

II. EXTRANJERA

LA ENTRADA HISTÓRICA DE LAS COLECTIVIDADES LOCALES EN EL DERECHO PÚBLICO

Por

GILLES DARCY (*)

Catedrático de Derecho Público - Derecho Administrativo
Universidad París XIII

SUMARIO: I. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS JURISPRUDENCIALES SOBRE FUNDAMENTOS INCERTOS: A) *La ilusión de una convergencia*. B) *La divergencia: el papel de los universitarios y de los miembros del Conseil d'État en la elaboración jurisprudencial*.— II. UN TRIUNFO EFÍMERO: A) *Una victoria*. B) *Un triunfo temporal*.—III. CONCLUSIÓN.

Si mido bien el distinguido honor de dirigirme a ustedes que hoy se me ha hecho, no puedo dejar de considerar el carácter temible del tema escogido. Hablar de la *entrada histórica de las colectividades locales en el Derecho público* supone sobre todo analizar el Estado, unificado por la ley y el juez, y ayudado seguramente para esta empresa por la doctrina; supone también tratar todos sus desmembramientos en el seno del propio Derecho público, fusionándolos bajo la forma de calcos. Sin duda alguna, pero ¿con qué finalidad? ¿Para ir al mismo ritmo, alambicado, que el centro?...

Cuando se habla de dualidad de jurisdicciones en Francia, esto no significa que se dé por sentado la existencia de dos órdenes de jurisdicción, teniendo al Tribunal de Casación y al Consejo de Estado a su cabeza, respectivamente. Ello también implica que existen dos órdenes de jurisdicciones de los que *el administrativo* puede surgir. La duplicidad de jurisdicción se debe, naturalmente, tanto al hecho de la evolución de la ley y de la jurisprudencia como, también, a la dualidad del Derecho y del juez de los que procede el hecho administrativo.

Un testimonio bastará para demostrarlo. Más allá del papel aparentemente federador de lo público —que, por poco que sea, he de asegurar—, mis eminentes colegas incorporarán inmediatamente, de forma insidiosa aunque clara, el Derecho privado al funcionamiento de las colectividades se-

(*) Traducción al castellano del texto original francés [Gilles DARCY, «L'entrée historique des collectivités locales dans le droit public», en VV.AA., *Les collectivités locales et le droit. Les mutations actuelles*, Coll. Thèmes et Commentaires, Ed. Dalloz, París, 2001, págs. 97-115] por la Dra. Teresa García-Berrio Hernández, Ayudante de la Universidad Complutense de Madrid.

cundarias. Pero ¿de cuándo data esta curiosa singularidad? Aquí se puede citar sin duda alguna, por venir al caso, algunos versos de Jorge Luis BORGES, quien, en «La esfera de Pascual», ya advirtiera que «los hombres se sentirán perdidos en el tiempo, ya que si el futuro y el pasado son infinitos, toda fecha es ilusoria» (1). Y, más concretamente, dicha búsqueda ha de tratar el momento en el que se forma y en el que disminuye esta unificación.

Si de una hipotética tradición resultara que los términos «Derecho público» y «Colectividad local» (2) no debieran ser definidos, del mismo razonamiento se derivaría que «la entrada histórica» merecería, ésta sí, ser delimitada. La Historia... Pero permitamos dejar hablar un instante a Paul VALÉRY, quien en el tomo II de sus *Variétés* (3) —«Au commencement, étaît la fable»— declaraba lo siguiente:

«Lo cual quiere decir que todo origen, toda aurora de las cosas, es la misma sustancia que las canciones y que las fábulas que rodean a los vellocinos.

Es una especie de ley absoluta el que, en todas partes, en cualquier periodo de la civilización, en cualquier creencia, en medio de cualquier disciplina y bajo cualquier relación, lo falso sustancia lo verdadero, lo verdadero se atribuye lo falso como antepasado, como causa, como autor, como origen y como ley. Toda antigüedad, toda casualidad, todo principio de las cosas, son invenciones de fábula. Nuestros antepasados se acoplaban en las tinieblas a cualquier enigma y le servían de extraños hijos. La historia se transforma insensiblemente en sueño a medida que se aleja del presente».

Tales propósitos deberían incitarnos, sin lugar a dudas, a la más extrema prudencia. Pues es seguro que, para decir una mentira, ¡no hay como un poeta!...

(1) «La Sphère de Pascal», *Enquêtes*, Gallimard, 1986, págs. 17 y 18.

(2) Sobre el Derecho público, las palabras que se pueden citar son muy recientes, ya que se trata de aquellas de Raphaël HADAS-LABEL, *Rapporteur Général de la Section du Rapport et des Études*, en «Études et Documents» du Conseil d'État, 1999, pág. 272: «L'intérêt général est au cœur du Droit Public au même titre que l'autonomie des volontés est au centre du droit privé. Il s'agit d'une véritable notion juridique, c'est-à-dire du point de rencontre entre une réalité sociale et un régime juridique. Et pourtant force est de constater que la notion d'intérêt général est apparue trop incertaine dans sa définition pour pouvoir servir de critère central du droit administratif». El relevo es, por tanto, retomado por la idea del poder público o de la Escuela del servicio público.

¿Y las colectividades locales?... El *Conseil Constitutionnel* y, después, el *Conseil d'État*, en 1982 y 1983, respectivamente, han asimilado los dos términos contenidos en los artículos 34 y 72 de la Constitución actual, considerando a las colectividades territoriales y a las colectividades locales como términos intercambiables, lo cual no obsta para que ciertas dificultades aparezcan, yendo del «género» a la «especie». Es una buena elección la de los organizadores del presente coloquio el haber preferido «la especie», las colectividades locales, ya que ella sola se impone. Ésta tiene para sí la tradición. Remontándose a 1789, ella misma engloba las entidades existentes a comienzos del siglo xx: el Municipio, la Provincia en sentido amplio—incluso si, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es una derivación—, los establecimientos públicos de cooperación.

(3) «Petite lettre sur les mythes», en *Variétés II*, Gallimard, París, 1958, págs. 228, 233, 234 y 235.

La historia administrativa francesa no es en absoluto un campo de estudio desdeñable. En tiempos del Antiguo Régimen, BOULET-SAUTEL (4) y —por supuesto— Jean-Louis MESTRE (5) reforzaron de manera sutil los análisis furtivos, aunque extremadamente profundos, de los anteriores maestros galos DARESTE (6) o Francis-Paul BENOIT (7). Durante el periodo postrevolucionario, LEGENDRE (8) y BURDEAU (9) también lo demostraron, por su parte, con la maestría excepcional que les caracteriza. No obstante, estos últimos se muestran unánimes al pensar que ciertos aspectos muy fragmentarios del pensamiento administrativo francés no son susceptibles de revestir un alcance general propio que les permita dar cuenta de las verdaderas fuentes de la Historia. De ahí esta búsqueda de la formación de la norma administrativa. Sin embargo, la vía resulta vacilante, dado que reina en ella el problema de la interpretación, del cual nacen todas las controversias.

La interpretación realista y auténtica es un procedimiento que permite asignar un sentido a un texto preexistente claro u oscuro. Sin embargo, dicha concepción comporta, con independencia de los hombres, «la imposibilidad objetiva de certeza» (10). ¿Qué significa tener un sentido? ¿Qué es «otorgar un sentido»? Retomemos para ello tan sólo un ejemplo próximo a nuestros propósitos actuales. Se trata de la célebre decisión *Pelletier*. El artículo 75 de la Constitución francesa del año VIII subordinaba toda persecución judicial llevada a cabo por los agentes públicos a la previa autorización del *Conseil d'État*. Como si de una especie de caballero constitucional se tratase, esta disposición protectora sobreviviría con su valor legislativo a la desaparición del régimen que la había instaurado. Este mismo artículo 75 también fue combatido por los liberales a lo largo de todo el siglo XIX. De ello sería testigo gráfico la caricatura realizada por Honoré DAUMIER en la que se ve, acosados por la prensa, a dos funcionarios encogidos bajo un paraguas estampillado con el título «el artículo 75», y uno le dice al otro: «¡Creo que el paraguas va a terminar por reventar!». No obstante, fue necesario esperar a la derrota de Sedan y a la caída del Segundo Imperio para que el Gobierno Provisional abrogase definitivamente dicha disposición mediante la promulgación del Decreto-Ley de 19 de septiembre de 1870. El texto no dejaba lugar a dudas. El *Consejo de Estado* francés, juez de conflictos, afirmaba así en dos casos de especie,

(4) M. BOULET-SAUTEL, «Un Traité de Science administrative à la lin de l'Ancien Régime», en *Hommage à Robert Besnier*, 1980, págs. 57 a 66; «Une responsabilité de l'État sous l'Ancien Régime», en *La Responsabilité à travers les âges*, 1989, págs. 89 y ss.

(5) J.-L. MESTRE, *Introduction historique en droit administratif français*, Coll. Droit Fondamental, PUF, París, 1985.

(6) R. DARESTE, *RHD*, 1855, págs. 612 y 613; «La justice administrative en France ou Traité du Contentieux de l'administration», 1862.

(7) F. P. BENOIT, *Le droit administratif français*, núm. 3, Dalloz, París, 1968; «Les fondements de la justice administrative», en *Mélanges Marcel Waline*, tomo II, págs. 283 y ss.

(8) P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France*, Coll. L'Administration Classique, Fayard, París, 1992.

(9) F. BURDEAU, *Histoire de l'Administration française*, Coll. Thémis, PUF, París, 1995.

(10) J. J. BIENVENU, «Les idées de Charles Eisenmann en matière d'interprétation juridique», en *La pensée de Charles Eisenmann*, 1986, págs. 67 y ss.

que datan del 7 de mayo de 1871 (11), que contaba para ello con los informadores Aucoc y Brésillon, en virtud de cuyos fallos los funcionarios debían ser llevados en presencia del juez «judicial», en la medida en que el Decreto era perentorio.

Sin embargo, la cuestión no deja de ser impuesta como modelo significativo del alcance real de la abrogación tras la famosa Ley de 24 de mayo de 1872, que sería resuelta el 30 de julio de 1873 de manera muy libre, muy constructiva, aunque en muy poca conformidad con los redactores del texto, por el Tribunal de Conflictos en el caso *Pelletier* (12). Ahora bien, por lo que respecta concretamente a las cuestiones jurídicamente próximas a los mismos hechos, se trataba del mismo problema. Asimismo, en el tomo primero de su *Tratado sobre la Jurisdicción administrativa y de los recursos contenciosos*, de 1887, LAFERRIÈRE pondría de relieve, por otra parte, que «las decisiones fueron dictadas contrariamente a nuestras conclusiones, en las que sostenemos la opinión que ha prevalecido después ante el Tribunal de Conflictos» (13); en definitiva, la de la separación de poderes. No es ni más ni menos que un cambio de jurisprudencia como consecuencia de la interpretación de un texto diferente de la causa.

En realidad, como no han dejado de demostrar los principales autores de la doctrina francesa, por parte del Tribunal de Conflictos —probablemente sensible a la emoción de los funcionarios— se trata de un auténtico golpe de fuerza contra el juez «judicial», en beneficio, pues, de una jurisdicción administrativa bien «asentada» en sus bases y triunfante desde la Ley de 24 de mayo de 1872. Ahora bien, encontramos una Ley de 24 de mayo de 1872, con toda su virtud liberatoria, en el propósito del Comisario del Gobierno TEISSIER sobre el caso *Feutry* (14):

«Cuando esta ley —dice el autor— ha proclamado que el Consejo de Estado decidía soberanamente sobre los recursos en materia contencioso-administrativa, el Tribunal de Conflictos examinaba con otro estado de espíritu las cuestiones de competencias relativas a las acciones dirigidas contra los desmembramientos del poder público».

Ha de dirigirse la investigación, por tanto, al momento en que se forma esta unificación. ¿Cuál es la fecha o el periodo que sirve de *bisagra*? ¿Se efectuaría entonces durante los largos desarrollos de la Ley de *Pluviôse* del año VIII sobre los trabajos públicos? ¿Quizás en la competencia, apenas extendida, de los *Conseils de Préfecture*? ¿En la particularidad tex-

(11) Préfet du Maine et Loire, 7 mayo 1871, «Deux espèces sur l'action civile et l'action criminelle», Rec., pág. 2

(12) TC 30 julio 1873, *Pelletier*, Rec., 1er supplément, pág. 117, concl. DAVID.

(13) Pág. 588.

(14) TC 29 febrero 1908, *Feutry*, Rec., pág. 208, concl. TEISSIER, cuyo comentario no figura ya en la última edición de *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12.^a ed., París, 1999.

tual de los contratos ejecutados por los municipios o las provincias? (15). ¿En la unidad de los recursos por exceso de poder? (16). ¿O en las diversas Leyes como, por ejemplo, las de 1837, 1871, 1872, 1884? ¿En la decisión *Cadot*, de 1889? (17). O bien, ¿en la decisión *Canal de Gignac*, de 1899? (18). En suma, ¿dónde no aparecería dicha unificación, en las decisiones *Terrier* (19), *Feutry* (20) y *Thérond* (21), respectivamente, emplazadas todas ellas en los diez primeros años de este siglo?

Todos los acontecimientos citados militan en cierta medida en torno a una probable unificación. Era preciso elegir y, por mi parte, he optado, *lato sensu*, por la decisión de 29 de febrero de 1980: la decisión *Feutry*. Es comúnmente sabido por la doctrina francesa que, ya en 1930, Jules BASDEVANT (22) afirmaba que el valor práctico de un orden jurídico determinado depende de la eficacia y del alcance de las reglas sobre la responsabilidad. Sin embargo, éste no es el propósito laudatorio —sobre todo viniendo de un internacionalista— que proporciona las razones. En primer lugar, los fundamentos y los efectos de la decisión *Feutry* son ejemplares. Asimismo, aunque de forma más precisa, dicha decisión plantea la misma cuestión en sustancia que la decisión *Pelletier* y sus derivadas; a partir del momento en que se admite que las colectividades locales se han incorporado al Estado, la cuestión vuelve a ser nuevamente la de saber si la falta cometida es personal o de servicio. Por último, esta decisión sintetiza en sí misma todo el aporte anterior tendido hacia un eventual futuro.

Subrepticamente, un enajenado se evade una noche del manicomio provincial de l'Oise en el que estaba internado y, dos días después, prende fuego a la hacienda de trigo y grano perteneciente a Feutry. El propietario, tan pronto como le fue posible, en aplicación del artículo 1383 del Código civil francés, lleva a la Administración a la que le correspondía gestionar dicho servicio ante el juez ordinario. Y será precisamente en base a este

(15) Están limitados por los textos, y concretamente alargados por la jurisprudencia del *Conseil de Préfecture*: las concesiones de tierra en Argelia; los mercados de Pompas Fúnebres; las bajadas de impuestos llevadas a cabo por los municipios con los registradores interesados, y los mercados de mobiliario en aras a su asimilación a los contratos de trabajo público. Al margen de estos contratos previstos por textos especiales, ampliados por el *prétoire*, todas las convenciones son de competencia judicial (Comisiones provinciales en virtud de la Ley de 10 de agosto de 1871 y, del mismo modo, para las deliberaciones municipales sobre la base de los artículos 63 y 67 de la Ley de 1884).

(16) Tratándose de actos administrativos, pueden ser objeto de un recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado. Para el caso concreto de las Comisiones provinciales, lo podría ser en virtud de la Ley de 10 de agosto de 1871, y para las deliberaciones municipales, sobre la base de los artículos 63 y 67 de la Ley de 1884.

(17) CE 13 diciembre 1889, *Cadot*, Rec., pág. 1148, concl. JAGERSCHMIDL, S. 1892, pág. 17, nota HAURIU; J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'arrêt Cadot*, Coll. Droits, núm. 9, París, 1979, pág. 78.

(18) TC 9 diciembre 1899, *Association Syndicale du Canal de Gignac*, Rec., pág. 731, S. 1900, 3, pág. 49, nota HAURIU.

(19) CE 6 febrero 1903, *Terrier*, Rec., pág. 94, concl. ROMIEU, S. 1903, 3, pág. 25, nota HAURIU.

(20) S. 1908, 3, pág. 97, nota HAURIU, en «RDP», 1908, pág. 206, nota JÈZE.

(21) CE 4 marzo 1910, *Thérond*, Rec., pág. 193, concl. PICHAT, en «RDP», 1910, pág. 249, S. 1911, 3, nota HAURIU.

(22) Actes de la Conférence SDN, 1930, v. 7.

juicio cuando el Prefecto, actuando no ya como representante de la provincia, sino como agente descentralizado, eleva el conflicto. Por consiguiente, le correspondería concretamente al Alto Tribunal francés determinar la jurisdicción de la que procedía el funcionamiento de un servicio público provincial. O, de forma más sutil, se puede decir que le correspondería a éste determinar si las reglas aplicables a la responsabilidad del Estado desde que viera la luz el primer Tribunal de Conflictos en Francia —posteriormente retomadas en las decisiones *Rotschild* y *Blanco*— eran aplicables a las colectividades locales y, por ende, al desmembramiento del Estado; o, en otras palabras, a Argelia, a los gobernadores generales de África occidental, a las colonias y —después esto jugaría un papel determinante— a las provincias y a los municipios.

¿Por qué ha de ser resuelto este caso de la provincia que, en base al débil número de servicios, no ofrece sino hipótesis rarísimas?... Simplemente porque se trata de una cuestión fundamental y, sobre todo, porque para algunos de los más grandes juristas de la época la cuestión del poder público era consustancial a la persona pública; ésta es una y la naturaleza jurídica de los actos no varía en función del pedestal territorial sobre el que se pronuncia el mandato. El Tribunal de Conflictos afirmaba, sin jamás demostrarlo ni explicarlo, en las sentencias publicadas de 1874, 1888 y 1896 que, ahora que se había abandonado el principio del Estado deudor, cabría aplicar a los municipios las reglas relativas a la responsabilidad del Estado. Bastaba para ello una petición de principio. ¿Qué esconde ésta? En realidad, un vasto debate que, en la teoría y en la práctica, durará todo el siglo XIX y que tendrá necesidad de contar rápidamente con la posición solemne del Alto Tribunal francés. Esta actitud, que no conoce más que una sola gran excepción, en torno al año 1879, verá enfrentarse al cabo de treinta años a los dos órdenes de jurisdicción.

La vieja discusión sobre la responsabilidad del Estado se desplazaba, acabando por establecerse, y arrastraba tras de sí una concepción única, aunque sobre otro modelo igualmente fugitivo y provisional, de la responsabilidad de los servicios públicos locales. Se instaura un bloque de competencia en beneficio del juez administrativo, quien, al abrigo del poder público, de la gestión pública, de las relaciones de Derecho público, de servicio público, se fusiona en beneficio del Estado y de sus desmembramientos. Son las mismas reglas las que se aplican; como también, excepcional y contradictoriamente, son las mismas derogaciones las que interesan, sin entrar a considerar la huella del legislador, la expropiación indebida, la vía de hecho y el terreno privado.

Se puede incluso, de manera ahistórica, llegar a la misma constatación invirtiendo el orden cronológico. Así es como merece mencionarse aquí y ahora la decisión del *Conseil constitutionnel* de 23 de enero de 1987 (23). Tras haber afirmado de manera constitucional la garantía de la existencia

(23) C.C. núm. 86-224, de 23 enero 1987, pág. 287, nota GENEVOIS; en «RFDA», 1987, pág. 301, nota FAVOUREAU; en «RDP», 1987, pág. 1341, nota GAUDENET; en «AJDA», 1987, pág. 345, nota CHEVALLIER.

y de la independencia del juez administrativo, el *Conseil constitutionnel* entresaca de la concepción francesa de la separación de poderes un principio fundamental de la República, según el cual existe una jurisdicción administrativa que se beneficiaría de un ámbito de competencias reservado. Dicho principio se expresa en términos ejemplares:

«En última instancia, procede de la competencia de la jurisdicción administrativa la anulación o la reforma de las decisiones tomadas en el ejercicio de las prerrogativas de poder público por las autoridades que ejercen el poder público ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos situados bajo su autoridad o su control».

En otras palabras, los recursos de anulación o de reforma contra las decisiones administrativas han de provenir de la competencia del juez administrativo. Por tanto, éste se beneficia de un ámbito de competencias constitucionalmente protegido. En otras palabras, no se le podría volver a encausar sin transgredir la Constitución francesa. Así pues, se encontrarían excluidos de la protección constitucional: el pleno contencioso (salvo la reformación), los recursos contra los contratos, los recursos contra los actos de gestión o los actos formados contra las personas privadas.

De todos modos, conviene extenderse algo más en la cuestión del alcance real de la protección. Ésta es, no lo olvidemos, de naturaleza constitucional. Lo cual, sin embargo, no pretende significar —y de hecho no significa— que los actos que se suponen eliminados escapen al juez administrativo, sino solamente que estos mismos podrían escapársele en función de cuál sea la voluntad del legislador. En otros términos, tales actos no se benefician de una garantía constitucional, sino que su garantía es legislativa. El legislador podría biquear y volver de nuevo entonces sobre una atribución jurisprudencial o legal de la competencia administrativa. De modo que, como consecuencia de ello, habría dos niveles de protección: un nivel constitucional y un nivel no mencionado, aunque evidente, de protección legislativa para, por ejemplo, la responsabilidad, los contratos o los actos de gestión. Y esto es válido tanto para el Estado como para las colectividades locales.

Después de estos largos prolegómenos, podemos pasar —ahora sí— a ocuparnos en lo sucesivo del contencioso de la responsabilidad en el momento en que el juez adopta, para las colectividades locales, el mismo razonamiento admitido para el Estado. La estructura de nuestra exposición será la siguiente: en una primera parte estudiaremos «las convergencias y las divergencias sobre un fundamento incierto», para observar, en un segundo momento, «el triunfo efímero de la unificación».

I. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS JURISPRUDENCIALES SOBRE FUNDAMENTOS INCIERTOS

A) *La ilusión de una convergencia*

Las acciones de responsabilidad dirigidas contra los municipios, o en menor grado contra las provincias, ya sea sobre un defecto de funcionamiento de su servicio, ya sea sobre los actos de sus agentes, estaban todas ellas confiadas al juez «judicial». Concebido como una evidencia para los autores franceses de Derecho civil, tales como, por ejemplo, AUBRY y RAU, LAURENT y MARCADE (24), éstos consideraban sin la menor duda que los recursos interpuestos contra el Estado debían ser atribuidos a los tribunales de Derecho común. Por tanto, para estos autores, *a fortiori*, era totalmente incongruente imaginar otro Derecho para las Administraciones inferiores. No obstante, para quienes se pronunciaban positivamente a favor de la competencia administrativa, se trataba fundamentalmente de la responsabilidad del Estado, y había entonces una gran reticencia a admitir el mismo razonamiento para las colectividades locales. En teoría, cada uno se persuadía de que éstas dependían exclusivamente del Derecho privado. Y todas las jurisdicciones, por su parte, podían atestiguarlo. Teoría y jurisprudencia marcharían entonces al mismo paso *chaloupé*. Lo cual acontecía, parece ser, más por antífrasis que por afirmación.

Los juristas antiguos sostenían, en definitiva, que los servicios municipales no constituían servicios públicos, que el interés privado de un grupo de vecinos no podía ser asimilado al interés público y que sus representantes no podían, a imagen y semejanza de los funcionarios del Estado, adquirir actos administrativos. De alguna forma, se deducía de ello que la aplicación del principio de separación de poderes no podía otorgar competencia a la jurisdicción administrativa. A decir verdad, disponían de una concepción completamente privativa del municipio, el cual se conduciría como un particular. Desde los municipios de habitantes del Antiguo Régimen (simple asociación privada de individuos viviendo juntos) hasta los municipios de la Revolución, nada había cambiado de forma fundamental. Los decretos de la Constituyente indican que las municipalidades no formaban parte integrante del reino, e incluso la Constitución de 1791 no las sitúa entre los poderes públicos.

THOURET y TARGET explican de la forma más clara posible que las municipalidades no pertenecen a la autoridad administrativa. Estos autores las emplazan en una situación intermedia, a medio camino, pues, entre el Estado y la familia, si bien más cerca de la segunda que del primero. Su derecho de vigilancia parece, en cierta medida, doméstico. Sin duda alguna, se-

(24) Véase Georges TESSIER, *La Responsabilité de la puissance publique*, Bequet et Dupont, núm. 85, París, pág. 91; y, para más precisión, remito a la brillante tesis de Grégoire BIGOT en «L'autorité judiciaire et le contentieux d'une ambition, 1800-1872», en *LGDJ Bibliothèque de Sciences Administratives*, tomo 15, París, 1999.

ría útil establecer una distinción entre el campo y las ciudades, ya que en el seno de estas últimas funcionaban, bajo diversos nombres, verdaderas Administraciones municipales, restos de viejas franquicias concedidas o conquistadas por las *cités*. Sin embargo, de retomar literalmente las palabras del célebre jurista galo MICHOU (25), *la franquicia es un privilegio*, y, consiguientemente, quien dice privilegio dice cosa privada, dice derecho privativo sobre el poder público. Hoy estaríamos seguramente tentados de decir lo contrario: que el privilegio pertenece (para la Administración) a un poder público delegado por otro.

Sea como fuere, nada quedó alterado en el momento de la introducción, pese a no estar expresamente enunciada, de la personalidad moral del municipio al realizar el sistema centralizador del año VIII. La Administración municipal es así asimilada a la Administración general, aunque sólo sea por una concesión que el Estado acuerda sin abandonarla. Del mismo modo, se considera además que el municipio no es más que un mecanismo del engranaje de su propia organización. La autonomía municipal es a lo mejor política, pero nunca jurídica. El Estado se niega a reconocer al municipio derechos identificables a los Derechos Humanos declarados en 1789. Ninguna Ley, ni la de 1837 ni la de 1884, vendrá a modificar las relaciones entre estos dos actos. A decir verdad, esta cuestión tendía menos a consideraciones filosóficas que a factores reales. Son los aspectos prácticos, nacidos *a contrario* de la impericia del orden administrativo, los que lo atestiguan. El fondo, concreto, determina la competencia...

— Con anterioridad a la decisión del Consejo de Estado francés *Blanco*, que pone en peligro de forma decisiva esta teoría, la competencia del *Conseil d'État* se apreciaba no ya en base a la Ley del 16-24 de agosto de 1790 y al Decreto del 16 *Fructidor* del año III, respectivamente, sino en base a los textos extranjeros de 1790 y 1793 relativos al Estado deudor. Sólo la Alta Jurisdicción podía condenar al Estado a una deuda. Las colectividades locales no se encontraban concernidas por estos textos y, por tanto, estaban obligadas a ser reparadas, holgadamente, por el juez civil. Constituye un error creer que el cambio de fundamento de la responsabilidad del Estado iba a hacer bascular, de repente, al juez competente para dictar sentencia sobre sus desmembramientos. El juez era y seguirá siendo judicial.

— A lo anterior se debe añadir un elemento, fuerte, de naturaleza psicológica. Tanto antes como después de 1873 reinaba, todavía en menor grado, la infalibilidad del Estado; de suerte que la jurisprudencia dudaba a la hora de entrar en el camino casi entreabierto de la responsabilidad del Estado. Todavía juega un papel fundamental «el efecto retardado». La vía jurisprudencial, apenas fijada, sigue siendo discreta, por no decir que restrictiva, y, a partir de ahí, se entiende que el Tribunal de Conflictos prefiera

(25) Acerca de la responsabilidad de los municipios como consecuencia de las faltas de sus agentes, véase «RDP», 1897, págs. 41 y ss. Y, también, POPLAWSKI, *La notion de privilège en droit romain et en droit français*, Tesis - Bordeaux, 1913.

—a lo mejor a justo título— superar los grandes principios, para dar a las víctimas de los municipios un juez adecuado en la lucha contra los numerosos «tiranos locales». Éste no puede ser más que el juez «judicial». Los daños ocasionados por los municipios exigían ser reparados rápidamente bajo pena de arruinar a los demandantes, y para hacerlo no había más que remitirse a los artículos 1382 y siguientes del Código civil. ¿Por qué cambiar de principios cuando «el honor, la libertad, el bienestar y la fortuna de los ciudadanos» están mejor defendidos por estas reglas?

— Una tercera razón, dictaba más prosaicamente, es precisamente la del mantenimiento de la competencia anterior. Por una parte, ésta queda analizada en la proximidad de la justicia judicial. El *Conseil d'État* resulta, para quienes estudian la «sociología» de lo contencioso, un juez demasiado alejado, que dispone por tanto de una ventaja de distanciamiento respecto al juez civil, de primera instancia o de apelación, quien es considerado como el más cómodo y el más accesible. El alejamiento puede ser, seguramente, un elemento a considerar de manera intuitiva. Por otra parte, y en lo sucesivo, la jurisdicción administrativa no podía ser llamada a pronunciarse con delicadeza, dado que se estaba bajo la dominación de la vieja teoría, todavía en vigor, del «ministro-juez», lejana secuela ésta del administrador juez. De ello resultaba que el recurso tan sólo era admisible por el *Conseil d'État* —si se deja al margen la *ommissio medio* del recurso por exceso de poder—, en tanto que juez de apelación del ministro. Y esta concepción durará hasta el 13 de diciembre de 1889, momento en que fue dictada la decisión *Cadot* contra la ciudad de Marseile (26). Esta jurisdiccionalización de la decisión ministerial constituía un obstáculo mayor.

— Por consiguiente, todas las jurisdicciones articulaban el mismo determinismo para el Derecho privado. La sola excepción a tener en cuenta era la de la famosa Ley de 28 *Pluviôse* año VIII, que atribuía competencia al *Conseil de Préfecture* para pronunciarse sobre los daños resultantes de trabajos públicos. Aunque no sería sino a partir de 1843 cuando se admitiría definitivamente que los trabajos de los municipios llevados a cabo en interés del servicio constituían trabajos públicos. De ahí la comunión de los dos factores, el desarrollo del carácter objetivamente atractivo de los trabajos públicos mediante el juez más próximo, por una parte, y la dispensa de la regla tanto de la decisión anterior como de todos los plazos, por otra, con la salvedad de la prescripción cada cuatro años.

Toda la jurisprudencia, que resultaría ocioso citar aquí, se orienta en el sentido de la competencia judicial, bien sea por principio o porque considera particularmente que las colectividades locales son seres civiles, bien sea por la aplicación a estas personas de los actos de gestión.

(26) Sentencia de 13 de diciembre, *op. cit.*

B) *La divergencia: el papel de los universitarios y de los miembros del Conseil d'État en la elaboración jurisprudencial*

Ahora bien, a partir de la decisión del Tribunal de Conflictos de 1879, los tribunales son más dubitativos. Oscilan paulatinamente en sus resoluciones hasta llegar a una solución que significará, en las primeras décadas del siglo xx, un giro de la jurisprudencia en múltiples fases. Volviendo sobre los casos en cuestión anteriormente apuntados, *Michallard* y *Labrebis*, el Alto Tribunal francés llega a admitir, más concretamente en el caso *Guidet contre Ville d'Autun*, de 27 de diciembre de 1879 (27), que el nombramiento y la revocación de un arquitecto que vigilaba la construcción de edificios municipales entran dentro de la competencia del alcalde y, en consecuencia, procedería del juez administrativo. Pese a ser criticado desde un primer momento por Halloÿs DABOT, Secretario del famoso *Recueil Lebon* (28), esta solución acabó por extenderse al Consejo de Estado y al Tribunal de Casación franceses, ya que se trataba propiamente de relaciones de Derecho público entre la colectividad y su agente.

La jurisdicción administrativa parte de este vínculo publicista para recibir de manera implícita las acciones de los particulares contra los desmembramientos del Estado. Y lo hace precisamente animada por la doctrina efervescente del Derecho público francés. En este sentido, MICHOU (29) desarrollaría en 1897 la tesis de la competencia administrativa general, sobre la cual tan sólo apuntaba la existencia de tres excepciones: las leyes especiales, los actos de gestión y la violación de un contrato.

Las investigaciones van concentrándose y profundizándose a partir de 1875. Y, sin que se llegue a la perenne gratitud característica del Derecho privado forzado, la enseñanza del Derecho administrativo se ve progresivamente reforzada en el país galo en favor de la convicción positivista de los republicanos. Se perfilan así dos corrientes fundamentales para las obras escritas (30). En este sentido, las obras de AUCOC, BATBIE, DARESTE y DUCROC son consideradas, en realidad, meras puestas al día de libros estructurados bajo el Segundo Imperio. Lo que resultaría verdaderamente novedoso, no obstante, sería precisamente la emergencia, a partir de 1884, y

(27) Rec., pág. 881, concl. CALENS. La decisión del Tribunal de Conflictos se separa de la decisión *Michallard*, de 17 de marzo de 1873 (1er supplément, pág. 102), y, sobre todo, de la decisión del mismo Tribunal, de 14 de junio de 1879, *Labrebis c/ Commune de Nonencourt* (Rec., pág. 503), nota HD. El reenvío seguramente tiene como razón el volteo del Tribunal de Casación, situado entre las dos sentencias contradictorias, el 7 de julio de 1879 en la decisión *Ville de Marseille et d'Alais*, Rec., pág. 882.

(28) Rec., pág. 882.

(29) Artículo precit. en «RDP».

(30) Véase el conjunto de la obra de F. BURDEAU, *op. cit.* Y, por supuesto, los propios autores; de manera general: a Maryse DEGUERGUE, *Les rôles respectifs de la jurisprudence et de la doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, París, 1994; *Les Relations entre les Commissaires du Gouvernement du Conseil d'État et la doctrine*, en «Droits», 1994, pág. 125; J. H. STAHL, *Les Commissaires du Gouvernement et la doctrine*, en «Revue Administrative», número especial, 1997, pág. 36; *La doctrine juridique*, en «CURAPP», 1993; «Droits», núm. 20, 1994; «Doctrine et Recherche en Droit».

por poner un ejemplo, de la «Revista de Derecho Público y de la Ciencia Política», en la que escriben LARNAUDE, MICHOU, JACQUELIN después y, a partir de 1904, Gaston JÈZE. Al cabo de dos siglos aparecerían los tratados, manuales y notas de jurisprudencia de HAURIU, DUGUIT, BERTHÉLÉMY y MOREAU.

Si la producción es fruto de los universitarios, la parte que corresponde a los miembros del *Conseil d'État* merece una atención especial. Tal es el caso de Edouard LAFERRIÈRE, quien en 1887 publicaría su gran obra en torno al contencioso y que sucedería a BEQUET en la Dirección del *Repertorio de Derecho Administrativo*. Y por qué no citar a Georges TESSIER, Rápale ALIBERT, Jean ROMIEU y Georges PICHAT, quienes al mismo tiempo son juristas ejercientes en el saber administrativo y maestros de la pedagogía en la Escuela Libre de Ciencias Políticas. De ahí estos artículos y, más concretamente, las conclusiones que alían la técnica y la elaboración conceptual de las reglas establecidas en la jurisprudencia. No obstante, sería particularmente LAFERRIÈRE quien impregnaría en mayor medida las mentalidades de los jueces galos con su influencia, la cual será determinante durante años. Hasta tal punto llega su influencia que, en 1903, en sus conclusiones sobre el caso *Terrier*, el Comisario del Gobierno ROMIEU, por mediación de un tercero —que no es otro que el Fiscal General del Tribunal Supremo, BAUDOUIN—, le traería a colación en la audiencia solemne del Tribunal de Casación francés de 16 de octubre de 1902 (31). Escuchémoslo: «La jurisprudencia lo prueba todos los días confiando el contencioso de los municipios y las provincias al juez administrativo. La nueva doctrina cubre una laguna de nuestro Derecho público. M. Laferrière se felicitaba infinitamente de esta parte de su obra destinada a adquirir día tras día un alcance todavía más grande, y cuando decía —con qué orgullo— que había creado el contencioso-administrativo municipal y provincial, estimo que no exageraba en absoluto» (32). Maurice HAURIU en su nota insistirá en lo mismo y, tras vencer los méritos integradores de ROMIEU, acabaría afirmando que la salvación del contencioso exige que se le unifique en beneficio del Consejo de Estado y por el mayor bien de los ajusticiados (33).

II. UN TRIUNFO EFÍMERO

A) *Una victoria*

La apoteosis del presente razonamiento viene caracterizada no sólo por la sentencia *Feutry* del Tribunal de Conflictos francés, que transfiere la responsabilidad de las provincias al Estado, sino también por dos decisiones inmediatas del Alto Tribunal en materia extracontractual. Se trata, en particular, de los asuntos juzgados el mismo año, 1908, de *Fonscolom-*

(31) Concl. ROMIEU, *op. cit.*, Rec. 1903, pág. 97.

(32) Citado por ROMIEU, Rec. 1903, pág. 97.

(33) Cit. *supra*, S. 1903, 3, pág. 25.

be (TC 11 abril 1908) (34) para los municipios y *Jouillié* (TC 23 mayo 1908) (35) para los establecimientos públicos, confirmado este último por la *Cour de Cassation* en 1912 (36). De este modo, se disponía de la responsabilidad casi-delictiva única de las personas públicas. Estas decisiones consagran sobre todo un nuevo criterio de repartición de competencias, según el cual ha de ser considerado como un acto administrativo todo acto llevado a cabo con vistas a un servicio público.

¿Qué correspondería a la responsabilidad contractual? Naturalmente, habría que mencionar en este punto la decisión *Terrier*, de 6 de febrero de 1903, relativa al caso del cazador de víboras, que condena al pago de una indemnización al Departamento francés de Saône y de la Loire, reconociéndoles por ello incluso la competencia administrativa (37). Éste es el punto de partida de todo el encadenamiento consecutivo que la posterior doctrina gala observaría hasta alcanzar el bloque de competencia de las personas públicas. Desde la decisión *Terrier*, en un primer momento, hasta la decisión del Consejo de Estado francés *Thérond*, de 1910, relativa a la reclusión en la perrera municipal de todos los perros errantes y al levantamiento de animales muertos, se aprecia particularmente la síntesis de la unificación de todas las colectividades locales hasta llegar a la posición defendida por el Estado.

Ahora bien, esta sentencia *Terrier* no sería mencionada en absoluto por Georges TESSIER, tanto en 1906 como en 1908 (38). La razón es muy simple. Esta lacónica decisión fue aclarada por el Comisario del Gobierno ROMIEU, quien tenía así en sus manos una transformación de la idea de poder público. Nuestro autor asegura que la distinción entre los actos de gestión y los actos de autoridad tan sólo se convierte en un criterio fiable si, teniendo en cuenta el alcance de las labores administrativas, la misma termina por extenderse a los actos de gestión públicos. Se aprecia aquí, de forma particular, la impronta de HAURIOU, quien publicara, en 1899, un folleto titulado «La gestión administrativa» (39), en el que abandona totalmente la visión que de los actos de autoridad y de los actos de gestión había establecido con anterioridad, para pasar a desarrollar a partir de entonces la idea de que la gestión administrativa es parte integrante del servicio público en nombre precisamente de los elementos del poder público. Fuertemente criticada por provenir (aunque sin decirlo exactamente) de HAURIOU, dicha proposición se vería precisamente recompensada con posterioridad mediante el establecimiento que, el también célebre jurista galo, ROMIEU efectuara de una oposición entre gestión pública-gestión privada, la cual determina cada una de las dos competencias jurisdiccionales.

(34) Rec., pág. 448, S. 1909, 3, pág. 49, nota HAURIOU.

(35) Rec., pág. 509, S. 1909, 3, pág. 49, nota HAURIOU.

(36) Cass. Civ. 26 febrero 1912, S. 1914, 1, pág. 17, nota MESTRE.

(37) *Op. cit.*

(38) De 1906 data el artículo, y el libro de 1908; se trata de las célebres conclusiones sobre el caso *Feutry*.

(39) Vid. M. HAURIOU, «La gestion administrative», en *Étude théorique de droit administratif*, 1899.

Desde entonces resulta inútil para TEISSIER citarlos a ambos, ya que sólo la teoría del servicio público tiene naturaleza suficiente para determinar la competencia. Este autor se contenta, por tanto, con volver hacia atrás implícitamente para combatir la concepción de LAFERRIÈRE, la cual fue retomada durante un tiempo por el Tribunal de Casación y posteriormente reprobada en las conclusiones sobre la decisión *Le Berre* del Consejo de Estado francés, de 28 de noviembre de 1903 (40). Como expresamente enunciara el Comisario del Gobierno francés TEISSIER, «adoptar una decisión parecida, sobre cuyo alcance nunca nadie ha podido ponerse de acuerdo, sería plantear enigmas irresolubles a los justiciables y organizar en este país un estado crónico, un conflicto de atribuciones» (41).

Retomemos por un instante la decisión *Blanco*. Constituye un razonamiento muy extendido y reiterado en Francia el que la responsabilidad nacida del funcionamiento del servicio público no pueda ser apreciada sino en función de reglas especiales diferentes del Derecho civil y, en consecuencia, por el juez administrativo. La explicación que se puede dar es bien precisa. Si toda reclamación formulada contra el Estado con ocasión de un servicio público proviene de la competencia administrativa, no es porque un servicio público se ponga en tela de juicio, sino precisamente porque en la gestión de los servicios públicos el Estado siempre tiene fama de actuar como poder público. «No se trata —explicará DAVID— del Estado como propietario o del Estado como persona civil. Se trata del Estado como poder público al que se le va a pedir cuentas de un daño causado por sus presupuestos en el cumplimiento de sus servicios» (42).

TEISSIER, como por otro lado casi toda la doctrina publicista francesa de finales del XIX, incorpora las colectividades locales en el propio seno del poder público y, en un segundo momento, en el propio concepto, que a fin de cuentas es el mismo; éste corta el hilo, provoca el eclipse del poder público, para asegurar así un vínculo entre el servicio público y la utilización del Derecho público. El caso *Blanco* tiene, no obstante, otro alcance. Siendo casi revolucionario, había conocido un final fabuloso, un «extraño destino», de seguir la bella fórmula del Decano VEDEL. Al margen del rasgo de que emanan de dos órganos necesariamente distintos (Consejo de Estado y Tribunal de Conflictos, respectivamente), la verdadera diferencia profunda existente entre las decisiones *Terrier* y *Feutry* fue brillantemente identificada por el profesor CHAPUS. «Una —explica— se limita a extender al contencioso local principios tradicionales e indiscutidos, la otra define un nuevo criterio de competencia» (43).

(40) Rec., pág. 414.

(41) Concl. Cit. en el caso *Feutry*.

(42) Rec., 1er Supplément 61, concl. DAVID.

(43) Véase R. CHAPUS, *Responsabilité publique et Responsabilité privé*, 1957, núm. 94, págs. 107 y ss.

B) *Un triunfo temporal*

Para evitar en nuestras apreciaciones el riesgo de poder llegar a ser tan dispares como en su momento lo fueron HAURIUO y DUGUIT, consideramos pertinente introducir aquí algunas palabras al respecto, especialmente dirigidas al último de estos dos autores (44). El sistema de DUGUIT al tratar esta serie de cuestiones se encuentra imbuido de una lógica que tiende a buscar de manera objetiva lo que ha de ser. Para ello, nuestro autor descubre en el corazón de los hechos sociales una noción clave, la de la solidaridad. Desde entonces, el Estado entresaca su legitimidad no de su esencia metafísica, sino de su finalidad, que no es otra que la del abastecimiento de prestaciones propias para reforzar la interdependencia entre los hombres. Para responder a esta necesidad, ciertas actividades deben funcionar de manera continua. La idea de servicio público encuentra su plena centralidad en el funcionamiento del Estado, pero consecutivamente irá tomando el cariz de una alegoría.

Desde el momento en que el Derecho positivo no da cuenta de su posición filosófica, DUGUIT lo desdeña a los efectos de sus propias proposiciones. Así lo manifiesta concretamente en sus *Transformaciones de Derecho público*, de 1913, donde toda la jurisprudencia contraria a su teoría —que él no podía ignorar— no es siquiera citada. Lo cual no se debe, además, al hecho de que en la segunda edición de su *Tratado de Derecho constitucional*, ya mencionado, nuestro autor escribiese, lleno de soberbia, que «el *Conseil d'État* atravesaba un periodo de duda y de regresión», inquietándose incluso por las «decisiones desconcertantes» que adoptaba (45).

La jurisprudencia sobre el servicio público dura, en todo y para todo, dos años. Según René CHAPUS (46), ésta se desarrolla desde la decisión *Feutry* hasta la decisión del Tribunal de Conflictos francés, de 1910, *Compagnie d'Assurances Le Soleil* (47). Y, sin embargo, la teoría todavía hoy sigue siendo manifiesta. Se puede decir, por tanto, que la concepción de fondo «a dos voces» de la doctrina y de la jurisprudencia *cantada* por Jean RIVERO (48) bate a veces a contratiempo, o incluso que en ocasiones resulta ser paralela. Resultará así más plausible, si cabe, nuestra posición de acuerdo y entendimiento con Jean-Jacques BIENVENU, quien en sus sucesivas afirmaciones al respecto destaca el hecho de que, por mediación de Léon DUGUIT, las relaciones entre los dos autores fueron convirtiéndose en algo cada vez más distante; en este mismo orden de ideas se pronunciaría también Gaston JÈZE, pero, contrariamente al anterior, éste habla ya de ha-

(44) *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, reed. en 1999 por las Ediciones «La mémoire du Droit»; E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Duguit*, LGDJ, París, 1972.

(45) Tomo III, págs. 46 y 50.

(46) *Op. cit.*

(47) Rec., pág. 446, concl. FEUILLOLEY.

(48) Jean RIVERO, *Jurisprudence et Doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, en «EDCE», 1955, pág. 27.

cer teoría jurisprudencial (49). Nosotros podemos afirmar abiertamente que el fracaso de la noción de servicio público constituye el fracaso de la concepción inicial, de la concepción soñada del servicio público; fundada ésta sobre tres elementos: el interés general, la gestión por una persona pública que entraña Derecho y la competencia administrativa. O, si se prefiere, podríamos decir aquí que estamos ante una verdadera escisión del tríplico.

En efecto, en el caso concreto de la jurisprudencia asistimos a una revolución que se traduce en una doble fragmentación. En primer lugar, estamos en presencia de la disociación entre la existencia de un servicio público y el Derecho administrativo aplicable. Los servicios públicos pueden utilizar el Derecho privado, e incluso algunos de ellos pueden excepcionalmente encontrarse muy ampliamente sometidos al mismo. Los contratos de Derecho privado llevados a cabo por personas que gestionan un servicio público son el primer ejemplo a citar. Alargando la sentencia del Tribunal de Conflictos, de 1910, *Compagnie d'Assurances Le Soleil*, el *Conseil d'État* considera en la decisión, tan conocida en Derecho francés, *Sté du Granit porphyroïde des Vosges* (50), de 31 de julio de 1912 —dictada en torno a las conclusiones de LÉON BLUM—, que la ciudad de Lille puede situarse dentro de las condiciones de Derecho privado, incluso cuando la misma actúa en interés de un servicio público. Dicho en otras palabras, los contratos que no contienen lo que poco tiempo después se acabará calificando como «las cláusulas exorbitantes de Derecho común» no son contratos administrativos.

La gestión privada de los servicios públicos, perfilada simplemente por ROMIEU, reaparece por tanto con vigencia absoluta. Y su fuerza será, asimismo, centuplicada en la medida en que los servicios pueden ser sometidos en su conjunto a un régimen de Derecho privado. Son precisamente los servicios de gestión privada los que se designarán, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, como los servicios públicos industriales y comerciales. Y es en este sentido la sentencia del Tribunal de Conflictos francés de 21 de enero de 1921, el célebre caso *Bac d'Eloka*, la que consagra definitivamente esta idea a propósito de una colonia (51). Esta sentencia sería, curiosamente, retomada en la tan criticada decisión del Tribunal de Conflictos, de 10 de diciembre de 1933, *Dame Mélinette* (52), a propósito de la ciudad de París y de un accidente de vehículo que se acordó someter a la jurisdicción del juez «judicial», por considerar que había sido generado por un servicio público industrial y comercial. En lo sucesivo, los servicios públicos gestionados por una persona pública se presentarán en número de dos, los servicios de gestión pública y los servicios de gestión privada, que serán, pues, dependientes de dos jueces diferentes.

(49) *Les Origines et le développement de la Doctrine*, en «Rev. Adm.», número especial *Le Conseil d'État et la doctrine. Célébration du deuxième centenaire du Conseil d'État*, 1998.

(50) Rec., pág. 909, concl. BLUM.

(51) *Ste. Commerciale de l'Ouest africain*, Rec. 91, D. 1921, 3, pág. 1, concl. MATTER.

(52) Rec., pág. 1237, concl. contrarias del Comisario del Gobierno ROUCHON-MAZERAT, en «RDP», 1933, pág. 426, nota JÈZE, S. 1933, 3, pág. 47, nota ALIBERT.

En segundo lugar, la disociación a la que aludimos se opera precisamente entre los elementos orgánicos y materiales del servicio público. Mientras que en la concepción primera sólo una persona pública podía encargarse de la satisfacción del interés general y de gestionar, por tanto, un servicio público, la jurisprudencia va a admitir, por su parte, que los servicios públicos pueden ser gestionados por personas privadas. Después de las premisas establecidas por la decisión *Éts Vezia*, de 1935 (53), la solución será definitivamente admitida por la gran decisión, de 1938, *Caisse Primaire Aide et Protection* (54). Este movimiento, nacido antes de la guerra, se desarrolló en su mayor parte tras el fin de las hostilidades y se extendió tanto a las colectividades locales de los organismos privados como a los sindicatos de iniciativa, los centros departamentales de transfusiones sanguíneas, las asociaciones comunales de caza agregadas (ACCA) o las asociaciones encargadas del transporte escolar, tomando como carga los servicios públicos (55).

Así pues, se asistía a una privatización de los servicios públicos manifiesta tanto en la diferencia del modo de gestión como en la divergencia de las personas titulares. No existe únicamente un servicio público, sino cuatro especies de servicios públicos que dependen, según límites muy sutiles, tan pronto del Derecho público como del Derecho privado. De todo lo cual se sigue que la noción de servicio público no puede, de ninguna manera, servir de criterio de competencia; y esto es así tanto para el Estado como para sus desmembramientos (56). Contando para ello, por supuesto, con algunas estrategias parciales de reconquista, como ocurría también en los años cincuenta con la renovación de la misión de servicio público de manera alternativa a propósito de los trabajos públicos, de los contratos administrativos y del ámbito público (57). O como ocurría en el caso de los servicios públicos administrativos gestionados por personas privadas, que veían sus responsabilidades comprometidas ante el juez administrativo cuando, para causar el daño, habían utilizado sus prerrogativas de poder público (58).

(53) CE de 20 diciembre 1935, Rec., pág. 1212, en «RDP», 1936, pág. 119, concl. LATOURNERIE.

(54) CE de 13 mayo 1938, Rec., pág. 417, D. 1939, 3, pág. 65, concl. LATOURNERIE, nota PÉPY.

(55) Vid. F. SABIANI, *L'habilitation des personnes privées à gérer un service public*, en «AJDA», 1977, pág. 1.

(56) Entre las innumerables obras o artículos sobre el servicio público, señalar: J. L. DE CORAIL, *La crise de la notion de service public*, LGDJ, París, 1954; D. TRUCHET, *Label et statut de service public*, en «AJDA», 1982, pág. 431; S. REGOURD, *Le service public et la doctrine*, en «RDP», 1987, pág. 1; G. J. GULIELMI, *Introduction au droit des services publics*, LGDJ, París, 1996; J. M. PONTIER, *Les services publics*, Hachette Éducation, París, 1996; J. L. DE CORAIL, *Une question fondamentale: la doctrine du service public, de la définition et de la nature du droit administratif et de la compétence du juge administratif*, en «Rev. Adm.», número especial, 1997, pág. 24; J. L. DE CORAIL, *L'approche fonctionnelle du service public: sa réalité et ses limites in Service Public, Unité et Diversité*, en «AJDA», número especial, pág. 20; J. P. RAYNAUD, *La crise du service public*, Ed. Que sais-je?, París, 1999, núm. 3482.

(57) Véase R. LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique, Bulletin de la santé de la notion de service public*, en «EDCE», 1960.

(58) CE sect. 13 octubre 1987, *Association Départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône c/ Bissardon*, Rec., pág. 368; en RDP, 1979, pág. 908, concl.

III. CONCLUSIÓN

A modo de epílogo, tres tipos de ideas suscitan nuestro interés:

- La breve llamada de atención.
- La anécdota.
- La interrogación.

- Tras haber vivido bajo un régimen jurídico confinado y separado del Estado, las colectividades locales, gracias a la doctrina y en virtud de la obra del juez, han sido labradas con un mismo Derecho, sobre todo público. Pero, apenas constituidas, comienza ya a aparecer en la unidad una desagregación causada por la rápida atracción de la esfera privada. Italo CALVINO, en una obra publicada después de su muerte, y titulada por su mujer como *Lecciones americanas. Ayuda-Memoria para el próximo milenio* (59), nos permite comprender seguramente con más precisión la presente reflexión: «Lo que se llama una época; este largo y libre río de circunstancias, sería entonces una sucesión desordenada de soluciones, insuficientes e individualmente falsas, de las que no se podría salir a no ser que la humanidad sea capaz de tratarlas todas en su conjunto».

«Dios vigila a intervalos», habría insinuado aquí Jorge Luis BORGES (60).

- La segunda idea a precisar reside en la anécdota. En definitiva, en la traviesa combinación de historias, de pequeños hechos curiosos cuyo recitado aclara la psicología de los hombres o revela la incongruencia del Derecho. Vamos a enumerarlos, dado que —como es obvio— ella participa, activa aunque sea relajadamente, en nuestro secreto encantamiento:

1. Se sabe que desde la famosa decisión *Blanco*, a la excepción de un punto particular, el abandono del Estado deudor no ha sido reinventado; no ha sido, pues, imaginado con una gran eficiencia doctrinal, sino treinta años más tarde. Después de todo, puede considerarse que este olvido tiene visos de novedad. Incluso podríamos señalar al respecto que es el miembro del *Conseil d'État* Georges TEISSIER quien lo descubrió en un artículo consagrado a la responsabilidad en el repertorio Bequet, editado en forma de obra única por la librería francesa Dupont. Y es que es precisamente el propio Georges TEISSIER quien toma la palabra en el caso *Feutry*. Ahora bien, no se puede ignorar el hecho fundamental de que la obra sirvió de

GALABERT y nota ROBERT; en «AJDA», 1979, núm. 1, pág. 22, chr. DUTHEILLET DE LAMOTHE et ROBINEAU; D. 1978.IR.481, obs. DÉVOLVÉ, y D. 1979, pág. 249, nota AMSELEK y J. WALINE; TC 6 noviembre 1978, *Benardi c/ Association hospitalière Sainte-Marie*, Rec., pág. 652; las mismas referencias para «AJDA»; «RTDSS», 1979, pág. 91, nota MODERNE; CE 23 marzo 1983, *SA Bureau Véritas*, Rec., pág. 134; D. 1984.IR.345, obs. MODERNE y BON.

(59) *Leçons américaines, Aide-mémoire pour le prochain millénaire*, Multiplicités, págs. 177 y ss.

(60) *Enquêtes*, Gallimard, París, 1986. Y en P. H. GOSSE, pág. 37.

modelo de transcripción, término por término, de los propósitos del eminente Comisario del Gobierno. La teoría del servicio público estaba, ante todo, desarrollada y era conforme en realidad, aunque ello no se hubiera escrito, a la posición del profesor René CHAPUS. La decisión *Blanco* no hace las veces de «novela», sino de *nouvelle*, dado su alcance extremadamente breve (61).

2. Entonces, ¿a qué obedece el hecho de *revisitar* la decisión *Blanco*? El 21 de marzo de 1906, el profesor Henri BERTHÉLÉMY (62) entresacaba de la decisión *Blanco* —a la que él prefiere llamar la decisión *Dufaure*, a modo de homenaje al nombre del *Garde des Sceaux* venido para vaciar el reparto de voces— lo que, a su juicio, constituía la razón funcional. Durante un largo periodo de setenta años, se venía aplicando en Francia la regla caduca del Estado deudor para otorgar competencia, como se comprenderá, al juez administrativo. Pero como, por una parte, los teóricos no cesaban de condenar esta regla acerca de las deudas del Estado y como, por otra parte, el primer y fugitivo Tribunal de Conflictos francés la había revocado expresamente a lo largo de siete sentencias que datan de 1850, se acabó determinando que le correspondía al Tribunal de Conflictos, esta vez resultante de la Ley de 24 de mayo de 1872, abandonarla definitivamente. Pero ¿a favor de qué juez? No se debe olvidar aquí que el reparto de voces tiene lugar, por un lado, entre los representantes del Tribunal de Casación francés, quienes —como ocurría desde el siglo XIX— recomendaban el juicio más seguro de los tribunales civiles, y, por otro lado, entre los representantes del *Conseil d'État*, quienes pertenecían a la otra competencia jurisdiccional en base a un fundamento diferente.

A tal proposición, el *Garde des Sceaux* les respondería fundamentalmente con los siguientes argumentos: «Escuchen, motiven como ustedes quieran, pero no cambien el régimen tradicional. Guarden, pues, la competencia administrativa». Lo cual vuelve de nuevo a decir que es bajo la tapadera de una reparación, de un relativo óbolo, cómo la jurisdicción administrativa los acordará. Presentada de este modo, la decisión *Blanco* autoriza todas las interpretaciones doctrinales sucesivas y cualquier evolución de las prácticas.

3. Posteriormente, las tres decisiones del Tribunal de Conflictos francés que marcaron el periodo objeto de estudio, las decisiones *Blanco*, *Feutry* y *Dame Mélinette*, fueron dictadas en circunstancias divertidas por los *Gardes des Sceaux* DUFAURE, Aristide BRIAND o PENANCIER, llamados a vaciar precisamente el reparto de voces (63).

(61) R. CHAPUS, *L'administrateur et son juge*, Coll. Doctrine Juridique, PUF, París, 1999, pág. 32, nota 1.

(62) «Revue Pénitentiaire», 1906, págs. 516 y 517. Ver R. CHAPUS, *op. cit.*, pág. 33, nota 1, y Just LUCHET, *L'arrêt Blanco*, Tesis Doctoral - Nancy, 1935, págs. 141 y ss.

(63) En la práctica, el papel del *Garde des Sceaux* revela un carácter muy ocasional. Sin embargo, ciertas actitudes *pintorescas* merecen ser recordadas:

— Respecto a la intervención del *Garde des Sceaux* DUFAURE, habiendo sido ya llevada (al texto) por Henri BERTHÉLÉMY —de un modo poco favorable, hay que decirlo— a la decisión *Blanco*, nos queda tan sólo por relatar, tal y como han sido contadas por la

* Por último, pasemos de la competencia jurisdiccional al régimen. El Decano Jean-Claude DOUENCE explica, en un artículo reciente (64), que teniendo en cuenta las reformas de descentralización emprendidas en 1982 y 1983, a la hora de determinar el alcance de las competencias locales, los servicios públicos locales se sitúan bajo la competencia exclusiva del legis-

doctrina, las circunstancias en las que los otros dos ministros de justicia han tomado posición.

— El 22 de febrero de 1908, en el caso *Feutry*, el Tribunal de Conflictos se encontraba de nuevo dividido. Había tantos miembros a favor de la conformación de la sentencia como en contra para la anulación de la elevación de los conflictos. Pero no es sólo nuestra especie la que motivaba esta partición. La segunda hipótesis era la dificultad descubierta por el abad Brunet y Bel, relativa a la atribución de un inmueble de viviendas a un cura tras la separación de las iglesias y del Estado, en la que, a falta de la constitución de una asociación cultural, el Prefecto puso al abad en el brete de abandonar el lugar.

El Tribunal decidió retardar los dos casos al 29 de febrero de 1908 para que, con los mismos Comisarios de Gobierno TEISSIER y FEUILLOLEY, el *Garde des Sceaux* Aristide BRIAND los despachara conjuntamente. Sin embargo, el 28 de febrero, es decir, la víspera de la convocación de la *Chambre des Députés*, GROUSSEAU elaboró una proposición que sería resuelta de forma diferente por el Alto Tribunal («JO Chambre», *Débats*, pág. 469). Éste se sorprende de que, al día siguiente, Aristide BRIAND pueda llegar a dividir las voces y opiniones ya que, en el caso judicial en cuestión, él mismo —en calidad de *Ministre des cultes*— había comenzado el conflicto. Nos encontrábamos, por ejemplo, ante un caso notable de impedimento, porque el Presidente era al mismo tiempo juez y parte. Y, de manera general, le parecía que el procedimiento de hacer llamamiento al *Garde des Sceaux* era eminentemente sospechoso. En la misma sesión de la *Chambre*, Aristide BRIAND le respondió, tan pronto como el Tribunal de Conflictos estaba bien compuesto y que él mismo no experimentaba en ninguna medida la necesidad de cambiarlo. Tanto es así que el 29 de febrero, día que sigue inmediatamente el altercado, el Ministro de Justicia opta en las dos hipótesis por la competencia administrativa. ¿Este cambio revela que las posiciones habían sido ya focalizadas? Nadie lo sabrá (véase JÈZE, en «RDP», 1908, *op. cit.*)

— Del mismo modo que en 1933, en la famosa decisión *Mélinette*, el *Garde des Sceaux* sale victorioso de haber decidido el reparto de voces y de haberlo resuelto a favor de la competencia administrativa respecto a un accidente de circulación ocasionado en París por un camión de la basura. Pero se sabe por Gaston JÈZE («RDP», 1933, págs. 426 y ss.; F. CHOUVEL, T. LAMBERT y D. PÉLISSIER, *Les cas de partage au Tribunal des Conflits*, en «RDP», 1983, págs. 1313 y ss.) que hubo un verdadero viraje de un miembro del *Conseil d'État*, sin duda alguna embriagado por la aplicación a los municipios de la jurisprudencia derivada del caso *Bac d'Eloka*, quien repentinamente cambia de opinión y termina optando por confiar la competencia, por cinco voces frente a cuatro, al juez «judicial». Éste volvería a su posición cuatro meses más tarde, con las mismas conclusiones del *Commissaire du Gouvernement* ROUCHON-MAZERAT en la decisión *Époux Verbanck* (TC 27 noviembre 1933, *Rec.*, pág. 1248), retomando la doctrina del caso *Blanco*.

Muy recientemente, el 12 de mayo de 1997, un reparto de voces de M. TOUBON, *Garde des Sceaux*, quien niega jurídicamente, sin duda a justo título, la existencia de una vía de hecho en el desembarco en Honfleur de dos pasajeros clandestinos marroquíes, provocó la dimisión del *rapporteur* M. SARGOS, miembro de la *Cour de Cassation*. El fragmento fue rápidamente reproducido por el periódico «Le Monde», que publicó las cartas de los dos protagonistas.

Y, naturalmente, los espíritus finos evocaron la solución de un abandono de esta presidencia del Tribunal de Conflictos por el *Ministre de la Justice* para confiarla al Presidente del *Conseil constitutionnel* o al Presidente de la *Assemblée Nationale*. A través de su reclutamiento, me temo que éstos fueron personas con una dimensión «política» como la del *Garde des Sceaux*, que presenta la ventaja de ser al mismo tiempo el superior de los magistrados judiciales y un miembro del ejecutivo. La proposición de confiarla al primer Presidente de la *Cour de Cassation* resulta ser más conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que censura el hecho de ocupar a la vez funciones consultivas y jurisdiccionales por un mismo órgano (CEDH, 28 de septiembre de 1995, *Assotiation Procole c/ Luxembourg*, en «AJDA», 1996, pág. 301, nota J.-M. FLAUS; véase X. PRETOR, *L'autorité*

lador. De todo ello resulta, por tanto, que la intervención autónoma del poder reglamentario nacional pondría en peligro la libre administración. Por otra parte, señala también que, procediendo de la ley o de la jurisprudencia, existen divergencias notables con el centro:

— En un primer momento apunta, sin apenas hablar de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de Derecho público, que el equilibrio financiero de los servicios públicos locales ha de estar siempre asegurado.

— Insiste, asimismo, en la diferencia notable que existe para los contratos de delegación, en los que la obligación de poner los documentos a disposición del público no está más que en función de las colectividades locales. Por lo que respecta al control de legalidad puesto en marcha por el delegado prefectoral, éste comporta dos discriminaciones mayores con el propio Estado.

— Reivindica la especificidad de las colectividades locales que conciliarían, por tanto, la solidaridad y la igualdad.

Conviene aquí tan sólo resaltar a modo de cierre que, después de todo, parece ser bastante escaso el anhelo derivado del encuentro *de Leonardo da Vinci y los filósofos* (65). *Es necesario reconstituir la pluralidad y la autonomía como consecuencia de su unidad y de su soberanía propia. Ella ha de legitimar la fecundidad de lo contradictorio y, a veces, incluso ha de sentirse ella misma completamente animada de la universalidad de la que cree proceder. Es el comienzo, pues, de una sabiduría, al mismo tiempo que el crepúsculo de una filosofía.*

judiciaire est-elle encore la gardienne de la liberté individuelle?, en «RPD», 1997, págs. 669 y ss.). Pero este empleo está menos adaptado a la tradición del Alto Tribunal, recreada en la Ley de 24 de mayo de 1872, relativa al *Conseil d'État*, que, haciendo del mismo un organismo eminentemente paritario, le ha impregnado del modelo formal de la Alta Jurisdicción administrativa (mismo lugar, mismo *Récueil de décisions*, mismo *emploi de considérants*...). Ahora bien, entonces, la costumbre merecía ser cambiada en su correspondencia.

(64) J. C. DOUENCE, «Les incidences du caractère national ou local du service public», en *Le Service Public, Unité et Diversité*, «AJDA», número especial, 20 de junio de 1997, pág. 122.

(65) Paul VALÉRY, *Variétés III*, Gallimard, 1958, pág. 141.