

GASTON JÈZE

Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Paris

PRINCIPIOS GENERALES
DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO

III

EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

SITUACIÓN DE LOS AGENTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LOS PARTICULARES FRENTE A LOS SERVICIOS PÚBLICOS. TEORÍAS GENERALES SOBRE LA COLABORACIÓN DE LOS PARTICULARES EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



JOSÉ BIENO DE AGUIAR
EDUARDO C. DA SILVA PRADO
DUARTE PACE DE CASTRO
ABOGADOS
Luz B. Benito, 137 - S. Paulo

EDITORIAL DEPALMA BUENOS AIRES
1949

ESCRITORIO DE ABOGACIA
CASTRO E DARRÓS S/C.
XIA 20 - 2689

El fin del Estado es organizar y hacer funcionar los servicios públicos: justicia, policía, instrucción pública, defensa nacional, comunicaciones, caminos, ferrocarriles, canales, correos, telégrafos, teléfonos, asistencia, higiene, etc.

Los *agentes* públicos tienen por *única* misión hacer funcionar los servicios públicos.

Las *cosas* del dominio público sirven *únicamente* —directa o indirectamente— para el funcionamiento de los servicios públicos.

Los principales problemas que conviene estudiar ahora, en lo concerniente al funcionamiento de los servicios públicos en general, son los siguientes:

1º) ¿En qué situación jurídica se hallan los agentes públicos, los concesionarios y los administrados con respecto a los servicios públicos?

2º) ¿Cuáles son los *poderes* de que están investidos los *agentes* públicos, *con respecto a otros agentes públicos*, y *con respecto al concesionario y a los administrados*, para asegurar el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos? Es preciso, en efecto, indicar a los agentes públicos, al concesionario y a los individuos en general, cómo deben comportarse, previniendo su posible resistencia.

3º) ¿Tienen los agentes públicos la *facultad* o la *obligación* de hacer funcionar los servicios públicos y de hacerlos funcionar estrictamente en las condiciones legales?

4º) ¿Cuáles son los *medios jurídicos* de que disponen los *administrados* para obligar a los agentes públicos a hacer funcionar los servicios públicos *en las condiciones legales*?

5º) ¿Cuáles son las responsabilidades pecuniarias de la *Administración con respecto a los particulares y a los concesionarios*, en razón del funcionamiento de los servicios públicos?

El conjunto de estos problemas constituye la *teoría general* del funcionamiento de los servicios públicos, la que corresponde exponer aquí.

En Francia, tres ideas capitales dominan, en la actualidad, toda la teoría general del funcionamiento de los servicios públicos; a saber:

1ª idea. — *Subordinación de los intereses particulares al interés general* a que responde el servicio público. Esta primera idea tiene una limitación en los otros dos principios actualmente dominantes:

2ª idea. — Sólo cabe sacrificar los intereses privados en la medida *estrictamente necesaria* al interés general.

3ª idea. — Debe pagarse una *indemnización* siempre que el interés general del servicio público exija de una persona un *sacrificio excepcional*.

La combinación de estos tres principios es la base de todas las actuales doctrinas francesas sobre el funcionamiento de los servicios públicos.

CAPÍTULO I

SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS AGENTES PÚBLICOS Y DE LOS ADMINISTRADOS CON RESPECTO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Los servicios públicos tienen por objeto satisfacer las necesidades de interés general.

Los gobernantes, los agentes públicos y los concesionarios de los servicios públicos, se encargan de organizarlos o de hacerlos funcionar para asegurar el bienestar material, moral e intelectual de los administrados, de los individuos.

Con relación a los administrados, algunas veces el servicio público se manifiesta por ventajas *generales*, comunes al conjunto de los habitantes: defensa nacional, servicio diplomático, protección aduanera, policía, Academia Francesa, Instituto, Observatorio, etc.

En otras ocasiones, el servicio público se propone procurar a los individuos, *considerados aisladamente*, beneficios *particulares*: verbigracia, los servicios de instrucción pública, de asistencia, de ferrocarriles, de correos, telégrafos y teléfonos, de justicia, de desinfección, de vacunación, de verificación de pesas y medidas, etc., consisten en efectuar prestaciones determinadas en beneficio de los administrados considerados aisladamente (escolares y estudiantes, indigentes, viajeros, comerciantes, litigantes, etc.). Mediante la satisfacción de dichas necesidades individuales, se desarrollará la prosperidad general de la comunidad política.

Se advierte la diferencia existente entre las dos categorías de servicios: puede suceder que determinado comerciante o industrial obtenga, de la protección aduanera, un considerable beneficio, pero el mencionado servicio no le proporciona

ninguna prestación determinada: el beneficio es *indirecto*. Por el contrario, el comerciante que usa del servicio de trasportes, de los servicios postal, telegráfico o telefónico, el litigante que utiliza el servicio judicial, solicitan que la Administración efectúe, en su beneficio, una prestación determinada: transporte de mercadería de tal o cual punto del territorio; comunicaciones con X, en determinada localidad, por correo, telégrafo o teléfono; sentencia en determinado litigio con X. El mismo razonamiento se hará con respecto al servicio de instrucción, en cuanto a las prestaciones de enseñanza, de exámenes, de colación de grados y diplomas; para el servicio de asistencia, en cuanto a las prestaciones pecuniarias o en especie (medicamentos, servicios médicos, hospitalización, etc.).

Para señalar el carácter particular del beneficio que los individuos obtienen del funcionamiento de determinado servicio público, se dice de ordinario que aquéllos —llamados los usuarios del servicio— tienen *derecho* a estas prestaciones¹. Se dice, por ejemplo, que los padres de familia tienen el *derecho* de enviar a sus hijos a la escuela pública; que cualquiera tiene el *derecho* de hacerse transportar por ferrocarril o por ómnibus, que tiene el *derecho* de hacer transportar mercaderías, o de hacer enviar cartas por la Administración de correos, o de utilizar el telégrafo o el teléfono; los pobres tienen *derecho* a la asistencia. En cambio, no se dice que los comerciantes, industriales y agricultores tengan *derecho* a la protección aduanera; que los individuos tengan *derecho* a la protección diplomática, etc.

¿Cuál es, pues, la naturaleza jurídica de estas ventajas, de estos derechos?

Por lo demás, el funcionamiento de los servicios públicos necesita a veces, de parte de los individuos, no solamente la *abstención* de toda acción que pudiese perturbar el servicio, sino también una colaboración *positiva*. Los administrados de-

¹ En el caso *Chomel*, resuelto por el Cons. de Estado el 29 diciembre 1911 ("Rec.", p. 1265 y la nota), el comisario del Gobierno, CORNILLE, expresaba que el usuario tiene "un derecho adquirido" a estas prestaciones. En el caso *Marc*, juzgado por el Consejo de Estado el 19 enero 1912 ("R. D. P.", 1912, ps. 41 y ss.), el comisario del Gobierno, HELBRONNER, dijo que los usuarios tienen, ante todo, un abono celebrado con la Administración o el concesionario, por "los intereses nacidos y actuales".

ben efectuar *prestaciones de servicios personales* o *prestaciones de bienes*: requisiciones, expropiación por causa de utilidad pública, ocupación temporaria para la ejecución de obras públicas, servicio militar, servidumbres militares, impuestos, etc. Se dice que los individuos tienen la *obligación* de efectuar la prestación. No se califica así el deber general de no hacer nada que perturbe el funcionamiento del servicio de policía, por ejemplo. ¿Cuál es la naturaleza de esta *obligación*?

Es preciso crear la teoría general de la naturaleza de estos derechos y de estas obligaciones, tanto en lo que concierne a los *agentes públicos* y a los *concesionarios de servicios públicos*, como en lo referente a los *individuos*.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la situación en que se hallan, con relación a los servicios públicos (organización y funcionamiento): 1º los gobernantes y agentes públicos; 2º los concesionarios; 3º los individuos, en particular los usuarios del servicio?².

SECCIÓN I

SITUACIÓN DE LOS GOBERNANTES Y DE LOS AGENTES PÚBLICOS

I. — Los gobernantes tienen el derecho y el deber de organizar los servicios públicos, es decir, de dictar reglas que tengan por fin satisfacer en la forma más completa posible las necesidades de interés general, experimentadas en un momento dado, en determinado país.

Esta obligación es indiscutible. A veces, se han tomado el trabajo de formularla expresamente en un texto constitucional. Por ejemplo, la Constitución federal de los Estados Unidos, de 1787, se expresa en los siguientes términos (preámbulo):

² Cfr., sobre todos estos puntos, G. JÉZE, *Essai d'une théorie sur le fonctionnement des services publics*, en la "R. D. P.", 1912, ps. 26 y ss.; DUGUIT, "R. D. P.", 1907, ps. 411 y ss.; HAURIOT, *Droit adm.*, 9ª ed., 1919, ps. 424 y ss.

“Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el objeto de constituir una unión más perfecta, *establecer la justicia, asegurar la tranquilidad interna, proveer a la defensa común, promover el bienestar general* y asegurar para nosotros y para nuestra posteridad los *beneficios de la libertad*, ordenamos y establecemos la presente Constitución para los Estados Unidos de América”.

En Francia, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, del 3 setiembre 1791, establece: “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los *derechos del hombre* son las únicas causas de los infortunios públicos y de la corrupción de los gobiernos, resuelven formular, en una solemne declaración, *los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, que pueden ser comparados en cualquier momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en lo sucesivo sobre principios simples e indiscutibles, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la *felicidad de todos*”. El art. 3 agrega: “El fin de toda asociación política es la *conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre*. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Art. 5: “La ley sólo tiene el derecho de prohibir *las acciones nocivas a la sociedad*”. Art. 12: “La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública, la que se instituye, pues, *en beneficio de todos*, y no para la utilidad particular de aquellos en quienes se confía”. Art. 15: “La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas de su administración a todo agente público”.

La Constitución del 4 noviembre 1848 expresa también que, al pronunciarse por la República, Francia “se ha propuesto como objetivo el de marchar más libremente por el *camino del progreso y de la civilización*... , como asimismo hacer que todos los ciudadanos lleguen —sin nuevas conmo-

ciones y por la acción sucesiva y constante de las instituciones y de las leyes— a un grado *siempre más elevado de moralidad, de cultura y de bienestar*”.

Cualesquiera sean las críticas que puedan hacerse contra la forma de estos preceptos o contra la estrechez de ciertas concepciones, se ve claramente cuáles son las ideas que constituyen la base de la organización pública de los Estados civilizados modernos. Los gobernantes sólo tienen *poderes* para promover el bienestar de los individuos que componen la comunidad política. No tienen otro *deber* que asegurar dicho bienestar: cumplen dicho mandato al organizar los servicios públicos y al hacerlos funcionar de la mejor manera posible.

Los ingleses han expresado las mismas ideas generales como base de los poderes de los gobernantes y de los agentes públicos, pero siempre se han abstenido de formular declaraciones generales, del tipo norteamericano o francés. No se halla ninguna declaración en la Carta Magna de 1214³, ni en la *Petition of rights*, de 1628, ni en la *Declaración de derechos (Bill of rights)* de 1688⁴. Estos actos son una enumeración de agravios contra ciertas teorías del absolutismo real⁵. En el

³ Mucho se ha discutido acerca del valor de la Carta Magna de 1214. Algunos han hecho su elogio entusiasta, considerándola el origen de todas las instituciones libres de Inglaterra; otros han visto en ella una manifestación egoísta de intereses de clase, una empresa reaccionaria que reclama el retorno a las leyes antiguas, la obra del clero y de los grandes barones, destinada ante todo a mantener sus privilegios, con la sanción prevista de la guerra civil. Sobre esta cuestión, véase: HENRI PRENTOUT, *Histoire de l'Angleterre*, París, 1920, ps. 113 y ss.

⁴ Véase HENRI PRENTOUT, *op. cit.*, ps. 390 y ss.; ps. 495 y ss.

⁵ Como, en Francia, Bossuet y los legistas en tiempo de Luis XIV, en Inglaterra los teólogos y los juristas se ingeniaron, en el siglo XVII, para crear la teoría del absolutismo real. En 1606, la Convocación del clero denunció como erróneas un cierto número de proposiciones contrarias al poder real y proclamó que la monarquía es de derecho divino y no proviene del pueblo. Por su parte, ciertos juristas (COWELL) afirmaron que “el rey está por encima de la ley y puede admitir que los tres Estados se constituyan en consejo para hacer las leyes, pero su opinión no le obliga, y, aunque preste el juramento de respetar las leyes del reino a su advenimiento al poder, tiene derecho a modificar una ley que estime contraria al bien público”. De hecho, desde 1610 hasta 1614, Jacobo I no convocó al Parlamento. Después, en 1614, luego de procurar vanamente obtener de la Cámara de los Comunes los subsidios necesarios, disolvió el Parlamento y hasta 1621 trató de prescindir de dicha institución. Esta fue, también, la política de Carlos I.

fondo, las ideas dominantes de la organización política inglesa son las mismas que en Francia y en los Estados Unidos.

II. — Establecido esto, ¿cuál es, en Francia, la significación jurídica de estas ideas desde el punto de vista de la *naturalidad jurídica de los derechos y de los deberes de los gobernantes y de los agentes públicos, en lo concerniente a los servicios públicos*?⁶.

Evidentemente, los derechos y los deberes de los gobernantes y de los agentes públicos son *situaciones jurídicas generales, impersonales*. Los gobernantes y los agentes públicos de todo orden sólo tienen, en efecto, una *competencia*, en el sentido técnico de esta palabra. Ahora bien; la competencia de un agente público nunca es una situación jurídica individual. Se dice frecuentemente que tal gobernante o tal agente público tiene el *derecho* y el *deber* de realizar determinado acto, concerniente a la organización o al funcionamiento de un servicio público. Estas expresiones no deben ilusionarnos; la competencia es siempre una situación *general e impersonal*.

Ella presenta, pues, los cuatro caracteres esenciales de esta situación⁷:

1º) es *general e impersonal*, la misma para todos los individuos investidos de esta función: diputados, senadores, presi-

⁶ Una de las consecuencias jurídicas más importantes de los principios generales enumerados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la Constitución de 1848, es que los agentes públicos sólo pueden servirse de sus poderes con miras al interés general y para alcanzar el fin que les asigna la ley orgánica de su competencia. En esta idea general se fundamenta toda la *teoría de la desviación de poder*, que tan importante papel tiene en el derecho público francés. La significación exacta del *poder discrecional* no podrá comprenderse si se hace abstracción de este principio. También erróneamente, algunos juristas han afirmado que los principios inscritos en la Declaración de los Derechos del Hombre no eran más que preceptos filosóficos o de moral política, sin significado jurídico alguno. Se trata de un error evidente. Por lo demás, fuera de las teorías sobre *desviación de poder* y *poder discrecional*, el Consejo de Estado ha debido aplicar en los litigios, ciertos principios proclamados por la Declaración de los Derechos del Hombre. El mencionado Cuerpo, el 9 mayo 1913, *Roubeau*, "Rec.", p. 521 (y mi nota en la "R. D. P.", 1913, p. 685), ha examinado la cuestión de saber si un reglamento "no atenta contra el principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a los reglamentos administrativos".

⁷ *Supra*, vol. 1, ps. 9 y ss.; ps. 13 y ss.

dente de la República, ministros, prefectos, alcaldes, consejeros generales, concejales, etc.;

2º) es esencialmente *modificable en cualquier momento* por la ley o el reglamento;

3º) es *permanente*. Tal gobernante o tal agente público conserva, pues, el derecho y el deber, mientras no se haya modificado la ley orgánica de su competencia y mientras esté personalmente investido de la función;

4º) el derecho y el deber del gobernante y del agente público —los derechos y las obligaciones, como generalmente se dice— no pueden ser objeto de una renuncia general, absoluta; es preciso todavía agregar aquí —sin que esto sea consecuencia de la situación jurídica general— que la competencia del gobernante, del agente público, no puede ser objeto de una renuncia *relativa*.

Veamos las ideas jurídicas generales que dominan la situación jurídica de los gobernantes y de los agentes, en lo referente a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos. Como veremos más adelante, ellas sirven para resolver fácilmente las numerosas dificultades que se presentan en la práctica.

III. — Resuelta esta cuestión, se plantean otros problemas: ¿cuál es la responsabilidad pecuniaria de los gobernantes y agentes públicos? ¿Cuál es la responsabilidad pecuniaria del patrimonio administrativo, en razón del funcionamiento del servicio público? Esto representa ya otra serie de problemas, ligados, por lo demás, al primero. Son los problemas generales de la responsabilidad personal de los gobernantes y agentes públicos, de la responsabilidad pecuniaria de los patrimonios administrativos.

En principio, no hay razón para no aplicar a *todos* los servicios públicos, cualesquiera sean, el mismo régimen jurídico. El hecho de que el servicio público consista en procurar a individuos determinados una prestación particular, no es razón suficiente para hacer descartar este régimen jurídico. Para decidir que tal o cual regla de dicho régimen jurídico no es aplicable, se necesitará, pues, una *disposición legislativa especial*.

La observación es fundamental; en efecto, en el derecho público francés, los regímenes jurídicos de la responsabilidad personal de los agentes públicos o de los patrimonios administrativos, no son los mismos del derecho privado. Hay que concluir, entonces, que en el caso de perjuicio causado por el funcionamiento de un servicio público, *no son aplicables las reglas del derecho privado*, salvo que la ley positiva disponga lo contrario.

Habrà que decir también que los tribunales administrativos son, en principio, los únicos competentes para estatuir acerca de la responsabilidad de los patrimonios administrativos; para otorgar competencia a los tribunales judiciales, será necesario un texto legal.

En cuanto a la responsabilidad personal de los agentes públicos, en principio, sólo podrá invocarse en caso de *falta personal*, en el sentido técnico que esta expresión tiene en *derecho público*; y los tribunales judiciales son los únicos competentes para conocer en el caso⁸.

SECCIÓN II

SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONCESIONARIO DE SERVICIO PÚBLICO

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de la situación jurídica del concesionario de servicio público, es decir, del individuo o de los individuos constituidos en sociedad, a quienes se encomienda el funcionamiento de un servicio público.

I. — Se admite hoy que el acto de concesión es un acto jurídico complejo.

1º) Existe, ante todo, en el acto de concesión, *la organización del servicio público*, que es una ley o un reglamento en el sentido material. *En su condición de persona encargada de*

⁸ V. *infra*.

hacer funcionar el servicio público en las condiciones reglamentarias, el concesionario se halla en una *situación jurídica general e impersonal*. Pero no es en razón de la persona del concesionario que el servicio público se ha organizado y debe funcionar de cierta manera.

El concesionario se halla, pues, *desde el punto de vista del funcionamiento del servicio público*, en una situación jurídica idéntica a la del agente público propiamente dicho. Por otra parte, no es un agente público, ni integra los *cuadros permanentes* de la organización administrativa.

2º) Viene luego, en el acto de concesión, el contrato que crea, en beneficio del concesionario o a su cargo, *créditos* propiamente dichos o *deudas*, es decir, situaciones jurídicas *individuales*.

En efecto, el concesionario de servicio público es un empresario, que no se propone un acto de filantropía, sino la realización de beneficios. Para ello, antes de comprometerse a hacer funcionar el servicio público, *en las condiciones establecidas por la Administración*, hace sus cálculos. Considera las cargas pecuniarias que tendrá que soportar al respecto, como asimismo los beneficios que obtendrá. Esto es perfectamente legítimo: el empresario debe tener, en esta materia, una situación estable, *intangibile*; la situación jurídica que corresponde a lo antedicho es la situación jurídica *individual* creada por el contrato⁹. Pero esto no concierne en absoluto a la organización o al funcionamiento del servicio público.

II. — La responsabilidad del concesionario, en razón del funcionamiento del servicio público, es, en principio, la misma que la del patrimonio administrativo en caso de *explotación del servicio por prestación directa (en régie)*; *sin embargo, la ley puede disponer las cosas de otro modo*.

La responsabilidad *personal* de los empleados del concesionario, *en caso de falta*, no es la de los agentes públicos, *pues aquéllos (préposés) no son agentes públicos*. Se trata de la responsabilidad de los empleados en derecho privado (art. 1382, Cód. Civ.). Del mismo modo, la responsabilidad subsi-

⁹ *Supra*, vol. 1, ps. 22 y ss.

diaria del *concesionario* para garantizar el pago de las indemnizaciones puestas a cargo de los empleados, se rige por el derecho privado (art. 1384) y no por el derecho público. En efecto, el concesionario y sus empleados no son agentes públicos.

SECCIÓN III

SITUACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS

Ante todo, parece que la situación jurídica en la que se halla el particular que reclama a la Administración o a quien la Administración reclama una *prestación* determinada, es la del *acreedor* o del *deudor* del derecho privado, a raíz, *verbi-gracia*, de un contrato de compraventa o de un contrato *do ut facias*.

Nada de esto sucede.

Consideremos sucesivamente los *derechos de los usuarios* y las *cargas de los administrados*.

§ 1

Derechos de los usuarios

I

Teorías en presencia sobre la naturaleza del derecho de los usuarios

I. — Muchos juristas estiman que la situación jurídica del usuario de un servicio público — por ejemplo, del servicio ferroviario o del servicio postal — es la de un *acreedor*, surgida de un *contrato*. No obstante, como existen algunas particularidades, han elaborado la teoría de los *contratos de adhesión* o de *guichet*¹⁰.

¹⁰ DOLLAT, *Les contrats d'adhésion*, 1905, París (tesis); DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques*, 1905, París (tesis), ps. 152 y ss.; y, también, *Les contrats d'adhésion*, en la "Revue Trimestrielle de Droit Civil",

La situación jurídica sería la siguiente:

De hecho, cuando se celebra un contrato entre dos partes, casi siempre una de ellas se halla en una situación económica más fuerte que la otra; es la que hace la ley del contrato y fija las condiciones; la otra parte, *de hecho*, se limita a adherirse. Ello resulta tan verdadero que hay casos en que la independencia de una de las partes, para la determinación de las condiciones del contrato, se ve enteramente paralizada. Tal es el caso del contrato de trabajo: el obrero que contrata con un patrón, no discute las condiciones, sino que acepta las que este último ha establecido y se *adhiera* a ellas. Lo mismo ocurre en el contrato de seguros contra incendio o de vida: el asegurado sólo puede, *de hecho*, adherirse a la póliza que la compañía de seguros le presenta. Un ejemplo, aun más típico, es el de los *aparatos automáticos*: todo individuo que introduce en el aparato una moneda determinada, tiene derecho al objeto anunciado en la propaganda; él se *adhiera* a la proposición inscrita en el aparato.

Tal es justamente, según se afirma, la situación de los usuarios de los servicios públicos: *transportes, correos, telégrafos, teléfonos, agua, gas, electricidad, etc.* El particular que usa el servicio no tiene más remedio, *de hecho*, que adherirse a las condiciones establecidas por la Administración. *Se trata de un contrato de adhesión*¹¹.

¿Este hecho modifica el *derecho*? ¿Esto equivale a decir que no hay *contrato*? Se responde negativamente. Los contratos de adhesión son verdaderos contratos. "Quien se adhiere a las condiciones que se le proponen se halla, al fin y al cabo, en libertad de aceptarlas o no. Podría rechazarlas en bloque, y, por consiguiente, cuando las acepta, da su pleno consenti-

1910, ps. 503 y ss.; FORTIER, *Des pouvoirs du juge en matière de contrat d'adhésion*, 1909, Dijon (tesis); BOURCART, nota en "Sirey", 1911, 1, 521, *Casa-ción*, 4 enero 1910; FERRON, nota en "Sirey", 1911, 2, 233, *Bordeaux*, 8 julio 1909; GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, 1911, 1, ps. 52 y ss.; SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, n° 89; COLIN y CAPITANT, *Cours élém. de droit civil français*, 2ª ed., 1920, II, ps. 258 y ss.; THALLER y PERCEROU, *Traité élém. de droit commercial*, 5ª ed., 1916, ps. 614 y ss.

¹¹ Para el caso de *servicio público concedido*, existe también otra teoría, expuesta por ciertos civilistas: es la teoría de la *estipulación por otro* (LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, ps. 322 y ss.), hoy abandonada. Para su refutación, véase DUCUIT, "R. D. P.", 1907, ps. 430 y ss.

miento. Se caería en inextricables dificultades si se negara a tales operaciones el carácter contractual¹².

II. — La gran mayoría de los publicistas rechazan la teoría del *contrato de adhesión* o de *guichet*¹³.

Por de pronto, se puede observar, de manera general, que cuando se obliga a los juristas a calificar un contrato para explicar ciertas particularidades, existen las mayores probabilidades de que el acto jurídico así calificado no sea un contrato. Tal es el caso del contrato de adhesión. Además, muchos civilistas tienen una tendencia a ver contratos donde hay obligaciones; es por eso que muy ordinariamente, en todo acuerdo de voluntades, ellos ven un contrato. Es un error: todo contrato supone siempre un acuerdo de voluntades, pero no todo acuerdo de voluntades es un contrato¹⁴.

En el caso del funcionamiento de los servicios públicos, la situación de los usuarios no es contractual, porque *no hay acuerdo de voluntades*. Si se examinan, uno por uno, todos los servicios públicos, se hará, en todos ellos, la misma compro-

¹² COLIN y CAPITANT, *Droit civil*, 2ª ed., 1920, II, p. 258. En el mismo sentido, GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, 1911, I, p. 52; THALLER y PERCEBOU, *Droit commercial*, 5ª ed., 1916, p. 614: "Las tarifas de ferrocarriles son verdaderas convenciones, que se mantienen como simples proposiciones, mientras no se hace la reclamación del caso. Surgen y se renuevan en condiciones constantes, a medida que los particulares solicitan la aplicación de la respectiva tarifa. Someterse al régimen de una tarifa, es aceptar un sistema de transporte propuesto por la Compañía. La situación es la misma que en el contrato de seguro, en que las condiciones generales, impresas y semejantes para todos los clientes de la Compañía, forman la materia de la convención. Se está ante un contrato de adhesión". Por lo demás, THALLER reconoce que la jurisprudencia se orienta en sentido contrario y que la Corte de Casación ve en las tarifas no convenciones, sino leyes (Casac. civ., 3 marzo 1874, "D.", 75, I, 171; Casac., 13 mayo 1874, "D.", 75, I, 467) o actos de orden público (Casac., 17 noviembre 1909, "D.", 1911, I, 317).

¹³ Véase mis notas en la "R. D. P.", 1908, ps. 48 y ss.; 1916, ps. 52 y ss.; 1916, p. 242; DUGUIT, *Situation des particuliers à l'égard des services publics*, en la "R. D. P.", 1907, ps. 411 y ss.; *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*, París, 1912, ps. 121 y ss. V., también, *Droit const.*, 2ª ed., 1921, I, ps. 274 y ss.; HAURIOU, notas en "Sirey", 1907, 3, 33, Cons. de Est., 21 dic. 1906; en "Sirey", 1908, 3, 17, Cons. de Est., 23 marzo 1906, Chauvin; en "Sirey", 1908, 3, 137, Cons. de Est., 17 mayo 1907, *Compagnie Transatlantique*.

¹⁴ *Supra*, vol. I, ps. 46 y ss.

bación; sólo los agentes públicos establecen *unilateralmente* las condiciones precisas en que funcionará el servicio. Los usuarios no intervienen ni *de hecho*, ni *de derecho*, ni *tampoco pueden* hacerlo. En el caso —muy frecuente— en que el servicio público sea un monopolio, el usuario no tiene derecho a negarse a recurrir al servicio público, puesto que únicamente la Administración puede suministrar la prestación. Ej.: correos, telégrafos, teléfono, etc.¹⁵. Todo esto *no es el hecho*, *es el derecho*. Además, los agentes encargados de un servicio público no pueden, *en derecho*, a instancia de un usuario, hacer funcionar el servicio de otro modo que siguiendo sus reglas de organización. De lo contrario habría una irregularidad, una falta que podría entrañar la nulidad de la acción y comprometer la responsabilidad de la Administración o aun la responsabilidad personal del agente.

Así, pues, los usuarios se *adhieren* realmente al funcionamiento del servicio público, pero *ellos no contratan*.

Tomemos el caso del servicio público postal, telegráfico o telefónico o del servicio público de los ferrocarriles.

Los usuarios no discuten, de ninguna manera, las condiciones del funcionamiento del servicio postal. No pueden obtener, *a cualquier precio que sea*, una modificación del funcionamiento del servicio, que es *el mismo para todo el mundo*, no solamente *de hecho*, sino también *en derecho*. Y aquí existe un punto que al parecer no advirtieron los sostenedores de la teoría de los contratos de adhesión, en lo relativo a los servicios públicos.

En un gran almacén donde se exhiben las mercaderías con sus precios marcados, a todos los clientes se los trata, *de hecho*, de la misma manera; pero *en derecho*, y *de hecho*, nada impide al comerciante brindar condiciones especiales a tal o cual cliente. Esto se halla absolutamente prohibido en los

¹⁵ El Cons. de Est., enero 1912, *Marc*, "Rec.", p. 75 ("R. D. P.", 1912, ps. 41 y ss.), puso perfectamente de relieve esta situación, a propósito de un servicio público con *monopolio de hecho* (servicio público del alumbrado a gas): "De hecho, todo propietario que quiera asegurarse para sí o asegurar a los inquilinos de su inmueble la posibilidad de usar el gas, cuyo suministro es un servicio público, deberá necesariamente contratar con la Sociedad del gas... y, por esto, someterse a las condiciones de la resolución (prefectoral que organiza el servicio)".

servicios públicos: la igualdad de los usuarios ante el servicio público es la regla fundamental, esencial: no se trata de un hecho, es el derecho. Sobre este punto, no hay duda posible¹⁶.

III. — Si el usuario de un servicio público no se halla en una situación contractual, es decir, en una situación jurídica individual, ¿cuál es, pues, su situación?

Es una situación jurídica general, impersonal¹⁷. Todos los individuos que reúnen las condiciones establecidas por las leyes y reglamentos sobre la organización de determinado

¹⁶ THALLER Y PERCIEROU, *Droit commercial*, 5ª ed., 1916, p. 609: "Como el ferrocarril goza de un monopolio de transporte sobre sus líneas e ignora toda competencia, era indispensable someter a un control los contratos celebrados por él con el público. De otro modo, habría llegado a ser omnipotente. Ya bajo el antiguo régimen era una idea aceptada que el uso de la vía pública no puede dar lugar a preferencias ni favores: régimen igualitario que se traducía por oposición a las nociones feudales, cuando se decía que «los caminos pertenecen al Rey», es decir, a cada uno y a todos. Por ello, los principios reglamentarios del dominio público han tenido su contrapeso en el servicio comercial, que es su accesorio". De estas confusas explicaciones retengamos simplemente, por el momento, la comprobación de que, sin ninguna hesitación, la característica esencial del servicio ferroviario es el régimen igualitario. Esto solo basta para destruir la idea de contrato.

¹⁷ En sus conclusiones ante el Cons. de Est., 15 noviembre 1907, *Poirier*, "Rec.", p. 820 ("R. D. P.", 1909, ps. 50 y ss.), el comisario del Gobierno, TRISSIER, ha dado explicaciones, criticables en la terminología, aunque muy exactas en el fondo: "El poder público, es decir, el Estado, debió determinar las categorías (de personas) que podrían pretender la tarifa reducida (de ferrocarriles). Ha bastado reglamentar las condiciones a las que estaría subordinada la concesión de esta tarifa, lo que se ha hecho mediante textos generales que son actualmente el decreto del..., la resolución del ministro de Obras Públicas del...". Estos textos constituyen un complejo que formula la ley de funcionamiento del servicio público. Dichos textos, "la Administración tiene la obligación estricta de observarlos mientras existan"; "se han convertido en creadores de derechos individuales en favor de los beneficiarios que enumeran, de tal suerte que debe admitirse que estos beneficiarios tienen una acción contenciosa para constreñir a la Administración a conformarse a ellos". Por tanto, la decisión individual que niega (al usuario) el derecho al beneficio de la tarifa (aspecial) está viciada de nulidad, por haberse dispuesto en violación de los textos generales y reglamentarios...". ROMLEU, en sus conclusiones ante el Cons. de Est., 21 diciembre 1906, *Syndicat de la Croix de Seguey-Tivoli*, "Rec.", ps. 966 y ss., ha empleado una terminología aun más criticable: "El primer medio jurídico del que puede usar el usuario o el consumidor, es el recurso contra el explotador ante la autoridad judicial, por inobservancia del contrato individual, que se deduce en ocasión de cada prestación pedida y no suministrada. La autoridad judicial es competente para estatuir sobre estas relaciones contractuales...".

servicio público, pueden exigir que el servicio funcione en su beneficio en las condiciones legales y reglamentarias. No hay aquí el menor signo de contrato. El usuario manifiesta su voluntad unilateral de beneficiarse con el funcionamiento del servicio público. Los agentes públicos tienen el deber funcional, en su condición de encargados del servicio público, de hacerlo funcionar, a pedido de cualquier administrado, en las condiciones legales y reglamentarias. Ni más, ni menos. El usuario no es acreedor de una prestación, en el sentido de acreedor surgido a consecuencia de un contrato de compraventa. El contenido de la prestación no se establece por un acuerdo de partes; las condiciones para que la prestación se efectúe no son ni pueden ser objeto de un acuerdo de voluntades. Todo es unilateral. Los agentes públicos organizan unilateralmente el servicio público, que funciona según sus instrucciones. Los encargados del funcionamiento del servicio público no están obligados por una deuda con respecto a los usuarios. Todo ocurre como en el servicio de justicia.

Nadie ha sostenido, según creo, que un litigante se halle, con respecto al juez, en una situación contractual; nadie habla de contrato de adhesión. El litigante, mediante su recurso, solicita que el servicio de justicia funcione en su beneficio, en las condiciones legales. Ante este recurso que se deduce, el juez está obligado a juzgar, es decir, debe hacer funcionar el servicio de justicia en las condiciones legales. No hay aquí contrato; el litigante, con respecto al servicio de justicia, no se halla en una situación jurídica individual, sino en una situación jurídica general, impersonal. El recurso no es un contrato de adhesión. Es el acto-condición para que pueda y deba ejercerse la competencia legal del juez, la que funciona para todos los individuos de la misma manera: la igualdad de los individuos ante la justicia no es sino una forma de la igualdad de los administrados ante los servicios públicos¹⁸.

¹⁸ HAURIJOU, "Sirey", 1907, 3, 33: "Con respecto a los administrados, hay situación reglamentaria; el pliego de condiciones, desde este punto de vista, no es más que un reglamento; no cabe invocar una estipulación en favor de terceros. Con relación al público, un servicio público concedido o no, sólo es una institución legal o reglamentaria y creada sólo en virtud del estatuto real"; "Sirey", 1908, 31, 8: "Los actos de adhesión no tienen de contractuales más que el nombre: se trata de adhesiones a actos de naturaleza reglamentaria". DUGUIT, en la "R. D. P.", 1907, p. 429: "Todo acto unilateral de voluntad

IV. — Se debe generalizar el razonamiento hecho para el servicio de justicia. Cualquiera sea el servicio público considerado, cabe decir: 1º) entre la Administración y el usuario no hay contrato; 2º) el usuario no se halla en una situación jurídica individual, pues la situación es *general e impersonal*; 3º) el acto jurídico por el cual los agentes públicos organizan el servicio es una ley o un reglamento, es decir, la determinación de facultades jurídicas generales e impersonales. La manifestación de voluntad del usuario que reclama una prestación, no es más que el ejercicio de este poder legal; 4º) éste es un acto-condición: la condición dispuesta por la ley para que se ejerza la competencia de los agentes encargados de hacer funcionar el servicio.

§ 2

Cargas de los administrados

Para el funcionamiento de los servicios públicos, sucede frecuentemente que los individuos deben efectuar prestaciones: prestaciones de actividad personal, prestaciones materiales, pecuniarias, etc. Por ejemplo, para el servicio de defensa nacional, hay en el servicio militar requisiciones de servicios personales (dirección, cuidados que deben prestarse a los heridos, etc.). También existen prestaciones materiales: requisición de caballos, vehículos, automóviles, alojamiento, acantonamiento de tropas, etc. Hay también, en los alrededores de las plazas fuertes, prohibiciones de edificar (servidumbres militares). Para todos los servicios públicos, los propietarios de terrenos pueden ser invitados a ceder, ya sea la propiedad —expropiación por causa de utilidad pública— o el goce —ocupación temporaria— de su terreno. En lo referente al servicio público de los cementerios, hay prohibiciones de edi-

produce un efecto jurídico, cuando emana de una voluntad capaz y cuando hay un objeto y un fin conformes a la ley. El particular ha querido usar el servicio público; lo ha deseado legalmente; es capaz según la ley de servicio; quiere una cosa determinada por esta misma ley y con una finalidad conforme también a dicha ley. Todo se explica, pues. No hay contrato; no puede haber contrato entre el particular y el concesionario, pero nace una relación de derecho entre ellos, porque hay en el caso del particular un acto unilateral de voluntad conforme a la ley del servicio¹⁷.

ficar o de cavar pozos en determinado radio. En algunos servicios públicos existe la *obligación* de recurrir al servicio público (*monopolio*). En el servicio de instrucción pública hay *obligación* de recibir un mínimo de instrucción. Finalmente, todos los individuos están obligados a suministrar prestaciones en dinero (impuestos), para todos los servicios públicos.

¿Cuál es la naturaleza de las situaciones jurídicas en que se hallan los individuos con respecto a todas estas *obligaciones*?

Resulta evidente que *no es posible dar una respuesta única*.

I. — En el estado *estático*, todas estas obligaciones son deberes generales impersonales. Es el *status general* de todos los individuos que habitan el territorio: *todas* las personas que se hallan en ciertas condiciones de hecho *pueden ser llamadas* a suministrar dichas prestaciones, a sufrir estas cargas, estas obligaciones. La situación jurídica es *general e impersonal*, con todas las consecuencias que se desprenden de esta situación.

II. — Si se supone ahora que los agentes públicos han usado de su poder legal, de su competencia *en determinado caso*, entonces de su manifestación de voluntad resultará para ciertos individuos una nueva situación jurídica, cuya *naturaleza jurídica varía según las hipótesis*.

III. — Veamos algunos ejemplos.

1er. ejemplo. — Supongamos que una ley dispone que los propietarios de terrenos situados alrededor de las plazas fuertes, dentro de cierto radio, no podrán edificar en ellos. Existe en este caso un *status general impersonal*; se trata del régimen de la propiedad en torno de las plazas fuertes.

Imaginemos ahora que los agentes públicos competentes deciden clasificar *determinada localidad* como plaza fuerte. De pleno derecho, cada uno de los propietarios de terrenos situados en la zona militar se somete a lo que muy impropriamente se llama servidumbre *non aedificandi*; nos hallamos ante una situación jurídica *general, impersonal*. En lugar de tener el *status legal ordinario* de propietario de inmueble, el individuo tiene el *status legal especial* de propietario de inmueble situado alrededor de una plaza fuerte. La decisión de los agentes públicos, que hace que determinada localidad sea,

en lo sucesivo, una plaza fuerte, entraña la aplicación, de pleno derecho, a los propietarios de inmuebles vecinos, del régimen especial de propiedad inmobiliaria llamado *servidumbre non aedificandi*. La afectación de una fortaleza es, pues, un *acto-condición*. A la inversa, el día en que los agentes públicos disponen que la plaza fuerte sea desafectada, los propietarios quedan investidos, de pleno derecho, de un *status* nuevo: el *status* legal ordinario de propietario de inmueble, o, en otros términos, el régimen legal normal de la propiedad inmobiliaria es el que se aplica a los terrenos. Por consiguiente, la desafectación es también un *acto-condición*.

El mismo razonamiento se hará para las *servidumbres non aedificandi* o aquellas otras a las que se someten los terrenos situados en determinado radio alrededor de un cementerio. Una ley organiza estas *servidumbres* de manera general: es el régimen de la propiedad que circunda los cementerios, *status* legal. Supongamos ahora que los agentes públicos competentes disponen la creación de un cementerio en determinado sitio: se trata de un *acto-condición*, que aplica a determinados propietarios de los terrenos vecinos el régimen legal llamado *servidumbre non aedificandi*. Inversamente, la desafectación de un cementerio pone fin a este *status* especial; más exactamente, al cabo de los pocos años establecidos por la ley general sobre cementerios, el *status* ordinario denominado propiedad ordinaria se aplicará a los propietarios de los terrenos vecinos al cementerio desafectado. La desafectación del cementerio es, pues, un *acto-condición*.

2º ejemplo. — Supongamos que una ley disponga que todos los franceses, hasta los 50 años de edad, se someterán al servicio militar y podrán ser llamados en caso de movilización general. Se trata del *status general* de los franceses, situación jurídica general e impersonal. Producido el caso previsto por la ley, los agentes públicos competentes lanzan la proclama de movilización, por la cual puede llamarse a todos los franceses hasta los 50 años de edad, para prestar servicio militar. Prácticamente, desde el tiempo de paz, una orden condicional de llamado bajo banderas se hace llegar a cada individuo, prescribiendo los plazos dentro de los cuales debe presentarse y el lugar de reunión (*nota de movilización*). Las personas así con-

vocadas son investidas del *status* legal de *soldado*: es una situación jurídica general, impersonal. La orden de movilización es, pues, un *acto-condición*.

3er. ejemplo. — La ley prescribe que, en caso de movilización, los agentes públicos de cierta categoría podrán exigir a todos los individuos que se hallan dentro del territorio, prestaciones de determinada naturaleza. Trátase del *status legal* de todos los que se hallan en el territorio francés: situación jurídica general, impersonal. Una vez proclamada la movilización, determinado agente público competente requiere de cierto individuo que le suministre 100 quintales de forraje; se trata de una deuda propiamente dicha, de una situación jurídica individual. La requisición del agente público es un *acto unilateral*, creador de *situación jurídica individual*. Supongamos que el agente público requisicione a cierto individuo para servir de guía; el individuo está obligado en virtud de una deuda de servicio personal, hallándose en una situación jurídica individual. La requisición es, pues, un *acto unilateral* creador de situación jurídica individual. *En ningún caso existe obligación contractual*¹⁹.

SECCIÓN IV

CONSECUENCIAS GENERALES DE LOS PRINCIPIOS

La mejor demostración de la exactitud de los principios antes señalados, es la exposición sumaria del mecanismo de algunos grandes servicios públicos, que persiguen objetivos muy diferentes: por ejemplo, los servicios de justicia, instrucción pública, asistencia pública, correos, telégrafos y teléfonos, ferrocarriles.

¹⁹ Casación civ., 6 marzo 1917, *Ertschen*, "R. D. P.", 1917, ps. 185 y ss.; ps. 278 y ss. (y el estudio del consejero COLIN): "las requisiciones militares... son actos del poder público...; no tienen ellas el carácter... de ningún contrato de derecho común".

I

Reglas esenciales de los servicios públicos

Un análisis esquemático de este mecanismo, hace aparecer la *identidad de las reglas esenciales*, que son las siguientes:

1ª regla. — Todos los individuos que reúnen determinadas condiciones, establecidas de manera general e impersonal por la ley orgánica del servicio (ley, reglamento, instrucciones generales), tienen el poder jurídico de exigir la prestación que es el objeto del servicio público: se trata del principio de la igualdad de los individuos ante los servicios públicos²⁰.

Para apreciar la manifestación de voluntad del individuo que llena las condiciones legales, es indiferente su *capacidad civil*: menores, mujeres casadas, etc. Dicha manifestación de voluntad es la condición para que los agentes públicos tengan la obligación de suministrar la prestación. Trátase, pues, de un *acto-condición*.

2ª regla. — Puede suceder que el servicio público haya sido erigido en *monopolio*: en este caso, los individuos no podrán obtener la prestación sino de los agentes puestos al frente del servicio público.

3ª regla. — La prestación debe ser suministrada por la Administración, como lo prescribe la ley orgánica del servicio, *y no de otro modo*. La ley orgánica del servicio (ley, reglamento, instrucción general) establece el contenido y las modalidades de la prestación, *de manera general e impersonal*: en principio, salvo el caso de fuerza mayor, la Administración no puede suministrar la prestación de otro modo y, por su

²⁰ En el caso *Chomel*, juzgado por el Cons. de Est., el 29 diciembre 1911, "Rec.", p. 1265 y la nota (v. mi nota, en la "R. D. P.", 1912, ps. 26 y ss.), el comisario del Gobierno, CORNEILLE, expresó que "un habitante y un contribuyente tienen, en principio, *derecho adquirido* a los servicios públicos y a sus modalidades reglamentarias". El Consejo de Estado, en su resolución, afirmó que únicamente circunstancias excepcionales pueden poner a "la Administración en la obligación de *excluir* (a un usuario del servicio telegráfico) de la aplicación de la regla general" (que organiza el servicio público). Por otra parte, el Consejo de Estado ha declarado nula la organización de un servicio público que no fuese general e impersonal. Cons. de Est., 9 mayo 1913, *Roubeau*, "Rec.", p. 521 ("R. D. P.", 1913, p. 685): El reglamento "no vulnera el principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a los reglamentos administrativos".

parte, el usuario no puede obtener una prestación o modalidades que no sean las fijadas por la ley general orgánica del servicio; en especial, el usuario no puede lograr una prestación o modalidades que quiebren, en su favor, la igualdad de los individuos ante los beneficios de los servicios públicos, o que vayan contra el fin perseguido por el servicio público²¹.

4ª regla. — Entre las condiciones establecidas para que se suministre la prestación, puede suceder que la ley orgánica del servicio público ordene el pago de determinada suma de dinero, de una tasa. Esta última deberá ser *general*, es decir, la misma para todos los individuos que reclaman el mismo género de prestación (igualdad de los individuos ante los servicios públicos). Por lo demás, no siempre se exige una tasa; en efecto, en un servicio público, la cuestión dinero raramente se halla en primer plano. La mayoría de los servicios públicos se organizan con la preocupación de no producir beneficios. Ésta es una de las características del servicio público²², que lo diferencia de una explotación industrial privada, en la que predomina el fin lucrativo. Ello demuestra lo absurdo de la fórmula, frecuentemente repetida, "la Administración debe explotar comercialmente, industrialmente", si con dicha

²¹ El fallo principal es el del Cons. de Est., 29 diciembre 1911, *Chomel*, "Rec.", p. 1263 (y la nota) ("R. D. P.", 1912, ps. 26 y ss.): "El despacho del director de correos..., confirmado por el del subsecretario de Estado, específica expresamente que los telegramas dirigidos al recurrente sólo se le remitirán, en lo futuro, a la dirección telegráfica de F. o por el servicio postal, a menos que el interesado consienta en colocar un buzón y una campanilla en la puerta de su propiedad. Estas decisiones causan agravio al señor C., y, por consiguiente, el ministro no tiene derecho a sostener que aquéllas no son actos administrativos que puedan deferirse al Consejo de Estado, por la vía contenciosa. En virtud del decreto del 12 enero 1894 y de la instrucción reglamentaria concerniente al servicio de carteros, los telegramas *deben* remitirse al domicilio del destinatario y a él mismo o a su representante. No resulta del expediente que la Administración se haya visto obligada a excluir al recurrente de la aplicación de la regla general antes recordada. Por tanto, el señor C. tiene derecho a sostener que las decisiones impugnadas están viciadas de exceso de poder".

²² Véase las conclusiones de CORNEILLE, ante el Consejo de Estado, 7 abril 1916, *Astruc*, "R. D. P.", 1916, p. 374: "En toda constitución de servicio público, las necesidades del público deben prevalecer sobre toda otra consideración y, especialmente, sobre toda consideración de interés financiero. En caso de necesidad, el concesionario trabajará a pérdida — con la ayuda del concedente — con tal de que trabaje".

expresión se quiere significar que los gobernantes deben —al igual que los industriales o los comerciantes— organizar los servicios públicos con la finalidad de obtener el mayor beneficio posible. De esa manera, convendría, respecto al servicio de ferrocarriles, suprimir todas las líneas poco productivas; para el servicio postal, suprimir la distribución en el campo, etc.

La verdad es que la explotación de los servicios públicos no se hace, en principio, con fines de lucro, sino para desarrollar el bienestar material, intelectual y moral de la población.

Se puede, al respecto, distinguir tres grandes categorías de servicios públicos: *a*) aquellos cuyos gastos se pagan enteramente con las tasas de los usuarios. Verbigracia: verificación de pesas y medidas, calderas de vapor, etc.; *a veces*, el servicio postal, telegráfico, telefónico, etc.; *b*) los servicios cuyos gastos *no* los pagan *totalmente* los usuarios (servicios públicos gratuitos), pues corren por cuenta del conjunto de los individuos (impuestos). Ej.: instrucción primaria pública, asistencia pública, etc.; *c*) aquellos cuyos gastos son cubiertos en parte por las tasas de los usuarios y en parte por el conjunto de los individuos (impuestos). Ej.: servicio de justicia, servicio ferroviario, etc.

5ª regla. — Cuando los agentes públicos no hacen funcionar el servicio público en las condiciones legales, violan las normas orgánicas de su competencia, cometiendo un exceso de poder. En consecuencia, si el agente público realiza un acto jurídico unilateral violando las reglas que establecen su competencia, el usuario podrá deferirlo a un tribunal mediante el recurso por exceso de poder²³; *podrá o deberá emplearse el*

²³ Cons. de Est., 29 diciembre 1911, *Chomel*, "Rec.", p. 1265 y la nota (y mi nota en "R. D. P.", 1912, ps. 26 y ss.). En sus conclusiones, el comisario del Gobierno, CORNEILLE, desarrolló esta tesis: "Un habitante, un contribuyente, tienen, en principio, *derecho adquirido* a los servicios públicos y a sus modalidades reglamentarias; a la Administración no puede permitírsele excluir a un particular de las reglas generales y de derecho común, salvo en caso de fuerza mayor o si el interesado, por su parte, impide verdaderamente la observancia de los reglamentos a su respecto". La resolución del Consejo de Estado se expresa en estos términos: "En virtud del decreto... del 12 enero 1894 y de la instrucción reglamentaria concerniente al servicio de carteros, los telegramas deben remitirse al domicilio del destinatario y a él mismo o a su representante. No resulta del expediente que la Administración se haya visto obligada a excluir al recurrente de la aplicación de la regla general antes

recurso jurisdiccional por exceso de poder (recurso de casación, recurso por exceso de poder). Para descartarlo, es preciso que la ley haya dispuesto lo contrario en términos que no dejen *absolutamente* ninguna duda.

6ª regla. — En caso de falta cometida en el funcionamiento del servicio público, *si el servicio es explotado por la Administración*, la responsabilidad *personal* de los empleados (agentes públicos) sólo resulta comprometida con respecto al usuario, cuando existe *falta personal* (en el sentido técnico que esta expresión tiene en derecho público francés), *salvo cláusula expresa en contrario de la ley*. Además, la responsabilidad de la Administración se acumula, en condiciones especiales²⁴. En el caso de servicio concedido, la responsabilidad personal de los empleados, no agentes públicos, es la del derecho privado.

7ª regla. — En caso de perjuicio causado por el funcionamiento del servicio público —con o sin falta—, los tribunales *administrativos* aplicarán, no las reglas del derecho privado sobre la responsabilidad de los explotadores, sino las reglas del derecho público, *salvo disposición expresa de la ley*.

II

*Aplicación al servicio público de justicia civil de los principios expuestos*²⁵

Las reglas generales antes expuestas, se aplican en las siguientes condiciones:

1ª) *Todo* individuo que llene las condiciones legales (capacidad para estar en juicio) puede *exigir* que el servicio de justicia civil funcione en su beneficio en las condiciones determinadas, de manera general e impersonal, por las leyes orgánicas del servicio de justicia (principio de la igualdad de las personas ante el servicio mencionado). Es esto lo que establecen, *en materia civil*, el art. 4 del Código Civil y los articu-

recordada. Por tanto, el señor C. tiene derecho a sostener que las *decisiones impugnadas están viciadas de exceso de poder*".

²⁴ Cons. de Est., 26 julio 1918, *Lemonnier*, "Rec.", p. 761 (y "R. D. P.", 1919, p. 62, con las conclusiones de LÉON BLUM).

²⁵ Para la justicia represiva (aplicación de las penas) hay reglas análogas, pero la materia es demasiado especial para exponerla en este lugar.

los sobre la denegación de justicia (art. 505, Proc. Civil; art. 185, Cód. Penal). Art. 4: "El juez que se rebuse a juzgar, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia". La acción en justicia es un *acto-condición*, por el cual un individuo obliga al juez a ejercer su competencia, a juzgar.

2ª) El servicio público de justicia está organizado, para los litigantes, en forma de monopolio, es decir, con *obligación de recurrir a los tribunales*. Se trata de una *carga que resulta de la organización del servicio*; por ejemplo, justicia represiva, pleito concerniente a la Administración²⁶. Sin embargo, en materia civil o comercial, los *individuos* pueden, en lugar de recurrir a los tribunales, elegir árbitros. Art. 1003, Proc. Civil: "Todas las personas pueden someter a árbitros todos los derechos de los cuales disponen libremente". El monopolio del servicio de justicia existe, por lo demás, para ciertos asuntos. Ej.: donaciones y legados de alimentos, habitación y vestidos; separación de cuerpos, divorcios, cuestiones de estado, litigios que se hallen sujetos a comunicación al Ministerio Público (art. 1004, Proc. Civil).

3ª) El servicio público de justicia sólo puede funcionar en las condiciones establecidas por la ley: tribunal competente, formas, plazos, sistema de pruebas, manera como deben fallar los jueces, recursos, etc. Ello se traduce por la fórmula: las reglas relativas al funcionamiento de la justicia son de *orden público*. En principio, no se puede derogarlas. No obstante, a fin de atenuar el carácter formalista que tendría el servicio de justicia por la aplicación rigurosa de esta regla, la ley permite expresamente a las partes no invocar ciertas nulidades de procedimiento o renunciar a prevalerse de ellas. Verbigracia: art. 173, Proc. Civil: "Toda nulidad de ejecución o de acto de procedimiento queda cubierta, si no se propone antes que cualquier defensa o excepción que no sean las excepciones de incompetencia"²⁷.

²⁶ Sin embargo, la ley de Hacienda del 17 abril 1906, art. 69, permite que las Administraciones públicas recurran a árbitros para los litigios suscitados por los contratos de obras y de suministros. De hecho, este texto resulta inaplicable e inaplicado. En todo caso, se trata de una excepción a la regla. En los demás casos existe el monopolio.

²⁷ Sobre la interpretación que debe darse a este texto, hay una jurisprudencia muy técnica.

4ª) El servicio de justicia civil da lugar al pago de contribuciones pecuniarias (*tasas de justicia*), que establecen *unilateralmente* los gobernantes y agentes públicos, debiendo ser *las mismas para todos (tarifas)*. Por otra parte, su monto no se fija de manera que los gastos del servicio sean cubiertos por los litigantes, sino que una parte la cubre el conjunto de los individuos (impuestos). La remuneración de los agentes públicos *auxiliares de la justicia* —procuradores, ujieres, notarios— no se discute libremente entre los oficiales ministeriales y los litigantes. No se trata de un precio, como en el caso del abogado. Hay tarifas generales e impersonales, obligatorias para todos los interesados. Sólo se las puede derogar en los casos previstos por la ley (asistencia judicial, etc.). Existe un control especial (juez tasador).

5ª) Si los agentes públicos empleados en el servicio de justicia, no lo hacen funcionar en las condiciones legales, cometen una violación de la ley, un *exceso de poder*. Existe *siempre* un recurso jurisdiccional de anulación por violación de la ley —exceso de poder— aun cuando el asunto no pueda apelarse. En Francia, recibe el nombre de *recurso de casación*. Aunque la ley no lo haya previsto expresamente, aun cuando diga formalmente que *no hay recurso*, el *recurso de casación* es *siempre* factible por violación de la ley o exceso de poder²⁸.

²⁸ LAFERRIÈRE, *Juridiction adm. et recours contentieux*, 2ª ed., 1896, II, p. 576: "Cuando no existen textos que prevean el recurso de casación con respecto a determinada jurisdicción, este recurso no deja por ello de ser menos procedente en virtud de los principios generales... La jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado siempre esta regla... En estos casos y en otros análogos se ha reconocido la existencia del recurso, no solamente a pesar de la falta de disposición expresa de las leyes especiales, sino también a pesar de las disposiciones de estas leyes que calificaban las decisiones de definitivas, o declaraban que se habían dictado *sin recurso* y aun *sin ningún recurso*. La jurisprudencia ha interpretado estas expresiones, sin exceptuar la última por absoluta que parezca, en el sentido de que sólo excluyen la apelación, pero no el recurso de casación en caso de incompetencia o de exceso de poder".

La Corte de Casación ha aplicado estos principios (Cámara civil, el 15 noviembre 1911 ("Recueil de Législ. et de Jurisp. Coloniales", 1912, 3, 43), a raíz de un recurso de casación entablado contra una sentencia del tribunal del Laos, entendiendo en materia indígena: "La vía del recurso de casación queda abierta por violación de la ley francesa, contra *todas* las decisiones que emanan de los tribunales franceses, siempre que se dicten en última instancia. Esta regla se extiende, en principio, a las sentencias pronunciadas por los tribunales franceses establecidos en los países de protectorado y sólo deja de