República, ministros, prefectos, alcaldes, consejos generales, consejos municipales, etc.)

Pero ¿cómo se hará entre estas autoridades el reparto de la competencia concerniente a la *creación, organización o supresión* de los servicios públicos? ¿Y cuál deberá ser respecto a estos distintos puntos de vista la extensión de su competencia?

Para resolver estas cuestiones es necesario, a nuestro juicio, distinguir cuidadosamente los actos de *creación, de organización y de supresión*.

## SECCION I

### Creación de un servicio público.

I.—*Crear* un servicio público significa declarar que habrá de aplicarse un conjunto de reglas especiales para la satisfacción de cierta exigencia de interés general. Véase una regla que por razón de su *importancia* cae bajo la competencia del Parlamento. La tradición francesa háse manifestado firme en este sentido. Por lo demás esta solución no es otra cosa que la consecuencia

---

(1) Duguit, *De la situation des particuliers a l'égard des services publics*, R. D. P. 1907, pág. 419, dice : El acto positivo que emana de los gobernantes o que se realiza en su nombre y que crea un servicio público y lo organiza, es intrínsecamente una ley. Tal acontece... no solamente con el acto que formula el principio, que reconoce la obligación para el Estado de cumplir una determinada misión y que a este efecto crea un servicio público, sino aun con todos aquellos actos que organizan los pormenores del servicio y señalan sus elementos materiales y personajes... Los actos que crean un servicio público y que regulan su funcionamiento, son leyes en sentido material, sea cual fuere el carácter de los órganos o de los agentes de que emanen y la forma ejecutiva de aquellos».

de otra regla vigente tanto en Francia como en la mayor parte de los Estados modernos, regla según la cual toda norma jurídica que aporta una modificación en la libertad personal de los ciudadanos, en su propiedad, en la libertad de comercio y de industria, o en el libre ejercicio de los cultos debe ser votada por el Parlamento. Como el procedimiento del servicio público implica *necesariamente* restricciones de este género, por eso la regla general que dispone la aplicación del sistema del servicio público para la satisfacción de cierto interés social deberá emanar no de las autoridades administrativas sino del Parlamento. Finalmente, justifica esta solución la idea de que es una cosa muy grave crear un servicio que si no va a estar *monopolizado*, sí va a hacer al menos una competencia quizá ruinosa a los particulares.

Tales son las razones por las cuales en el Derecho positivo francés el acto jurídico que *crea* un servicio público es una ley en sentido *material* y en sentido *formal*, esto es, una ley *votada* por las *Constituyentes* o por el *Parlamento ordinario*.

II.—El Parlamento goza de un poder *discrecional* de apreciación tocante al empleo del procedimiento del servicio público. Constituye este extremo un asunto *político*. Bajo el exclusivo control de la opinión pública determina el Parlamento si las circunstancias económicas, sociales o políticas aconsejan o no la adopción de dicho procedimiento. Las leyes constitucionales francesas no formulan, a este respecto, limitación alguna (1).

III.—El Parlamento puede crear un determinado servicio público disponiendo que cierta exigencia de interés social sea *obligatoriamente* atendida por el procedimiento del servicio público. Por ejemplo: telégrafos, teléfonos, correos, asistencia médica gratuita a los indigentes, etc.

Puede crear también un servicio público, cosa que ocurre

---

(1) No ocurre así en todos los países. En los Estados Unidos, por ejemplo, la Constitución federal o las Constituciones de los Estados contienen principios generales que se oponen a que el Parlamento federal o los Parlamentos particulares adopten el procedimiento del servicio público para satisfacer ciertas exigencias de interés social. Por ejemplo, la Constitución de ciertos Estados de la Unión americana prohíbe aplicar dicho procedimiento a las necesidades religiosas. Antes de votar una ley en este sentido sería preciso modificar la *Constitución*. No acontece esto en Francia. En la mayor parte de los Estados federales existe esta limitación en razón de la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados particulares. Véase Jêze, *Le Budget*, p. 529 y ss., y particularmente, p. 550 y ss.

frecuentemente, para la satisfacción de las exigencias sociales de *interés local*, autorizando a ciertas autoridades administrativas a que puedan utilizar dicho procedimiento. En este caso la creación de un servicio público sólo es definitiva cuando las *autoridades administrativas* competentes deciden hacer uso de dicha autorización que el Parlamento les confiere. La autoridad administrativa *no crea*, propiamente hablando, el servicio público. La creación la decide el Parlamento bajo una condición. La decisión de las autoridades administrativas realiza la condición establecida por el Parlamento.

Pongamos un ejemplo: La necesidad de protección contra el riesgo del incendio, según la ley municipal, puede ser satisfecha por el sistema del servicio público. *Pero el empleo de este procedimiento no se impone a las autoridades municipales.* El legislador ha dejado a los Consejos municipales en libertad para que organicen el servicio de incendio según el procedimiento que estimen más adecuado.

A la inversa, el Consejo municipal una vez que haya resuelto utilizar el procedimiento del servicio público puede cambiar de opinión, renunciando a él. En este caso la condición establecida por el Parlamento para la creación del servicio público deja de cumplirse; el servicio público desaparece *en la localidad*. En otros términos, no es necesaria la intervención *especial* del Parlamento para que en una determinada localidad exista el servicio público de extinción de incendio, y, a la inversa, la intervención del Parlamento no es necesaria tampoco para que deje de existir en cierto municipio dicho servicio público.

IV.—La ley que *crea* un servicio público puede estar concebida en términos *explícitos* o en términos *generales*.

El ejemplo más notable de una ley que en términos generales autoriza la *creación* de servicios públicos es la municipal de 5 de abril de 1884. El artículo 115 de esta ley prevé expresamente que los municipios puedan organizar «grandes servicios comunales» (1). El artículo 115 permite también a los Consejos municipales de varios municipios concertarse «al efecto de *emprender* o *conservar*, con los recursos de todos ellos, obras o *instituciones de utilidad común*». Estas últimas palabras autorizan expresamente la creación de servicios pú-

---

(1) Art. 115, § 2: «Otro tanto es necesario (la aprobación del prefecto) para los convenios concernientes a concesiones con monopolio, o para una duración de más de treinta años, de los grandes servicios municipales, así como para las tarifas y convenios relativos al servicio de pompas fúnebres».

blicos intermunicipales. Relacionemos ahora estos artículos con el 97 de la ley municipal relativo a policía municipal y podremos reconocer que la autorización general para crear servicios públicos existe para «todo cuanto concierne a la seguridad y facilidad de tránsito en las calles, plazas y vías públicas, o sea, lo relativo a la limpieza, alumbrado y buena disposición material de las mismas». En virtud de estas prescripciones generales pueden las autoridades municipales proceder a la creación del servicio público de limpieza, o de alumbrado, o de agua, o de transporte (omnibus, tranvías). Y del mismo modo dichas autoridades gozan en virtud de estas autorizaciones generales que la ley menciona del derecho de establecer servicios públicos para «la inspección de pesas y medidas y reconocimiento de los comestibles en venta» (servicio público de mataderos municipales (1), de laboratorios municipales); para «prevenir y hacer cesar... los accidentes y calamidades, tales como el incendio, las inundaciones, las enfermedades epidémicas o contagiosas (*servicio público de desinfección* (2), de estufas municipales, *servicio público de vacunación, servicio público de coches sanitarios*), las epizootias»; para «evitar los daños que ocasione la libertad de animales peligrosos» (*servicio público municipal de depósitos de perros, etc.*)

La jurisprudencia del Consejo de Estado interpreta muy ampliamente las disposiciones legales expresadas arriba, y en ellas encuentra una base sólida para la organización de todos los servicios públicos municipales cuyo verdadero objeto sea la satisfacción de una necesidad de interés general.

Sin embargo, el Consejo de Estado estima que esta creación general por el Parlamento de servicios públicos locales está

---

(1) Una ley de 8 de enero de 1905 reconocía expresamente la validez — que por lo demás nunca ha sido discutida — del servicio público de mataderos.

Art. 1.º «Los municipios, estén o no sometidos al impuesto de consumo, pero que posean un matadero público, tienen el derecho de imponer tasas...». Más aún: el art. 2 de la propia ley da carácter de monopolio a este servicio público. «El funcionamiento de todo matadero legalmente establecido en una localidad por cuenta de ésta o de una comunidad de municipios... lleva consigo de pleno derecho la supresión de cuantos mataderos particulares estén situados en el perímetro que determine el prefecto».

(2) Véase la ley de 16 de julio de 1913 que autoriza excepcionalmente a las localidades inferiores a 20.000 habitantes, a tener un servicio autónomo de desinfección.

limitada por ciertos principios fundamentales establecidos por el propio legislador, a saber, la libertad del comercio y de industria, el régimen de la libre concurrencia económica. De lo que se desprende, que las autoridades locales no pueden legalmente hacer uso de la autorización general y organizar un servicio público sino en tanto no se menosprecien estos principios fundamentales, lo que según el Consejo de Estado supone que la iniciativa particular, o no satisfaga plenamente o sólo dé una satisfacción muy incompleta a la necesidad de interés social de que se trate. Las autoridades locales, fuera de estas hipótesis no están facultadas para crear un servicio público.

La jurisprudencia del Consejo de Estado o la práctica administrativa nos ofrecen tres notables ejemplos en que con toda claridad se revela esta solución.

PRIMER EJEMPLO.— *Organización de un servicio público municipal de asistencia médica gratuita a todos los habitantes del municipio, ricos o pobres* (1).—El Consejo municipal de una localidad de Córcega—en la cual ejercían su profesión dos médicos—votó un crédito de 2.000 francos para retribuir el cargo de un médico municipal, que había de prestar gratuitamente sus servicios a todos los habitantes del municipio, fuesen pobres o ricos. Como vemos, dicho Consejo municipal organizaba un servicio público de asistencia médica gratuita. ¿Era esto legal? El Consejo de Estado respondió negativamente.

De una parte, no se pueden invocar en este caso los términos generales de la ley municipal. La ley municipal permite en verdad la organización de un servicio público con el objeto de prevenir o de combatir las epidemias. Pero, según el Consejo de Estado, la asistencia médica gratuita a todos los habitantes, ricos o pobres, no entra en la categoría de las medidas destinadas a prevenir o hacer cesar las epidemias. Las autoridades municipales sólo podrían organizar aquel servicio en el caso en que las circunstancias de hecho fuesen de tal naturaleza que la localidad no pudiese tener un médico residente o si se hallase situada muy lejos de todo centro en que hubiese médicos. De otra parte, la ley de 15 de julio de 1893 no ha organizado el servicio público de asistencia médica gratuita sino exclusivamente para los indigentes. Finalmente, según el Consejo de Estado, la creación de un servicio público de asistencia médica gratuita general lesiona

---

(1) C. de Est. 29 marzo 1901, Casanova, Rec., p. 333. Véase también la nota del profesor Mr. Hauriou en el Sirey, 1901-3-73.

el principio fundamental de la libertad de comercio y de industria.

Por todas estas razones, el Consejo de Estado, a instancia de un médico de la localidad y de algunos contribuyentes del municipio, declaró ilegal la creación de dicho servicio público. (1).

SEGUNDO EJEMPLO.—*Servicio público municipal de baños y duchas gratuitos* (2).—Con el objeto de fomentar en la población obrera, y especialmente entre los niños de las escuelas, los hábitos de limpieza y de higiene, el consejo municipal de París, organizó un servicio de baños populares, en piscinas, que sólo funcionó muy mediocrementemente. Pensóse entonces en instalar establecimientos de baños y de duchas si no completamente gratuitos al menos en unas condiciones sumamente módicas, logrando encontrar cierto favor en el público. El Consejo municipal votó una consignación de 150.000 francos para instalar en el antiguo mercado de Belleville un servicio público de baños y duchas gratuito, bajo la única reserva del pago de 0,10 francos por el alquiler de ropa blanca. ¿Era lícita la creación de un servicio municipal de este género? ¿El servicio público así organizado tenía base legal?

La Cámara sindical de los propietarios de baños de París

---

(1) C. de Est. 29 marzo 1901, *Casanova, Rec.*, p. 333: «El acuerdo impugnado no ha sido adoptado con el objeto de organizar la asistencia médica gratuita a los indigentes, de conformidad a la ley de 15 de julio de 1893. Si en circunstancias excepcionales están autorizados los Consejos municipales para procurar la asistencia médica a los habitantes que de ella están privados, del expediente resulta que ninguna de estas circunstancias dábase en Olmeto, donde ejercían su profesión dos médicos. De lo que resulta que el Consejo municipal de dicha localidad se ha excedido en sus atribuciones concediendo, por el acuerdo municipal impugnado, una remuneración anual de 2.000 francos a un médico municipal encargado de asistir gratuitamente a todos los habitantes, ricos y pobres, sin distinción...» El ministro del Interior, por el contrario, había sostenido previamente la legitimidad del acuerdo: «Si la ley de 15 de julio de 1893 —decía— ha hecho para el municipio obligatoria la asistencia a los individuos desprovistos de todo recurso, dicha ley no se opone a que una localidad conceda a un médico, a fin de lograr su residencia en la misma, una retribución fija con la condición de que preste asistencia a todos los habitantes sin distinción».

(2) C. de Est., 26 enero 1906: *Chambre Syndicale des propriétaires de bains, Rec.*, pág. 91. Véase nuestra nota en la *R. de Sc. et de lég. fin.*, 1906 pág. 60 y ss. En ella podrá verse un análisis de las conclusiones del comisario del Gobierno Teissier.



estimó ilegal este servicio público, pues menoscababa el principio de la libertad de comercio y de industria. Los propietarios de establecimientos particulares — decía aquella Cámara — soportan cargas e impuestos que no pesan sobre el municipio de París. En consecuencia, dicha Cámara impugnó por abuso de poder ante el Consejo de Estado, las resoluciones del prefecto del Sena, que ordenaban la adjudicación de las obras necesarias para la ejecución de los acuerdos del Consejo municipal.

El prefecto del Sena, a nombre del municipio, respondió que *en las condiciones como se había organizado dicho servicio* habíase limitado el Consejo municipal de París a establecer un *servicio público de higiene, que no lesionaba la libertad de comercio y de industria.*

El comisario del gobierno Teissier en sus conclusiones examinó con gran atención el problema jurídico del litigio. La jurisprudencia del Consejo de Estado—dijo él—se ha manifestado en el sentido de que la acción económica de un municipio *no es lícita* cuando entraña una *«intervención con el objeto de menoscabar voluntaria y sistemáticamente la libertad de comercio y de industria»*. El municipio no puede echar en la balanza industrial el peso de la riqueza colectiva, ni modificar artificiosamente las condiciones económicas que resultan del régimen de la libre concurrencia». Pero, añade Teissier, «conviene no olvidar que el Consejo de Estado excluye de esta doctrina los casos en que circunstancias excepcionales, un interés social capital, una autorización explícita o implícita del legislador, justifica la intervención de los poderes públicos locales. De esta suerte, las grandes aglomeraciones, expuestas a los graves peligros de epidemias, pueden justificar en el *interés de la salud pública* una intervención de esa índole con el objeto de asegurar la organización de ciertas industrias que serían poco remuneratorias si únicamente se les aplicase precios al alcance de las clases populares». Una ley de 3 de febrero de 1851 había incluso permitido al Estado subvencionar a los municipios que tomasen la iniciativa para crear establecimientos modelos para baños gratuitos, o por lo menos a precios reducidos. En estas circunstancias, concluyó Teissier, era perfectamente legal la organización de un servicio público municipal de baños y duchas.

Este razonamiento tan sólido y concluyente ha sido aceptado por el Consejo de Estado. De una parte, el legislador ha concedido autorización general—y aun especial, por la ley de 3 de febrero de 1851—para organizar servicios públicos municipales de higiene. El servicio tiene, pues, ya fundamento le-

gal. De otra parte, la organización de un servicio público municipal de baños y duchas *casi-gratuitos* no lesiona el principio de la libertad de comercio y de industria, pues este servicio lo utiliza una clientela completamente distinta de la que utiliza los establecimientos de baños, y en estas condiciones no se puede decir que el Consejo municipal «arroje en la balanza industrial el peso de la riqueza colectiva». El servicio de baños y duchas *en las condiciones como está organizado* es exclusivamente un servicio de higiene público (1), destinado a prevenir epidemias (2). Por lo demás, como se ha hecho observar (3), este servicio ha sido ya organizado en varias grandes ciudades.

TERCER EJEMPLO.—*Creación de una farmacia municipal.* (Dictamen del Consejo de Estado de 2 de agosto de 1894) (4).— En 1893 el Consejo municipal de Roubaix acordó «crear en dicha población una farmacia municipal», «cuyo titular sería designado por el Consejo municipal y retribuido con 3.500 francos anuales, pagaderos por meses». Se determinaba también que «dicha farmacia vendería los medicamentos al precio de costo, más los gastos de local y de personal». Los farmacéuticos de Roubaix reclamaron ante el prefecto, alegando que «este proyecto arruinaría su industria». El prefecto, de acuerdo con los deseos de los farmacéuticos, no aprobó el acuerdo municipal. El ministro del Interior, previa consulta del Comité de lo Con-

---

(1) Este es el argumento invocado por el ministro del Interior en las observaciones con que respondió al recurso: «En las condiciones como funciona, el establecimiento municipal de París tiene el carácter de una institución de higiene pública».

(2) C. de Est., 2 de febrero de 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains*, Rec., p. 91 y ss. *Rev. de Sc. et de lé. fin.*, 1906, p. 63: «Resulta del expediente que estos baños son gratuitos bajo la única reserva del pago de 0,10 francos por alquiler de ropa blanca, y, por consiguiente, no pueden estimarse como objeto de especulación mercantil. La instalación de este establecimiento no constituye sino una mejora introducida en el funcionamiento del servicio público de higiene, que ha sido, por lo demás, prevista por la ley de 3 de febrero de 1851. Por consecuencia, la Cámara sindical carece de acción para pretender se declare ilegal la creación del establecimiento de que se trata».

(3) El comisario del Gobierno hizo observar que un servicio análogo funcionaba en Reims, Roubaix, Lille y Montpellier.

(4) Véase sobre este extremo Nézard en la *R. de Sc. et de lég. fin.*, 1905, p. 304, nota 2. En dicho artículo podrá verse el texto de los diversos documentos oficiales relativos al asunto de la farmacia municipal de Roubaix.

tencioso se pronunció en el mismo sentido. El Consejo de Estado, a su vez, respondió el 2 de agosto de 1894 manifestando que «La fabricación, compra y venta de los medicamentos constituyen operaciones industriales o comerciales, extrañas a las atribuciones legales de los municipios».

Tales son las soluciones del Consejo de Estado en lo concerniente a la utilización por las autoridades locales del procedimiento del servicio público, soluciones que responden a un estado de espíritu particular tocante a los problemas *económicos y políticos*, y que si cambiase originaría una jurisprudencia distinta pero dotada de idéntico valor jurídico.

En efecto, en toda esta materia existen dos cuestiones de orden político o económico que dependen de la apreciación personal del juez y, por tanto, de sus opiniones económicas y políticas. Es la primera la de saber si las circunstancias de hecho hacen necesario un servicio público. Es la segunda la de averiguar si la organización de un servicio público lesiona o no en un caso determinado la libertad de comercio y de industria. Estas cuestiones pueden ser resueltas en sentido opuesto según la disposición espiritual de los jueces que de ellas conozcan. Jueces de formación intelectual económica diferente o de diferentes opiniones políticas darán con idéntica argumentación y con la misma buena fé soluciones completamente contrarias. En el instante actual componen el Consejo de Estado, en su mayoría, hombres de formación intelectual, en el orden económico, propia de una época en que dominaban las doctrinas de la economía ortodoxa, liberal, resueltamente hostil a los servicios públicos (1). De otra parte, desde el punto de vista político, no obstante el prurito de los Consejeros de Estado de no revelar sus ideas, no es dudoso que en su gran mayo-

---

(1) Este punto de vista individualista, que él acepta, lo expone muy claramente Hauriou en su nota en el Sirey, 1901-3-75: «La fórmula del C. de Est.—dice—significa desde luego que la organización de un nuevo servicio público debe ser una cosa excepcional. Normalmente la iniciativa privada provee a la satisfacción de las exigencias sociales. La regla es el predominio de la vida privada. La excepción son la vida y la actividad públicas. Las organizaciones administrativas no deben presentarse sino como remedios contra los desfallecimientos e insuficiencias de la actividad privada. Es innegable que esta concepción individualista, tan sabia, está en armonía con los principios fundamentales de nuestro derecho público». Estas proposiciones muestran que todo el razonamiento es de orden económico o político, pero no jurídico. Los estatistas, intervencionistas o socialistas podrían apropiárselo colocando negaciones en el lugar de las afirmaciones. Y, por lo demás, esto es lo que hacen.

ría no sienten simpatía alguna por las doctrinas socialistas o intervencionistas. En estas condiciones se explica perfectamente que la apreciación de las circunstancias de hecho o la determinación del extremo de saber si hay o no lesión del régimen de la libre concurrencia vayan dominadas frecuentemente por este estado de espíritu. Si este espíritu llegase por acaso a cambiar veríamos en seguida, y al amparo del mismo razonamiento y de la misma legislación, como habrían de ser resueltas de otro modo las cuestiones (1).

En resumen, se puede declarar que el legislador no ha querido otorgar a los municipios autorización para crear servicios públicos, sino en tanto en este respecto se manifiesta insuficiente la iniciativa privada. Así lo interpreta el Consejo de Estado, interpretación muy discutible y discutida y que es susceptible de cambiar (2).

## SECCION II

### Organización de un servicio público

*La organización de un servicio público es la ordenación*

---

(1) Véase sobre este punto Jèze, *Cours, élém. de Sc. des finances*, 5.<sup>a</sup> ed. 1912, p. 1.088 y ss. y la bibliografía citada en la nota de la misma página. Véase Mimin, *Le socialisme municipal devant le Conseil d'Etat*, 1911.

(2) El problema considerado en el texto no debe confundirse con otros problemas análogos, a saber:

1.<sup>o</sup> El de las *subvenciones* concedidas por las autoridades locales a obras particulares que persiguen fines de interés general. La concesión de una subvención no implica, evidentemente, creación de un servicio público. Dicha subvención es posible desde que existe fin de interés social, y no necesita un fundamento legal.

2.<sup>o</sup> El problema de la *municipalización de servicios públicos*, también llamado *socialismo municipal*. Este problema es más complejo que el que se examina en el texto. En efecto, para que haya *socialismo municipal* no basta que las autoridades municipales hayan decidido usar del procedimiento del *servicio público* para la satisfacción de una necesidad de interés social, sino que es aún preciso que resuelvan explotar por *administración directa* dicho servicio. Si el servicio se explota por un concesionario o si se organiza por administración interesada, no existe *municipalización*. Como es natural, la primera cuestión es la de saber si es lícito el empleo del procedimiento del servicio público, y para resolverlo deberán aplicarse los principios formulados en el texto.

(*aménagement*) (personal (1) y material) que supone el empleo del procedimiento del servicio público. No domina esta materia el principio general que rige la *creación* de un servicio público. El Parlamento no es la única autoridad competente para formular las reglas generales relativas a esta ordenación. Es tradición en Francia que las autoridades administrativas tengan también competencia en este extremo.

Sin embargo, conviene recordar, en primer término, que toda afección de recursos o de bienes a un servicio público quebranta los principios cardinales del derecho público o financiero francés actual, y que, por consiguiente, sólo el Parlamento tiene facultad para formular reglas que menoscaben estos principios. Además, en Francia toda regla que impone una limitación a la libertad individual, a la propiedad, a la libertad de comercio o de industria o al libre ejercicio de los cultos debe emanar del Parlamento.

Tales principios permiten hacer una distribución de competencias entre el Parlamento y las autoridades administrativas.

Pero hay más. Para determinar la *competencia de las autoridades administrativas*, es necesario establecer nuevas distinciones según las consecuencias financieras de tal o cual organización de servicio público. Toda regla de organización de un servicio público que lleva anejo un gasto debe, o bien emanar de la autoridad que aprueba el presupuesto, o bien recibir su aprobación, sea expresamente, sea mediante la concesión de los créditos necesarios para la aplicación de la regla. Por ejemplo, suponiendo que una autoridad distinta de la que aprueba los presupuestos tenga competencia para señalar la escala de los sueldos y pensiones del personal empleado en el servicio, importa que este señalamiento no se haga sin una previa inteligencia con aquélla. *Salvo regla contraria dictada por el Parlamento*, obligatoria para todas las autoridades administrativas, no se puede restringir o suprimir indirectamente, mediante el establecimiento de tarifas imperativas de sueldos y pensiones, los poderes financieros que poseen las autoridades presupuestarias.

Estas ideas generales debidamente combinadas conducen a las siguientes reglas concernientes a la organización de un servicio público.

---

(1) Dejemos a un lado la *designación de los individuos* que serán investidos de la función de hacer marchar el servicio público. Este acto es un *acto-condición* o un *contrato* (concesionario).

*Primera regla.*—El Parlamento es *siempre* competente para organizar un servicio público. Bajo la reserva de algunas raras limitaciones *constitucionales* (1) goza en Francia de plena facultad para adoptar la organización que le parezca más conveniente desde el punto de vista social, económico y político del momento (véase arriba, pág. 328 y ss.

*Segunda regla.*—El Parlamento es *exclusivamente* competente para organizar un servicio público cuando el funcionamiento de este servicio público lleve consigo una *afección de recursos* (sin personificación del servicio) o una *afección de patrimonio (establecimiento público)*, o aún en el caso en que ciertas reglas lesionen los intereses de la libertad individual, de la propiedad, de la libertad de comercio o de industria o afecten al libre ejercicio de los cultos. Es decir, que las reglas que en la organización de un servicio público impongan aquellas limitaciones deben *necesariamente*, so pena de nulidad, emanar del Parlamento (2).

De esto se deduce que siempre que una explotación pública se organiza bajo la forma de *monopolio* (correos, telégrafos, ferrocarriles, cerillas, etc.) es indispensable la intervención del Parlamento (3).

Asimismo, es nula la organización por una autoridad distinta del Parlamento de un *Tribunal represivo* con poder de infligir penas pecuniarias o corporales, es decir, el poder de menoscabar la *libertad personal* o la *propiedad individual*. Particularmente, el prefecto de policía carece de competencia para crear un Tribunal administrativo facultado para imponer penas de prisión a las prostitutas que quebranten los reglamentos sobre la prostitución (4).

---

(1) Por ellos deben *únicamente* entenderse las *limitaciones* inscritas en las *leyes constitucionales* de 1875. Es así que la reorganización de la magistratura operada por la ley de 30 de agosto de 1883 es *jurídicamente* correcta, aunque desconozca la regla (*no constitucional*) de la inamovilidad. Véase Duguit, *Tr. Dr. Const.*, I, p. 426.

(2) Comisario del Gobierno Romieu (C. de Est. 4 mayo de 1906, *Babin Rec.*, p. 363): «Dependen, por su naturaleza, del poder legislativo todas las cuestiones que directa o indirectamente se refieren a las obligaciones que se imponen a los ciudadanos por vía de autoridad, sin vínculo alguno contractual (por ejemplo, todo lo concerniente al derecho de mandar o de conminar, a la organización de la fuerza pública y de las jurisdicciones, a la expropiación de la propiedad privada, a la aprobación de impuestos y de los gastos públicos que originan, etc., etc.

(3) Jèze, *Le Budget*, p. 258, p. 271 y ss.

(4) Consejo de Estado, 2 de junio de 1911, de Pressensé, *Revue de droit public*, 1911, pág. 690 y ss., y nuestra nota.

*Tercera regla.*—Las autoridades públicas investidas del poder reglamentario tienen competencia para formular reglas de organización de un servicio público que no afecten a la libertad individual, ni a la propiedad privada, ni a la libre concurrencia, etc. (1). Como es natural, si el Parlamento ha formulado ya una regla de organización, las autoridades investidas del poder reglamentario no podrán modificarla, sino que su acción habrá de limitarse a desenvolverla. Este principio, no sólo debe aplicarse al Presidente de la República, sino a todas las demás autoridades que gocen del poder reglamentario (ministros, prefectos, alcaldes, etc.).

Numerosas han sido las aplicaciones que de esta regla ha hecho la jurisprudencia. Veamos algunas que han suscitado dificultades:

1.<sup>a</sup> El Presidente de la República posee el derecho de repartir las atribuciones de los agentes administrativos, de conferir a alguno de éstos funciones propias del que es titular, aunque reservando a este último la fiscalización superior y la responsabilidad por los actos de los subordinados. Semejante facultad no es otra cosa que el derecho de modificar la organización de un servicio público. Por consecuencia, no solamente el Presidente de la República tiene el poder de crear ministe-

---

(1) Romieu (conclusiones en el asunto *Babin*), Consejo de Estado, 4 de mayo de 1906, *Rec.*, pág. 368; R. D. P. 1906, pág. 681: «El poder ejecutivo es el que, en principio, regula la organización interna de los servicios públicos y las condiciones de funcionamiento que no lesionan los derechos de terceros; especialmente es dicho poder quien señala las reglas concernientes al reclutamiento, armamento, disciplina, separación, etc. Esta competencia general del poder ejecutivo para todo cuanto afecta al «personal» está en conexión con la facultad de que goza por el art. 3 de la ley constitucional de 25 de febrero de 1875 para asegurar la ejecución de las leyes y proveer todos los empleos; ella, por demás, deriva de la gran libertad que el poder legislativo ha concedido al poder ejecutivo en este ramo de la administración». Teissier, conclusiones en el asunto *Le Bigot*, Consejo de Estado, 17 mayo 1907, *Rec.*, pág. 460 y R. D. P. 1908, pág. 264-55: «El poder ejecutivo, cuando el legislador no se ha reservado explícita o implícitamente esta facultad, goza en Francia del derecho de organizar las diversas administraciones». La doctrina se pronuncia en el mismo sentido. Dice Duguit (*Tr. D. Const.*, II, pág. 469-471: «La competencia del Jefe del Estado para dictar espontáneamente reglamentos independientes sobre la organización y funcionamiento de los servicios públicos, es indiscutible... Esto constituye la aplicación de una regla de derecho consuetudinario constitucional».

rios (1) (salvo la ratificación del Parlamento, desde el punto de vista del *presupuesto*) (2), sino que puede confiar a los subsecretarios de Estado una parte de las atribuciones ministeriales (3).

Debe tenerse, sin embargo, en cuenta que el poder del Presidente está limitado por la ley constitucional de 25 de febrero de 1875 que declara la exclusiva responsabilidad de los ministros ante el Parlamento y que dispone que sea *refrendado* por un ministro todo acto del Presidente. Este no puede sustituir la responsabilidad del ministro por la del subsecretario, ni permitir a este último que refrende un acto del Presidente (4).

---

(1) Consejo de Estado, 2 diciembre de 1892, *Mogambury, Rec.*, página 836 y las notables conclusiones del Comisario del Gobierno Romieu: «El derecho de repartir las atribuciones de los agentes administrativos nos parece ser de la competencia esencial del Jefe del Estado, salvo en lo concerniente a sus propias atribuciones; derecho que no puede desligar de su propia autoridad. Este derecho superior del Jefe del Estado arranca, a nuestro juicio, del derecho que tiene de distribuir los funcionarios y los servicios públicos entre los diversos ministerios. Es, en efecto, el Presidente de la República quien decide que tal o cual ramo de la administración dependa de tal o cual ministerio, y son Decretos suyos los que sucesivamente han encomendado a diversos ministerios los cultos, las colonias, los correos... El derecho del Jefe del Estado es aún mayor: puede crear nuevos ministerios. En 1791 y bajo la Constitución de 1848, creaba el legislador los ministerios. Pero, salvo en estas dos épocas, el poder ejecutivo ha gozado siempre de plena libertad en este extremo. El Parlamento sólo ha intervenido bajo el aspecto del Presupuesto. La cuestión fué discutida nuevamente a consecuencia de los Decretos de 14 noviembre de 1881 que, siendo Presidente del Consejo de Ministros Gambetta, crearon de una vez tres ministerios (Agricultura, Correos y Arte), y entonces «esta prerrogativa del Presidente de la República» fué reconocida por aquellos mismos que creían preferible el sistema de creación por ley (Cámara de los Diputados), sesión de 8 diciembre 1881». Véase también el estudio aparecido en la R. D. P. 1906, página 741 y ss.

(2) Véase la discusión en la Cam. de los dip. en 8 diciembre de 1881 sobre los decretos expresados en la nota anterior. Véanse también las discusiones en la Cám. de los dip. el 15 marzo de 1893, 8 noviembre de 1906 (R. D. P. 1906, págs. 741 y ss.)

(3) Véase el estudio aparecido en la R. D. P. 1906, pág. 745 y ss. a propósito del Decreto de 27 de octubre de 1906 que creaba una subsecretaría en el departamento de Guerra.

(4) Romieu, conclusiones en el asunto *Mogambury*, Consejo de Estado, 2 de diciembre de 1892, *Rec.*, pág. 839: «Pertenece al Presidente de



Limitan aún el poder del Presidente las leyes ordinarias. El Presidente carece de derecho para modificar las leyes que han efectuado una repartición o atribución de competencias (1). Es así que el poder de oponer la prescripción quinquenal no puede confiarse a un subsecretario de Estado (2).

2.ª El Presidente de la República posee la facultad de crear cuerpos administrativos *compuestos* a sus deseos, de funcionarios o de particulares por él designados o elegidos por tal o cual categoría de ciudadanos, *con tal que estos cuerpos no tengan poder alguno sobre los individuos* (libertad individual, propiedad, libertad de comercio o de industria, libertad de culto).

Particularmente, es legal la creación, por *decreto* de 17 de septiembre de 1900, de «Consejos de trabajo» (3) encargados en

---

la República efectuar por simple Decreto la delegación en los subsecretarios de Estado de una parte de las atribuciones ministeriales. Pero esta prerrogativa del Presidente de la República hállase limitada por la Constitución, que prohíbe se menoscabe el principio de la responsabilidad ministerial y se quebrante la regla de la refrendación. Según la ley de 25 de febrero de 1875, únicamente los ministros son responsables ante el Parlamento, y todo acto del Presidente de la República debe ser refrendado por un ministro. La delegación efectuada a favor de un subsecretario, ni puede sustituir por su responsabilidad la del ministro, ni puede autorizarle a refrendar los actos del Jefe del Estado. El ministro debe ser siempre responsable de todas las disposiciones que emanen de sus subordinados, y especialmente de aquellos a quienes como los subsecretarios se les haya delegado funciones ministeriales. Haya habido o no delegación, la responsabilidad del ministro debe permanecer plena y entera. Asimismo, sólo la firma del ministro puede cubrir el acto del Jefe del Estado, porque esta firma, al salvar la irresponsabilidad del Presidente de la República, determina la responsabilidad ministerial.

(1) Romieu, ob. cit. y loc. cit.: «La facultad de delegar reservada al Presidente de la República puede todavía, fuera de las reglas constitucionales, ser limitada por las leyes ordinarias, cuando estas leyes se hubiesen propuesto efectuar por sí mismas una repartición o delegación de atribuciones, cerrando, por tanto, el paso a toda iniciativa del poder ejecutivo».

(2) Consejo de Estado, 22 noviembre de 1889, ministro de Obras públicas, *Rec.*, pág. 1.065, 11 julio 1894, departamento del Sena, *Rec.*, página 482. «La aplicación de las disposiciones relativas a la prescripción de las deudas del Estado, ha sido reservada por la ley de 29 de enero de 1881 a los ministros competentes, salvo recursos ante el Consejo de Estado...»

(3) Consejo de Estado, 19 febrero de 1904, Cámara Sindical, *Rec.*, pág. 132. «Los Consejos de trabajo tales como han sido instituidos por

cada región de formar un cuadro expresivo del importe normal y corriente de los salarios y de la duración también normal y corriente de la jornada del trabajo. Este cuadro no es, en efecto, otra cosa que un elemento de información sometido a la apreciación de las administraciones públicas interesadas y que no cambia en nada las atribuciones que por leyes o reglamentos han recibido éstas (1).

3.ª El poder ejecutivo (decreto del Presidente de la República) tiene facultad para establecer la organización interna de los servicios públicos y las condiciones de su funcionamiento, *en tanto no lesionen los derechos de terceros*. Muy especialmente está facultado para fijar las reglas que rigen la situación de los funcionarios públicos (designación, disciplina, separación, atribuciones, fiscalización, etc.) (2). En particular, podrá el Presidente de la República disponer, por decreto, que una determinada categoría de agente, cuyo *status* no esté ya regido por una ley del Parlamento, se someta al régimen jurídico organizado por el Parlamento para otra categoría de funcionarios públicos (3).

Como es natural, el *reglamento* no podrá modificar una regla dictada por el Parlamento. Es así que habiéndose reservado en Francia *de hecho* el Parlamento la reglamentación de las pensiones de retiro de los funcionarios públicos, salvo disposición expresa del propio Parlamento no podría un decreto regular dicha materia (4).

---

*estos Decretos, son esencialmente órganos de información; carecen de todo poder de decisión, y sus informes, destinados exclusivamente a ilustrar a las autoridades administrativas sobre las resoluciones que éstas hayan de dictar, no son obligatorias para estas autoridades...*

(1) Véanse sobre este extremo las conclusiones del Comisario del Gobierno Romieu, en el precitado asunto de 19 de febrero de 1904, Cámara Sindical, *Rec.*, pág. 132 y ss. y nuestra nota en la R. J. P. 1904, pág. 88 y ss.

(2) Tal es la fórmula empleada por el Comisario del Gobierno Romieu en sus conclusiones al Consejo de Estado (4 de mayo de 1906, *Babin, Rec.*, pág. 363). La resolución del 4 de mayo es categórica. «A falta de disposición legal en contra, el Gobierno ha podido, por el Decreto de... que determinaba la situación de los empleados y agentes de la administración marítima, extender a este personal, desde el punto de vista disciplinario, el beneficio de la ley de 19 de mayo de 1894».

(3) Por ejemplo: El Decreto de 10 de octubre de 1902 ha declarado aplicable a los administradores y agentes de la inscripción marítima el *status* organizado por la ley de 19 de mayo de 1894 relativo al *cuerpo de oficiales*.

(4) En este sentido el dictamen del Consejo de Estado de 1.º de

4.º Los ministros carecen del poder reglamentario general, es decir, cerca de los individuos no adscritos al servicio público. Sin embargo, el Consejo de Estado les reconoce en una cierta medida, el poder de organizar espontáneamente, por disposiciones reglamentarias, los servicios públicos de que son jefes supremos, bajo las siguientes reservas: a) que el reglamento ministerial no toque a una regla de organización contenida en una ley del Parlamento o en un decreto del Presidente de la República; b) que una ley o un decreto no hayan reservado a otra ley o decreto la organización de que se trate (1); c) que los ministros no deleguen espontáneamente, sea a quien fuere, una parte de su poder de decisión (2).

---

agosto de 1904 y el de 10 de enero de 1905. En consecuencia, el Parlamento, por una ley de 22 abril de 1905, art. 38, intervino para decidir que las tarifas de las pensiones militares se aplicasen a los administradores y agentes de la inscripción marítima, lo que implicaba el reconocimiento de la ilegalidad de los Decretos de 18 de junio de 1901 y de 10 de octubre de 1902. Véase sobre este punto Rolland, *Les administrateurs de l'inscription maritime*, en la R. D. P. 1904, pág. 166 y ss., y sobre todo, pág. 171 y ss. para el examen de la legalidad del Decreto de 7 de octubre de 1902. Sobre la legalidad del Decreto de 13 de marzo de 1911, que crea una Subsecretaría en el Ministerio de Justicia y adscribe a éste los servicios penitenciarios, Barthélémy, *Les sous-secrétaires d'Etat*, R. D. P. 1911, pág. 342 y ss.

(1) El Consejo de Estado ha anulado por abuso de poder una resolución que infringía un reglamento ministerial. Consejo de Estado, 7 de julio de 1905, *Warnier, Rec.*, pág. 625 (R. D. P. 1905, pág. 561 y nuestra nota). En el asunto *Rageot*, 6 de agosto de 1909, *Rec.*, pág. 809 (R. D. P. 1909, pág. 707 y nuestra nota), el Consejo de Estado declara que: «A tenor de lo dispuesto en el art. 1.º de la instrucción ministerial de 19 de octubre de 1906 relativa al establecimiento de los cuadros de ascensos concernientes al personal civil de la administración central del Ministerio de la Guerra, los directores... El ministro reconocía... que... sin observar las reglas arriba mencionadas... Pero sostiene que la inobservancia de las prescripciones de la instrucción ministerial, a diferencia de las consignadas en una ley o en una disposición reglamentaria, no puede servir de base a un recurso por abuso de poder. La instrucción ministerial aquí expresada, tiene por fin proveer a la ejecución del Decreto de... y de otorgar garantías al personal de la Administración central del Ministerio. De este modo, y en contra de la opinión del ministro, el recurrente tiene acción para pretender se declare que la infracción de la instrucción no solamente determina la responsabilidad del Director ante el ministro, sino que, además, constituye una lesión de los derechos del personal. Por tanto, la resolución constituye un abuso de poder».

(2) Consejo de Estado, 21 febrero 1890, *Mimieux, Rec.*, pág. 201: «No incumbe a los ministros la facultad de delegar, fuera de los casos pre-

5.º Respecto a los *servicios públicos*, cuya creación ha sido autorizada *especial* o *generalmente* por el Parlamento, la autoridad competente para organizarlos, es, en principio, la *asamblea deliberante* y no el órgano ejecutivo.

Existen para esto, diversas razones, a saber: a) salvo en materia de policía, entra en la competencia normal de las *asambleas locales deliberantes* la facultad de formular las reglas *generales* de los servicios (1), y b) de estatuir sobre las cuestiones importantes; c) en fin, la organización de un servicio público origina efectos de orden *financiero*, y según se sabe las cuestiones de este orden están reservadas a las *asambleas locales*. Ordinariamente, y por este mismo motivo financiero, la resolución de la *asamblea local* debe ser aprobada por los agentes del orden central.

Tal es el principio aplicable a la organización de los *servicios públicos departamentales*. En principio, la competencia pertenece al *Consejo general*. Por ejemplo, la ley de 10 de agosto de 1871 en su artículo 45 ha confiado a los *Consejos generales de departamento*, el poder de hacer los reglamentos que determinen las condiciones que deben reunir los candidatos a los cargos retribuidos exclusivamente con los fondos departamentales y de formular las reglas del concurso a que deberán ajustarse los nombramientos (2). La ley de 15 de julio de 1893 so-

---

*vistos por la ley*, ninguna parte del poder de decisión de que están investidos». Véase Duguit, *Tr. Dr. Const.*, II, pág. 492 y ss.; R. D. P. 1903, pág. 75.

(1) Por el contrario, entra en la competencia de los órganos ejecutivos la facultad de *designar los individuos* que han de quedar adscritos al servicio público (prefecto, alcalde, etc.). En este sentido Hauriou, *Droit adm.*, 7.ª ed., pág. 151: «Dividense los asuntos entre estas dos clases de órganos (deliberantes, ejecutivos), según su urgencia o importancia y también según que puedan ser atendidos por vía de decisión general o de resolución particular». Sin embargo, en materia de policía, el órgano ejecutivo dicta verdaderas disposiciones reglamentarias; pero al menos con lo *concerniente a la reglamentación de los servicios* el órgano deliberante tiende a arrebatarle esta reglamentación...

(2) Del mismo modo, la ley de 1871 clasifica entre las atribuciones de la exclusiva competencia de los *Consejos generales*: «11.ª las *concesiones* a asociaciones, compañías o particulares de obras de interés departamental; 12.ª, la dirección de los ferrocarriles de interés local, forma y condiciones de la construcción, convenios y disposiciones necesarias para su explotación; 17.ª aprobación de los convenios celebrados con los establecimientos públicos o particulares para la asistencia a los dementes del departamento; 18.ª, servicio benéfico de niños; 20.ª, creación de ins-

bre asistencia médica gratuita (art. 4), pone a cargo del Consejo general la organización del servicio (1). Los reglamentos orgánicos de un servicio departamental que excepcionalmente dicta por sí solo el prefecto, únicamente versan sobre puntos de detalles y no pueden gravar el presupuesto departamental.

Otro tanto puede decirse en lo que respecta a la organización de los servicios públicos *municipales*. Dicha organización, en principio, es de la competencia del *Consejo municipal*. La competencia del alcalde en este orden es puramente excepcional (2).

El Consejo de Estado, que como *Tribunal*, o como *Consejo administrativo* colabora con el Presidente de la República en el ejercicio de su poder de tutela administrativa sobre los municipios, impone a los poderes que asisten a las autoridades locales en punto a la organización de los servicios públicos una muy importante restricción.

En el momento actual el Consejo de Estado es hostil a la municipalización de los servicios públicos. La ortodoxia de sus opiniones económicas le obliga a interpretar de cierta manera el *principio de la especialidad* y el de la libre concurrencia y a estimar que los municipios han sido creados, no para dedicarse a la industria y al comercio, sino para administrar. De aquí que dicho alto cuerpo prohíba, en principio, a las autoridades locales la municipalización (3), obligándoles a *conceder* servicios públicos municipales.

---

tituciones departamentales de asistencia pública y servicio de asistencia pública en los establecimientos departamentales; 21.º, establecimiento y organización de cajas de retiro o cualquier otro modo de remuneración en favor de los empleados de las Prefecturas o subprefecturas y obreros que perciban sus salarios de los fondos departamentales», etc. etc.

(1) Véase también la ley de 14 de julio de 1905 (art. 20 y ss.) para la organización del servicio de asistencia de ancianos.

(2) Por el contrario, el alcalde es la autoridad competente para la *designación* de los individuos encargados de hacer funcionar el servicio público una vez organizado.

(3) Particularmente, es el Senado la Cámara que más intensamente participa de este espíritu hostil contra la municipalización. Así, el 23 de febrero de 1905 rechazó el proyecto de ley aprobado por la Cámara de los Diputados, que autorizaba a la villa de París a contratar un empréstito de 120 millones destinados a la municipalización del gas.

Véase sobre esta materia Gaston Cadoux, *Le projet d'exploitation du gaz en régie directe à Paris*, en la *Rev. de Sc. et de lég. fin.*, 1904, página 61 y ss.; y Nézard, *La municipalisation du service de l'éclairage public et la ville de Paris*, en la *Rev. de Sc. et de lég. fin.*, 1905, página 296 y ss.

Sólo en *circunstancias excepcionales* pueden recurrir las autoridades locales a la municipalización, circunstancias entre las cuales merece citarse la de que no se haya encontrado ningún concesionario para explotar el servicio público municipal. Así, el Consejo de Estado autoriza a una localidad a explotar directamente el gas o la electricidad en el caso en que nadie solicite el servicio u ofrezca atenderlo en condiciones favorables (1). Otro tanto establece el Consejo de Estado respecto al servicio de agua (2), etc.

Fuera de estas circunstancias excepcionales la municipalización debe ser autorizada expresamente por el Parlamento (3).

Pero hay que convenir una vez más en que *desde el punto de vista jurídico* estas soluciones no tienen apenas valor, pues como se ha expresado más arriba no logra imponerse la interpretación que se suele dar al principio de la libertad de comercio y de industria. Al amparo de convicciones económicas y políticas diferentes recibirá este principio una interpretación completamente contraria a la expuesta. Otro tanto puede decirse del principio de la especialidad. Realmente, estas limitaciones no son sino expresión de determinadas convicciones *económicas o políticas*.

*Cuarta regla.*—¿Puede el Parlamento conferir a una autoridad pública el poder reglamentario de formular *todas* las reglas de organización de un servicio público, *aun las que afectan a la libertad individual, a la propiedad, a la libertad de comercio y de industria, etc.*?

Ordinariamente se ha discutido esta cuestión bajo la forma siguiente... ¿Puede el Parlamento *delegar* en el Gobierno la facultad de organizar *completamente* un servicio público?

A nuestro juicio la cuestión está así mal planteada. Los

---

(1) Consejo de Estado, 6 de abril de 1900, en la *Rev. gén. d'adm.*, 1900, II, pág. 151.

(2) Consejo de Estado, 7 junio 1877.

(3) A consecuencia de escandalosos fraudes de los abastecedores han sido muchos los proyectos o proposiciones de ley en que explícitamente se pedía autorización para municipalizar servicios públicos. Así, en el mes de noviembre de 1911, excitado el Gobierno por la prensa, que había denunciado numerosísimos casos de venta de carnes en mal estado destinadas al consumo y de defraudaciones en el peso y calidad de otros productos, anunció la presentación de proyectos de ley que autorizaban a los municipios a establecer carnicerías y panaderías municipales. Véase *Rev. de Sc. et de lég. fin.* 1910, pág. 298 y ss. Jéze, *Cours élém. de Sc. des fin.* 5.<sup>a</sup> ed., pág. 1090 y ss. Véase también el excelente trabajo de Bouvier, *Les Régies municipales*.

principios del derecho público francés se oponen a esta *delegación*: la competencia no se delega. *El Parlamento no puede delegar el poder de formular las reglas de derecho, que son esencialmente de su competencia* (1).

Pero no es ésta la cuestión verdadera a resolver. *A falta de precepto constitucional* que señale las respectivas competencias, se trata de averiguar si el Parlamento puede conferir a una autoridad pública cualquiera la facultad de organizar un servicio público. Con una terminología criticable el Consejo de Estado ha resuelto la cuestión afirmativamente: «El legislador—decía el comisario del Gobierno Romieu en 1906—puede evidentemente, como con frecuencia hace, delegar sus facultades en otras autoridades y subrogarlas en el derecho de reglamentar estas materias (2). Y es necesario reconocer que el Parlamento comparte esta opinión con el Consejo de Estado (3).

*Quinta regla.*—El Presidente de la República, en virtud de su poder reglamentario *general*, puede investir a una autoridad de competencia para dictar los reglamentos orgánicos de un servicio público, con tal que este poder no competa ya a una autoridad a quien se lo hubiese conferido una ley.

En la práctica es muy frecuente que el Presidente de la República encargue a un ministro la organización de un servicio público, o más particularmente que dicte *determinados* reglamentos para completar dicha organización (4).

Pero lo que el Presidente de la República puede hacer en su cualidad general de organizador de los servicios públicos, no puede hacerlo otra autoridad, aunque esté investida del poder reglamentario general (prefecto o alcalde).

Así, un *ministro* (que carece del poder reglamentario general) puede confiar a los jefes de las dependencias ministeriales la firma de la correspondencia, de la contabilidad, la facultad de dirigir instrucciones a sus subordinados; pero carece de competencia para conferirles el derecho de dictar *órdenes ministeriales*, a menos que una ley o un decreto le autorice para ello (5).

---

(1) Jéze, *Le Budget*, pág. 261 y ss.

(2) Consejo de Estado, 4 mayo 1906, *Babin, Rec.*, pág. 363.

(3) Véase sobre este punto Jéze, *Le Budget*, pág. 262 y ss.

(4) Una Ordenanza de 9 de mayo de 1816 autorizaba a los ministros para «delegar» una parte de sus atribuciones en los subsecretarios. Barthélémy, *Les sous-secrétaires d'Etat*, 1911, pág. 358 y ss.

(5) Laferrère, *Traité de la juridiction administrative*, 2.<sup>a</sup> ed., II, página 502; Romieu, conclusiones precitadas, Consejo de Estado, 2 de diciembre de 1892, *Rec.*, pág. 840. Consejo de Estado, 21 de febrero de 1891, *Mimieux, Rec.*, pág. 201. Véase pág. 358.

*Sexta regla.*—No constituye un obstáculo al propósito de los gobernantes o de la administración de modificar la organización de un servicio público la circunstancia de que un cierto número de agentes vayan a quedar privados de su empleo. ¿Qué valor tendrá el argumento llamado de los «derechos adquiridos»?

Es necesario establecer la distinción entre el punto de vista *político* y el *jurídico*. Antes de decidir la reorganización de un servicio público interesa *políticamente* preocuparse de su repercusión respecto de los agentes adscritos a este servicio, toda vez que es muy sensible privarles del medio de ganarse la vida, tanto más cuanto que la mayor parte de los empleos públicos no ofrecen base de preparación para los empleos de la industria particular. La doble consideración de esta falta de aptitud y de que a un cierto número de agentes les coge la reorganización del servicio en una edad en que ya no es fácil cambiar de situación justifica la preocupación *política* de que venimos haciendo mérito. Entonces lo más corriente será, o que los agentes que van a perder su cargo pasen a otro servicio público o que la reforma únicamente se realice poco a poco, a medida que dejen de serlos los agentes adscritos al servicio cuya reorganización se acomete. Estas son medidas transitorias que *políticamente* podrán ser legítimas, pero que nada interesan desde el punto de vista *jurídico*.

Lo característico del régimen jurídico de los agentes del servicio público estriba en la facultad de que gozan las autoridades encargadas de organizar el servicio de poder modificar *en todo instante*, a tenor de las exigencias sociales, las reglas del funcionamiento o aun de suprimir tal o cual pieza citando se la estima inútil. No es posible hablar de «derechos adquiridos». Si, por ejemplo, decidiese el Parlamento modificar la organización administrativa del país, suprimiendo las prefecturas y subprefecturas, ciertamente que no podría detener esta reforma la consideración de que algunos cientos de individuos—prefectos y subprefectos—hubiesen de quedar privados de empleos públicos y no encontrasen fácilmente colocación en la industria privada.

La única cuestión *jurídica* que podría suscitarse en esta hipótesis sería la de saber si los funcionarios cesantes tienen derecho a exigir una indemnización por el daño que les hubiese causado la reorganización del servicio. El Consejo de Estado dió una solución afirmativa en el siguiente caso (1): A conse-

---

(1) Consejo de Estado, 11 diciembre de 1909, *Villenaue, Rec.*, pág. 767 con las conclusiones del Comisario del Gobierno Teissier.