

CAPITULO V

CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y SUPRESIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE UTILIDAD PÚBLICA (1)

Los establecimientos de utilidad pública son *instituciones particulares* que persiguen la realización de un fin de interés general. Por razón de esta función considéranse *auxiliares de la administración pública*. La ley ha permitido, de una manera general y bajo el control de los agentes públicos, la afección de un patrimonio especial a la satisfacción de estos fines de interés social.

Los establecimientos de utilidad pública son *muy numerosos*. Entre ellos merecen citarse las *Cajas de Ahorro* ordinarias, ciertas Sociedades de Socorros mútuos, Montes de Piedad, determinados hospicios y hospitales, ciertos asilos, la Asociación general de estudiantes de París, el Museo social, la Sociedad de estudios legislativos, etc.

El establecimiento de utilidad pública presenta los siguientes caracteres: 1.º es una *institución particular*; 2.º persigue un fin de *interés general* y no un *fin lucrativo*; 3.º posee un *patrimonio propio* para la realización de esta misión; 4.º la autoridad pública ha reconocido expresamente, por un acto formal, la utilidad pública de la obra, y por esto le ha conferido el carácter de *auxiliar de la administración pública*.

Así en Francia, en el *momento actual* (2), se debe distin-

(1) G. Pichard, *Le Contrat d'association*, 1918, pág. 109 yss.

(2) La separación claramente establecida entre los establecimientos públicos y los establecimientos de utilidad pública, se basa en disposiciones explícitas, pero data de fecha relativamente reciente. Durante largo tiempo hanse confundido ambas clases de establecimientos, y sólo ha sido clara la separación a mediados del siglo XIX. Los primeros juristas que escribieron sobre el Código civil o sobre el Código de Enjuiciamiento no hicieron la distinción. Fué primeramente el Consejo de Estado quien la acusó. El Tribunal de Casación la adoptó en 1856 (Cas. 5 de marzo de 1856, D. 56-1-12; 8 julio 1856, D. 56-1-278 a propósito de las Cajas de ahorro que el Tribunal declara ser establecimientos de utilidad pública y no establecimientos públicos.) Posteriormente, la doctrina sistematizó esta práctica y esta jurisprudencia. Finalmente, en 1862, la teoría ha sido definitivamente consagrada por el legislador (ley 26 febrero de 1862 sobre el crédito territorial y Decreto de 31 de julio de 1863). Sobre todos estos puntos véase Michoud, *Th. de la personnalité morale*, I, págs. 284 y ss.

guir cuidadosamente el establecimiento de utilidad pública: 1.º, de los *establecimientos públicos*; 2.º, de otras *instituciones particulares* que no han sido oficialmente reconocidas por las autoridades públicas como *auxiliares de la Administración* (declaración de utilidad pública).

Estas instituciones particulares que no son establecimientos de utilidad pública, son:

O bien *sociedades*—civiles o mercantiles—que persiguen un *fin lucrativo* (y por esto no pueden ser reconocidas como de utilidad pública).

O bien *asociaciones* o *fundaciones* cuando persiguen un *fin no lucrativo*. Las *asociaciones* son de varias clases: *no declaradas*, *simplemente declaradas*, *congregaciones religiosas*, *asociaciones privilegiadas* (sindicatos profesionales, Sociedades de Socorros mútuos).

Dado el *fin lucrativo* perseguido por las *sociedades*, su patrimonio y sus recursos económicos son *ilimitados*. Por el contrario, dado el *fin no lucrativo* que persiguen las *asociaciones*, o *fundaciones*, su patrimonio y sus recursos económicos deben *limitarse*. La ley de 1.º de julio de 1901 prohíbe todo patrimonio propio a las *asociaciones no declaradas* (1); en cuanto a las *reconocidas* les permite, de una manera general, tener un patrimonio propio, pero *muy restringido* (2).

Bajo este respecto, el establecimiento de utilidad pública

(1) Ley de 1901, art. 2.º: «Las asociaciones podrán constituirse libremente sin autorización ni declaración; pero no gozarán de capacidad jurídica si no se conforman a las disposiciones del art. 5.º». Art. 5.º: «Toda asociación que quiera gozar de la capacidad jurídica prevista en el artículo 6.º, deberá ser reconocida. El reconocimiento previo se hará en la Prefectura...» Obsérvase que si la ley de 1901 prohíbe, para el caso de *asociaciones no reconocidas*, la constitución de un *patrimonio propio*, no prohíbe a los asociados *poner en común* todos los bienes que quieran para lograr un determinado fin. En este caso los bienes puestos en común forman no un patrimonio propio, sino la *propiedad indivisa de los asociados*. Véase sobre este punto Michoud (ob. cit., I, pág. 421 y ss., y particularmente la pág. 424, texto y nota núm. 2). Margat, *De la condition juridique des associations non déclarées* en la *Revue trimestrielle du Droit civil*. 1905, pág. 235 y ss. G. Pichart, ob. cit., pág. 132 y ss.

(2) Art. 6, ley 1901: «Toda asociación regularmente reconocida puede, sin necesidad de autorización especial, comparecer en juicio, *adquirir a título oneroso*, poseer y administrar, además de las subvenciones del Estado, de los departamentos y de los municipios: 1.º, las *cuotas* de sus miembros o las cantidades mediante las cuales han sido redimidas estas cuotas, *cantidades que no podrán ser superiores a 500 francos*; 2.º, el

se distingue perfectamente de las demás instituciones particulares que persiguen un fin no lucrativo. La afección de un patrimonio especial a la consecución de un *fin de interés general no lucrativo* se permite con cierta amplitud (1), por ser justamente la consecuencia del carácter *oficialmente* atribuido al establecimiento de utilidad pública de ser el auxiliar de la administración.

A pesar de todo esto, la afección de un patrimonio especial a la consecución de un fin de interés social y *no lucrativo* es una cosa que, en Francia, se ha considerado siempre muy grave y digna de ser atentamente observada por las autoridades. En el momento actual se estiman más de orden *político* que de orden *económico* los peligros de estos patrimonios, llamados vulgarmente *bienes de manos muertas*. Se piensa que para asegurar la estabilidad de la organización política y el funcionamiento leal de las instituciones públicas conviene vigilar de cerca las afecciones considerables de bienes, y más particularmente las que consistan en *inmuebles* (2). Y es que,

local destinado para domicilio de la asociación y para la reunión de sus miembros; 3.º, los inmuebles *estrictamente necesarios* al cumplimiento del fin que persigue.» Como se vé, está prohibido *acumular* bienes.

(1) Ley de 1901, art. 11: «Estas asociaciones (*de utilidad pública*) pueden realizar *todos* los actos civiles que no les prohiban sus estatutos; pero no pueden poseer y adquirir otros *inmuebles* que los que les sean necesarios para la realización de su misión. Todos los valores de una asociación deben convertirse en títulos nominativos. Estas asociaciones pueden recibir *donativos* y *legados* en las condiciones señaladas en el art. 910 del Código civil y el art. 5.º de la ley de 4 de febrero de 1901 (*con autorización administrativa*). Los inmuebles cedidos por donación o legado que no fuesen necesarios al funcionamiento de la asociación se enajenarán en el plazo y forma previstos por la resolución que autorice la aceptación de la liberalidad. Su precio ingresará en la Caja de la asociación. Estas asociaciones no pueden aceptar una donación en muebles o inmuebles con reserva de usufructo en provecho del donante.»

(2) El profesor Hauriou (*Droit adm.*, 7.ª ed., pág. 356) estima que «la mano muerta, peligrosa para el Estado, es únicamente la que consista en *inmuebles*». La riqueza mobiliaria ha de movilizarse en la organización capitalista, en aplicaciones industriales o en fondos públicos. Toda riqueza de esta clase utilizada forma parte del engranaje de la hacienda, que si no está completamente bajo la dependencia del Estado, es en todo caso su íntima aliada. Lejos, pues, de ser para la corporación un elemento de independencia, la riqueza mobiliaria es una causa de dependencia. El crédito público proclama la estabilidad del Estado. Por el contrario, las posesiones territoriales son un elemento de independencia y una amenaza directa para el Estado...» Estos peligros de la mano muerta inmobiliaria

en efecto, los grupos de individuos que tienen a su disposición medios económicos poderosos y que obran bajo el anónimo, pueden sentir la tentación de servirse de la fuerza enorme que dichos medios les confieren para dominar o derribar la organización política existente, para ejercer sobre toda clase de autoridades (Parlamento, Gobierno), una influencia ilegítima o corruptora, en otros términos, para traspasar el límite de su misión de *auxiliares* de la administración y convertirse en sus dueños. Existe en esto una seria amenaza para los intereses del país.

Los individuos aisladamente o coligados en un *trust* poseedor de cuantiosos recursos económicos suelen utilizar corrientemente esta influencia corruptora a fin de lograr para sí o para su grupo, privilegios, leyes favorables y una administración benévola para sus intereses. Con la organización jurídica y social actual es muy difícil defender eficazmente los intereses generales de la colectividad contra las poderosas individualidades financieras aisladas o colegiadas. Algunos opinan que para lograrlo es necesario imponer un límite a las fortunas particulares (1). En todo caso, es en este sentido en el que viene orientándose la defensa contra los peligros que las instituciones particulares pueden hacer correr a la buena organización y gestión de los servicios públicos.

En el momento presente, si las asociaciones pueden constituirse libremente (ley de 1.º de julio de 1901) es bajo la re-

señalados por el profesor Hauriou, son ciertos. Pero a nuestro juicio, no se deben menospreciar los peligros que entraña la *riqueza mobiliaria*. Tal es el reproche que también creemos oportuno dirigir al profesor Duguit (*Les transf. du droit privé*, 1912, pág. 80): «El legislador francés—dice—se ha dejado impresionar por un temor tradicional en Francia: el de la *mano muerta*, es decir, el de la acumulación exagerada de los patrimonios colectivos, *temor absurdo y en completa contradicción con los hechos...*» En todo caso, la legislación francesa actual, como lo reconoce el mismo Duguit, inspírase en estos temores, fundados o quiméricos, hecho que hay que tener en cuenta para comprender el régimen jurídico aplicable a las instituciones particulares que satisfacen un fin no lucrativo.

(1) Tal parece ser la idea del profesor Gide, expresada en un estudio sobre la separación de las iglesias y el Estado (pág. 19 y ss.). Según este autor, «debe pedirse para las personas morales la aplicación *anticipada* de un régimen de propiedad que quizá será un día... *el que se aplicará a los individuos; la propiedad limitada a las necesidades de cada uno...*» Este es el sistema que ha sido preconizado para los Estados Unidos, que es el país más castigado por la plutocracia y por la influencia ilegítima de los millonarios y de los *trusts*.

serva de una estrecha fiscalización, no tanto de la actuación de los individuos adscritos a la gestión del patrimonio asignado cuanto de los *medios económicos* considerados en sí mismos y en el respecto de su adquisición, desarrollo y acumulación. Este control incesante, ejercido sobre los recursos económicos es lo que constituye la base del régimen de las asociaciones y, en particular, del régimen de los establecimientos de utilidad pública.

Tal es la idea que conviene tener presente en toda esta materia.

SECCION I

Creación de los establecimientos de utilidad pública.

Crear un establecimiento de utilidad pública equivale a autorizar la *afección de un patrimonio a la satisfacción de un fin no lucrativo*, que oficialmente se declara de utilidad pública. Dicho establecimiento se considera *auxiliar de la administración*.

I. *Únicamente* es competente el *Parlamento* para conceder esta autorización.

El Parlamento interviene de dos maneras :

a) De una manera especial, declara que una institución *determinada* queda reconocida como de utilidad pública. Esto es excepcional. Por ejemplo, las instituciones particulares de enseñanza *superior* sólo pueden ser declaradas de utilidad pública por un *acto especial* del Parlamento (ley de 18 de marzo de 1880, art. 7.º) (1). Del mismo modo, las congregaciones religiosas sólo pueden obtener semejante reconocimiento también por una decisión parlamentaria (ley de 1.º de julio de 1901, art. 13) (2).

(1) Exposición de motivos: «La importancia de los establecimientos, su misión social, las facultades que pueden brindar a la constitución de bienes de mano muerta, nos parecen justificar este exceso de precauciones».

(2) En todo tiempo, las congregaciones han sido tratadas en Francia con desconfianza, pues se estima que son particularmente peligrosas a causa de la estrecha disciplina a que viven sometidos sus miembros (votos de pobreza, de castidad y de obediencia).

b) El caso normal es que el Parlamento dé una autorización *general*, y encomiende a los agentes administrativos (Presidente de la República, estatuyendo por decreto dictado previa audiencia del Consejo de Estado y a propuesta del Ministro del Interior) la función de examinar una por una las hipótesis en las cuales aparezca la utilidad pública de la obra particular, así como hacer una declaración en este sentido (1). Esta autorización general exprésase actualmente (2) en la ley de 1.º de julio de 1901, arts. 1.º y ss. (3). El Gobierno goza de un poder *discrecional*. El ministro puede negar la declaración de utilidad pública que se le pide, sin que esté obligado a *justificar* su negativa.

II. Suscítase una gran dificultad en el caso en que los bienes afectos a la institución particular provengan de una *disposición testamentaria* (4):

Cuando *vive* el fundador de una institución particular y desea obtener para su obra la declaración de utilidad pública no se presenta ninguna dificultad *jurídica*. Pero cuando el fundador ha fallecido antes de recaer dicha declaración y por testamento deja bienes a un establecimiento de utilidad pública *a crear*, plantéase el siguiente problema: ¿tiene este *legado* validez *jurídica*?

Motiva la duda la existencia de la regla según la cual no es capaz de recibir por testamento quien *no existe* en el mo-

(1) El acto que declara de utilidad pública una institución particular es, pues, un acto-condición.

(2) Antes de dictarse la ley de 1901 se aceptaba idéntica solución. Generalmente se estima que la regla data del Edicto de 1749 (Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations*, 1895, pág. 371 y ss.) Una aplicación de esta teoría fué ya hecha antes de la ley de 1901 por la ley de 1.º de julio de 1908, art. 52: «Las sociedades de socorros mutuos... serán declaradas de utilidad pública por decreto dictado en forma de reglamento de administración pública...».

(3) Véase el Reglamento de 16 de agosto de 1901, art. 8: «Las asociaciones que soliciten *declaración de utilidad pública* deberán haber cumplido previamente con las formalidades impuestas a las asociaciones declaradas». Art. 12: «La solicitud se dirigirá al ministro del Interior... El ministro ordenará, si ha lugar a ello, la formación de expediente... Previo informe de los ministros interesados, pasará el expediente al Consejo de Estado». Art. 13: «Se remitirá al Prefecto una copia del *decreto de declaración de utilidad pública*...» Para otros detalles y para la práctica, véase Pichard, *ob. cit.*, pág. 109 y ss.

(4) Véase sobre estos extremos Lapradelle, *ob. cit.* y Pichard, *ob. cit.*, pág. 123 y ss.

mento de fallecer el testador (1). Así, se dice: «en el instante del fallecimiento del testador no existía aún el establecimiento de utilidad pública. Por tanto, el legado es nulo, y los *herederos del testador* podrán pedir a los Tribunales que declaren dicha nulidad». De esta suerte, la declaración de utilidad pública no podrá prácticamente producir efecto más que en el caso en que los herederos renuncien formalmente a prevalerse de la nulidad del legado.

Los autores hánse ingeniados para hallar combinaciones o razonamientos que descarten esta solución.

Algunos de ellos que niegan la existencia de la personalidad moral no han vacilado en decir: «Todo es *ficticio* en la personalidad civil. La autoridad pública que artificialmente crea la existencia jurídica puede *a fortiori* fijar el punto de partida de esta existencia, la *fecha del nacimiento de la persona moral*» (2).

Otros, que creen en la *realidad* de la personalidad moral, proponen reconocer la validez del legado hecho *directamente* a la institución que se ha de fundar, *bajo la condición de que sea declarada de utilidad pública* (3).

La jurisprudencia *judicial* admite la validez: 1.º del legado hecho a una *persona física* con encargo de crear la institución particular y obtener la resolución de utilidad pública para ella (4); 2.º de legado a favor de un establecimiento público o de un patrimonio administrativo *general*, con la misma condición, caso muy corriente (5).

La práctica del Consejo de Estado (como Cuerpo consultivo) ha variado a este respecto. Antes de 1880, este organismo negaba autorización para aceptar el legado. A partir de

(1) Art. 906 del Código civil: «Para ser capaz de adquirir por testamento basta con estar concebido en el instante del fallecimiento del testador.»

(2) Lévy-Ullmann y Grunebaum Ballin, *Essai sur les fondations par testament*, en la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1904, págs. 277 y 278. Véase la crítica de esta teoría por el profesor Micoud, *Th. de la personnalité morale*, I, pág. 473, nota.

(3) Michoud, *ob. cit.*, I, págs. 471-472-473.

(4) Besançon, 26 marzo 1861, D. 1893-2-1 y la nota del profesor Bendant. Y particularmente fundación de Goucourt, Trib. del Sena, 5 agosto de 1897; Audiencia de París, 1.º marzo de 1900; S. 1905-2-78. Véase Duguit, *Les transformations générales du droit privé*, 1912, pág. 68 y ss.: sobre todo, pág. 106 y ss.; pág. 170.

(5) Véase sobre estos extremos la comunicación del profesor Iarnaudé a la Sociedad de estudios legislativos, *Boletín de la Sociedad*, 1909. Véase un análisis muy detallado en la R. D. P. 1909, pág. 185.

dicha fecha hasta 1900 concedía la autorización con tal que los herederos consintiesen en la entrega del legado y se obtuviese la declaración de utilidad pública. Desde 1900 niega autorización para aceptar legados bajo estas condiciones (1).

A nuestro parecer todas estas dificultades provienen de la inútil y perturbadora teoría de la personalidad moral, cuyos defectos hemos señalado en tantas ocasiones. Aceptada dicha teoría, es natural aplicar a las *personas morales* el art. 906 del Código civil, aunque de los términos de este artículo resalte bien claramente que la regla que contiene ha sido dictada para una hipótesis completamente distinta. Pero, en realidad, *no existen personas morales*, y, por tanto, nada tiene que ver con el caso que aquí se considera el art. 906 del Código civil. *Es necesario reconocer la validez de una afección de bienes hecha por disposición testamentaria para el cumplimiento de un fin de interés general, con la condición de que la obra se declare de utilidad pública.* De una parte, la regla del art. 906 no es aplicable en este caso, pues no ha sido escrita para él. De otra, la afección nada tiene de ilícita, ni de contraria a las buenas costumbres. Es, pues, válida (2). La jurisprudencia más reciente se orienta en esta dirección (3).

(1) G. Pichart, ob. cit., pág. 123 y ss. y los precedentes por él citados.

(2) Duguit (*Les transformations générales du droit privé*, 1912, página 167) dice: «El testador... persigue ante todo la satisfacción de un fin de solidaridad social. Es, pues, necesario proteger y garantizar socialmente su acto de voluntad. Es indispensable, a toda costa, en despecho de anticuadas disposiciones prohibitivas y de doctrinas arcaicas y estrechas, reconocer y sancionar la validez de semejante disposición. Las sutilezas de los juristas clásicos apenas tienen ya fuerza, y el nuevo derecho se fija a su pesar».

(3) Cas., 12 mayo 1902, Molins, S. 1905-1-137. (con las conclusiones del procurador general Baudoin y una nota del profesor Lévy-Ullmann): «No es posible considerar las cláusulas mencionadas (obligación impuesta a los legatarios universales de fundar en Finestret un asilo para ancianos pobres) como consecutivas de un patrimonio de mano muerta prohibido por la ley. Dichas cláusulas tienden exclusivamente a organizar una obra de beneficencia, lícita en sí y susceptible de convertirse en establecimiento de utilidad pública, pero que en tanto no haya sido así reconocido, subsistirá como mera institución particular regida por las reglas del derecho común».

SECCION II

Organización del establecimiento de utilidad pública.

El establecimiento de utilidad pública es una institución *particular* (1). De lo que se desprende que la organización de esta obra no entra en el terreno de la competencia de las autoridades públicas. Son los fundadores de la institución o los individuos que cuidan de ella quienes, según los estatutos del establecimiento, determinan su organización y la modifican si lo creen oportuno.

I. El art. 10 de la ley de 1.º de julio de 1901 así lo declara explícitamente. Dice: «Ha de acompañarse a la solicitud (*de reconocimiento de utilidad pública*)... 3.º los estatutos de la asociación...». Art. 14: «Sus estatutos contendrán: 1.º la indicación del nombre de la asociación, de su objeto, duración y domicilio social; 2.º las condiciones de admisión y baja de sus miembros; 3.º las *reglas de organización y funcionamiento de la asociación y de sus establecimientos, así como la determinación de los derechos conferidos a los miembros encargados de la administración o de la dirección, condiciones de modificación de los estatutos y disolución de la asociación...*»

Si los estatutos no son obra de los agentes públicos, sí, al menos, tienen éstos un medio eficaz de participar en la confección de los mismos. En efecto, antes de que los agentes públicos declaren la obra de utilidad pública examinarán sus estatutos. Y al negarse a hacer dicha declaración hasta que tal o cual cláusula se inserte, modifique o suprima, tienen dichos agentes un medio *indirecto* pero eficaz de colaborar en la organización primitiva. Prácticamente manifiéstase esta colaboración por la aprobación *expresa* de los estatutos.

II. Los directores de la institución son los únicos competentes para modificar la organización, atemperándose a las *formalidades señaladas en los estatutos*. Es lógico que la autoridad pública examine entonces si procede mantener la decla-

(1) Consejo de Estado, 27 enero 1911, *Lalechère et Favre, Rec.*, página 115: «La fundación de Bord-Petit (hospicio), no obstante haber sido declarada de utilidad pública por Decreto de... *sigue siendo una institución particular*».

ración de utilidad pública. La modificación de los estatutos para ser válida exige, según los propios términos de los estatutos, ciertos modelos redactados por el Consejo de Estado (arts. 16 y 19) (1) y la aprobación de la autoridad competente para el reconocimiento. De hecho dicha modificación se suele introducir, de acuerdo con la autoridad, a fin de que ésta no retine su aprobación a los estatutos y deje sin efecto la declaración. Prácticamente, esto equivale a reconocer a las autoridades administrativas el derecho de provocar una modificación de los estatutos, mediante la amenaza de retirar la declaración (2).

No veamos en esto un vestigio de la arbitrariedad administrativa, pues puede ocurrir, sobre todo si el origen de la institución particular es antiguo, que las circunstancias sociales o económicas cambien de tal modo que se imponga una modificación en los estatutos que rigen el establecimiento de utilidad pública.

Esta presión será, pues, beneficiosa. En Francia se carece del derecho a modificar, que existe en ciertos países extranjeros. En el estado del Derecho positivo francés actual, dado el carácter de institución particular que se le reconote al establecimiento de utilidad pública, los agentes públicos no pueden modificar *de oficio* los estatutos. El derecho de modificar no existe en Francia (3).

(1) G. Pichart, ob. cit., págs. 129 y 193.

(2) Por lo demás; para que el acto que deja sin efecto la declaración de utilidad pública sea válido, es menester que no entrañe *desviación de poder*. La teoría general de la desviación de poder es aplicable a este acto, como a todos los actos discrecionales.

(3) ¿Convendría introducirlo en la legislación? El profesor Michoud (*Th. de la personnalité morale*, II, pág. 404) se muestra partidario de este derecho: «Este derecho—dice—es necesario, porque no siendo la fundación, como la asociación, un organismo vivo capaz de adaptarse por sí mismo a las exigencias del medio, puede resultar anticuada en un momento dado, por realizar una misión considerada por las nuevas generaciones como inútil, ilícita o inmoral. El derecho de modificar permite tener en cuenta este cambio, introduciendo en el funcionamiento de las fundaciones existentes el mínimo posible de alteración. Debe preferirse la modificación a la supresión, siempre que se pueda aplicar la fundación a un fin similar y que su organización sea por su naturaleza susceptible de justificar el mantenimiento». La «Sociedad de estudios legislativos» se ha mostrado también partidaria del derecho de transformación, pidiendo que lo ejerzan los Tribunales. Véase la comunicación del profesor Saleilles, en el *Bulletin* de dicha sociedad 1908, págs. 357 y ss. y la de Larnaude, *idem*, 1909, págs. 26 y ss. V. R. D. P., 1909, pág. 184 y particularmente la pág. 188.

III. ¿Podrá el Parlamento, *de oficio*, modificar los estatutos de un establecimiento de utilidad pública determinado? Creemos que no, pues a ello se opone el carácter privado del establecimiento.

Pero, como es natural, el *status* de los establecimientos de utilidad pública puede ser modificado *de una manera general e impersonal* (1) ya para todos los establecimientos de utilidad pública, ya para una determinada categoría de ellos. Y esta modificación del *status* podría determinar a favor de una autoridad pública el derecho de *modificación*. En este caso, el nuevo *status* se aplicaría de pleno derecho a los establecimientos de utilidad pública *existentes*. Los directores de estos establecimientos no podrían impugnar el ejercicio del derecho de modificación bajo el pretexto de que cuando se obtuvo la declaración de utilidad pública no reconocía dicho derecho la legislación vigente entonces. Las leyes que organizan *status generales e impersonales* se aplican a todos.

SECCION III

Supresión de los establecimientos de utilidad pública (2).

Suprimir un establecimiento de utilidad pública equivale a disponer que la institución particular deje de ser *auxiliar de la administración* y que quede sin efecto la autorización general

(1) Romieu, conclusiones relativas al asunto de las Cajas escolares (Consejo de Estado 22 mayo de 1903), *Rec.*, pág. 395: «Si... las Cajas escolares constituyen establecimientos de utilidad pública, son *personas privadas*, distintas del servicio público. Dichos establecimientos *rigense únicamente* por el acto que les dió vida civil conforme a la legislación en vigor en el instante de su creación, es decir, por sus estatutos. Las modificaciones introducidas en el servicio público de que son el *auxiliar particular e independiente* no pueden repercutir en sus estatutos, a menos que otra cosa disponga un precepto expreso de la ley... El cambio operado en la afectación de su patrimonio, la restricción del derecho de disponer de él constituirían una especie de expropiación o confiscación que sólo podría nacer de una disposición legal *explícita*, que falta aquí.

(2) Pichat, *Le control d'association*, 1908, pág. 131, núm. 106.

para acumular grandes recursos económicos con destino a un cierto fin de interés general.

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la supresión?

Procede distinguir dos casos:

1.º La institución particular declarada establecimiento de utilidad pública constituía una *asociación* de individuos que perseguían un fin no lucrativo. En este caso, o bien subsiste la asociación y entonces pasa al rango de *asociación declarada o no declarada* (1), con el régimen aplicable a estas asociaciones; o bien la asociación se disuelve y la institución desaparece.

2.º La institución particular declarada establecimiento de utilidad pública era una fundación: hospital, hospicio, asilo, etcétera. La institución desaparece.

En ambos casos es necesario averiguar:

1.º Cuál es la autoridad competente para suprimir los establecimientos de utilidad pública;

2.º Cómo se hace la liquidación de los bienes.

Como en el caso de *fundación* la institución desaparece, ofrécese evidente la necesidad de la liquidación. Tal ocurre también en el caso en que la asociación se *disuelve*. La liquidación no es menos necesaria cuando la *asociación* subsiste, pues al quedar sin efecto la declaración de utilidad pública, el patrimonio propio asignado queda considerablemente reducido, pues ha de ajustarse a las proporciones permitidas por la ley.

En la actualidad rígense en parte estas cuestiones por la ley de 1.º de julio de 1901.

§ 1.º—*Autoridad competente para ordenar la supresión de un establecimiento de utilidad pública.*

I. Verifícase esta supresión bajo la forma de *acto que dejó sin efecto el reconocimiento de utilidad pública.*

La ley de 1.º de julio de 1901 no reglamenta expresamente esta supresión. Pero la solución no es dudosa y se desprende del principio general del Derecho público francés, según el

(1) Para los establecimientos de utilidad pública posteriores a la ley de 1901, la asociación subsiste como *asociación declarada*, toda vez que según el art. 8 del reglamento de 16 de agosto de 1901 «las asociaciones que soliciten el reconocimiento de utilidad pública deben haber cumplido previamente con las formalidades impuestas a las *asociaciones declaradas*».

cual, el derecho de realizar un cierto acto implica el derecho de hacer el *acto contrario*, sin perjuicio de lo que dispongan las disposiciones legales o reglamentarias.

De este principio resultan las siguientes consecuencias :

Salvo disposición en contrario,

1.º La *autoridad competente* para dejar sin efecto el reconocimiento de utilidad pública en favor de una institución determinada es la misma *que en el instante en que se deja sin efecto* dicho reconocimiento tiene competencia para declarar la utilidad pública de esta obra.

2.º Las *formas* que han de seguirse son exactamente iguales a las prescriptas en el *día de la revocación* del reconocimiento.

3.º La *publicidad* que ha de darse al acto que deja sin efecto el reconocimiento es la misma que en el *propio día* debe darse al acto de reconocimiento.

En otros términos : actualmente y en principio, la revocación del reconocimiento de utilidad pública se hace por *decreto dictado en forma de reglamento de administración pública*, es decir, por decreto del Presidente de la República, oído el Consejo de Estado, a propuesta del Ministro del Interior y notificado a la asociación interesada. Excepcionalmente es preciso un acto del Parlamento ; por ejemplo, en el caso en que se reconozca al Parlamento semejante función.

4.º El derecho de dejar sin efecto el reconocimiento de utilidad pública es *discrecional*, como lo es el derecho de otorgarlo. Dicho acto no es necesario que sea motivado. Pero interesa no confundir lo *discrecional* con lo *arbitrario*. Para decirlo de una manera más precisa : el acto que deja sin efecto el reconocimiento de utilidad pública está pura y simplemente sometido al *régimen jurídico de los actos discrecionales*. Su oportunidad no puede ser objeto de control *jurisdiccional*, si bien pueden ser discutidos en la vía contenciosa por abuso de poder los *motivos jurídicos* que lo inspiren. Particularmente dicho acto sería ilegal si entrañase *desviación de poder*, en el sentido técnico que tiene esta expresión en el derecho administrativo francés (1).

Prácticamente el Consejo de Estado, como Consejo administrativo, llamado a emitir su parecer sobre las revocaciones de re-

(1) L. Michoud, *Etude sur de pouvoit discrétionnaire* 1918, págs. 84 y ss. V. las conclusiones de Tardieu, comisario del Gobierno en el asunto *Société de Marie*, resuelto en 20 de marzo de 1908 (*Rec.*, págs. 283 y ss).

conocimiento ha establecido *reglas prácticas* a este respecto. Estas reglas carecen evidentemente de fuerza obligatoria para el Gobierno; pero no deja de ser muy raro el caso en que el Gobierno adopta una resolución distinta de la presentada por el Consejo de Estado (1).

II. Cuando se trata de un *establecimiento-asociación*, es evidente que su disolución—sea voluntaria, estatutaria, judicial o administrativa—determina, por contragolpe, la utilidad pública. Más exactamente se puede decir que la afección especial de los bienes desaparece con la propia desaparición de la institución particular.

§ 2.º—*Liquidación de los bienes de los establecimientos de utilidad pública suprimidos.*

Cabe distinguir tres hipótesis: 1.ª *Establecimiento-asociación*, que es *disuelto*; 2.ª *Establecimiento-asociación*, que *subsiste*; 3.ª *Establecimiento-fundación*.

Una doble regla común se aplica a los tres casos:

1.ª Antes de que se efectúe la devolución de bienes es necesario pagar el *pasivo* del establecimiento suprimido. No existe más *activo* que el *activo neto* (2).

2.ª A partir del momento en que se deja sin efecto el reconocimiento de utilidad pública desaparecen las facilidades especiales otorgadas para adquirir bienes. Para el caso en que se trate de asociación dispone el art. 17 de la ley de 1901 que «son *nulos* todos los actos *inter-vivos* o *mortis-causa*, a título onerosos o gratuito, sean directamente efectuados, sean por la mediación de otra persona, así como cualquier procedimiento indirecto que tenga por objeto permitir a las asociaciones legal o ilegalmente constituidas sustraerse a las disposiciones consignadas en los arts. 2.º, 6.º, 9.º, 11, 13, 14 y 16. La nulidad

(1) Pichat, expone de la siguiente manera estas reglas prácticas: «La revocación debe fundarse en razones graves. La jurisprudencia—(más exactamente, la práctica seguida por el Consejo de Estado en sus dictámenes)—da algunos ejemplos: irregularidades en el establecimiento, desaparición de todos los miembros de la asociación, o declaración fundada en la supuesta existencia de una dotación, comprobándose que la mitad era ficticia».

(2) Esto es lo que explícitamente señalan los estatutos modelos.

podrá decretarse ya a instancia del ministerio público, ya a solicitud de cualquier interesado».

Esto establecido, volvamos sobre los tres casos señalados :

PRIMER CASO.—*Liquidación de los bienes de un establecimiento-asociación, que es disuelto.*—El art. 9.º de la ley de 1.º de julio de 1901 regula expresamente esta hipótesis. En caso de que la asociación se disuelva «se dará a los bienes el destino señalado en los estatutos, y a falta de disposición estatutaria el que determine la *Asamblea general*». El reglamento de administración pública de 16 de agosto de 1901 desenvuelve y completa este principio. Según su art. 14 (1) : «En el caso en que los estatutos no hayan previsto las condiciones de liquidación y devolución de los bienes de una asociación que se disuelva, sea cuál fuere la causa de disolución, o si la Asamblea general, que la ha disuelto voluntariamente, no ha resuelto nada a este respecto, al Tribunal, a instancia del ministerio público, nombrará un *curador*, que en el plazo señalado por el Tribunal reunirá la Asamblea general con el exclusivo objeto de que decida sobre el destino de los bienes, ejerciendo dicho curador los derechos conferidos por el art. 813 del Código civil (2) a los curadores de herencias vacantes» (3).

Prácticamente la cuestión de destino de los bienes será resuelta, para los establecimientos, asociaciones posteriores a la ley de 1901, por los *estatutos*; pues, en efecto, según el artículo 11 del reglamento de 16 de agosto de 1901 los estatutos deben contener «las reglas relativas al destino de los bie-

(1) El art. 14 aparece incluido en el cap. III, intitulado : «Disposiciones comunes a las asociaciones declaradas y a las *reconocidas de utilidad pública*».

(2) Art. 813 del Código civil : «El curador de una sucesión vacante está obligado, ante todo, a proceder al inventario de los bienes. A este objeto ejercerá los derechos y entablará las acciones correspondientes; responderá a las demandas contra la misma formuladas; administrará, con la obligación de depositar el numerario existente y el que proceda del precio de los muebles o inmuebles vendidos, en las oficinas de Hacienda del Estado, con la obligación de conservar los derechos y de dar cuenta a quien corresponda».

(3) Aunque la ley y el reglamento de 1901 no lo digan no es dudoso : 1.º que los bienes deben adjudicarse a una institución que persiga un fin *lícito*; 2.º que el patrimonio agraciado no podrá recibir los bienes sino en tanto lo permita la ley, y 3.º con la autorización administrativa requerida para las donaciones. En este sentido Michoud, *Personnalité morale*, II, pág. 462.

nes en caso de disolución voluntaria, estatutaria, judicial o administrativa».

Sin embargo, los estatutos modelos redactados en 1907 por la sección del Interior del Consejo de Estado (art. 18) permiten que nada se resuelva respecto al destino de los bienes hasta el día en que se verifique la disolución de la asociación. La Asamblea general, entonces, adjudicará «el *activo neto* a uno o varios establecimientos similares, públicos o reconocidos de utilidad pública».

Para los establecimientos-asociaciones anteriores a la ley de 1901 lo corriente será la fijación del destino de los bienes por la Asamblea general.

Ni la ley ni el reglamento de 1901 distinguen según el *origen* de los bienes; no hacen alusión ni al *derecho de reversión* que hubiera podido ser *expresamente* estipulado por el donante o testador, ni al nuevo destino por ellos señalado para el caso de disolución. ¿Debe tenerse en cuenta un derecho de reversión formalmente estipulado o una afección especialmente indicada?

La solución *negativa* es seductora y encuentra un apoyo sólido en el texto de la ley de 1901.

Algunos (1) han sostenido la solución *afirmativa general*, fundándose en el derecho de propiedad del disponente.

Estas soluciones nos parecen demasiado absolutas. Parece preferible admitir el derecho de reversión y el nuevo destino, pero con restricciones análogas a las que ya han sido formuladas a propósito de los establecimientos públicos. En otros términos, a nuestro parecer las cláusulas de reversión, como las afecciones no pueden tener un carácter *perpetuo*. A medida que transcurre el tiempo pierde fuerza jurídica la voluntad del disponente. Los Tribunales deberán apreciar, como en el caso de inalienabilidad, si han prescrito las cláusulas de reversión y de afección (2).

(1) Michoud, *Personn. morale*, II, pág. 462.

(2) En sentido contrario, Michoud (ob. cit. y l. cit.), quien exagera el alcance del derecho de propiedad. Dice: «Dueños de no hacer donaciones a favor de las personas morales lo son también para hacerlas mediante condiciones diversas de las expresadas en los estatutos. Aceptando la persona moral la donación con las autorizaciones necesarias, acepta implícitamente esta condición». Este razonamiento se funda en la idea de que el derecho de propiedad confiere a su titular el derecho de dar a la cosa una afección *perpetua*; lo que, a nuestro parecer, es contrario al régimen moderno de la propiedad. Por lo demás, el profesor Michoud admite que «las reglas (para la disolución) que los estatutos consignan pre-

La Asamblea general que resuelve sobre el destino ulterior de los bienes ¿podrá disponer que dichos bienes se repartan entre los asociados? A nuestro juicio la negativa se desprende de la afección primitiva de los bienes. Estos bienes fueron destinados al cumplimiento de un fin de interés general, y su repartición entre los asociados transformaría en un instante la asociación benéfica en *sociedad* que persiguiera la especulación. El artículo 1.º de la ley de 1901 (1) consagra implícitamente esta solución, y el reglamento de administración pública de 16 de agosto de 1901 en su artículo 15 la acepta de modo explícito al disponer que: «Cuando la Asamblea general esté llamada a determinar el destino de los bienes, sea cual fuere éste, no podrá, de conformidad con las prescripciones del artículo 1.º de la ley de 1.º de julio de 1901, adjudicar a los asociados, fuera de las cuotas de aportación, parte alguna de los bienes de la asociación» (2).

valecen sobre el derecho de *reversión legal* a beneficio de los donantes o de sus sucesores. En otros términos, que el legislador no debe admitir dicho derecho (basado, como hemos visto, en una presunción de voluntad de los donantes) sino en el caso en que los estatutos no hayan regulado la suerte de los bienes, pues si la regulasen debe presumirse que los donantes al guardar silencio aceptaron implícitamente esta reglamentación.

(1) Art. 1.º: «La asociación es un convenio por virtud del cual dos o más personas ponen en común de un modo permanente sus conocimientos o actividades *con un fin que no sea el de repartir beneficios*».

(2) La *legalidad* del art. 15 del reglamento de 1901 ha sido negada —equivocadamente a nuestro juicio— por el profesor Michoud (*Personnalité*, II, pág. 466), quien desconoce el artículo 1.º de la ley de 1901: «La legalidad de esta disposición que modifica un artículo de la ley es muy discutible». De *lege ferenda*, Michoud añade: «La libertad absoluta reconocida por la ley a la asamblea general es excesiva, pues ella le permitiría dar a los bienes un destino absolutamente contrario al espíritu de la asociación. La restricción contenida en el reglamento de administración pública (dejando a un lado la cuestión de legalidad) no es menos excesiva, de su parte... Sería preciso entonces permitir a la asamblea general proceder al reparto de los bienes entre los miembros de la asociación cuando tal fuere el espíritu de los primitivos estatutos. Podría también, aun en las asociaciones de fines benéficos, repartir por *voto unánime*, entre sus miembros no sólo lo que aportaron sino también los aumentos provenientes de economía o del azar (verbigracia, premios de lotería de billetes de esta clase pertenecientes a la asociación)... Por el contrario, un voto unánime no puede atribuir a los miembros los bienes donados o aportados por los antiguos miembros en vista de un fin ideal, pues esto equivaldría a poner en manos de aquéllos un verdadero patrimonio de fundación que debe con-

SEGUNDO CASO.—*Establecimiento-asociación.*—La asociación subsiste, sea como asociación declarada, sea como asociación no declarada. Dicha asociación deja de tener ya el carácter de establecimiento de utilidad pública. Entonces es necesario reducir el patrimonio de la asociación a los límites fijados por la ley de 1901 (art. 6) si la asociación subsiste como asociación declarada, o liquidar todo el patrimonio si sólo queda la asociación como asociación no declarada.

a) Si la Asociación subsiste como asociación declarada, es necesario proceder a la devolución de los bienes en la parte excedente. Dicha devolución se hará, en nuestro sentir, según las reglas expresadas en los estatutos o las determinadas por la Asamblea general de los asociados. Aunque esta solución no esté exactamente contenida en el artículo 9.º de la ley de 1901 y en los artículos 14 y 15 del decreto de 1901 sí parece desprenderse de ellos por analogía.

b) Si la asociación subsiste como asociación no declarada, se impone la devolución de todos los bienes al patrimonio suprimido. La analogía entre este caso y el de disolución de la asociación es aun mayor, pues en ambos existe supresión completa de un patrimonio de afección.

TERCER CASO.—*Establecimiento-fundación.*—La ley de 1901, relativa a asociaciones, no trata de las fundaciones. ¿Se podrá, por analogía, admitir la solución formulada para los establecimientos-asociaciones por el artículo 2.º de la ley de 1901?

Admítase, en general, que los establecimientos fundacionales puedan regular el destino de los bienes. La práctica también lo admite (1). El fundador—se dice—ha donado los bienes con una condición (el destino señalado en los estatutos), y los donantes ulteriores, que en realidad son cofundadores, se han asociado a esta condición. De otra parte, el Gobierno, al aprobar los estatutos en el instante de la declaración de utilidad pública, se asoció también a estas reglas de devolución (2).

El razonamiento no es, a nuestro juicio, muy sólido, pues supone que el donante posee un derecho de disponer una afección perpetua, que negamos.

servar su afección primitiva». A nuestro parecer estas distinciones son algo arbitrarias y contrarias : 1.º a la idea de afección, 2.º al concepto fundamental de la asociación, por oposición de sociedad.

(1) Estatutos-modelos de fundaciones, redactados en 1896 por la Sección de Interior del Consejo de Estado.

(2) Michoud, *Th. de la personnalité morale*, II, p. 453 ; A. Colin y Capitant, *Droit civil*, 1914, I, p. 657 ; Hauriou *Dr. Odm.*, 7.ª ed., p. 350.

De no admitirse el carácter jurídico obligatorio de la devolución estatutaria de los bienes, forzoso es reconocer el derecho de las autoridades públicas a intervenir y determinar qué destino habrán de tener los bienes que constituyen un patrimonio *privado*. Este derecho resulta, no de la idea de que existan bienes vacantes y sin dueño, sino de la idea de que las autoridades públicas están en el deber de velar por que no se malgasten los recursos económicos. Trátase de tocar a la propiedad privada, lo cual es una cosa muy grave, que parece hacer necesaria la intervención del Parlamento. Por lo demás, esta intervención de las autoridades públicas se impone: primero, en el caso en que la fundación y los estatutos sean de tal antigüedad que el destino previsto en éstos haya llegado a ser ilícito, imposible o constituya manifiestamente un despilfarro económico; segundo, en el caso en que los estatutos no hayan previsto nada referente al destino de los bienes. En estos últimos casos es imposible reconocer a los administradores de la fundación el derecho de señalar la nueva afección, pues dichos administradores no pueden considerarse como asimilados a los asociados en un establecimiento-asociación (1). El derecho de devolución traspasa manifiestamente los poderes de administración, por gran amplitud que se les reconozca. La intervención de las autoridades públicas se impone aquí.

Todas estas dificultades muestran cuán necesaria es la confección de una buena ley sobre fundaciones ().

(1) En este sentido, Michoud (*Th. de la personnalité morale*, II, p. 465), para quien «este derecho de tutor, en caso de disolución, no puede existir... para los representantes de una fundación, porque en toda fundación, aun de carácter particular, el destino de los bienes se determina desde fuera y no puede ser alterado por la persona moral».

(2) La Sociedad de Estudios Legislativos ha redactado una proposición de ley cuya adopción reclaman los juristas franceses. La solución admitida por dicha proposición es la siguiente: «En el caso en que se suprima una fundación, sus bienes no pasarán al Estado, sino que se destinarán a una «Caja de fundaciones» (idea tomada de los «fondos de dotación» de las Sociedades de socorros mutuos. V. la ley de 1.º de abril de 1898, art. 31). Esta Caja proporcionará recursos a las obras de solidaridad social. La familia no tendrá derecho a reclamar nada.» Véase sobre este punto la opinión del profesor Larnaude (*Bulletin de la Société d'études législatives*, 1909).

CAPITULO VI

DEL PROCEDIMIENTO DEL DERECHO PRIVADO UTILIZADO POR LA ADMINISTRACIÓN PARA LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES DE INTERÉS GENERAL.

Para la satisfacción de las necesidades de interés general emplea tan corrientemente la Administración pública el procedimiento del servicio público, que parece como que jamás utiliza el sistema del Derecho privado. Mas no es así. Lo único cierto es que los agentes públicos se sirven raramente del procedimiento del derecho privado, pues este procedimiento supone esencialmente la existencia de *relaciones de igualdad*, poco conformes con la naturaleza de las exigencias sociales. El interés social debe prevalecer sobre los intereses particulares. Por tanto, no suele ser procedimiento conveniente el del derecho privado, que coloca a uno y a otros en el mismo nivel. He aquí por qué el uso del procedimiento del servicio privado es menos frecuente a medida que adquiere mayor relieve y consideración la idea de la supremacía del interés general.

Un ejemplo de la utilización del procedimiento del derecho privado nos lo proporcionan los *teatros nacionales* y los *teatros o casinos municipales*.

El interés general a que satisfacen estas instituciones no es de gran importancia, y por ello la ley no le ha elevado al rango de las hipótesis, en las cuales utiliza el sistema del servicio público.

La aplicación de las reglas del Derecho privado a este servicio determina los siguientes efectos:

I. *Para la adquisición de los terrenos necesarios a la construcción o ampliación de un teatro nacional o municipal no puede utilizarse la expropiación por causa de utilidad pública.* La cesión amigable, caso de que exista, es un contrato de compraventa regido por las disposiciones del Código civil y por las de la ley de 3 de mayo de 1841.

II. La construcción y reparación de un teatro no son ni *obras públicas*, ni *trabajos públicos*, en el sentido técnico de estas expresiones (1). Por consiguiente, no se podrán utilizar en

(1) Durante la causa de responsabilidad contra el Estado suscitada por el incendio de la Opera Cómica, acaecido en 1887, se sostuvo que la cons-

estos casos las ventajas especiales que para la realización de las obras públicas conceden las leyes (ocupación temporal, extracción de materiales, etc.); las cuestiones que se susciten serán de la competencia de los Tribunales ordinarios y no de los contenciosos, etc.

III. Los individuos empleados con cualquier título en un teatro nacional o municipal no tienen el carácter de agentes públicos. Por ejemplo, tal cosa ocurre con los empleados de la Comedia Francesa. Ni el administrador del teatro ni el Comité que está al frente de él, aunque sean designados por el ministro del ramo, son autoridades administrativas. Los individuos empleados en un teatro (artistas, etc.), están regidos, en cuanto a sus derechos y obligaciones, por las reglas del Derecho privado y por las disposiciones particulares que regulan el funcionamiento del teatro. Las resoluciones adoptadas por los empleados del teatro (1) no tienen, bajo ningún concepto, el carácter de actos provenientes de autoridades administrativas en el sentido técnico que esta expresión tiene en la teoría del recurso por abuso de poder. Los litigios suscitados por el personal son de la competencia de los Tribunales ordinarios (2).

IV. La explotación de un teatro municipal, aun por la Ad-

trucción de dicho teatro, efectuada en 1899, había sido considerada como una obra pública. El procurador general del Tribunal de Casación, Lafèrriere, hizo reservas explícitas acerca de esta afirmación. Decía: «Aun admitiendo—lo que es muy discutible—que hubiese habido un contrato de obras públicas para la construcción, en 1899, de la Opera Cómica...» (Conclusiones en el asunto *L'Etat c. Dessauer*, S-1906-1-41: Tr. de Cas., 12 junio 1901.)

(1) Como es natural, no ocurre otro tanto respecto a las resoluciones adoptadas por el ministro respecto al personal de los teatros subvencionados.

(2) A menos que se discuta la validez o legitimidad de una resolución administrativa. Por ejemplo: resolución ministerial nombrando administrador o comité de la Comedia Francesa. C. de Est., 11 de noviembre de 1910, *Sandrini, Rec.*, p. 780: «En sus relaciones con los artistas cuyos servicios utilizaban, no pueden considerarse los directores de la Opera como funcionarios públicos, sino como meros agentes comerciales. Por tanto, no es de la competencia del C. de Est. apreciar si los derechos que la señora Sandrimi tenía del contrato, ya para la ejecución integral del mismo, ya para el aumento de su pensión de retiro, han sido menoscapados por los directores de la Opera.» Sin embargo, si se impugna la validez de la legalidad de una resolución administrativa (verbigracia, resolución ministerial de nombramiento del administrador o del Comité de la Comedia Francesa), debe llevarse el recurso ante el Consejo de Estado.

ministración, no constituye la ejecución de un servicio público (1), sino el ejercicio de una profesión (2). Por consiguiente, los edificios afectos al teatro y a su explotación deben tributar por concepto de contribución territorial, impuesto de puertas y ventanas, contribución de patentes, etc., aun en el caso en que la Administración municipal no haya obtenido beneficio alguno de la explotación (3).

(1) Estimamos errónea la opinión de Berthélemy reconociendo a la Comedia Francesa carácter de *servicio público*. El mismo Berthélemy se contradice al afirmar que este servicio público está sometido a una organización especial regida *exclusivamente* por disposiciones particulares. ¿No equivale esto a negar el carácter público a dicho servicio?

(2) Cas. civil, 12 junio 1901 (*L'Etat c. Dessauer*, S-1906-1-41, con las conclusiones de Lafèrriere y una nota del profesor G. Ferron): «La explotación de un teatro (*Opera Cómica*) constituye una *empresa privada*. Las subvenciones que le concede el Estado no pueden modificar este carácter, convirtiéndole en servicio público.» En el mismo sentido se ha manifestado enérgicamente Lafèrriere: «¿Estaba afecto el teatro a un servicio público? se preguntaba—. No, pues el Estado sólo interviene subvencionando y fiscalizando la actuación del concesionario del teatro; pero la obra teatral no es, en modo alguno, producto de la acción del Estado, *ni tiene carácter de servicio público*.» El Tribunal del Sena, por sentencia de 29 de enero de 1895, había declarado que «el Estado explotaba, por sí mismo o por su representante, un *verdadero servicio público*». La Audiencia de París (21 de junio de 1898) vaciló en esta cuestión. Decía: «Admitiendo, en hipótesis, que la Opera Cómica constituya, desde el punto de vista del arte y de la educación artística, un *servicio público*...»

(3) C. de Est., 5 diciembre de 1906 (*Ville de Lyon, Rec.*, p. 892): «En lo que concierne al impuesto de patentes: Resulta del expediente que la ciudad de Lyon ha explotado directamente, durante el año 1904, el Gran Teatro Municipal. Estos hechos constituyen el ejercicio de una profesión, y no la ejecución de un servicio público. Por tanto, y aunque la ciudad no haya obtenido beneficio alguno de la explotación, es perfectamente legal que, en calidad de empresario de espectáculos, haya tributado por concepto de patente durante el año 1904.»

«En lo que concierne a la contribución territorial, tasa de bienes de manos muertas e impuestos de puertas y ventanas...: Según el art. 106 de la ley de 3 brumario del año VII, se exceptúan únicamente del pago de la contribución territorial las propiedades públicas no productoras de rentas, y según el art. 5 de la propia ley, quedan exentos del impuesto de puertas y ventanas los *edificios afectos a un servicio público*. El Gran Teatro Municipal no puede considerarse dentro de las categorías previstas en los artículos arriba expresados. Por tanto, la ciudad de Lyon carece de acción para reclamar la exención de la contribución territorial, de la tasa sobre los bienes de manos muertas y del impuesto sobre puertas y ventanas que se le ha exigido por razón del Gran Teatro para el año de 1904.»

V. Los edificios afectos a los teatros nacionales o municipales no son dependencias del *dominio público*, en el sentido técnico de estas palabras. De una manera más precisa puede decirse que el régimen jurídico aplicable a estos inmuebles es el régimen de la propiedad privada y no el régimen especial de protección llamado régimen del dominio público (1).

VI. Cuando la explotación de un teatro nacional o municipal no se verifica por la Administración, el director que se encarga de la explotación no tiene el carácter de concesionario de un servicio público. En consecuencia, el pliego de condiciones es pura y simplemente un contrato, y en el acto de concesión no ha lugar a buscar cláusula alguna relativa a ningún servicio público. No hay aquí servicio público. Por tanto, el contrato es la ley de las partes que sólo puede ser modificado por la mutua voluntad de los mismos.

VII. La responsabilidad que pueda derivarse de la explotación de un teatro para la Administración pública está regida por las reglas del Derecho privado, y los Tribunales competentes para estatuir sobre ella son los Tribunales ordinarios, toda vez que no se trata del funcionamiento de un servicio público (2).

(1) Discútese sobre la cuestión de saber si los *edificios* afectos a un *servicio público* forman parte del dominio público. Aun los mismos autores que participan de la opinión afirmativa, hacen una excepción de los teatros. En este sentido, Hauriou (*Droit adm.*, 7.^a ed., p. 708, nota 1). Dice: «No parece que los teatros deban ser clasificados entre los bienes de dominio público, ni aun en el caso en que sean municipales, porque la gestión teatral no se considera servicio público, sino una profesión susceptible de imposición, que no pierde este carácter porque se ejerza directamente por la Administración.» En este sentido, el procurador general Lafèrriere (conclusiones respecto a la res. de la Cas. civil, 12 junio de 1901, *l'Etat c. Dessauer*, S-1906-1-41.) El Tr. de Casación declara que: «Dicho edificio (*Opera Cómica*) formaba parte del *dominio privado* del Estado, que lo poseía a título de propietario».

(2) Tal ha sido resuelto respecto a las acciones de responsabilidad entabladas contra el Estado por el incendio de la *Opera Cómica*. La competencia, de los Tribunales ordinarios y la aplicación de las reglas del Derecho privado han prevalecido en este caso. En este sentido se inspiraban las conclusiones del procurador general Lafèrriere (Cas. civil, 12 junio 1901, S. 1906-1-41, con una nota conforme del profesor G. Ferron.

El Tribunal de Casación se ha pronunciado en el mismo sentido (12 junio de 1901, *l'Etat c. Dessauer*): «En derecho, el Estado, considerado como propietario de los bienes que constituyen su dominio privado, está