

CAPITULO III

DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ATENDIDOS POR CONCESIONARIO

El servicio público se distingue claramente de la empresa o establecimiento privado puro y simple, y del establecimiento de utilidad pública. Pero hay un punto sobre el cual conviene llamar la atención: el servicio público no corre *siempre* al cuidado de los agentes públicos; existe un caso especial de gestión de los servicios públicos: la *concesión*. Un individuo o una Compañía particular asumen la misión de atender un servicio público, recibiendo, en cambio, una remuneración, que por lo general consiste en la percepción de tasas pagaderas por los individuos que se aprovechan del servicio público concedido. Tal acontece en Francia en el momento actual con el servicio de ferrocarriles. Al lado de los ferrocarriles del Estado—servicio público atendido por la *Administración pública*—existen grandes compañías concesionarias. En los departamentos y municipios un gran número de servicios públicos son explotados por el procedimiento de la concesión; tranvías; ómnibus, agua, gas, electricidad, mercados, consumos...

Los casos de concesión de servicios públicos son todavía muy corriente, aunque lo fueron más en otro tiempo (1). En

Saint-Lô, Rec., pág. 388: «Según el art. 69 de la ley de 15 de marzo de 1850 relativa a la enseñanza, es necesario el dictamen de los Consejos académicos respecto a la oportunidad de las subvenciones que los municipios concedan a los establecimientos privados de enseñanza secundaria. Del examen de las cláusulas del contrato de arrendamiento celebrado entre la municipalidad y el recurrente (*Société d'enseignement de Sait-Lô*) y de su relación con la importancia y el valor de los edificios del colegio tales como resultan del propio acuerdo que autoriza el proyecto de arrendamiento, desprendese que la concesión del referido local constituye una subvención en el sentido del precitado artículo. Semejante subvención no podía, por tanto, concederse sin previo dictamen del Consejo académico y, en consecuencia, la sociedad recurrente carece de acción para pedir la nulidad de la resolución del prefecto que anuló por infracción de ley el acuerdo del Consejo municipal...» Consejo de Estado, 2 de agosto de 1912, municipio de *Saint-Thibault, Rec.*, pág. 921; 15 de marzo de 1912, municipio de *Fleury, Rec.*, pág. 1053: «El precio de dicho arrendamiento sería insuficiente y constituiría una subvención subrepticia al culto, prohibida por la ley».

(1) Duguit, *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, R. D. P., 1907, pág. 425.

la actualidad la concesión de servicio público no se suele emplear sino para los servicios que tienen un carácter *económico*. Sin embargo, dicho sistema se usa aún en algunas localidades para la recaudación del impuesto de consumos. Antaño usábase de este sistema no solamente para la percepción de la mayoría de los impuestos sino también para los servicios de policía y de justicia.

Sea lo que fuere, es necesario poner de relieve estos dos puntos: 1.º La *concesión* no cambia la naturaleza jurídica del servicio concedido, que continúa siendo un *servicio público*. 2.º Por tanto, es menester aplicar al *servicio concedido* el *régimen del servicio público*.

Consideremos estas dos proposiciones:

§ I

Naturaleza jurídica del servicio público concedido y del acto de concesión de servicio público (1).

Desde luego, es necesario desechar la idea según la cual la concesión de servicio público no es más que una empresa privada a la que por su importancia se le somete al control de la Administración. Esto podrá decirse de las profesiones de farmacia, odontóloga, médica y de los establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres; pero no se puede decir de los ferrocarriles, tranvías, etc.

(1) Véanse nuestros artículos en la R. D. P., 1905, págs. 346 y ss.; 1907, págs. 682 y ss.; 1908, págs. 58 y ss.; 1910, págs. 270 y ss.

Duguit, *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, en la R. D. P., 1907, págs. 411 y ss. Rolland, *Du droit du législateur de compléter ou d'interpréter les dispositions d'un acte de concession de travaux publics* en la R. D. P., 1910, págs. 116 y ss. y también R. D. P., 1909, págs. 520 y ss., 1910, págs. 508 y ss. Teissier, conclusiones ante el Consejo de Estado, 23 enero 1903, *Rec.*, págs. 62 y ss. Blum, conclusiones ante el Consejo de Estado, 11 marzo 1910, *Rec.*, pág. 216 y R. D. P., 1910, págs. 274 y ss. Helbronner, conclusiones ante el Consejo de Estado, 18 julio 1913, *Syndicat national des chemins de fer, Rec.*, pág. 875. Corneille, conclusiones ante el Consejo de Estado, 7 de abril 1916, *Astruc, Rec.*, pág. 164 (R. D. P., pág. 863) y 8 abril 1918, *Société d'éclairage de Poisoy, Rec.*, pág. 124 (R. D. P., 1918), págs. 242 y ss.

La concesión es un *servicio público* propiamente dicho y no una empresa particular importante, fiscalizada por la Administración pública. Esta idea capital se traduce en la fórmula de que «*siendo decisivo el interés general, a él deben subordinarse los intereses privados*».

La proposición es esencial y conviene tenerla siempre en cuenta pues en una época todavía reciente no se había sabido sacar de ella todas sus consecuencias. Se sabía bien que a los servicios concedidos eran aplicables las reglas especiales de las *obras públicas*, de la *expropiación*, etc., pero no brillaba aun claramente la consecuencia jurídica capital según la cual la *organización del servicio es obra exclusiva de la Administración y escapa, por tanto, a la competencia del concesionario*. Son *únicamente* las autoridades públicas las que gozan de atribuciones para organizar y regular el funcionamiento del servicio público concedido. Por tanto, es *susceptible de modificarse en todo instante esta organización según las exigencias sociales o económicas del momento*. Sin duda que, como es natural, antes de modificar las autoridades el servicio concedido deberán consultar con el concesionario, pues toda modificación puede originar gastos que transtornen los cálculos financieros que el concesionario hubiese hecho antes de aceptar la concesión. Pero el parecer del concesionario no puede tener otro valor que el de una *opinión, que no obliga a la Administración*. Las autoridades están *imperiosamente en el deber* de organizar el servicio público en las mejores condiciones posibles para la satisfacción de las exigencias sociales. Gozan también del *poder* de hacerlo, aun contra la voluntad del concesionario. El interés general representado por el servicio público no puede estar subordinado al interés particular del concesionario (1). La noción del servicio público debe prevalecer.

(1) Esta es la tesis admitida por la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado; 11 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways* (Rec., pág. 216 y R. D. P., 1910, pág. 270 y nuestra nota): «La Administración—declara el Consejo de Estado—tiene derecho no solamente a aprobar el horario de los trenes, con el objeto de garantizar la seguridad y comodidad de la circulación, sino a prescribir las modificaciones y adiciones necesarias para asegurar en interés del público la marcha normal del servicio público... De esta suerte, la circunstancia de que el prefecto haya impuesto a la compañía de tranvías un servicio diferente del previsto en el contrato, no autoriza a la Compañía a pedir la anulación de la resolución dictada por aquél, sino simplemente a reclamar una indemnización

§ II

Aplicación del régimen del servicio público a los servicios concedidos.

Esta idea general ha sido objeto de numerosas aplicaciones prácticas. Veamos algunas muy recientes y particularmente importantes :

de daños y perjuicios por las nuevas cargas que se le impongan a consecuencia de las modificaciones introducidas en el servicio». Esta decisión dictada de acuerdo con las conclusiones del comisario del Gobierno Blum, determina un cambio completo en la jurisprudencia, pues las resoluciones de 23 de enero de 1903 (*Chemins de fer économiques du Nord, Rec.*, pág. 62) y de 30 de junio de 1905 (*Compagnie des tramways de Paris, Rec.*, pág. 307) habían declarado que «la administración *sin consentimiento del concesionario* no puede introducir modificaciones en la organización del servicio público, tal como fué regulada en el acto de concesión». En la resolución del 23 de enero el comisario del Gobierno Teissier declaró que «El derecho del ministro a aumentar el número de viajes de los trenes en interés público *no es uno* de estos derechos de policía que pertenecen al Estado por la propia naturaleza de las cosas; derecho imperativo, inalienable en cierta manera, como es, por ejemplo, el derecho de policía que él ejerce en interés de la seguridad pública. El derecho de que aquí se trata es un derecho que el Estado ejerce porque así se lo reconoce una disposición, aunque ésta sea simplemente administrativa; derecho que no deriva de sus poderes esenciales, de su soberanía, sino de su cualidad de mandatario o mejor de *negatorum gestor* de los intereses públicos, y a la que puede renunciar total o parcialmente». En consecuencia, el Consejo de Estado decidió que: «Si el artículo 33 del reglamento... de 6 de agosto de 1881 confiere al prefecto el derecho de determinar a propuesta del concesionario el cuadro del servicio de trenes, *esta disposición debe conciliarse con el art. 14 del pliego de condiciones de la Compañía recurrente*, que determina sean dos en invierno y cuatro en verano el número mínimo de viajes que en cada sentido deben diariamente efectuarse. *El número fijado por este art. 14 constituye, pues, un número contractual, que sólo puede ser modificado por el acuerdo recíproco de las partes.*» Asimismo, la resolución del 30 de junio de 1905 (2.º caso) declara que «Las resoluciones impugnadas por las cuales el prefecto de policía ha señalado nuevos horarios que implican un aumento en el número de viajes... han tenido por objeto procurar la aplicación de las disposiciones contenidas en los pactos de concesión concernientes a estas diversas líneas. *El prefecto no pudo proveer a ella bajo la forma imperativa de prescripción de policía.*»

Unas conciernen al *servicio de ferrocarriles concedidos por el Estado*.

Otras afectan al *servicio de alumbrado concedido por una municipalidad*.

I

Aplicación del régimen del servicio público a la explotación de los ferrocarriles concedidos.

Veamos algunos ejemplos :

1.º *Ley de 3 de diciembre de 1908 relativa a la conexión de los ferrocarriles con los canales de navegación.*—Prescribe esta ley que cuando la Administración juzgue útil realizar la unión entre las líneas férreas y las vías navegables mediante el establecimiento de una *estación fluvial*, es decir, mediante la construcción de un fondeadero contiguo a la estación del ferrocarril, accesible a los barcos que realicen operaciones de trasbordo a la vía férrea podrá por decretos dictados con audiencia del Consejo de Estado, ordenar al concesionario lleve a cabo la instalación de la referida estación fluvial. En este caso se ha planteado la cuestión relativa a averiguar si el concesionario, para quien esta instalación origina cuantiosos gastos, puede oponerse a estas modificaciones invocando el acto de concesión.

En la exposición de motivos del proyecto que llegó a ser la ley de 3 de diciembre de 1908, antes citada, trató el Gobierno magistralmente de esta cuestión: «La doctrina y la jurisprudencia—dijo—están conformes en admitir que al conceder el Estado por noventa y nueve años un monopolio de interés general (ferrocarril) no ha podido enajenar su derecho a intervenir durante cerca de un siglo para imponer a las compañías concesionarias, cuando ellas no lo hagan voluntariamente, todas las mejoras que reclame el interés público y cuya necesidad se reconozca imperiosamente para asegurar el libre desenvolvimiento de los intereses del país. Si el Estado en vez de explotar por sí mismo un ferrocarril creyese preferible concederlo a una empresa, los contratos que con ésta celebrase (en esta hipótesis la concesión y el pliego de condiciones) no impediría a aquél adoptar en el porvenir cuantas medidas estimase necesarias en beneficio del interés social. Sean cuales

*fuere*n las cláusulas de dicho contrato debe resignarse la empresa a pasar por las modificaciones que se le impongan, tanto más cuanto que es el sustituto del Poder público durante un tiempo ordinariamente largo en la realización de un gran servicio público y que dicha sustitución no ha podido ser consentida sino con la condición de que el servicio había de satisfacer constantemente a todas las necesidades reconocidas por la autoridad competente.

El Estado no ha podido en modo alguno delegar en el concesionario la función de apreciar las necesidades del servicio, poder que constituye un atributo inalienable del poder público. Es innegable que en el curso de un siglo varían las necesidades del servicio a tenor del cambio que experimentan las condiciones económicas del país y los incesantes descubrimientos de la ciencia. Por tanto, *a priori* y desde el propio origen de la concesión es evidente que el poder público, que no ha podido delegar la misión de salvaguardar los intereses públicos, está llamado a adoptar para el cumplimiento de la misma las disposiciones que estime oportuno e imponerlas al concesionario, aunque no estuviesen previstas en el contrato. Si por un solo instante se pudiera admitir que por efecto del contrato de concesión pudiese el concesionario resistir a las resoluciones que la Administración adoptase en vista del interés público valdría la pena de condenar irremisiblemente el sistema de concesión, como contrario al interés general. Por tanto, a tenor de estos principios resulta que el Gobierno como depositario del poder público posee en materia de concesiones todos los poderes de intervención que no le hayan sido vedados de antemano por una ley o un reglamento de administración pública. Mas ¿quiere esto decir que los contratos celebrados entre el Estado y los concesionarios de servicios públicos no obligan a aquél? En manera alguna. Siempre que el poder público reconozca que el interés social exige imperiosamente una modificación de las condiciones primitivas de la concesión de un servicio público, si esta modificación lesiona los intereses particulares del concesionario debe motivar una indemnización. En este caso el concesionario podrá recurrir a los Tribunales, no para pedir la anulación de las disposiciones reglamentarias dictadas en virtud de los poderes que el Gobierno posee por ley, sino para pedir que se le conceda una reparación pecuniaria que le compense del daño experimentado. En consecuencia, de todo cuanto precede puede establecerse la siguiente conclusión: *en materia de concesiones el Estado, sin agraviar ningún principio de derecho, ni las reglas de equi-*

dad, es absolutamente dueño de ordenar, salvo la indemnización que proceda, todas cuantas medidas extracontractuales parezca sugerirle el criterio de la utilidad pública.

2.º *Leyes de 21 de julio de 1909 y de 28 de diciembre de 1911, relativas a las pensiones de retiros de ciertos agentes de las compañías de ferrocarriles de interés general* (1). Prescriben estas leyes que ciertos agentes tienen derecho a una pensión, cuyo importe fija la ley. Por tanto, las leyes de 1909 y 1911 ordenan a las grandes compañías concesionarias de ferrocarriles que modifiquen sus reglamentos de retiros en el sentido de que todos sus empleados y obreros gocen de los derechos y ventajas reconocidos en la ley. Las leyes disponen también que los fondos para el servicio de pensiones se formen: 1.º con *descuentos* sobre sueldos y salarios, y 2.º con *cuotas* de la Compañía.

Como vemos, estas disposiciones legales imponen una nueva carga a las compañías concesionarias. ¿Podrán éstas rechazarla invocando el acto de concesión? No obstante las protestas de los concesionarios y de sus defensores (2) el Parlamento no ha estimado decisiva la objeción, y lo curioso del caso es que el Gobierno en estas circunstancias no ha empleado la argumentación invocada en 1908 respecto a la conexión de las vías férreas con las vías navegables. Al contrario, el precedente de la ley de 1908 ha sido invocado en 1910 cuando el Gobierno presentó al Parlamento un proyecto de ley relativo a la solución amistosa de los diversos conflictos que pudieran suscitarse entre las Compañías de ferrocarriles y sus empleados y obreros. Este es el tercer ejemplo que vamos a citar.

3.º A fin de prevenir las huelgas de ferroviarios el proyecto de ley de 22 de diciembre de 1910 organizó un estatuto del personal de ferrocarriles y un procedimiento de conciliación y de arbitraje. ¿Podían las compañías concesionarias oponerse a estos proyectos invocando el «contrato» de concesión? No, respondió el Gobierno en la exposición de motivos: «Las compañías concesionarias... no pueden legalmente oponerse a

(1) Sobre este punto véase el estudio del profesor Rolland, *Les retraites des cheminots et le droit du législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de travaux publics* en la *Revue du droit public*, 1909, pág. 530.

(2) Véase la carta que en 5 marzo de 1909 dirigieron al Presidente de la comisión senatorial que entendió de dicho proyecto de ley las cinco grandes compañías concesionarias (carta unida al dictamen del senador Strauss, 25 mayo 1908, núm. 119).

que el Poder público a propósito del estatuto del personal y de la solución amistosa de los conflictos que a este personal interesen dicte nuevas disposiciones, no previstas en el contrato. Toda concesión constituye, a la vez una *empresa privada* y un *modo de gestión de un servicio público*, y es hoy día un principio admitido por la doctrina y la jurisprudencia que el Poder público al conceder a larga duración un monopolio de interés general no enajena su derecho a intervenir para imponer a los concesionarios las mejoras que exige el buen funcionamiento del servicio público o el mantenimiento del orden social... La única cuestión que se plantea es la de averiguar cómo debe regularse la indemnización que repare los daños y perjuicios originados por las nuevas medidas».

II

Aplicación del régimen del servicio público al servicio de alumbrado concedido por una municipalidad.

Los agentes municipales han recibido de la ley municipal el poder de organizar en el municipio un servicio público de alumbrado : alumbrado de las vías públicas y alumbrado particular a los habitantes. ¿Podrán comprometerse a que durante un período determinado no se altere la organización de este servicio?

Cuando se adopta el procedimiento de la concesión, prácticamente se determinan la organización y el funcionamiento del servicio público de alumbrado en el *acto de concesión*. El problema estriba entonces en averiguar si dicho acto, *en tanto que señala las condiciones del funcionamiento del servicio público*, no puede ser modificado antes de haber expirado el plazo de concesión.

El problema se ha planteado ante los Tribunales en las siguientes circunstancias :

En ciertas localidades el servicio de alumbrado (público y particular) había sido concedido por el municipio a una *compañía de gas*. El concesionario se obligaba a realizar considerables gastos (trabajos de canalización, construcción de fábricas, etc.). También el acto de concesión, a fin de garantizar al concesionario favorables resultados financieros en la explotación, le otorgaba durante cierto número de años—treinta, por ejemplo—

«el *privilegio exclusivo* de colocar en las calles y terrenos dependientes de la vía pública urbana tuberías para la conducción del fluido», obligándose el concesionario durante el mismo plazo, a proporcionar luz a la localidad. En otros términos, el concesionario recibía el *privilegio exclusivo* de suministrar el alumbrado público y de distribuir la luz a los particulares.

Redactado de este modo el acto de concesión ¿se estimará que impide a las autoridades municipales modificar la organización del servicio público de alumbrado?

Presentóse esta dificultad en los últimos años del siglo XIX, en el mismo instante en que se reconoció las ventajas prácticas del alumbrado *eléctrico*. En ciertas localidades en que existía concesión del alumbrado público por gas a determinada compañía, quisieron las autoridades municipales instalar la luz eléctrica. En consecuencia, dichas autoridades trataron con *sociedades de electricidad* y les concedieron por cierto período de tiempo el *privilegio exclusivo* de instalar en las vías públicas municipales hilos, cables y otros útiles destinados a la distribución de la luz eléctrica.

Al propio tiempo, las autoridades municipales señalaron las condiciones mediante las cuales había de funcionar por la electricidad el alumbrado público de la localidad y la distribución de la luz a los particulares (tarifas, canalización, contadores, etcétera).

Si se examina el fondo de las cosas las autoridades municipales al proceder así han organizado al lado del primer servicio público de alumbrado concedido a la compañía del gas, un segundo servicio público de alumbrado concedido a la sociedad eléctrica.

¿Es esto posible? ¿No se opone a ello el primer acto de concesión?

Para resolver satisfactoriamente esta cuestión es necesario invocar la idea del procedimiento del *servicio público*.

Si se menosprecia esta idea y se pretende resolver el problema invocando el *procedimiento del servicio privado* la solución será la siguiente: El convenio es ley de las partes. La compañía del gas ha obtenido contractualmente un privilegio exclusivo de distribución de luz en ciertas condiciones previstas en la concesión. Durante todo el tiempo que dure la concesión la compañía del gas puede exigir que no se alteren las condiciones de explotación estipuladas. Durante este tiempo, no se había previsto la existencia de ninguna nueva clase de alumbrado y la compañía puede pedir que la localidad se atenga exclusivamente al alumbrado por gas y que si sus ha-

bitantes desean utilizar el nuevo invento de la luz eléctrica la fabriquen en su propio domicilio y para su uso particular. Antes de que la concesión expire no puede funcionar un servicio de luz eléctrica sin el consentimiento de la compañía del gas.

Esta solución es manifiestamente inadmisibile, pues coloca al mismo nivel el interés público y el interés particular del concesionario (1).

(1) Sin embargo, esta solución ha sido adoptada por el Consejo de Estado. En la resolución del 26 de diciembre de 1891 (Compañía del gas de Saint-Etienne; *Rec.*, pág. 789, con las conclusiones del comisario del Gobierno Valabrèque), colócase el Consejo de Estado *exclusivamente* en el terreno *contractual*, resolviendo, por tanto, la cuestión según las normas que rigen el *procedimiento del derecho privado*: «Si las municipalidades —decíase en aquella resolución— no pueden constituir en provecho de un tercero el monopolio del alumbrado particular sí les pertenece para asegurar sobre su territorio el servicio de alumbrado público y particular el derecho de prohibir, autorizar o favorecer en dicho territorio todo establecimiento que pueda hacerle competencia al concesionario. De las disposiciones expresadas en los convenios de 1851 y 1857 entre la villa de Saint-Etienne y la Compañía del gas, resulta que esta Compañía ha sido *exclusivamente* encargada de atender el servicio del alumbrado en aquella localidad durante todo el tiempo de la concesión, sin distinción, alguna entre el alumbrado público y el alumbrado particular. Si estos convenios únicamente rigen el alumbrado por gas, que era sólo el que entonces se usaba, el art. 14 del convenio de 1857 confiere a la villa el derecho de imponer a la Compañía, bajo determinadas condiciones, la adopción de todo nuevo alumbrado, que debido a los descubrimientos científicos llegue a ser generalmente admitido en París y Lyon, en sustitución del alumbrado por gas. Al reservarse la ciudad este derecho ha precisado bien el sentido y el alcance del compromiso que ella contraía cerca de la compañía y del derecho exclusivo que entendía concederle. A este respecto la intención común de las partes hase manifestado expresamente en los propios términos de los acuerdos municipales que precedieron y prepararon ambos convenios; de lo que se desprende que al autorizar el municipio de Saint-Etienne a la sociedad Edison para tender en la vía urbana los cables para la distribución de la luz a los particulares y aun obteniendo por ello a beneficio de la localidad una renta proporcionada al número de lámparas instaladas, dicha ciudad ha quebrantado sus obligaciones para con la Compañía del gas. Por lo que dicha Compañía tiene acción para pedir la nulidad de la resolución por la cual el Consejo de prefectura ha desestimado su demanda reclamando indemnización de daños y perjuicios». El Consejo de Estado invitaba a la ciudad de Saint-Etienne a retirar la segunda concesión bajo responsabilidad pecuniaria. Por una resolución de 25 de noviembre de 1898. *Rec.*, pág. 724 (transcurrieron ¡¡7 años!! entre la resolución de principio y la que fijaba la indemnización) el Consejo de

Muy distinta es la solución a que conduce el *procedimiento del servicio público*, solución que a la vez satisface las exigencias del interés público y respeta los intereses legítimos particulares del concesionario.

Partiendo de la idea del servicio público se han solido distinguir varios casos, a saber: 1.º la organización, en el municipio, del servicio público de alumbrado (1); 2.º la designación de un individuo o de una entidad determinada que en concepto de concesionario se encarga de explotar el servicio. El hecho de que estas dos cosas se contengan en el *mismo* documento y de que a este documento se le dé el nombre de *contrato* de concesión no cambia su naturaleza jurídica.

Esta distinción origina las dos proposiciones siguientes:

1.ª Las autoridades municipales tienen el derecho de modificar *en todo instante* el funcionamiento del servicio público de alumbrado. Descubierta el alumbrado por electricidad, dichas autoridades podían asegurar a los habitantes del municipio las ventajas propias de este nuevo género de luz, modificando la organización del servicio público de alumbrado de manera que junto al alumbrado por gas existiese el alumbrado eléctrico. El poder reglamentario realiza esta modificación del servicio público. El acto que organiza un servicio público es una ley *material* que con tal que se observen las formalidades legales puede ser modificada en todo momento (2).

Estado ha condenado a la villa de Saint-Etienne a pagar a la Compañía del gas una indemnización de 600.000 francos en equivalencia a los perjuicios experimentados por dicha Compañía por la concesión otorgada a la Sociedad Edison. Además, el Consejo de Estado reconoció a la Compañía del gas el derecho a reclamar nuevas indemnizaciones, en tanto que la villa de Saint-Etienne no hiciese desaparecer la causa del daño, es decir, la segunda concesión. Consejo de Estado, 14 junio 1912, Compañía de gas, Saint-Etienne, *Rec.*, pág. 663.

(1) La adopción del sistema de concesión como modo de explotación de este servicio público forma también parte de la *organización* del servicio público.

(2) Para no complicar el problema pongamos al margen la cuestión de saber si las autoridades municipales *pueden* modificar *en todo instante* la forma de explotación del servicio público de alumbrado, sustituyendo el sistema de concesión por el de administración directa. *La afirmativa no nos parece dudosa*, y la razón es la misma aducida en el texto. No es esto otra cosa que el ejercicio del poder reglamentario. El ejercicio del poder de organizar y reglamentar un servicio público no puede ser coartado por un compromiso contractual. El acto que decide se explote por el sis-

2.^a *La designación de un individuo o de una sociedad determinada para explotar por concesión el servicio público de alumbrado durante un tiempo determinado no constituye ejercicio del poder reglamentario. Esto es un contrato (1), creador de una situación jurídica individual y no modificable por el ejercicio del poder reglamentario. En convenio que estipula a beneficio de un individuo o sociedad el privilegio exclusivo durante un cierto período de proporcionar el alumbrado público y particular crea en provecho del concesionario una situación jurídica individual intangible. El convenio que designa a otro individuo o sociedad antes de la expiración del período convenido para explotar por concesión una parte del servicio público de alumbrado, desconoce el privilegio exclusivo de distribución de luz concedido contractualmente. Existe falta contractual: la responsabilidad del patrimonio administrativo municipal queda comprometida. La compañía del gas tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato. Las autoridades locales se habían comprometido a que un solo concesionario hiciese funcionar el servicio público de distribución de luz. Este contrato ha sido violado; será entonces necesario reparar el daño causado por la designación de un segundo concesionario, habiéndose convenido expresamente que no hubiese más que uno (privilegio exclusivo).*

Las conclusiones son, pues, las siguientes:

1.^a Las autoridades municipales tienen el poder de modificar en todo momento la organización del servicio público de alumbrado, al efecto de procurar a los habitantes las ventajas

tema de *concesión* un servicio público es una *ley material*, que puede modificarse en todo instante, con tal que se observen las formas legales. En otros términos, y desde el punto de vista práctico, se sobreentiende la cláusula de rescate, y aun en el caso en que se hubiese fijado un plazo antes de cuya expiración no pudiera efectuarse dicho rescate esta cláusula no sería apta a detenerlo, limitándose al beneficio que de ella pudiera obtener el concesionario al derecho a reclamar una indemnización.

(1) El profesor Rolland, R. D. P. 1909, pág. 529, estima que la designación del concesionario no es un contrato; pero reconoce que el concesionario—que él llama un colaborador de la administración—tiene «un derecho a ciertas ventajas». A lo que parece, «el derecho» de que el profesor Rolland habla es precisamente la situación jurídica individual que se expresa en el texto. Luego, a nuestro parecer, siempre que un concierto de voluntades crea una situación jurídica individual existe contrato. La tesis del profesor Rolland nos parece idéntica en el fondo a la que sostenemos.

de la luz eléctrica. Dichas autoridades ni pueden renunciar a este poder, ni pueden restringirlo, a tenor del acto de concesión (1). Esto desde el punto de vista del interés general.

2.ª El convenio que la Administración ha celebrado con el individuo o la entidad encargada de la explotación del servicio público por el que se le reconoce *privilegio exclusivo de suministro de luz*, verbigracia, de alumbrado por gas, no obsta a la instalación del alumbrado eléctrico, pudiendo el concesionario primitivo al amparo de la cláusula de concesión quedarse también con el servicio del nuevo alumbrado.

Pero es necesario tener presentes dos consideraciones:

De una parte, la modificación introducida en el servicio público de alumbrado puede ser muy importante y exceder evidentemente, de lo que se pudo prever. Es necesario, por tanto, reservar al concesionario el derecho no de impedir el funcionamiento del nuevo servicio sino de renunciar a él, máxime si se tiene en cuenta que es perfectamente separable del antiguo servicio.

Además, no es tolerable que bajo pretexto de la cláusula del privilegio exclusivo el concesionario pretenda imponer a las autoridades locales las condiciones financieras que quiera.

Impónese, por consiguiente, una solución que concilie el interés general y el interés particular del concesionario, sin sacrificar ninguno de ellos. En 1900 y 1902 el Consejo de Estado en una serie de resoluciones ha ideado una conciliación satisfactoria.

En 1900 el Consejo de Estado ideó el siguiente mecanismo a que debían ajustarse las autoridades municipales para salvaguardar el interés público sin que quedaran sacrificados los intereses del concesionario.

Cuando en una localidad en que por concesión se explota *con privilegio exclusivo* por una compañía de gas el servicio de luz pretenden las autoridades municipales organizar el servicio de alumbrado eléctrico «deben proponer al concesionario que se encargue de la nueva explotación en las condiciones ofrecidas por quien hubiese hecho en este sentido mejores ofertas al municipio» (2). Si la compañía del gas accede a esta in-

(1) En este sentido Rolland, R. D. P. 1909, pág. 529: «El servicio atendido por un concesionario sigue siendo un servicio público. Los gobernantes, por tanto, continúan gozando del derecho de reglamentarlo y reorganizarlo. Aunque lo hubieran querido no lo hubieran podido jurídicamente hacer sin faltar a su misión». V. pág. 333.

(2) Si no lo hace incurre en falta. Consejo de Estado, 20 diciembre 1912,

vitación, y esto no obstante, el municipio concede el nuevo servicio a la sociedad de electricidad «en este caso existe una infracción de los compromisos contraídos por el municipio respecto de su concesionario (compañía del gas) que le obliga a reparar el daño que de ello resulte» (1).

En la resolución del 10 de enero de 1902 (compañía del gas de *Deville-lés-Roven, Rec.*, p. 5) (2) describese minuciosamente este procedimiento. «Jurídicamente se podrán conciliar estas dos pretensiones contrarias (la del municipio y la de la compañía del gas) reconociendo a la compañía el privilegio de proporcionar toda clase de alumbrado, y al municipio... la facultad de asegurar este servicio por la electricidad *concediéndoselo a un tercero en el caso en que la compañía del gas debidamente instada rehusara encargarse de él en las condiciones ofrecidas por este último*».

La solución aceptada por el Consejo de Estado no se aplica sino en tanto el acto de concesión no contiene cláusula relativa al alumbrado eléctrico. Dicho cuerpo estima que si el acto de concesión contiene una cláusula expresa respecto a este extremo es necesario atenerse a ella, sea cual fuere (3). Esta reserva

Société la Fusion des gaz, Rec., pág. 1234: «La circunstancia de que la Sociedad... no haya formulado reclamaciones a propósito de las autorizaciones concedidas por la ciudad en 1891 a los señores P... para establecer el alumbrado eléctrico no autoriza a la municipalidad a prevalerse, a falta de otras justificaciones de esta sola circunstancia para sostener que la Sociedad... habría rehusado *si hubiese sido invitada por la ciudad para encargarse de la empresa del alumbrado eléctrico y que, por consecuencia, las autorizaciones concedidas a los señores P no le han causado ningún quebranto en sus intereses...*»

(1) Los términos citados están consignados en la res. del Consejo de Estado de 22 junio 1900, *municipio de Maromme, Rec.*, pág. 415. Consejo de Estado, 20 de diciembre de 1912, *Société de la fusión des gaz, Rec.*, página 1.234.

(2) Véase la nota del profesor Hauriou en el *Sirey*, 1902-3-17. Véanse también las notas del mismo profesor en el *Sirey*, 1894-3-1 y 1903-3-65.

(3) Consejo de Estado, 3 mayo 1912, *Compagnie continentale, Rec.*, página 517. El contrato de concesión determina que «en el caso en que se descubra un sistema de alumbrado distinto al del gas, *cuatro años al menos* después de haberse puesto en práctica el nuevo sistema en la villa de París o en otra de las principales de Francia, y de aplicarse en una ciudad de igual importancia que la de Argenton, la Administración podrá invitar al concesionario a aplicar el nuevo invento, y caso de negativa por su parte, podrá la ciudad conceder, sin indemnización, a cualquiera otra persona autorización para establecer en Argenton el nuevo sistema de alumbrado».