

# LIBRO SEGUNDO

## La noción del servicio publico

---

### CAPITULO PRIMERO

#### EL SERVICIO PÚBLICO

En todos los países civilizados satisface la Administración necesidades de interés general. No quiere esto, sin embargo, decir que satisfaga *todas* las necesidades de interés general; la alimentación, por ejemplo, no cae hoy bajo su competencia, ni el servicio médico, ni el servicio de farmacia, etc. Todo esto está encomendado, *en el instante actual*, a la actividad de los particulares.

De otra parte, existen necesidades de interés general que la Administración está encargada de satisfacer *con exclusión de los particulares*: justicia, policía, comunicaciones telegráficas, telefónicas, postales, etc.

Finalmente, existen otras que son satisfechas a la vez por la Administración y por los particulares: por ejemplo, en Francia, la enseñanza, el teatro, el servicio de desinfección, el de asistencia, Cajas de ahorro, transporte de paquetes postales, etcétera.

Consideremos las necesidades de interés general que son satisfechas *en un momento determinado*, ya solamente por la Administración, ya por ésta y por la acción particular conjuntamente.

Dos procedimientos suelen emplearse a este efecto, a saber:

1.º *El procedimiento de derecho privado*, o sea el que uti-

lizan los simples particulares cuando proveen a la satisfacción de las necesidades de interés general;

2.º *El procedimiento del servicio público.*

¿Cuál es este último procedimiento? (1).

## I

### *El procedimiento del servicio público.*

*Decir que en un determinado caso existe un servicio público, es decir, que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general existe un régimen jurídico especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos.*

En todo servicio público, propiamente dicho, obsérvase la existencia de reglas jurídicas especiales, que tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del mismo, de dar, lo más rápida y completamente posible, satisfacción a las necesidades de interés general (1). Estas reglas, por estas mismas

---

(1) Véase nuestra nota en la R. D. P. 1918, pág. 508 y ss.

(2) Tales son las ideas que gozan del favor del Consejo de Estado. Colson (Consejero de Estado), *Tratté d'Economie politique*, II, p. 885, dice: «Como estos servicios (policía, correo, transporte por ferrocarril, alumbrado, agua), no pueden ser garantidos por la iniciativa privada; como constituyen necesariamente el objeto de una organización sistemática que un desorden local la perturbaría por entero, resérvanse el monopolio de los mismos el Estado o los municipios.» Tardieu (Comisario del Gobierno, conclusiones en el asunto *Winkel*. Consejo de Estado, 7 agosto 1909, *Recueil*, pág. 1.302) expresa que: «Cuando el Estado, el departamento o el municipio sustituyen por la propia la libre iniciativa particular en la organización de un servicio público es con el objeto de asegurar a todos los habitantes de Francia, sea cual fuere la parte del territorio nacional que ocupen, la satisfacción de necesidades generales a que la iniciativa privada sólo puede proveer con una satisfacción incompleta e intermitente... La continuidad... es la esencia del servicio público.» Chardon (Consejero de Estado), *le Pouvoir administratif*, 1910, pág. 205, dice: «La nación erige en servicios públicos ciertos servicios que hubiese podido abandonar a la iniciativa privada; ¿por qué es esto? Porque los considera indispensables a la vida de los ciudadanos». P. 47 y s. «Si la nación o las municipalidades hiciesen de la elaboración del pan un servicio público sería porque juzgasen necesario asegurar a los ciudadanos pan bueno y barato.» Pági-

razones son susceptibles de modificación en todo instante (1).

1.º A veces las disposiciones legales han resuelto expresamente la cuestión disponiendo que tales o cuales reglas especiales rijan ciertos servicios. Pero muy raramente ocurre así, pues lo corriente es que no exista disposición legal especial.

2.º A falta de disposición legal, el jurista deberá averiguar si el servicio a cargo de la Administración es un servicio público al que es necesario aplicar las reglas especiales relativas a esta clase de servicio o si, por el contrario, no es así y, por

---

na 45 : «El límite, entre los servicios públicos y los que no lo son es muy claro. Toda persona que ingresa en un servicio público, por el mero hecho de que se dispone a servir a la nación, resuelve y se compromete a anteponer siempre el interés nacional al suyo propio.» Helbronner (Comisario del Gobierno), conclusiones en el asunto *Syndicat national des chemins de fer*, 18 julio 1913 (R. D. P. 1913, pág. 506, nota 1), dice : «Cuando el Estado, el departamento o el municipio organiza un servicio público, ya asumiendo directamente su explotación, ya concediéndola a terceros, es para procurar a la colectividad la satisfacción de intereses generales a los cuales sólo puede procurar la iniciativa privada una satisfacción imperfecta e intermitente». Consejo de Estado 18 julio 1913, *Syndicat national des chemins de fer* : «El funcionamiento regular e ininterrumpido (del servicio de ferrocarriles) es, en todo tiempo, indispensable a la seguridad del territorio y a la defensa nacional».

Estas ideas predominan en los autores contemporáneos : Hauriou, *Droit adm.* 7.ª ed. pág. 12 : «Se puede definir el servicio público como un servicio que se presta al público de una manera regular y continua, para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública».

(1) Romieu, (conclusiones relativas a la resolución del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1903, Cajas escolares, Rec., pág. 395) dice : «Si estas cajas... fuesen... un establecimiento público... constituirían una rama de la administración pública, uno de los servicios públicos. Por tanto, las modificaciones del régimen del servicio público de que las cajas forman parte determinarían necesariamente una modificación correlativa en su propia organización... Los estatutos no pueden en caso alguno prevalecer contra la ley...» Consejo de Estado 22 mayo 1903, primer caso, pág. 400 : «No es lícito tener cuenta de las disposiciones de sus estatutos (de las Cajas Escolares) que aunque fueron aprobados regularmente por la legislación en vigor antes del 30 de octubre de 1886 son incompatibles con el régimen establecido en esta fecha, y como tales han de reputarse in-existentes...» Consejo de Estado, 27 junio 1913, *Cornus* : «Los derechos y ventajas que resultan para los funcionarios públicos de una legislación, están supeditados al mantenimiento de esta legislación y no pueden en modo alguno oponerse al derecho de la Administración a reorganizar los servicios. La organización de los museos nacionales y de la escuela del Louvre es obra de decretos, y, por tanto, éstos han podido ser válidamente modificados por los decretos de... 25 y 27 de mayo de 1910».

tanto, no es pertinente sino la aplicación de las reglas del Derecho privado.

a) Planteóse esta cuestión en Francia en 1910, cuando estalló la huelga de ferroviarios. La cuestión principal que el Gobierno tuvo que resolver entonces fué la de saber si la explotación de los ferrocarriles—aun los de compañías concesionarias—constituían o no un servicio público. Sólo después de haberla resuelto afirmativamente fué cuando aplicó reglas especiales y adoptó medidas (1) que hubieran sido manifiestamente ilegales y jurídicamente injustificables si los transportes por ferrocarril no hubiesen sido considerados servicio público.

b) Asimismo, la *situación jurídica* de los individuos empleados por la Administración varía según que estén adscritos a un servicio público propiamente dicho o que consagren su actividad al cumplimiento de funciones que no tienen dicho carácter.

Pongamos algunos ejemplos :

¿Constituye en Francia un servicio público la industria de porcelana de Sèvres o la de tapices de Gobelinos? Unánimemente se contesta de modo negativo, y todos están de acuerdo también en que los empleados adscritos a estos servicios no son agentes de servicios públicos propiamente dichos, sino individuos sometidos al régimen jurídico del arrendamiento de servicio, idéntico al que rige a los obreros y empleados de un particular. Por el contrario, la característica del régimen jurídico de los agentes públicos propiamente dichos estriba en que estos agentes desempeñan su función *no para tener contentos a sus jefes, sino para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público*. El funcionamiento regular y continuo del servicio público es la idea que debe inspirar toda la actividad de los agentes públicos (2).

---

(1) En particular, la militarización de los empleados ferroviarios y aun la sustitución de estos empleados por soldados para asegurar el funcionamiento del servicio: V. sobre esta materia Rolland, *La grève des cheminots*, en la R. D. P. 1910, pág. 740 y ss. El Consejo de Estado en su resolución de 18 de julio 1913 (*Syndicat national des chemins de fer*) según el dictamen de Helbronner comenzó por averiguar si había servicio público. Resuelta afirmativamente esta cuestión añadió el Consejo de Estado: «De este modo la decisión impugnada (llamamiento de los empleados de ferrocarriles por un período de veintiún días de servicio al régimen militar) ha sido adoptada para garantizar los intereses públicos confiados al ministro». V. R. D. P. 1913, pág. 506, nota 1.

(2) Esta idea la desarrolla con mucha precisión Chardon (*Le pouvoir administratif*, 1910, pág. 45) cuando dice: «No se puede proponer seria-

c) La idea de que exista o no en un caso determinado *servicio público* domina también la condición jurídica de las cosas que utilizan los agentes administrativos para la satisfacción de los intereses generales. La idea de servicio público es la que sirve a clasificar las dependencias del *dominio* de la administración en *dependencias del dominio público* y *dependencias del dominio privado*. Es cosa evidente que no puede haber dependencia del dominio público sino en el caso en que la *cosa está afecta a un servicio público*. De otra parte, aquella idea constituye la base de todas las reglas del régimen jurídico que se llama *régimen del dominio público* y que se opone al régimen jurídico de la propiedad privada.

d) Todavía encontramos reglas especiales tocantes a la condición jurídica del dinero necesario para los servicios públicos. Estos fondos constituyen en el sentido técnico de la palabra *fondos públicos*. Y la noción de fondos públicos implica la aplicación de toda una serie de reglas especiales (contabilidad pública).

e) Aún hay más. Cuando la Administración, para un servicio público, realiza una obra sobre un inmueble, aplícanse reglas especiales a fin de facilitar la realización de la obra. Esta es la teoría de las *obras públicas*. Particularmente con objeto de procurarse la Administración los terrenos necesarios para

---

mente al funcionario que inspire sus actos en el deseo de obtener un testimonio de satisfacción del ministro o del director. Sin duda que estos testimonios tienen un valor estimable; pero en el fondo no son otra cosa que la corroboración de que se ha cumplido un deber para con la nación. *Precisamente en el sentimiento de este deber es donde reside toda la noción del servicio público*. Desde este punto de vista es fácil distinguir el servicio público del que no lo es. Todo hombre que entra en un servicio público, por el mero hecho de que se dispone a servir a la nación resuelve y se compromete a anteponer siempre el interés nacional al suyo propio, y por eso mismo adquiere un valor moral superior. El día en que pierde esta noción ha perdido igualmente la cualidad esencial que ha de poseer todo agente de la nación». Véanse análogas ideas, desenvueltas por Heibronner en su dictamen relativo al asunto *Syndicat des chemins de fer* (18 de julio de 1913): «En las sociedades organizadas—dice—en Estados civilizados, por encima de los más respetables intereses individuales y colectivos existe el interés general de asegurar a la nación su existencia y defender su independencia y seguridad. Y las democracias—cuyos gobernantes tienen por divisa el *Res. publica*—deben más que nadie mostrarse celosas en mantener intactos los derechos de la colectividad nacional. El servicio de ferrocarriles no es solamente un servicio público; es un servicio militar, cuya permanencia y continuidad interesan al más alto punto a la defensa nacional...»

un servicio público tiene el *derecho de ocupar temporalmente* los terrenos de propiedad particular o de *expropiarlos* por causa de utilidad pública.

f) Los actos jurídicos realizados por los individuos adscritos a un servicio público propiamente dicho son *actos administrativos*, y si se trata de actos *unilaterales* son, en principio, susceptibles de recurso por abuso de poder (1).

g) La responsabilidad del patrimonio del establecimiento y la de los agentes adscritos a la gestión se rigen por reglas especiales, si se trata de un servicio público propiamente dicho (2).

h) La idea de que el procedimiento del servicio público implica la aplicación de reglas jurídicas especiales ha determinado una jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de conflictos, favorable al reconocimiento de la competencia de los Tribunales administrativos respecto a los litigios de índole económica suscitados por el funcionamiento de los servicios públicos (3). Tal es, en el instante actual, el sentido de

---

(1) Consejo de Estado 28 junio 1912, *Coutton, Rec.*, pág. 739: «La Caja de ahorro de B no es un establecimiento público. Por tanto, el Consejo de administración de esta Caja no es una autoridad administrativa para los efectos del recurso ante el Consejo de Estado...»

(2) Conclusiones del procurador general Lafèrriere sobre cas. civil, 12 junio 1901 (*Sirey* 1906-1-41, con la nota del profesor Ferrou). El Tr. de Cas. declara: «En derecho, el Estado considerado como propietario de los bienes que constituyen su dominio privado está sometido en sus relaciones con los particulares a las reglas del Derecho civil, y desde el punto de vista de la responsabilidad por las faltas que pueda cometer, es justiciable ante los Tribunales ordinarios. La explotación de un teatro (ópera cómica) constituye una empresa privada. La subvención que recibe del Estado no es suficiente para convertirla en un servicio público. Así, la acción no va dirigida contra el Estado en razón de la mala gestión de los *servicios públicos*».

(3) Con motivo de estas cuestiones de competencia suele plantearse y resolverse judicialmente la cuestión de averiguar si un determinado establecimiento, institución u organismo, es o no un servicio público. Un ejemplo curioso lo proporciona el asunto Pichot resuelto por el C. de Est. el 21 de junio de 1912 de acuerdo con las conclusiones formuladas por el comisario del Gobierno León Blum (*Rec.*, pág. 712 y ss.) Recuérdense las conclusiones de Romieu en el asunto *Cajas escolares* (Consejo de Estado 22 mayo 1908 (*Rec.*, pág. 390 y ss.)). Véanse también las conclusiones de Blum respecto al asunto *Azincourt, Asselinan* (dos res.) (Consejo de Estado 13 junio 1913. R. D. P. 1913, pág. 503 y ss. y nuestra nota.)

la regla famosa de la separación entre las autoridades administrativas y judiciales (1).

i) Todas estas reglas y doctrinas especiales aplicables a los servicios públicos son en todo momento modificables por las leyes y reglamentos (2).

En resumen, el servicio público es un procedimiento—y no el único—con que se da satisfacción a necesidades de interés general. Decir que en tal caso existe servicio público significa que han de aplicarse reglas y teorías especiales, que existe un régimen jurídico especial, *régimen de índole legal y reglamentaria*.

## II

¿Cómo se reconoce la existencia de un servicio público?

Es de gran importancia la cuestión de saber si en un caso determinado existe realmente un servicio público. ¿Qué circunstancias deberán tenerse en cuenta?

A nuestro entender procede averiguar *únicamente la inten-*

---

(1) Consejo de Estado, 4 marzo 1910, *Thérond (Rec., pág. 197)*: «La ciudad de M... ta tenido... por objeto asegurar un *servicio público*. De este modo, las dificultades que pueden originarse de la inejecución o de la deficiente ejecución de este servicio son, a falta de una ley que atribuya su conocimiento a otra jurisdicción, de la competencia del Consejo de Estado. Sobre esta resolución véase *nuestra* nota en la R. D. P. 1910, página 249 y ss. En este asunto definió Blum el contrato administrativo el que «es influenciado y tocado en un cierto modo por el *servicio público* en cuya virtud se celebra».

(2) Conclusiones de Blum en el asunto *Pichot* (Consejo de Estado, 21 junio 1912 (*Rec., pág. 718*)): «El establecimiento de utilidad pública está *indefinidamente* regido por el acto que le ha dado vida civil, es decir, por sus estatutos legítimamente aprobados; al contrario de lo que acontece con el establecimiento público, que siendo creación de la ley está, respecto de ella en un *estado de completa dependencia*... Los estatutos, por consecuencia, no pueden en caso alguno prevalecer contra los reglamentos generales dictados por la Administración en virtud de su derecho de tutela, *por lo que su constitución no es fija sino que se modifica según las reglas generales aplicables a los establecimientos de idéntica naturaleza a aquellos entre los cuales encuéntrase clasificado*».

*ción de los gobernantes* (1) en lo concerniente a la actividad administrativa de que se trate (2). Son única y exclusivamente servicios públicos aquellas necesidades de interés general que los gobernantes en cierto país y en una época determinada han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio público. Sólo importa considerar la intención de los gobernantes. La opinión de los tratadistas carece de interés. El criterio personal del jurista que resuelve la dificultad es indiferente.

El jurista no está obligado a averiguar si el legislador procedió o no acertadamente. No es esta la cuestión. Puede ocurrir que el jurista aprecie excelentes razones políticas, económicas o sociales para que no se satisfaga cierta necesidad de interés general por el procedimiento del servicio público (3). En este caso dirá que es *lamentable* que el régimen del servicio público haya sido prescrito por los gobernantes. Pero, repitámoslo: el interés que pueda existir en saber si a X, jurista de renombre, le satisface o no dicha solución, si los gobernantes acertaron o no en aquella medida, no tiene absolutamente nada que ver con la cuestión *jurídica* (4).

Por ejemplo, en Francia, en una época determinada, la religión constituyó un servicio público; en otros términos, las necesidades religiosas del país eran atendidas por el procedimiento del servicio público. Regía a dicho servicio un régimen jurídico especial. Unos se lamentan, y otros, por el contrario,

---

(1) ¿Cuál es la autoridad competente para decidir que en un caso determinado exista servicio público? Véase abajo, cap. IV.

(2) Tratamos aquí de esta cuestión sólo desde el punto de vista *jurídico*. Duguit (*Trans. du droit public*, 1913, pág. 47 y ss.), muestra muy exactamente bajo el aspecto *sociológico* la tendencia moderna favorable a la extensión de los servicios públicos, e indica con gran justeza los motivos de este desenvolvimiento; pero no señala el criterio *jurídico* que permita reconocer si el *procedimiento jurídico del servicio público* ha sido querido en un caso determinado.

(3) Acerca de esto, véase Hauriou, *Droit adm.* 7.<sup>a</sup> ed., págs. 19 a 21.

(4) Tal es la solución que con una terminología diferente propone Michoud (*Personnalité morale*, I, 1906, pág. 296). «Para saber—dice—si el grupo pertenece al derecho público, el intérprete no tiene por qué preguntarse si el fin que le informa es de interés general; esta apreciación puramente subjetiva sería de las más inciertas. Lo único que debe interesar al intérprete es averiguar si el Estado lo ha considerado como tal, lo que equivale a decir que es en el propio régimen de las agrupaciones y en el conjunto de las reglas que el Estado ha creído oportuno aplicarles donde debe buscarse el criterio que determine la naturaleza de la agrupación de que se trate.

se felicitan de que en 1905 Francia haya prescindido del procedimiento del servicio público respecto a la religión. Pero nada de esto tiene interés desde el punto de vista jurídico. Lo que ningún jurista puede negar es que en el instante actual las necesidades religiosas del país no se satisfacen ya según el sistema del servicio público.

¿Y por qué es así? Pues porque la ley de 9 de diciembre de 1905, en su art. 2.º proclama solemnemente la voluntad de los gobernantes franceses de que la religión deje de ser un servicio público. «La República no reconoce, sostiene, ni subvenciona culto alguno». Los motivos que han impulsado a los gobernantes a adoptar dicha solución no son de orden jurídico.

Existen necesidades de interés general para cuya satisfacción el procedimiento que la Administración emplea es evidentemente el del servicio público. Tales son los servicios de justicia, policía, defensa del territorio, diplomacia, etc. Tocante a la naturaleza de estos mismos servicios no hay dificultad alguna.

Del mismo modo, hoy día, los establecimientos creados por el Estado, los departamentos o los municipios concernientes a la instrucción pública, a la beneficencia, a la sanidad, correos, telégrafos y teléfonos son ciertamente servicios públicos, aunque en ciertas épocas no lo hayan sido así algunos de ellos.

Tras de alguna vacilación, en la actualidad se reconoce plenamente el carácter de servicio público que tienen los ferrocarriles, *aun aquellos que están en poder de compañías concesionarias* (1).

¿Cómo se reconocerá que la voluntad de los gobernantes ha sido la de satisfacer a una necesidad de interés general por el procedimiento del servicio público?

Imposible dar un criterio único, pues en esto juega un conjunto de circunstancias, cada una de las cuales no es por sí sola bastante para que se revele con exactitud la voluntad de organizar un servicio público. Véanse las principales de estas circunstancias.

---

(1) Consejo de Estado, 10 julio 1885, *Charvet* (Rec., pág. 664) : En este asunto el comisario del Gobierno Marguerie declaró que : «La administración de los ferrocarriles del Estado cuida un servicio público». Véase Consejo de Estado 31 mayo 1905, *Fournié* (Rec., pág. 325). Cas. 18 noviembre 1895, S-98-1-385 y la nota del profesor Chavegrin ; 22 marzo 1899 S-1903-1-420.) Sobre este extremo no cabe ya hoy día discusión alguna. Consejo de Estado 18 julio 1913, *Syndicat des chemins de fer* y las conclusiones de Helbronner, R. D. P. 1913, pág. 506, nota 1.

En primer lugar, es menester mencionar el *establecimiento de reglas especiales* destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio y particularmente la *organización de ciertas cargas* que han de pesar sobre determinados individuos: servidumbres sobre los predios contiguos a las vías férreas, carreteras, etcétera. Mencionemos especialmente la organización del *poder de levantar contribuciones o tasas propiamente dichas* para asegurar el funcionamiento del servicio. Sin duda que este poder es el *signo más evidente* de la existencia de un servicio público.

La creación de un *monopolio de explotación* es también un signo muypreciado (1). La fabricación de la pólvora, la elaboración del tabaco o de las cerillas constituyen evidentemente servicios públicos (2).

El origen del establecimiento considerado es de la más alta importancia:

Es de hacer notar que puede haber *servicio público* sin que la satisfacción del interés general que entrañe se obtenga por la actuación de individuos designados por la Administración. Puede existir servicio público propiamente dicho aun en el caso en que la exigencia social en juego sea atendida por un concesionario o por un arrendatario.

Tal acontece con los ferrocarriles concedidos o con la recaudación del impuesto municipal de consumos.

En resumen, para saber si existe servicio público propiamente dicho es necesario averiguar si esa ha sido la intención de los gobernantes, y esta voluntad se aprecia no por una característica particular esencial, sino por un conjunto de signos. Finalmente, el procedimiento del servicio público no se utiliza en todos los tiempos para satisfacer una misma necesidad. Hay necesidades para cuya satisfacción se abandonó el procedimiento del servicio público después de haberse utilizado; como, a la inversa, hay otras para las cuales se emplea

---

(1) Hauriou, *Droit adm.* 7.<sup>a</sup> ed., pág. 17. «Aunque generalmente un servicio público constituye un monopolio, no es esta una condición esencial».

(2) Duguit (ob. cit., pág. 416) dice: «Existe servicio público cuando se reúnen los tres elementos siguientes: una función considerada (¿por quién?) como obligatoria, en un momento determinado, para el Estado; un cierto número de agentes jerarquizados o disciplinados instituidos para realizar esta función y, finalmente, una cierta cantidad de recursos afectos al cumplimiento de la misma». Véase también Rolland, «*La grève des agents d'un service public concédé*» en la R. D. P. 1910, pág. 504 y ss.

en la actualidad dicho procedimiento que antes no había sido usado.

Por el contrario, es necesario abstenerse de estimar como decisivos los siguientes criterios (1):

a) La resolución de una autoridad pública *para la fundación de un establecimiento*, pues este acto es también necesario para la *declaración de utilidad pública* (2).

b) Tampoco la circunstancia de que los *reglamentos para el régimen y servicio interior de un establecimiento deban ser aprobados por un agente público* (prefecto, ministro, etc.). Por ejemplo, los estatutos de las cajas ordinarias de ahorros y los de las sociedades de socorros mútuos son aprobados por los agentes administrativos y, sin embargo, estas instituciones son evidentemente instituciones de utilidad pública y no servicios públicos.

c) Asimismo, el *nombramiento por el Gobierno de ciertos administradores de un establecimiento* no constituye necesariamente la prueba de que los gobernantes hayan querido adoptar el procedimiento del servicio público. Por ejemplo, el Gobernador del Banco de Francia o del Crédito territorial son designados por el Gobierno y, sin embargo, dichos Bancos no constituyen *servicios públicos*, propiamente dichos.

d) Tampoco constituye una prueba concluyente la *necesidad de una aprobación administrativa para todos los actos o simplemente para algunos de los actos de gestión* realizados por un establecimiento (3).

e) Finalmente, el *hecho de que la contabilidad de un establecimiento esté sometida al control de la inspección general de Hacienda o del Tribunal de Cuentas* no es tampoco criterio absolutamente decisivo. La cosa no ofrece duda respecto a la inspección de Hacienda. Y en cuanto al Tribunal de Cuentas si *hoy día* la jurisprudencia de este Tribunal tiene establecido que el control de este organismo sólo se ejerza cuando *exista servicio público propiamente dicho* o cuando un *precepto l-*

---

(1) Conclusiones de Blum en el asunto *Pichot*, Consejo de Estado, 21 junio 1912, *Rec.*, pág. 720.

(2) Véase más abajo.

(3) Así lo ha resuelto el Consejo de Estado en 18 de febrero de 1910 (*Perfetty*) en el asunto de la Caja del *Gendarme*, sociedad en la cual cada resolución adoptada por el Consejo de administración se sometía a la aprobación del ministro de la Guerra y sólo así llegaba a ser ejecutiva. Véanse las conclusiones precitadas de Blum respecto a la res. del Consejo de Estado de 21 junio 1912, *Pichot*, *Rec.*, pág. 716.

gal o reglamentario lo ha dispuesto (1), lo cierto es que esta solución no ha sido adoptada siempre, y que muy recientemente aún un asilo fundado en 1804, cuya contabilidad estaba sometida en virtud de su *reglamento interior* al Tribunal de Cuentas (2), no ha sido considerado por el Consejo de Estado como un establecimiento público (3).

---

(1) Jèze, *Cours élém. de Sc. des finances*, 5.<sup>a</sup> ed. 1912, pág. 350. Véanse en este sentido las conclusiones de Blum, respecto a la resolución del Consejo de Estado, *Pichot*, 21 junio 1912, *Rec.*, p. 717.

(2) Trátase del asilo «La Providencia», Consejo de Estado 8 enero 1835; 21 junio 1912, *Pichot*, *Rec.*, pág. 720.

(3) Todas estas ideas han sido explícitamente acogidas por el Consejo de Estado en una resolución de 21 de junio de 1912 (*Pichot*, *Rec.*, página 722) dictada conforme a las conclusiones del comisario del Gobierno León Blum, que dice así: «El asilo «La Providencia» fué creado en 1804 por el señor y la señora M. de L. V. Si un *decreto* de 24 de diciembre de 1817 aprobó dicha fundación, fué únicamente con el objeto de asegurarle la perpetuidad y de conferirle una existencia legal. El precitado decreto prevé, en verdad, la intervención de la administración superior en el funcionamiento del asilo y en la designación de ciertos pensionistas. Pero dicho decreto, al prescribir en interés público ciertas obligaciones como condición del *reconocimiento*, no ha modificado el carácter privado que tuvo en su origen el establecimiento y no permite su inclusión en el número de los establecimientos públicos. La circunstancia de que el reglamento interior aprobado por el ministro para la aplicación del decreto de 24 de diciembre de 1817 haya señalado las condiciones según las cuales la contabilidad del asilo queda sometida al Tribunal de Cuentas, no ha podido legalmente convertir a este asilo en un establecimiento público. Por tanto, las cuestiones que se susciten entre el asilo «La Providencia» y sus pensionistas no son de la competencia del Consejo de Estado». En su resolución de 31 de mayo de 1913 (*Pichot*, *Rec.*, pág. 605) el Tribunal de Conflictos desenvuelve argumentos de idéntico orden: «El Asilo de «La Providencia»—dice—ha sido creado en 1804 por los señores... que han cedido a dicho establecimiento los edificios en que el Asilo funciona. Los recursos proceden principalmente de las pensiones que pagan la mayor parte de los ancianos acogidos en él y de subvenciones que le concede la sociedad de «La Providencia». El reglamento de 24 de diciembre de 1817, que ha aprobado dicho establecimiento, se ha propuesto asegurar la perpetuidad de esta fundación y conferirle una existencia legal, pero imponiéndole, en interés público, ciertas obligaciones como condición de reconocimiento. Este reglamento no ha producido el efecto de modificar el carácter privado que este establecimiento tenía en su origen y no permite incluirle en el número de los establecimientos públicos».

### III

#### *Los establecimientos públicos.*

Cuando una necesidad de interés general se satisface por el procedimiento del servicio público suscítase otra cuestión: ¿con qué recursos va a ser atendido el servicio público? ¿cuál es el patrimonio administrativo al cual se adscribe dicho servicio?

En Francia existen cuatro grandes categorías de patrimonios administrativos *generales*: el del *Estado*, el de los *departamentos*, el de los *municipios* y el de las *colonias*. Cuando se organiza un servicio público, ordinariamente se le adscribe a uno de estos patrimonios generales; lo que quiere decir que los gastos que origine la gestión de este servicio serán cubiertos con los recursos de este patrimonio general.

Para los servicios públicos adscritos a una o a otra de las cuatro grandes categorías de patrimonios generales (Estado, departamentos, municipios y colonias) rige la siguiente regla fundamental: los gastos que ocasionen los diversos servicios públicos adscritos a un mismo patrimonio general son satisfechos con los recursos *generales de este patrimonio*; los gastos de todos los servicios forman *una sola masa*, que pasa sobre el *conjunto de los recursos del patrimonio general*. Este es el principio de la *no asignación de ingresos o rentas*. Es decir, que no se hace distinción alguna entre los distintos servicios públicos, ni se asigna a cada uno recursos particulares. Las deudas originadas en razón de los diferentes servicios públicos son deudas del patrimonio general, *sin orden, ni preferencia*. A la inversa, todos los créditos que nazcan con ocasión de los diversos servicios son créditos del patrimonio general, *sin orden, ni preferencia tampoco* (1).

Consideremos, por ejemplo, los servicios públicos de justicia, diplomacia, correos y telégrafos. Estos diversos servicios públicos están adscritos al patrimonio administrativo general del Estado. Las deudas nacidas con ocasión de dichos servicios (gastos judiciales, tasas de cancillerías, postales telegráficas) son deudas del Estado; todas forman una sola masa, y

---

(1) Véase Jèze «*Le Budget*», pág. 285 y ss.

no existe entre ellas ninguna distinción, ni orden, ni preferencia. A la inversa, las utilidades que provengan de estos servicios (gastos de justicia, tasas postales y telegráficas) se funden en una sola masa—los recursos generales del Estado—que los agentes públicos pueden, *sin tener en cuenta el origen*, utilizar para cubrir los gastos ocasionados por la gestión de los diferentes servicios públicos.

Tal es la regla fundamental.

Pero esta regla sufre las siguientes excepciones:

1.ª A veces, se dispone que ciertos recursos provenientes de un impuesto o de una tasa, percibidos con motivo del propio servicio o de otro cualquiera, queden afectos a los gastos que origine un servicio público determinado. En este caso existe *afección pura y simple de recursos*. El gasto que origine dicho servicio sigue siendo *deuda del patrimonio general*, y los recursos asignados son también *recursos del patrimonio general*. La elección es un medio de limitar el gasto al importe de los recursos asignados, o, a la inversa, de limitar los recursos al importe de los gastos a cubrir. Es un procedimiento esencialmente financiero. A veces también producen aquí ciertas consecuencias jurídicas, en el sentido de que la validez jurídica de los recursos quede subordinada a los gastos (1). El caso es frecuente en las Haciendas *locales*, departamentales o municipales. Por ejemplo, en lo que respecta al servicio de vías públicas se suelen afectar al entretenimiento de algunas de ellas céntimos adicionales. Otro ejemplo más característico nos lo proporciona el servicio público nacional de beneficencia respecto a mehores, organizado por la ley de 27 de junio de 1904 (art. 29 y ss.). Véanse en ella numerosas afecciones de recursos, y, sin embargo, trátase aquí de un servicio público nacional adscrito al patrimonio general del Estado. Asimismo, los manicomios provinciales son servicios públicos departamentales que gozan de afección de recursos (2).

2.ª A veces se dispone que el déficit que origine la explotación de un determinado servicio público no grave un patrimonio administrativo *general* (Estado, departamento, municipio, colonia) ni que los ingresos que produzca entren en la masa de un patrimonio administrativo *general*. Las deudas y

---

(1) Jèze, «*Le Budget*», pág. 303 y ss.

(2) Jurisprudencia constante. En sentido contrario Michoud *Personnalité morale* I, pág. 366 y ss., quien no distingue muy claramente, a nuestro juicio, los servicios públicos con afección de recursos.

ios ingresos quedan separados de la masa general. No solamente los ingresos se afectan a los gastos del servicio y se dispone que los beneficios *periódicos* se pongan *permanentemente* a la disposición de los agentes públicos encargados del funcionamiento del servicio, sino que se organiza a *título permanente* un nuevo patrimonio administrativo distinto de los patrimonios generales (Estado, departamentos, municipios y colonias). Sobre este patrimonio *especial* habrán de pesar las deudas que ocasione la gestión del servicio público, como a él pertenecerán los recursos que se le asignen. El *superavit* irá *en principio* a aumentar el patrimonio administrativo especial; *de ordinario* no figurará en los recursos propios de un patrimonio general. En este caso se dice que existe *establecimiento público* o que tal servicio ha sido *personificado* (1). La personificación de un servicio público determinado es, pues, un procedimiento jurídico que consiste en *la afección de ciertos recursos al conjunto de los gastos de un servicio público, con carácter general y permanente y separada de todo patrimonio general* (2).

Este carácter general y permanente de la afección se manifiesta *necesariamente* bajo la forma de poderes generales concedidos a ciertos agentes públicos: poder de levantar impuestos o tasas: poder de recibir donaciones para el funcionamiento del servicio, etc. Pero entiéndase bien, que estos recursos no forman parte de un patrimonio general, y que se afectan especial y exclusivamente a los gastos originados por el servicio público personificado. *En principio, el superavit no va a parar a un patrimonio general* (Estado, departamentos, municipios o colonias) sino que queda en reserva para las necesidades ulteriores del establecimiento público de que se trata.

Los agentes públicos adscritos a la gestión de este patrimonio especial gozan de la natural competencia para aplicar a los gastos del servicio los recursos asignados. Gozan también de ciertos poderes jurídicos—que son el corolario indispensable de estos poderes financieros—a saber, para comparecer en juicio, para adoptar medidas de conservación, etc., en una palabra, para realizar actos jurídicos necesarios a la buena gestión de una masa de bienes, de un patrimonio. *Tal es la característica esencial del establecimiento público.*

---

(1) V. Jèze, «*Le Budget*», pág. 321 y ss.

(2) Romieu en sus conclusiones relativas a la res. del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1908 (*Cajas escolares, Rec.*, pág. 396) dijo: «Lo que caracteriza al establecimiento público es ser una *persona moral* creada para la gestión de un *servicio público*».

De lo expuesto se desprende que un establecimiento público se caracteriza : 1.º porque se refiere a un *servicio público*, y 2.º porque goza de *patrimonio propio*, afecto a los gastos que origina dicho servicio. Es la primera circunstancia y no la segunda la que explica por qué los agentes de los establecimientos públicos gozan, en todo o en parte, de los poderes establecidos por la ley para que no se interrumpa la buena marcha de los servicios públicos en general. Tal acontece, por ejemplo, con el derecho de ocupación temporal de algunos terrenos necesarios para la realización de ciertas obras, etc. (1).

En Francia, el *status de establecimiento público*, desde el punto de vista de los poderes jurídicos relativos a la gestión del patrimonio asignado, no es absolutamente uniforme. Sin embargo, existen algunos rasgos comunes a todos ellos, siendo *status* modelo el que se ha ideado para los patrimonios administrativos generales de los *municipios*. Este es el régimen que la jurisprudencia aplica a los establecimientos públicos (2).

De esta suerte, el *procedimiento del establecimiento público propiamente dicho* no es más que una de las tres modalidades del procedimiento del servicio público ; siendo las otras dos modalidades : 1.ª el *procedimiento del servicio público puro y simple adscrito a un patrimonio general*, y 2.ª el *procedimiento del servicio público beneficiado con una afectación de recursos*.

Para saber si existe establecimiento público, propiamente dicho, es necesario atenerse a la *intención del legislador*. En Francia es *únicamente* el Parlamento quien tiene atribuciones para crear un patrimonio especialmente afecto a un servicio pú-

---

(1) Algunos autores consideran estos poderes como *derechos* del establecimiento público (Michoud, *Personnalité morale*, I, pág. 211, núm. 85). Es esta una idea que nos parece inaceptable y propensa a complicaciones inútiles. La noción del servicio público implica atribuciones en provecho de los agentes adscritos al servicio público, esté o no esté dotado este servicio de un patrimonio.

(2) Consejo de Estado, 20 de noviembre de 1908, *Cámara de Comercio de Rennes, Rec.*, pág. 941 : «Las Cámaras de comercio, sea cual fuere la independencia que por ley gocen, para la gestión de los intereses confiados a su custodia, están, como todos los establecimientos públicos, sometidas al control superior del Gobierno, cuyo ejercicio no está limitado al derecho especialmente conferido al ministro de Comercio por el art. 26 de la ley de 9 de abril de 1898 para la aprobación de los presupuestos y cuentas».

blico (1). Y esta intención la revela de varias maneras, a saber :

1.<sup>a</sup> Puede declararlo expresamente, manifestando que un servicio público queda convertido en «establecimiento público» o dotado de «personalidad civil» (2). Ejemplos : ley de 22 de marzo de 1890, art. 170 : «Las asociaciones de municipios son establecimientos públicos dotados de personalidad civil». Ley de 9 de abril de 1898, (art. 1.º, § 2) : «Las Cámaras de Comercio... son establecimientos públicos». Ley de 18 de febrero de 1904 (art. 1.º, § 1) : «El Instituto colonial, creado por decreto de 14 de marzo de 1899, goza de personalidad civil». Ley de 27 de febrero de 1912 (art. 67, § 4) : «El Instituto nacional de navegación goza de personalidad civil y de autonomía financiera».

Estas fórmulas se suelen emplear frecuentemente hoy día (3).

2.<sup>a</sup> El Parlamento puede manifestar su voluntad de utilizar el procedimiento del *establecimiento público*, no declarando que el servicio sea en lo sucesivo establecimiento público o que constituya personalidad civil, sino simplemente organizando y asignando a su favor un patrimonio especial. Por ejemplo : La ley de 15 de julio de 1893 organiza en todos los municipios el servicio público de la asistencia médica gratuita a indigentes y dispone en el artículo 10 que «en cada municipio una junta de beneficencia asegurará el servicio de la asistencia médica». Para marcar bien que se ha adoptado el procedimiento del establecimiento público la ley se ocupa a continuación del patrimonio especial que será destinado a cubrir los gastos que origine el servicio. Art. 11 : «El presidente de la junta de beneficencia tiene el derecho de aceptar las *donacio-*

---

(1) Véase más abajo, cap. III. Esta es la opinión generalmente admitida. Michoud, *Personnalité morale*, I, pág. 337 y ss. : «Si un establecimiento no puede invocar en favor de su personalidad ninguna ley general o especial será preciso, según los casos, considerarle como un simple establecimiento privado (que por lo demás hubiera podido ser declarado de utilidad pública por un decreto) o como una dependencia directa de la Administración general, departamental o municipal.

(2) La expresión «investida de personalidad civil» parece que fué empleada por el Parlamento francés por vez primera en 1884 ; ley de 5 de abril de 1884, art. III, § 2 ; donaciones o legados hechos a favor de «un caserío o barriada municipal que no constituye todavía sección *dotada de personalidad civil*».

(3) Rolland «*La personification des services publics (création d'offices dans les administrations centrales)*» en la R. D. P. 1912, pág. 450 y ss.

nes y legados. La junta de beneficencia será *representada en justicia* y en todos los actos de la vida civil por uno de sus miembros».

En estas dos primeras hipótesis no se suscita ninguna dificultad, pues sean cuales fueren las fórmulas empleadas por el Parlamento no se puede dudar acerca de cuál sea su verdadera intención.

3.<sup>a</sup> A veces la intención del Parlamento de adoptar el procedimiento del establecimiento público es muy difícil de poner en claro, porque ninguna ley la manifiesta *explícitamente* (1). En este caso para saber si hay o no establecimiento público será necesario recurrir a la noción esencial del establecimiento público; en otros términos, será necesario averiguar si concurren o no las dos condiciones esenciales de que antes se hablaba, a saber: a) la intención de los gobernantes favorable a la existencia del *servicio público*, y b) la voluntad del legislador de constituir un *patrimonio especialmente afecto* a la gestión de este servicio (2).

Si la intención del legislador es esencial, no tiene, sin embargo, ninguna necesidad de manifestarse explícitamente. Al juez es a quien toca averiguar si dicha intención existe. Prácticamente es indudable que en este punto los Tribunales gozan de un poder de apreciación considerable (3).

---

(1) Véase Michoud, *Personnalité morale*, I, pág. 341 y ss.; pág. 346 y ss.

(2) Conviene no confundir los conceptos de «patrimonio» y «autonomía financiera» o «individualidad financiera», aunque entre ambos exista tan gran semejanza. Por ejemplo, el *servicio benéfico de menores*, goza de una cierta individualidad financiera según la ley de 1894, pero no tiene un patrimonio que le esté particularmente afecto. Asimismo, el *servicio de pólvoras y salitres* según la ley de 13 de julio de 1911, art. 82 y ss., tiene una cierta individualidad financiera, pero tampoco dispone de patrimonio propio. A la inversa, la ley de 26 diciembre de 1908 (art. 46) asignó un patrimonio particular al «Instituto de legislación extranjera» sin reconocerle individualidad financiera. Los gastos del Instituto, así como sus recursos, debían aparecer inscritos en el presupuesto del Estado. La ley de 27 de febrero de 1912 (art. 36) ha puesto fin a esta situación, confiriendo al Instituto la autonomía financiera.

(3) Ciertos autores no vacilan en decir que para determinar si el legislador ha *querido* adoptar el procedimiento del establecimiento público propiamente dicho es necesario no atenerse exclusivamente a las fórmulas por él empleadas, pues la terminología oficial es frecuentemente incorrecta. El profesor Michoud enseña (*Personnalité morale*, ob. cit., I, página 346, nota 1) que «en ciertas leyes antiguas se encuentra la frase

Se ha sostenido que ciertas ramas de la administración no deben ser consideradas como establecimientos públicos «porque a ello se opone su *propia naturaleza*». Michoud, ha dicho (1): «Tales son todas aquellas referentes a servicios de interés general que no corresponden a ningún grupo distinto del grupo nacional o territorial... Si el legislador confiere a estos servicios personalidad esto no puede ser más que una mera ficción; y esta ficción no debe presumirse jamás, aunque el servicio tenga una administración autónoma y una individualidad financiera incontestables. Los ejércitos de tierra y de mar, los Tribunales, el Senado y la Cámara de los Diputados, el Consejo de Estado, los Departamentos ministeriales, son servicios de esta naturaleza... Lo mismo ocurre con las Cajas de depósitos y consignaciones, cuyo servicio es de un interés tan general que sería imposible encontrar a su personalidad un *abstractum* distinto» (2).

Esta doctrina de los servicios que por su *propia naturaleza* no pueden ser establecimientos públicos nos parece inadmisibile y está en abierta contradicción con la propia noción del establecimiento público, que pura y simplemente consiste en un *procedimiento jurídico*. Este procedimiento puede ser o no ser utilizado por el legislador según que lo estime o no conveniente al servicio público de que se trata. El legislador puede equivocarse, pero no por esto es lícito afirmar que existen servicios públicos a quienes *por su propia naturaleza* repugne este

---

*establecimiento de utilidad pública*» aplicada a verdaderos establecimientos públicos: por ejemplo, en el art. 19 del reglamento de 3 de septiembre de 1851, el cual regulaba antes de la ley de 1898 la organización de las Cámaras de Comercio; por ejemplo también, en el art. 10 del decreto de 25 de marzo de 1852 relativo a las Cámaras agrícolas consultivas, y en el art. 1 de la ley de 24 de junio de 1851 sobre los Montes de piedad. Esto obedece, declara el profesor Michoud, a que la distinción entre ambas categorías no estaba aún bien establecida en la época en que se dictaron estas leyes». Esta proposición conviene acogerla con las reservas naturales. En principio, cuando el legislador ha usado una fórmula precisa parece difícil al intérprete sustituirla por otra fórmula que le parezca convenir mejor a la *naturaleza* (?) de las cosas. No olvidemos que se trata de determinar cuál es el *procedimiento jurídico* que el legislador ha querido adoptar para dar satisfacción a una necesidad de interés general. Cuando él ha dicho «establecimiento de utilidad pública» es necesario, en principio y salvo error manifiesto del Parlamento, entender que el legislador ha querido excluir el procedimiento del servicio público.

(1) *Personnalité morale*, I, pág. 360.

(2) *Personnalité morale*, I, pág. 360.

procedimiento. Todo esto depende de la historia, del medio, de las condiciones económicas, sociales y políticas.

La jurisprudencia administrativa está en oposición completa con la doctrina que acabamos de refutar. Particularmente, el Consejo de Estado, ha resuelto por resolución de 20 de enero de 1905, *Paternoster* (1) que la administración de los ferrocarriles del Estado constituía un establecimiento público; solución que ha sido explícitamente consagrada por la ley de 13 de julio de 1911 (2). Asimismo, el Consejo de Estado ha reconocido que la Caja de depósito y consignación constituye un establecimiento público (3).

#### IV

#### *Clasificación de los establecimientos públicos en nacionales, departamentales, municipales y coloniales.*

El derecho positivo francés completa la organización del régimen de los servicios públicos con patrimonio propio con una clasificación de los establecimientos públicos en cuatro categorías: *nacionales, departamentales, municipales y coloniales.*

---

(1) R. D. P. 1906 págs. 67 y ss. y nuestra nota. El Consejo de Estado ha declarado en 20 de enero de 1905 que: «La Administración de los ferrocarriles del Estado goza de una personalidad jurídica distinta de la del Estado». Recuérdese la res. del Consejo de Estado de 10 de diciembre de 1897, *Vergutoux, Rec.*, pág. 778: «La Administración de los ferrocarriles del Estado... tiene una personalidad distinta de la del Estado». Respecto a la apreciación de una res. del Consejo de Estado de 13 julio 1900 *Com. d'Orleans Rec.*, pág. 488 invocada por Michoud, véase nuestra nota R. D. P. 1906, pág. 67 y ss.

(2) Ley de hacienda de 13 julio 1911, art. 41: «El conjunto de las líneas que constituyen los ferrocarriles del Estado... será explotado, por cuenta del Estado, por una administración especial puesta bajo la autoridad del ministro de Obras públicas y dotada de personalidad jurídica».

(3) Consejo de Estado, 29 junio 1906, *Lurton, Rec.*, pág. 585: «Resulta de las leyes y reglamentos precitados que esta Caja constituye un establecimiento especial, dotado de una personalidad distinta de la del Estado...». La jurisprudencia ha manifestado en este sentido. Consejo de Estado, 18 diciembre de 1862, *Bergerat, Rec.*, pág. 814, y las conclusiones de Belbeuf; Cas. 4 enero 1865, *Bergerat, S.* 65-1-179; Cas. 22 febrero 1898, *Caja de depósito y consignación, S.* 1898-1-529.

No se trata aquí de una mera cuestión de terminología y de exposición doctrinal. La ley francesa concede a esta clasificación una importancia jurídica. La ley de 4 de febrero de 1901 relativa a la *tutela administrativa en materia de donaciones y legados* determina cuáles son las autoridades competentes para autorizar las donaciones y legados concedidos a los establecimientos públicos, y distingue entre los «servicios nacionales provistos de personalidad civil» (art. 1.º), que todavía ella denomina establecimientos con carácter nacional» (art. 4, § 1º), y los establecimientos con carácter municipal o departamental» (art. 4, § 2º).

Pero ¿cómo se podrá reconocer el carácter *nacional, departamental o municipal* de un establecimiento público?

Esta clasificación es a todas luces artificial y únicamente podrá descubrirnos aquel carácter la intención expresa o presunta del legislador.

Para unos es la *naturaleza del servicio atendido* el criterio que determinará si se trata de un servicio del Estado, del departamento o del municipio (1).

El legislador de 1901 olvidó indicar cómo se reconocería que un servicio público por su naturaleza era del Estado, del departamento o del municipio.

En la práctica ayudará mucho a resolver esta dificultad el *origen* del establecimiento público. Siempre que antes de su erección en establecimiento público el servicio existiese como *servicio público* puro y simple o como servicio beneficiado con una afección de recursos será calificado de *nacional, departamental o municipal*, según que sus gastos fuesen satisfechos en principio (2) por el patrimonio del Estado, del departamento

---

(1) En el dictamen leído en la C. de los Diputados por Bienvenu Martin se decía: «Nosotros tomamos la expresión «establecimiento público» en el sentido de la definición de Aucoc (*Conférences sur le droit administratif*, 7.ª ed., t. 1.º, núm. 208), es decir, como *personas morales* que distintas del Estado, de los departamentos y de los municipios, han sido creadas para la *gestión de los servicios públicos*... Sus establecimientos públicos considerados desde el punto de vista de su esfera de acción son municipales o nacionales según que el servicio al cual se destinen sea un *servicio del Estado o del municipio*».

(2) *En principio*. Sucede muy frecuentemente que tales o cuales gastos de un servicio público no erigido en establecimiento público se pone a cargo de varios patrimonios administrativos generales. Esto no impide que para los gastos no enumerados exista un patrimonio administrativo general que deba soportarlos. Entonces es este patrimonio administrativo general

o del municipio. En el caso en que un servicio público se constituya desde un primer instante como establecimiento público la dificultad para clasificarlo será mayor. Entonces será necesario atenerse a la voluntad expresa o presunta del legislador. Todavía aquí es muy considerable el poder de apreciación del juez (1).

## CAPITULO II

### LOS ESTABLECIMIENTOS PRIVADOS AUXILIARES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.—LOS ESTABLECIMIENTOS DE UTILIDAD PÚBLICA.

No es siempre la Administración pública quien toma a su cargo la satisfacción de las necesidades de interés general. De hecho, sucede muy frecuentemente que un particular o una entidad consagra su actividad a prestar ciertos servicios al público. Especialmente ocurre así en materia de obras benéficas o sociales.

Así, en Francia, al lado de la Caja nacional de ahorro existen cajas de ahorro ordinarias (2). Tanto aquella como éstas, persiguen el mismo fin de interés general: facilitar la constitución de un pequeño capital.

Del mismo modo, al lado de la asistencia pública y de los establecimientos benéficos (asilos, hospicios, hospitales...) constituidos en servicios públicos, con o sin patrimonio propio (es-

---

quien podrá determinar el carácter que reviste el servicio público de que se trate.

(1) Para una clasificación de los establecimientos públicos véase Hauriou, *Droit administratif*, 7.<sup>a</sup> ed., págs. 341 y ss. Este autor sigue en su clasificación el criterio siguiente: «Los establecimientos públicos pueden referirse ya al Estado, ya a los departamentos, ya a los municipios, en el sentido de que si fuesen suprimidos, los servicios que ellos atienden pasarían al cuidado del Estado, de los departamentos o de los municipios. Pero hay también establecimientos públicos subordinados a otros establecimientos públicos». Este autor olvida señalar a qué es necesario atenerse para decidir, caso de que el establecimiento fuese suprimido, si el servicio debe pasar al Estado, a los departamentos o a los municipios. A nuestro juicio, lo único procedente es averiguar la intención del legislador. El poder de apreciación judicial tiene que ser a este respecto muy amplio.

(2) C. de Est., 28 junio 1912, *Coutton, Rec.*, pág. 739: «La caja de Ahorro de B no es un establecimiento público».

tablecimientos públicos), hallamos fundaciones privadas (hospitales, hospicios particulares, etc.).

Podemos citar aún el ramo de la enseñanza: existen establecimientos de instrucción pública constituidos en servicios públicos personificados o no personificados (Universidades, Facultades, Liceos, Colegios, Escuelas, etc.), y existen también establecimientos privados, fundados y dirigidos por particulares (Facultades católicas, Escuela de ciencias políticas, etc.).

A veces la satisfacción de la necesidad de interés social se abandona por entero a la iniciativa de los particulares. En este caso no hay servicio público paralelo. Tal ocurre, por ejemplo, con los *Montes de Piedad*, destinados a facilitar préstamos sobre prendas a módico interés, con el objeto de contrarrestar la acción de la usura. Estos no son servicios públicos, bien que provean a la satisfacción de una necesidad de interés general (1).

Tal aconteció también hasta la ley de 5 de abril de 1910 con los *retiros de vejez*. Existen hoy día para la constitución de estos retiros, *asociaciones de socorros mútuos*, establecimientos privados; pero al mismo tiempo, desde que se dictó aquella ley la constitución de pensiones de retiro para toda una categoría de individuos (obreros, empleados, asalariados, cuyos salarios son inferiores a una cierta cantidad) ha sido erigida en *servicio público* (2).

Cuando una necesidad de interés general no se satisface por el procedimiento del servicio público y la autoridad pública competente, en las condiciones y formas legales, acepta la colaboración de los particulares con un *patrimonio privado es-*

---

(1) El art. 1.º de la ley de 24 de junio de 1851 califica a los Montes de Piedad de «establecimientos de utilidad pública». Una resolución del Tr. de Conf. de 5 de mayo de 1900, *Duval, Rec.*, pág. 326, parece no reconocer este carácter a dichas instituciones. En este sentido Duguit, R. D. P., 1911, pág. 566 y ss.: *Les monts de piété*; Hauriou, *Droit adm.*, 7.ª ed., pág. 366; En contra Michoud, *Personnalité morale*, I, pág. 229.

(2) Sólo existe *servicio público* para las donaciones y bonificaciones que hace el Estado, pero no para las pensiones de retiros constituidas por las cuotas de los asegurados y de los empresarios. Las donaciones y bonificaciones del Estado se agregan a estas pensiones no como una subvención sino como una *pensión distinta* concedida por el Estado y detraída de los fondos públicos. La ley de 1910 organiza, pues, un *servicio público* de pensiones. En este sentido C. de Est. 13 junio 1913, *d'Azincourt, Arselineau* (dos resoluciones) y las conclusiones de León Blum, en la R. D. P. 1916, pag. 516 y ss.

pecial constituido a este efecto, se dice que existe *establecimiento de utilidad pública*.

El *establecimiento de utilidad pública* no debe ser confundido con el *establecimiento público* (1).

## SECCION I

### Distinción entre los establecimientos de utilidad pública y los servicios públicos (2).

Son cosas distintas los establecimientos privados que persiguen un fin de interés general y los servicios públicos.

En principio, a los establecimientos particulares que cumplen un fin de interés general se les aplica el régimen jurídico que se califica de *derecho privado*. El funcionamiento de estos establecimientos está regulado por sus estatutos, y el cambio de legislación relativa al servicio público de que ellos son auxiliares no modifican de pleno derecho estos estatutos (3). Los *individuos empleados* en estos establecimientos no son

---

(1) Sobre esta distinción y los orígenes históricos de esta terminología, véase particularmente Michoud, *Personnalité morale*, I, pág. 205 y ss., página 386 y ss.

(2) Para esta cuestión véase Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, I, pág. 205 y ss.; pág. 324 y ss.; pág. 386 y ss.

(3) Romieu, conclusiones relativas a la res. del C. de Est. de 22 de mayo 1903, *Cajas escolares, Rec.*, pág. 395: «Si las Cajas escolares son un *establecimiento público*, no serán persona privada, sino rama de la Administración pública, *uno de los rodajes de un servicio público*. De aquí que las modificaciones del régimen del servicio público de que ellas forman parte integrante originarán *necesariamente* una modificación correspondiente en su propia organización... Si por el contrario, las Cajas escolares constituyen un *establecimiento de utilidad pública*, son una *persona privada*, distinta del servicio público, que puede serle útil, pero que no depende de él; rígense *exclusivamente* por el acto que les ha dado vida civil, de conformidad con la *legislación vigente en su creación*, es decir, por sus estatutos. Las modificaciones aportadas al servicio público de que son ellas el *auxiliar privado* e independiente, no pueden alterar sus estatutos, a menos de una disposición formal de la ley».

*agentes públicos*; su situación jurídica es, en principio, la de los empleados de la industria privada. Los fondos de estos establecimientos no son fondos públicos, sino particulares. Los bienes que poseen están sometidos al régimen jurídico de la propiedad privada. Las obras que efectúan no son obras públicas, sino particulares. La expropiación por causa de utilidad pública no está en principio, ni aun indirectamente, a la disposición de los individuos que están al frente de estos establecimientos. Los litigios que puedan suscitarse a propósito del funcionamiento de estas instituciones no son litigios relativos al funcionamiento de un servicio público, y son de la competencia, no de los Tribunales administrativos sino de los judiciales, etc.

El punto capital que marca la diferencia entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública es el de que aquél es una modalidad del procedimiento del *servicio público*, mientras que éste es una modalidad del procedimiento del *servicio privado*.

Pudiera parecer a primera vista que es siempre fácil establecer la distinción, pero no es así.

A veces esta distinción es de una labor muy delicada, no sólo porque en ambos casos (establecimiento público y establecimiento de utilidad pública) existe un patrimonio afecto al servicio sino porque el establecimiento de utilidad pública en razón del fin de interés general que persigue debe ser objeto de formal reconocimiento por parte de la autoridad pública. Es esta circunstancia lo que le distingue claramente de los otros establecimientos privados. Por consiguiente, se explica perfectamente la vacilación que experimenta el ánimo en presencia de ciertos casos en que parecen darse las dos condiciones del establecimiento público: servicio público y patrimonio propio.

Una nueva causa de confusión estriba en que las leyes y reglamentos toman en consideración la circunstancia de que los establecimientos de utilidad pública que satisfacen intereses sociales son auxiliares de los servicios públicos. En consecuencia, dichas leyes y reglamentos organizan un régimen de control administrativo que da a los establecimientos de utilidad pública una fisonomía parecida a la de los establecimientos públicos y que parece poner de manifiesto la intención del legislador de organizar un establecimiento público.

Cierta jurisprudencia reciente del Consejo de Estado nos va a permitir poner de relieve a la vez las dificultades y el criterio que preside a la distinción.

*Primer ejemplo.*—Cajas escolares (Consejo de Estado, 22

de mayo de 1903, *Rec.*, págs. 390 y ss. (1).—Las Cajas escolares han sido creadas por la ley de 10 de abril de 1867 para *estimular la asistencia a las escuelas de primera enseñanza*. Para decirlo de una manera más precisa, las Cajas escolares son Instituciones benéfico-escolares, nutridas por cuotas voluntarias y bonificaciones del Estado, departamento o Municipio, consagradas a estimular la asistencia escolar mediante recompensas a los alumnos aprovechados y auxilios a los alumnos pobres. Estas Cajas presentan los dos caracteres siguientes: 1.º tienen un patrimonio propio, especialmente afecto a la consecución de un fin de interés general, y 2.º colaboran en un servicio público: el de instrucción primaria; son auxiliares de la escuela.

El punto delicado es el de determinar la naturaleza de estos establecimientos. ¿Son las Cajas escolares pura y simplemente un *anejo del servicio público de la enseñanza*, una pieza del servicio público; en otros términos, son *establecimientos públicos*? O, por el contrario, ¿son únicamente establecimientos privados auxiliares del servicio, es decir, *establecimientos de utilidad pública*?

En los asuntos resueltos por el Consejo de Estado el 22 de mayo de 1903, a propósito de la Caja escolar del VI distrito de París, una de las cuestiones prácticamente interesantes consistía en averiguar si el régimen aplicable a dichas Cajas era el previsto en sus estatutos o si éste había sido implícitamente modificado por la ley de 30 de octubre de 1886 relativa al servicio público de la enseñanza primaria. ¿Pueden dichas Cajas, a partir de 1886, continuar empleando sus recursos en favor de *todas las escuelas primarias del Municipio, sean públicas o privadas*? En efecto, desde que se dictó la ley de 1886 han quedado las *escuelas particulares* excluidas del *servicio público de la enseñanza*. Esta radical modificación introducida por la ley en la organización del servicio público de la enseñanza primaria ¿ha de repercutir en el funcionamiento de las Cajas escolares en el sentido de que en lo sucesivo dichas Cajas no puedan emplear sus recursos en favor de las escuelas particulares? La solución será afirmativa si se han de considerar las Cajas escolares como establecimientos públicos, anejos al servicio público de la enseñanza primaria. Una de las características del servicio público estriba, en efecto, en la

---

(1) Sobre este asunto véanse las conclusiones de Romieu y la nota de Atthalin, auditor del C. de Est. (*Rev. gén. d'adm.*, 1904, I, pág. 39 y ss.

posibilidad de poderse modificar su régimen por leyes o disposiciones administrativas. Si, por el contrario, se consideran dichas Cajas como establecimientos privados, establecimientos de utilidad pública, meros auxiliares de un servicio público, la ley de 1886 no ha podido modificar de pleno derecho sus estatutos regularmente aprobados bajo la legislación anterior y que les autoriza para disponer de sus recursos, ya a favor de las escuelas públicas, ya a favor de las escuelas particulares.

El Consejo de Estado por resoluciones de 22 de mayo de 1903 ha afirmado el carácter de establecimiento público de las Cajas escolares: «Las Cajas escolares—ha dicho—han sido creadas como verdaderos *establecimientos públicos*, voluntarios, en su origen, para los Municipios, con el objeto de estimular y facilitar la asistencia a las escuelas de primera enseñanza. Siendo su misión conceder, ya recompensas, ya socorros, a los niños pobres, estas distribuciones no son sino el medio de asegurar la asistencia a la escuela, fin único de su existencia. A este título las Cajas escolares no son establecimientos benéficos sino establecimientos escolares anejos. Si antes de la ley de 30 de octubre de 1886 podían emplear sus recursos en favor de *todas* las escuelas primarias de la localidad, no debe ser ya así a partir de la promulgación de dicha ley. En efecto, al declarar ésta obligatoria para los Municipios la creación de escuelas públicas y al derogar los dos primeros títulos de la ley de 15 de marzo de 1850 y la del 10 de abril de 1867, ha excluído por ello del servicio público de la enseñanza primaria las escuelas fundadas y sostenidas, por particulares o Asociaciones. Por lo que las Cajas escolares, declaradas obligatorias para todos los Municipios, según los términos del artículo 17, § 1.º de la ley de 28 de marzo de 1882, no pueden ya aplicarse más que al servicio de la enseñanza primaria pública, y no es lícito tener en cuenta sus estatutos que, aunque fueron válidamente aprobados según la legislación en vigor antes del 30 de octubre de 1886, son incompatibles con el régimen establecido en esta fecha, y, como tales, deben estimarse inexistentes» (1).

*Segundo ejemplo.—Establecimiento de hospitalidad* (C. de Est., 21 junio 1912, *Pichot, Rec.*, pág. 712 (2).—En 1804 los esposos Micaud de la Vieuville, que habían perdido sus hijos durante la Revolución, convirtieron en asilo para ancianos

(1) C. de Est., primer caso, 22 mayo 1903, *Rc.*, pág. 400.

(2) R. D. P., 1918, pág. 510 y ss. Véanse las conclusiones de León Blum, *Rec.*, 1912, pág. 712 y ss.

de ambos sexos la casa que poseían en el barrio de Montmartre. Hasta 1817 el asilo funcionó a título de establecimiento privado, con recursos puramente particulares (bienes de fundación, cuotas de protectores); pero en dicho año una ordenanza real de 24 de diciembre, reconociendo la utilidad pública que dicho establecimiento prestaba «consolidó» y «aprobó» la institución creada en París con el nombre de «*Asilo real de la Providencia*», dándole *existencia legal*. Dicha ordenanza confirió al Ministro del Interior el derecho de disponer de dos plazas gratuitas, y al Ministro de la Casa Real de diez plazas costeadas por el rey a expensas de la lista civil. Los arts. 10 y 11 de la ordenanza agregaban que: «El Asilo real de la Providencia funcionaría bajo la dirección de un administrador jefe, la inspección de un Consejo de administración y la autoridad del Ministro del Interior. El Consejo de administración estaría formado por el administrador jefe, cuatro vocales nombrados, uno por el Ministro secretario del Interior, otro por el Ministro de la Casa Real y los otros dos por la propia entidad». Además, el reglamento interior del Asilo, aprobado por el Ministro del Interior, previó la intervención frecuente del Ministro del Interior en la administración del Asilo (art. 12). Según el art. 10, § 2.º de la Ordenanza de 1817: «el Asilo se regirá conforme a las leyes y reglamentos, concernientes a los establecimientos benéficos». Finalmente, las funciones de contabilidad del Asilo habrían de ser ejercidas por un agente contable designado por el ministro. El presupuesto que éste formase estaría sometido a la aprobación del ministro, y las cuentas anuales por él fijadas las censuraría el Tribunal de Cuentas. Cuando el contable cesase en sus funciones la fianza que hubiese prestado no le sería devuelta mientras que dicho Tribunal no le conceptuase definitivamente desligado de su gestión.

Esto supuesto, se planteó primeramente ante los Tribunales ordinarios y luego ante los Tribunales administrativos la cuestión de saber cuál era la verdadera naturaleza del Asilo nacional «La Providencia». Suscitóse esta cuestión con motivo de una acción de daños y perjuicios entablada contra la administración del establecimiento por una pensionista de pago, que había sido expulsada del asilo por las quejas y reclamaciones incesantes que venía formulando acerca de la calidad de la alimentación y de las condiciones de las habitaciones que se le venía proporcionando.

La acción de daños y perjuicios se entabló primeramente ante los Tribunales judiciales (juez de paz; en apelación, Tri-

bunal civil; finalmente Tribunal de casación). El Tribunal de casación por sentencia de 17 de febrero de 1909 declaró que el «Asilo nacional de la Providencia forma parte de la organización administrativa y constituye un *establecimiento público*». En consecuencia, los Tribunales judiciales han sido declarados incompetentes para conocer de la acción de responsabilidad.

La jurisdicción administrativa, instada posteriormente para conocer de este asunto (1) decidió, por el contrario, que no podía considerarse el asilo «La Providencia» establecimiento público. «Por tanto, las cuestiones que se originen entre el asilo y los pensionistas no son de la competencia de la jurisdicción administrativa y no pueden caer bajo el conocimiento del Consejo de Estado» (C. de Est. 21 junio 1912, *Pichot*).

Los argumentos invocados por el Tribunal de Casación en favor del carácter público del asilo basábanse en la intervención de los agentes administrativos en el funcionamiento del mismo. El Consejo de Estado afirma que éstos no son argumentos decisivos, ni aun el hecho—no comprobado por el Tribunal de Casación, sino simplemente señalado por el comisario del Gobierno—de que la contabilidad del asilo está sometida al control del Tribunal de Cuentas. Según el parecer del Consejo de Estado lo importante es considerar el origen del establecimiento. El asilo fué creado en 1804 por particulares; era, por consiguiente, un *establecimiento privado*. La ordenanza de 24 de diciembre de 1817 que aprobó dicho establecimiento «se propuso únicamente asegurar la perpetuidad de esta fundación, confiriéndole una existencia legal. La ordenanza previó, en verdad, la intervención de la administración superior en el régimen del asilo y en la designación de ciertos pensionistas; pero al imponer en interés público ciertas obligaciones como condición de reconocimiento *no ha modificado el carácter privado que tuvo en su origen el establecimiento*. La circunstancia de que el reglamento interior aprobado por el ministro para el cumplimiento de la ordenanza precitada haya determinado las condiciones según las cuales la contabilidad del asilo está sometida al Tribunal de Cuentas no ha podido legalmente convertir a este establecimiento en un establecimiento público (2).

---

(1) Fué requerido primeramente el Consejo de Prefectura; pero se declaró incompetente por no ser Juez de derecho común en materia administrativa. Sólo el Consejo de Estado goza de esta cualidad.

(2) En idéntico sentido las conclusiones de León Blum en este asunto,

La sentencia dictada por el Tribunal de Casación en 17 de febrero de 1909 y la resolución del Consejo de Estado de 21 de junio de 1912 están, pues, en contradicción absoluta. Existe en esta cuestión un conflicto negativo cuya solución incumbe al Tribunal de conflictos (1).

---

*Pichot, Rec.*, pág. 712 y ss.: «En tesis general parécenos es el carácter de la *fundación* lo que debe decidir... Los establecimientos públicos son, en principio, o desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de una autoridad pública, o creaciones del Estado... Del mismo modo que para que exista entidad de utilidad pública es necesario que sea creada por la iniciativa privada, así es también condición esencial para que exista establecimiento público, que su creación sea producto de la iniciativa del Estado... Es esta una condición esencial contra la cual estimamos *a priori* que las condiciones de su funcionamiento no pueden, en ningún caso prevalecer... En casos como éste, y en la mayoría de los casos litigiosos, es necesario colocarse en el punto de vista... del origen, del carácter de la fundación. Se nace establecimiento público; no se llega a serlo. En tesis general y salvo creación de una clase de establecimientos por la ley, los establecimientos públicos no se forman sino por un proceso de disociación, por desmembraciones del poder público. Estos establecimientos son órganos desgarrados del cuerpo social gracias a la autonomía creciente conferida a los agentes que los cuidan. Son como piezas antes indisolublemente ligadas al poder central—laico o eclesiástico—y a las cuales concede libertad de movimiento la sociedad moderna. Pero provienen siempre de una descentralización, de un movimiento centrífugo. Y el movimiento contrario es imposible. Salvo voluntad expresa de la ley no se llega a ser establecimiento público por acción centrípeta, por accesión o incorporación al cuerpo social. Esta condición esencial se aprecia en casos en que han estado en juego establecimientos semejantes por su volumen y por su función al establecimiento litigioso. El C. de Est. ha clasificado expresamente como establecimientos nacionales un asilo de Defresne (23 octubre 1907) y otro de Kanigswarter (1.º julio 1908). Pero en uno y otro caso el Estado legatario había comenzado por hacerse cargo de sus bienes, y una vez convertidos estos bienes en bienes del Estado, fundó con ellos el establecimiento benéfico. En nuestro caso, el carácter público de la fundación, esencial, a nuestro juicio, falta totalmente.»

(1) Observaremos, de pasada, que solamente la cuestión relativa a determinar la competencia en el conocimiento de este asunto ha tardado seis años en resolverse; que el proceso comenzó en 1907 y hasta 1913 no hubo decisión del Tribunal de Conflictos. La mera revelación de éste hecho dice más que unos largos comentarios acerca de las deficiencias que se observan en la organización de nuestro servicio de justicia.

## SECCION II

**De las subvenciones, dotaciones o afecciones concedidas a título gratuito a los establecimientos privados, hayan sido o no reconocidos como de utilidad pública.**

La consideración de que estos establecimientos privados persiguen un fin de interés general puede ejercer una cierta influencia sobre su situación y sobre su régimen jurídico.

1.º Frecuentemente favorece la Administración pública las obras y los establecimientos privados por subvenciones, dotaciones o asignaciones de bienes inmuebles a título gratuito.

2.º El legislador facilita la vida de los establecimientos de utilidad pública confiriendo a los individuos adscritos a su gestión ciertos poderes jurídicos, una capacidad especial.

3.º El legislador favorece su desenvolvimiento, autorizando a los particulares a afectar especialmente cosas o bienes a la consecución del fin de interés público perseguido por los fundadores del establecimiento.

4.º El legislador somete a control la acción de los individuos adscritos a la gestión del establecimiento de utilidad pública de que se trata.

Para los efectos de nuestro estudio será suficiente exponer aquí una teoría de conjunto relativa a las subvenciones, dotaciones o asignaciones a título gratuito que se pueden conceder a los establecimientos privados. Las demás teorías tienen su lugar natural de exposición en el estudio especial de cada uno de los establecimientos de utilidad pública. Se las puede hallar en las obras especialmente consagradas al estudio de estos establecimientos.

### § I

*La subvención de las obras y establecimientos privados*

Se entiende por *subvención* una cantidad de dinero que se entrega sea de una sola vez, sea periódicamente. La subvención tiene por objeto facilitar el funcionamiento de la obra o

establecimiento privado que persigue un fin de interés general, sin transformar dicha obra o establecimiento en servicio público.

1.º El sistema de subvención suele ser muy ventajoso para la Administración pública, pues, evidentemente, la subvención es menos cara que la transformación del establecimiento privado en servicio público propiamente dicho. En primer término, una parte de los gastos sigue pesando sobre la obra o establecimiento: la Administración pública sólo asume una parte de ellos. Además, el importe de la subvención puede variar por voluntad de la Administración, según la eficacia de la obra. Finalmente, la Administración puede suprimir la subvención si estima que la obra o establecimiento no llena el fin para que fué creado. La subvención es, pues, en principio, precaria y revocable.

Es muy conveniente insistir en la idea de que para estimular toda obra de interés general el sistema de *subvención* es, en principio, *lícito*. Esto es particularmente importante para las Administraciones *locales*, pues ocurre con gran frecuencia que los recursos de estas Administraciones no son suficientes para organizar en servicio público propiamente dicho la satisfacción de una necesidad de interés general. La subvención a una obra privada permite alcanzar dicho resultado (1).

2.º El carácter precario de la subvención es normal; pero no es esencial. La Administración puede obligarse a pasar subvenciones periódicas *durante cierto tiempo*.

En principio, si la Administración no ha dispuesto otra cosa, debe entenderse que la subvención sólo ha sido otorgada *por una vez*. Para que sea otra cosa es necesario que la Administración haya prometido formalmente una subvención para varios años. Este es un compromiso perfectamente lícito (2)

---

(1) C. de Est. 24 diciembre de 1909, Municipio de la Bassé, *Rec.*, página 1.024: «Si el Decreto de 10 de noviembre de 1903 ha regulado las condiciones fuera de las cuales los Municipios no pueden legalmente organizar el servicio público contra incendios, resulta del expediente que el Consejo municipal de la Bassé no ha pretendido organizar un servicio público, sino que se ha limitado a votar un crédito para la adquisición y entretenimiento de material de incendio y una subvención destinada a una sostenimiento de material de incendio y una subvención destinada a una sociedad, puramente particular, de salvamento. De esta suerte, dicho Consejo no ha hecho sino usar de poderes que le estaban conferidos por las disposiciones precitadas... (ley de 5 de abril de 1884, arts. 61 y 91, § 6)». Véanse (págs. 315 y ss.) las restricciones a este principio. C. de Est., 15 de marzo de 1912, Municipio de Corrent. (*Rec.*, pág. 374.)

(2) Consejo de Estado 14 febrero 1913, *Lapeyre, Rec.*, pág. 199: «Por un

sólo que por lo general los funcionarios competentes para contraerlo no son los que están facultados para conceder subvención por una sola vez (1).

Entiéndase bien, sin embargo, que si la subvención puede válidamente prometerse para *un cierto tiempo*, no es lícita una subvención *perpetua*, pues de una parte, los agentes públicos no pueden hacer pesar sobre las generaciones futuras cargas a perpetuidad (2) y de otra, el mantenimiento de subvenciones para *servicios de interés general* implica que este interés general no deja nunca de serlo, lo que en principio no puede admitirse (3).

3.º La subvención no es posible si la ley lo prohíbe. Véanse dos casos muy importantes: 1.º los agentes administrativos municipales no pueden subvencionar las escuelas particulares; 2.º también les está prohibido conceder subvenciones a los establecimientos privados culturales.

a) La prohibición de conceder subvenciones para el culto está inscrita expresamente en la ley de 9 de diciembre de 1905, art. 2.º Dice así: «Todos los gastos relativos al ejercicio del culto quedan suprimidos de los presupuestos del Estado, de los departamentos y de los Municipios». Esta regla es general. La ley aporta algunas excepciones que, según la jurisprudencia, deben interpretarse restrictivamente (4).

---

acuerdo ... el Consejo municipal... para proporcionar a los habitantes del municipio la asistencia de un médico en determinadas condiciones, ha dispuesto que un convenio se celebre a este efecto a nombre del Municipio con el doctor L, por un período de seis años, siendo aprobado este acuerdo por el Prefecto... El Prefecto... *al limitar a un año* por una nueva resolución... el efecto aprobatorio antes citado, ha lesionado derechos legítimamente adquiridos».

(1) La subvención por una sola vez la concede la *autoridad del presupuesto (autorité budgétaire)*. Por ejemplo, una subvención concedida por un Consejo municipal se inscribe en el presupuesto y la aprueba—en tanto constituye crédito presupuesto—el Prefecto o el Presidente de la República, según los casos. Por el contrario, la jurisprudencia y la práctica asimilan a un empréstito la obligación de pagar una subvención *durante un cierto número de años*. De este modo, procede aplicar a compromisos de esta índole contraídos por un Consejo municipal, las reglas del art. 142 de la ley de 5 de abril de 1884. Debemos hacer observar que, una vez contraído el compromiso, existe para los agentes que forman el presupuesto obligación *jurídica* de inscribir en él crédito suficiente para cumplirlo.

(2) Jèze, *Traité de Sc. des finances*, I, «Le Budget», pág. 590 y ss.

(3) Una cuestión análoga se plantea respecto a las *afecciones perpetuas*. Ya veremos que son ilícitas.

(4) C. de Est. 21 diciembre de 1909, Municipio de Sarzeau, *Rec.*, pá-

b) La prohibición de conceder una subvención a ciertos establecimientos de interés general, puede ser tácita. Tal ocurre con las subvenciones que se conceden a las escuelas *particulares*. La jurisprudencia ha resuelto que no habiendo reconocido la ley de 30 de octubre de 1882 (art. 2.º) más que dos clases de escuelas (las *públicas*, sostenidas por la Administración, y las *privadas*, sostenidas por los particulares) *se entiende prohibida toda subvención, pues de otra manera quedaría creada una tercera clase: las escuelas particulares subvencionadas por la Administración: (1).*

---

gina 1.029: «Según el art. 2 de la ley de 9 de diciembre de 1905, quedan suprimidos todos los gastos relativos a los cultos... Si el legislador ha aportado algunas excepciones a esta regla, permitiendo inscribir en los presupuestos del Estado, de los departamentos o de los Municipios gastos para remunerar el servicio de los capellanes destinados a asegurar el libre ejercicio de los cultos en los establecimientos públicos llamados liceos, colegios y escuelas, no ha pretendido entender, bajo esta última denominación (*escuelas*), más que los establecimientos donde el personal interno no goza de libertad para asistir al culto religioso fuera de ellos. Por tanto, las escuelas primarias elementales no están comprendidas en el número de los establecimientos docentes exceptuados. Por lo que el Consejo municipal de S no ha podido, sin infringir el art. 2 de la ley de 9 de diciembre de 1905, votar... un crédito de 450 francos con el objeto de organizar un servicio a cargo de Capellanes en la escuela primaria elemental de esta localidad...»

(1) Dictamen del C. de Est. de 19 julio 1888, 13 noviembre de 1888. Resoluciones del C. de Est. de 20 febrero 1891, *Ville de Vitré, Rec.*, página 137 (con las conclusiones del Comisario del Gobierno Valabrègue): «De las disposiciones de la ley del 30 de octubre de 1886, relacionada con las leyes de 16 de junio de 1881 y de 28 de marzo de 1882, resulta que el legislador sólo se propuso admitir dos clases de establecimientos de enseñanza primaria: las escuelas públicas, fundadas y sostenidas por el Estado, los departamentos o los Municipios, y las escuelas privadas, creadas y sostenidas por particulares o asociaciones. En el curso de la discusión de dicha ley fueron desechadas las enmiendas que se presentaron al Senado y a la Cámara de los Diputados encaminadas a reconocer a los Municipios el derecho de fundar, sostener o aun de subvencionar las escuelas particulares. Por tanto, el legislador no se ha avenido a reconocer la existencia de escuelas formadas con el concurso de los Municipios y de los particulares o asociaciones. De lo que se desprende, que el Consejo municipal al subvencionar las escuelas congregacionistas de Vitré, ha infringido las disposiciones de la ley de 30 de octubre de 1886...» C. de Est. 23 de mayo de 1903, *Cajas escolares, Rec.*, pág. 390 (con las conclusiones del Comisario del Gobierno Romicu): «Las Cajas escolares han sido instituidas como *establecimientos públicos*... Si antes de la ley de 30 de octubre

c) Un tercer caso mucho más difícil de resolver es el relativo a la subvención a favor de empresas o establecimientos privados de *indole comercial* o *industrial* que persiguen un fin *lucrativo*. Por ejemplo: subvención concedida por un Consejo municipal a una Sociedad cooperativa de pan, o subvención anual a una partera o a un médico. ¿Es lícita esta clase de subvención? Según la jurisprudencia del Consejo de Estado toda la cuestión estriba en averiguar si la subvención se concede realmente para la satisfacción de una necesidad de interés general. Caso afirmativo, la subvención es lícita, no siéndolo en caso contrario. Por lo demás son las circunstancias de hecho las que resolverán esta dificultad.

En efecto, es principio fundamental del Derecho público francés moderno que el dinero público sólo se emplee por los agentes públicos para la satisfacción de *intereses generales* (1). Toda subvención concedida a una Empresa privada que no persigue un fin de utilidad social quebranta este principio.

Veamos dos aplicaciones de este principio hechas por el Consejo de Estado y que ponen plenamente de relieve la significación exacta de la regla.

*Primer ejemplo.*—Subvención a una Cooperativa de pan (C. de Est., 1.º febrero de 1901, *Descroix, Rec.*, pág. 105) (2).

El Consejo municipal de Poitiers, en su presupuesto adicional, consignó un crédito de 10.000 francos destinados a constituir un fondo de reserva para subvencionar las Sociedades cooperativas de pan que pudieran fundarse. Posteriormente, el Consejo concedió dos subvenciones, una de 500 francos y otra de 9.500 a la Sociedad cooperativa de pan «La Unión

---

de 1886 podían dichas Cajas disponer de sus recursos en beneficio de *todas* las escuelas primarias de la localidad indistintamente, no debe ser ya así a partir de la promulgación de dicha ley. En efecto, esta ley, al hacer obligatoria para los Municipios la creación de escuelas públicas y al derogar los dos primeros títulos de la ley de 15 de marzo de 1850 y la del 10 de abril de 1867, ha excluído, por esto mismo, del servicio público de la enseñanza primaria las escuelas fundadas y sostenidas por particulares o asociaciones...»

(1) Jèze, *Cours élém. de Sc. des fin.*, 5.ª ed., 1912, pág. 490 y ss. Const. de 1791: Declaración, art. 13: «Para el entretenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, es indispensable una contribución...» Const. tit. V, art. 2, *in fine*: «El poder legislativo no podrá en ningún caso hacer pesar sobre la nación las deudas contraídas por un particular.» C. de 1848, art. 15: «Todo impuesto se establece para la utilidad común.»

(2) Véase una nota del profesor Hauriou en el *Sirey*, 1901-3-41.

de los trabajadores». Un patrono panadero de Poitiers pidió la nulidad de estos acuerdos por estimar que violaban el principio según el cual un Consejo municipal no puede favorecer la competencia a industrias ya existentes. El Consejo de Estado en su resolución distingue dos casos: 1.º «En circunstancias excepcionales—dice—para asegurar el abastecimiento público puede ser necesaria la intervención del Consejo municipal». En estas hipótesis (huelga, paro) la subvención sería lícita, pues perseguiría un fin de interés general. 2.º Pero si no se presenta esta contingencia, el Consejo municipal traspasa sus atribuciones legales al conceder una subvención. El acuerdo debe ser declarado nulo de pleno derecho.

*Segundo ejemplo.—Subvención a una partera o a un médico* (C. de Est., 1.º junio de 1900, señora Moreau, *Rec.*, pág. 383; C. de Est., 9 julio 1909, Boureau, *Rec.*, pág. 673).

a) El Consejo municipal de una localidad de Argelia votó una subvención anual de 600 francos para la partera que quisiese residir en la localidad ¿Era lícita esta subvención? El Consejo de Estado fué requerido para entender de este asunto, pero no resolvió sobre dicho extremo. Dadas las circunstancias de la causa es de presumir que la hubiese estimado lícita. En efecto, el Municipio de que se trataba estaba alejado de todo centro urbano y era, por consiguiente, de interés general el que se diesen facilidades para que alguna matrona viniera a instalarse en él. A mayor abundamiento, esto es lo que resalta del segundo caso, sobre el cual recayó decisión del Consejo de Estado y que es el que sigue:

b) El Consejo municipal de la localidad de Septèmes, situada a algunos kilómetros de Alix-en-Provence y de Marsella, consignó en sus presupuestos una cantidad de 1.100 francos con el doble objeto de asegurar la residencia en el pueblo de un médico y de que éste no pudiera cobrar por las visitas honorarios superiores a 1,50 francos. El Consejo de Estado estimó que las circunstancias de hecho no justificaban la subvención y que, por tanto, no era ésta lícita. Dice: «Si los Consejos municipales pueden en circunstancias excepcionales intervenir para asegurar la asistencia médica a los habitantes que se vean privados de ella y si la subvención de que se trata ha podido estar justificada en la época en que la localidad de Septèmes vivía aislada de los pueblos vecinos, del expediente resulta que esta circunstancia ha desaparecido. En efecto, la localidad de Septèmes está en la actualidad unida a Marsella por medio de comunicaciones rápidas y baratas. Por tanto, el Consejo municipal de Septèmes que votó la referida subven-

ción ha puesto a cargo del Municipio un gasto que legalmente no debía pesar sobre él. Por lo que el prefecto de... ha debido declarar nulo el acuerdo de que se trata». Como ejemplo de *circunstancias excepcionales* que autorizan al Consejo municipal a conceder una subvención a un médico, véase Consejo de Estado, 24 de febrero de 1912, *Pech, Rec.*, pág. 251.

Estos ejemplos bastan a mostrar el sentido en el cual se orienta la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de subvención a empresas o establecimientos privados. En algún asunto concreto podrá censurarse esta jurisprudencia, pero en su conjunto la orientación que sigue es sana, pues sanciona el principio fundamental de la ilicitud de toda subvención a empresas o establecimientos privados que no satisfacen un interés social (1).

## § II

### *Afección de inmuebles a título gratuito.*

*La afección de inmuebles a título gratuito constituye otro medio frecuentemente utilizado por la Administración pública para estimular las empresas y establecimientos privados que persiguen un fin de interés general (2).*

---

(1) Un problema análogo, pero que debe distinguirse muy claramente de este otro, será estudiado más adelante; el de la creación subrepticia de un servicio público mediante una subvención.

(2) El carácter lícito de estas afecciones está reconocido por la ley de 5 de abril de 1884, art. 167: «Los Consejos municipales podrán declarar la *desafección* total o parcial de inmuebles destinados... a cualesquiera establecimientos... civiles. Estas desafecciones deberán decretarse en la misma forma que las *afecciones*. Y el art. 68 de la misma ley dispone que: «No son ejecutivos sino después de haber sido aprobados por la autoridad superior los acuerdos que versen sobre los objetos siguientes:... 5.º, el cambio de afección de una propiedad comunal ya afecta a un servicio público...» La ley de 18 de julio de 1837 en su art. 19, decía que: «Son atribuciones de los Consejos municipales... 3.º, la afección de los bienes comunales a los diversos servicios públicos.» Asimismo, la ley de 24 de julio de 1867, en su art. 1.º, declaraba que: «Incumbe a los Consejos municipales... 8.º, la afección de bienes municipales a un servicio municipal cuando dichos bienes no están aún afectos a ningún servicio público, y salvo lo prescrito en leyes especiales.» Nótese que la mayor parte de estas

1.º La afección para que sea válida debe emanar de autoridad competente. De esta suerte, la afección de inmuebles comunales puede ser decretada por el Consejo municipal sin necesidad de aprobación por parte de la autoridad superior (1).

2.º Además, la ley puede prohibir la afección, lo que tiene lugar siempre que se prohíbe la subvención propiamente dicha (2). Es así, que desde la ley de 9 de diciembre de 1905 los Consejos municipales no pueden conceder a ningún ministro de Cultos el goce gratuito del templo que pertenezca al Municipio (3).

3.º La afección sólo puede ser *temporal*. No es posible una afección perpétua. En primer término, estaría en contradicción con el régimen de propiedad característico del Derecho moderno (4). Además, la idea de que la afección constituye una

---

leyes prevén la hipótesis de la afección a un *servicio público*, entendiéndose por *servicio público* no solamente el servicio público propiamente dicho, sino también el establecimiento particular que cumple un fin de interés general. Por el contrario, es indudable que sería completamente *nula* la afección de un inmueble a un establecimiento particular que no llenase dicho fin: esto sería una *donación*.

(1) La ley de 24 de julio de 1867 concedió este poder de afección al Consejo municipal. La ley de 5 de abril de 1884 sólo requiere la aprobación de la autoridad superior en el caso en que haya *cambio* de afección. (Véase la nota precedente.) Por tanto, corresponde al Consejo municipal el derecho de afectar bienes.

(2) Véase pág. 315.

(3) C. de Est. 15 enero 1909, Municipio de *Gandoville, Rec.*, pág. 34: «El art. 2.º de la ley de 9 de diciembre de 1905 dispone que la República no reconoce, paga, ni subvenciona culto alguno. Por tanto, toda consignación relativa al ejercicio de los cultos ha de quedar suprimida en los presupuestos generales, departamentales o municipales. Si el art. 1.º de la ley de 2 de enero de 1907 determina que los municipios recobrarán definitivamente la libre disposición de los templos que le pertenezcan y cuyo goce no haya sido reclamado por una asociación constituida en el año siguiente a la promulgación de la ley de 9 de diciembre de 1905, somete a la aprobación del prefecto el arrendamiento de estos templos... La concesión al ministro de Cultos por acuerdo del Consejo municipal... del goce gratuito del templo perteneciente a la localidad de G, constituye una subvención para el ejercicio del culto, prohibida por las disposiciones de las leyes de 9 de diciembre de 1905 y 2 de enero de 1907. Por tanto, es procedente la declaración de nulidad del acuerdo municipal dictada por el Prefecto de... con sujeción a los artículos 63 y 65 de la ley de 5 de abril de 1884.» C. de Est. 15 enero de 1909, Municipio de *Bruguel, Rec.*, pág. 35; 12 marzo 1909, Municipio de *Charmanvillers, Rec.*, pág. 275 y ss.

(4) Planiol (nota en el Dalloz, 1907-1-249, relativa a la sentencia del Tribunal de Cas. de 5 de diciembre de 1906): «Existe un interés superior

subvención *en especie (nature)* a una institución que realiza un servicio de interés general impone la misma solución que la consagrada para el caso de subvención en dinero.

Así, pues, la afección no puede ser más que *temporal*.

De lo expuesto resulta que si los agentes públicos que han realizado la afección no han declarado nada, la afección es, evidentemente, *revocable* y puede *cesar por la voluntad unilateral* de los agentes competentes desde el instante que éstos estimen que el establecimiento afectuario no rinde ya al público el servicio de interés social que venía prestando (1).

Sin embargo, conviene mantener las consiguientes reservas en lo que atañe a la cuestión de saber si en caso de desafección intempestiva puede o no puede el establecimiento afectuario reclamar una indemnización de daños y perjuicios (2).

Pero los agentes administrativos pueden haber declarado la afección sólo *para un tiempo determinado*. Suponiendo que la afección haya sido concedida por los agentes competentes para enajenar y con sujeción a las formalidades prescritas para la enajenación ¿será válida?

---

—dice—que impone el que las municipalidades no puedan ligarse a perpetuidad por contratos de derecho civil indisolubles...» Desde la Revolución no existe «libertad de crear derechos perpetuos, porque la prohibición de los derechos de esta índole está al margen y por encima del derecho de obligaciones, y se desprende de la organización del régimen de la propiedad territorial establecido por la Revolución y de las leyes que han garantizado la liberación de las tierras, y, por consecuencia, la emancipación de sus propietarios. Ningún nuevo contrato puede quebrantar este principio».

(1) Así lo declaró el senador Lenôel, ponente de la Comisión, en la sesión del 12 de marzo de 1884, con motivo de la discusión del texto que llegó a ser el art. 167 de la ley Municipal de 5 de abril de 1884: «El Consejo municipal podrá decretar la desafección «si no ha habido convenio propiamente dicho, sino una especie de renuncia puramente benévola y gratuita de parte del Municipio, sin fijación de plazo ni cargas correlativas...» Véase también el dictamen del senador Demôle (26 enero, de 1884): «¿En virtud de qué principio—se preguntaba—estará obligado el Municipio a afectar perpetuamente sus inmuebles a tal o cual servicio?»

(2) Senado, sesión del 14 de marzo de 1884. Decía en ella Lenôel: «Si de una manera importuna o malévola viniéseis a reclamarme lo que razonadamente había yo creído que se me había concedido por un tiempo más o menos largo, habrá lugar a reclamar daños y perjuicios. Los Tribunales lo apreciarán..., siendo indudable no tolerarán que un cambio de voluntad puramente arbitrario y caprichoso pueda lesionar derechos existentes que en un momento determinado han sido reconocidos por todos y que han obligado a sus poseedores a realizar sacrificios para obtener las ventajas que su objeto podía proporcionar».

La cuestión referente a determinar si la afección puede hacerse por un *tiempo determinado* debe relacionarse con la de averiguar si cabe afección por tiempo ilimitado. Supongamos, verbigracia, que una institución particular se compromete a prestar ciertos servicios de interés general: ¿podrá la Administración válidamente prometer a este establecimiento la asignación de un inmueble *mientras el establecimiento preste dicho servicio*? Y si, poco después, se dicta una ley que prohíbe toda clase de subvención a las instituciones particulares que cumplan fines de interés público ¿podrá reclamarse el mantenimiento de la afección primitiva regularmente concedida, no obstante la ley prohibitiva recién dictada? (1).

(1) La cuestión planteóse, en toda su complejidad, varias veces en Francia. Uno de los casos más célebres fué el asunto relativo a la afección de un inmueble concedido por el Ayuntamiento de París al Instituto de Hermanos de las escuelas cristianas. En 1819 y en 1847 el Ayuntamiento de París concedió un inmueble a dicho Instituto «para que hiciese de él su establecimiento principal y su noviciado y para que lo utilizase, sin pagar renta alguna, mientras lo ocupara, reservándose el Ayuntamiento de París su propiedad y comprometiéndose a no reclamar dicha casa sino en el caso en que por cualquier circunstancia los Hermanos de las Escuelas cristianas quisieran dejarla». En 1881 y 1883 el Consejo municipal de París votó la desafección del referido inmueble. El Instituto no se allanó a cumplir el acuerdo, alegando que entre el Ayuntamiento de París y él habíase celebrado un contrato *do ut facia*, relativo a la instrucción primaria, que obligaba a ambas partes.

En el transcurso de una veintena de años han conocido de este asunto todas las jurisdicciones de Francia: Tribunal civil del Sena, 7 enero 1885; C. de Est., 17 junio 1887, *Ville de Paris, Rec.*, pág. 478 con las conclusiones del Comisario del Gobierno Levavasseur de Précourt; Tribunal de Conflictos, 12 julio 1890, *Rec.*, pág. 675 (véase la nota resumen de las conclusiones del Comisario del Gobierno Loubers); Tribunal civil del Sena, 2 enero 1896; Audiencia de París, 6 diciembre 1899; Tribunal de Casación (Sala de lo civil), 7 junio 1901 (véase respecto a estas tres últimas resoluciones, Dalloz, 1902-1-105); Audiencia de Rouen, 22 junio 1905; Tribunal de Casación (Sala de *regés*), 5 diciembre 1906 (véase, respecto a estas dos últimas resoluciones, Dalloz, 1907-1-249, con una nota del profesor Planiol). Un asunto análogo, C. de Est., 29 junio 1888, arzobispo de *Seus, Rec.*, pág. 597, con las conclusiones del Comisario del Gobierno Gomel.

Todas las jurisdicciones han señalado en este caso la existencia de un *contrato de derecho civil*. C. de Est. 1887: «Dicha disposición tiene por objeto autorizar no una afección administrativa en vista de un servicio público, sino un *contrato*...» Tr. de Conf. 1890: «En razón del propio destino del inmueble, la concesión otorgada a los Hermanos que por entonces no eran aún agentes públicos—no puede ser considerada como afección a un servicio público con carácter implícito de afección precaria... El arreglo

Es esta una cuestión muy delicada y muy controvertida, y para resolverla es necesario, a nuestro juicio, invocar dos series de consideraciones. En primer lugar, la afección propiamente dicha se hace a título gratuito, con el objeto de estimular la creación de instituciones particulares encargadas de realizar servicios de interés social. Por tanto, son los agentes administrativos que asumen la gestión de los patrimonios administrativos, los llamados a determinar si esta acción estimuladora debe o no continuar y si los servicios siguen o no siendo servicios de interés general. En la apreciación de las exigencias de interés público dichos agentes carecen del derecho de comprometer la acción de sus sucesores. Su situación no es la

---

verificado en 1819 constituye un verdadero contrato...» Audiencia de París, 1899: «Trátase en este caso de un contrato *do ut facia* relativo a la instrucción primaria.» Sin embargo, dicho Tribunal agregó: «La ley de 30 de octubre de 1886... ha privado a los Municipios de la facultad de subvencionar las escuelas particulares... La concesión gratuita de un inmueble a las escuelas cristianas constituye una subvención concedida abierta y directamente de conformidad a la legislación vigente entonces, y cae dentro de la disposición posteriormente establecida, que prohíbe toda subvención municipal a las escuelas particulares.» Pero el Tribunal de Casación en 1901 casó la sentencia del Tribunal de París: «Los efectos de un contrato —dice— se rigen, en principio, por la ley en vigor en la época en que fué celebrado. Muy especialmente, los derechos contractuales legítimamente adquiridos bajo el imperio de la ley antigua, escapan a las causas de nulidad o de rescisión establecidas por una ley nueva».

Posteriormente dictóse la ley de 7 de julio de 1904 que dispone (art. 2) que las congregaciones exclusivamente docentes no podrán reclutar nuevos miembros, siendo disueltos de pleno derecho sus noviciados. El Tribunal de Rouen, designado por el Tribunal de Casación para resolver el litigio, invocó dicha ley, resolviendo que «la obligación contraída por el Ayuntamiento de París a cambio de los beneficios sociales que aseguraba a sus habitantes ha constituido para el Instituto de los Hermanos un derecho adquirido... La ley de 30 de octubre de 1886... no declara caducados los derechos adquiridos en virtud de contratos que estaban ejecutándose en la fecha de su promulgación. El contrato celebrado... es un contrato sinalagmático regido por el art. 1184 del Código civil y cuyo incumplimiento... debe determinar la rescisión. Subsistiendo la institución continúan los Hermanos cumpliendo con la obligación que para ellos deriva del contrato... Pero... el art. 2 de la ley de 1904 dispone... En presencia de esta disposición legal los Hermanos se ven imposibilitados legalmente de ejecutar sus obligaciones, tales como han sido estipuladas. Por tanto, la causa jurídica de la obligación aceptada por el Ayuntamiento de París en 1819 y en 1847... encuentra su base...». Los Hermanos perdieron, pues, el pleito, merced a esta intervención inopinada del legislador en 1904. El Tribunal de Cas., en 1906, ha confirmado la doctrina aceptada por el Tribunal de Rouen.

de un propietario particular que dispone discrecionalmente de su patrimonio. Los bienes afectos forman parte de un patrimonio administrativo, que sólo existe para realizar fines de interés social. Véase por qué la facultad de retirar la subvención debe constituir, a nuestro parecer, un principio fundamental de esta materia.

Pero, de otra parte, la institución beneficiaria puede haber sido incitada a realizar gastos de instalación que seguramente no los hubiese realizado de no haberlos estimulados los agentes administrativos por la afección concedida y por la promesa de mantenerla.

La facultad discrecional de desafección—por sí sola—no tiene en cuenta esta segunda consideración; el mantenimiento *ilimitado* de la afección olvida la primera. La solución que concilia los dos intereses en juego es la que reconoce a los agentes administrativos el poder de desafectar, salvo la indemnización de daños y perjuicios reconocida en casos de desafecciones inopinadas y perjudiciales a la institución beneficiaria (1).

De lo expuesto resulta que la combinación jurídica que mejor cuadra con el interés público es la que únicamente considera en la afección un acto unilateral, discrecional y revocable, que no origina para el establecimiento afectuario ningún *derecho real* sobre el inmueble afecto, ni ningún poder legal de *exigir el mantenimiento de la afección ni aun en el caso en que se hubiese fijado un plazo*. A nuestro juicio, el deber de indemnizar por los daños y perjuicios que la desafección cause a la institución de que se trate es la solución que imponen los principios generales del derecho público (2).

Con este criterio es fácil resolver la cuestión relativa a

---

(1) Y también bajo la reserva de la doctrina de la *desviación de poder* (*détournement de pouvoir*), es decir, de la posibilidad de que el Consejo de Estado anule la desafección decretada en atención a un *fin distinto del de interés general*.

(2) Totalmente desacertado nos parece el razonamiento empleado en el curso del pleito narrado más arriba. *Válidamente*, no existe compromiso de poner gratuitamente un bien a la disposición de una institución particular que persiga un fin de interés público. Aún más censurable nos parece la distinción establecida por el Comisario del Gobierno Gomet en las conclusiones formuladas en el asunto *ville d'Auxerre*, resuelto por el Consejo de Estado el 29 de junio de 1883, *Rec.*, pág. 597: Según Gomet, es necesario distinguir entre la afección de inmuebles del Estado y la afección de inmuebles municipales. Sólo la primera sería revocable y precaria, porque *únicamente es el dominio nacional el que puede ser enajenado por el Parlamento* (ley de 22 noviembre, 1.º diciembre de 1790,

averiguar si los agentes administrativos están obligados a proceder a la desafección en el caso en que una ley prohíba subvenciones o afecciones para ciertos fines. Es indudable la respuesta afirmativa (1).

Lo dicho acerca de la subvención en dinero y de la afección gratuita puede repetirse a propósito del *arrendamiento a bajo precio*. Esto es, una subvención indirecta, que se rige por los principios generales establecidos para las subvenciones y afecciones propiamente dichas, y, por tanto, está sometida a las prohibiciones y limitaciones dictadas por la ley para éstas (2).

---

art. 8 y ley de 1.º junio 1864). En este sentido, declara Gomel (Consejo de Estado 31 enero 1817, 25 julio 1827, 6 diciembre 1836, 13 febrero 1847, 27 mayo 1847, 22 junio 1854). Pero respecto a los bienes municipales no existe esta razón. Por tanto, cuando el Consejo municipal trata con establecimiento de utilidad pública y conviene en poner a su disposición por cierto tiempo y para un objeto determinado uno de estos inmuebles, no concede una afección en el sentido jurídico de esta palabra; en vez de conceder una pura merced que puede dejar sin efecto cuando le convenga, celebra un verdadero contrato que recae sobre la posesión de una propiedad municipal... Esta propiedad no es inalienable... *El acto por el cual el Consejo municipal la pone a la disposición... del establecimiento de utilidad pública reviste forzosamente la naturaleza de un contrato*, que se rige por los principios del derecho común. Los contratos regularmente celebrados obligan a las partes que en él intervinieron.

Estimamos esta distinción inaceptable. 1.º Trae a colación una idea extraña al problema: sería preciso decir que no teniendo el Parlamento que autorizar sino las enajenaciones de un valor superior a un millón de francos, podía la Administración conceder afecciones irrevocables por un tiempo determinado para los bienes cuyo valor no excediese de aquella cantidad. 2.º Gomel admite afecciones *perpetuas* de bienes municipales, sin tener en cuenta que esto constituye una situación jurídica incompatible con el régimen de propiedad organizado por el Código civil, régimen que se aplica a las dependencias de dominio privado de todos los patrimonios administrativos.

(1) Prevaleció la solución contraria en el Tribunal de Casación (7 junio 1901), en el precitado asunto de los Hermanos de la doctrina cristiana. Se invocó el motivo de que las leyes no tienen efectos retroactivos. Pero esto constituye un nuevo argumento en favor de nuestra tesis. Cuando una ley prohíbe a los agentes administrativos afectar inmuebles a ciertos establecimientos particulares que cumplen fines de interés social, ¿no choca ver a estos institutos percibiendo subvención bajo pretexto de que se concedió antes de dictarse la ley? Esto es desconocer el principio fundamental según el cual no puede limitarse el poder de apreciar lo que el interés general exige.

(2) Consejo de Estado 13 mayo 1910, *Société d'enseignement libre de*