

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO UN DERECHO REAL ADMINISTRATIVO SUSCEPTIBLE DE DARSE EN GARANTÍA

LIC. CÉSAR HINES

INTRODUCCIÓN

El Estado, de acuerdo con la doctrina que acompañó a su conceptualización como hoy día la conocemos, tiene una serie muy amplia de actividades provenientes de una de sus funciones: La ejecutiva o administrativa. Tratándose de la administración de la res pública, y de los servicios que por ley está llamado a brindar se han creado mecanismos para tratar de lograr estos objetivos de la forma más eficiente y beneficiosa posible. A través de los años se ha ido desarrollando una conciencia sobre la ineficiencia del Estado-administrador o bien, aun cuando no es tema objeto de nuestro estudio, la ineficiencia del Estado-empresario, que lo han llevado a puntos de quiebra realmente onerosos para los administrados. Existen muchas explicaciones para esta conclusión, que la experiencia ha demostrado ser cierta, pero la más sencilla y más clara es la que se deriva del origen de los bienes susceptibles de administración y las personas llamadas a hacerlo. En primer término, por ser el Estado una abstracción jurídica creada para conformar una sociedad civil ordenada y respetuosa de los derechos, donde cada individuo se desprende de

una porción de su libertad en favor de un tercero, encargado de velar por ese respeto,¹ y en segundo lugar, porque los llamados a ejecutar las acciones por las cuales se manifiesta o materializan las actividades que realiza esta abstracción denominada Estado son los hombres mismos. Los bienes del Estado pertenecen a todos los que lo conforman, pero a ninguno en particular, que hace que sus administradores no pongan todo el celo necesario en su mantenimiento.

Razones de la naturaleza de las que enumeramos *supra*, sirvieron para crear algunas figuras jurídicas tendientes a liberar al Estado de su carácter de administrador de bienes y servicios, aunque no de su condición de propietario de esos bienes, insusceptibles de introducirse como cosas sujetas al comercio de los hombres.

El traslado de competencias, patrimonios, facultades y obligaciones a entes autonómicos, a municipios, y en especial a particulares, fueron los medios por los cuales el Estado pretendió cumplir con sus fines sin perder su condi-

1. ROUSSEAU, Jacobo Juan, *El contrato social*, p. 57.

ción de centro último de imputación por su carácter de titular de los bienes utilizados en la prestación de los servicios.

Una de esas figuras jurídicas creadas para esos efectos, es la llamada **concesión de**

servicio público, la cual analizaremos desde esa óptica, sin entrar al estudio de las llamadas *concesiones sobre el dominio público*, referidas a bienes o derechos reales pertenecientes a la administración pública.

CONCESIONES

Generalidades.

Estamos viviendo la superación y desechos de viejos moldes y viejos sistemas, así como el surgimiento y cristalización de nuevas formas y concepciones políticas. El Estado moderno acompaña al súbdito permanentemente, no sólo a través de las clásicas funciones públicas, sino también en el plano de lo económico. Hoy el Estado no se enfrenta a la realidad social considerándola como un orden preformado, sino que centra precisamente su máximo de actuación en la conformación de este orden. La motivación del hecho obvio de una expansión creciente de la actividad de la administración, no ha de buscarse directamente en una pretendida o real variación de bases sociológicas trasmutadas. Las causas de este proceso se encuentran en realidad en distintos componentes, de los cuales como más importante y causalizador es preciso entresacar la alteración positiva en la cuantía y en la intensidad de las necesidades públicas, ya que sin variar los criterios sociológicos, el proceso de penetración socializante y del intervencionismo estatal puede defenderse de suyo precisamente con máximas hedónicas, la óptima ventaja colectiva que la comunidad puede recibir es a través de la actuación inmediata del Estado.

Concepto.

De acuerdo con la definición que nos brinda Manuel Ossorio, en su diccionario de Cien-

cias Jurídicas, **concesión** es el "acto jurídico de Derecho Público cuyo fin esencial es organizar un servicio de utilidad general; consistiendo su rasgo característico en delegar en un tercero denominado concesionario aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos reputada indispensable para hacer efectiva, dentro de ciertas bases establecidas por el mismo acto o por los principios del Derecho Administrativo, la remuneración de los capitales puestos a contribución en la realización de la empresa pública; creándose deberes y derechos a cargo y en favor del concesionario y quedando determinadas su medida y extensión por el contenido del acto y por las modificaciones impuestas por el poder de policía".²

De Pina, siguiendo a Gascón y Marín la define como "el acto de la administración en virtud del cual se otorga, mediante determinadas condiciones, a un servicio de interés general realizado por un particular, carácter de servicio público como si fuera realizado por la administración".³

De las dos anteriores definiciones, resumimos que la concesión constituye un acto jurídico de Derecho Público cuya bilateralidad y acuerdo de voluntades entre el poder público concedente y el particular concesionario, la convierten en un contrato del Derecho Público y precisamente en un contrato de Derecho Administrativo. Sobre este punto no entraremos a analizar la naturaleza jurídica del contrato,

2. OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas*.

3. DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*.

donde la doctrina que considera a la concesión como contrato administrativo no es unánime.⁴

Para el otorgamiento de la concesión, el poder público concedente redacta un pliego de condiciones que constituye la base del contrato de concesión.⁵

Es doctrina dominante que el Estado como entidad contratante en la concesión de servicios públicos, mantiene indemne la totalidad de sus prerrogativas. Delega parte de su autoridad pero no la enajena y en cualquier momento, sin que se extinga el término de la concesión y aun sin que se halle pactado por cláusula alguna, puede ejercitar su derecho de intervención, puede exigir la mejora del servicio, su ampliación o su modificación, si las necesidades públicas lo imponen, sin más limitación que la de no incurrir en arbitrariedad. En cuanto al concesionario del servicio público, sus obligaciones están claramente pactadas. Debe mantener ininterrumpidamente el servicio a cuya prestación se ha obligado, nada puede relevarlo de tal obligación —en principio—, sobre todo si se recuerda que la continuidad es la base fundamental del servicio público. No puede en forma unilateral, suprimir, suspender, alterar o modificar los servicios que está llamado a prestar. La concesión no fue otorgada en beneficio del concesionario, sino del servicio público, por lo que deberá de mantener ciertas pautas en el cumplimiento de la misma sin posibilidad alguna de modificarlas en su favor.⁶

Fundamento jurídico.

La finalidad del contrato de concesión de servicios públicos, que es siempre el interés general, priva por encima de toda otra circunstancia; y la obligación fundamental contraída por el concesionario es la de asegurar la prestación del servicio público que se ha comprometido a realizar ininterrumpidamente. El con-

trato de concesión en cuanto supone la prestación de un servicio público por delegación de la autoridad, tiene una especificidad propia que hace admisible la intervención del Estado por motivos que trascienden el simple ejercicio de las facultades inherentes al poder de policía.

Lógico es pensar que una vez establecidas las condiciones bajo las cuales el particular-concesionario brindará los servicios que por antonomasia corresponden al Estado, éste a su vez se obligue a otorgarle al cocontratante ciertas prerrogativas en aras que pueda cumplir con el cometido impuesto, para que su obligación no sea ruinosa. Entre estas prerrogativas pueden enumerarse —sin agotarlas— la posibilidad de ejercer cierto dominio o actos de dominio sobre bienes dominicales, la de recibir para su administración esos bienes de utilidad general y/o, la permisión de la explotación de esos bienes del Estado. Aparte de las anteriores, las cuales pueden encuadrarse dentro del concepto de concesión de cosas de dominio público o concesión de bienes públicos, existe una clase de concesión de bienes intangibles, como son los derechos de explotación de servicios públicos. Esta categoría de concesiones se limita a la autorización que hace el Estado bajo condiciones especiales, en favor de particulares para que brinden un servicio. Así por ejemplo la concesión para el transporte remunerado de personas modalidad autobús o taxis.

La cuestión a dilucidar para nuestros efectos, sería: ¿puede considerarse una concesión de servicios públicos como un Derecho Real Administrativo, partiendo del principio condicionante del contrato administrativo? ¿Puede una de las partes disponer unilateralmente de ese derecho en perjuicio del interés público? ¿Cuál es el límite de los derechos otorgados al concesionario como cocontratante del Estado?

4. Al respecto podrá consultarse a DOMÍNGUEZ, Miguel, *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, p. 25 y sigtes., y *Contratos administrativos*, de la Asociación Argentina de Derecho Público.

5. Sobre este punto básicamente está referido nuestro estudio, cual es la posibilidad que una de las partes, el concesionario, pueda hacer uso de ese Derecho en su propio beneficio, y posiblemente en detrimento del servicio que está obligado a prestar.

6. MARIENHOFF, Miguel, *El dominio público*, Tipografía Editora Argentina, 1960.

En respuesta a la primera interrogante, la respuesta afirmativa es la correcta, siguiendo la doctrina mayoritaria en esta materia. No obstante ello, se deben tener presentes ciertas delimitaciones en este concepto para no inducir a error.⁷

Efectivamente, el concesionario, por dicho título tiene la posibilidad de hacer valer ante terceros y aun ante la misma autoridad pública, los derechos que se le otorgaron en esa calidad pero en la misma medida se le impusieron límites al poder de disposición. El contrato entre las partes —concedente y concesionario— impone por esa misma condición, derechos y obligaciones a ambas partes, sin que por ello se desconozca el régimen exorbitante del Derecho Común en dichos convenios, por lo que a partir de ahí se desprende la posibilidad que tiene la autoridad pública de darlo por terminado antes del plazo determinado.

Cabe en este punto realizar una aclaración pertinente. Los bienes dominicales de los que se sirve el concesionario para poder cumplir con sus obligaciones de dar el servicio público en las condiciones pactadas con la entidad pública, no siempre se pueden catalogar como parte del contrato y sobre ellos el beneficiario de la concesión no tiene disposición individualizada. Al concesionario le cabría a lo sumo, la posibilidad de alegar ante el Estado o cualquier otro, la imposibilidad de impedirle su utilización, sin que por ello se puedan considerar parte del grupo de prerrogativas sobre el dominio público otorgadas en la contratación.⁸ Podrá, ratificamos, considerarse la concesión de servicio público como un Derecho Real Administrativo,

pero por las diferencias establecidas *supra* y las que se establecerán, difiere de los derechos reales comunes o del Derecho Privado.

Para la segunda interrogante, la respuesta lógica es la negativa, y ahí nos encontramos con otra diferencia entre el Derecho Real Administrativo y el Derecho Real, que es, la libre disposición de los bienes. El Estado contrató con el particular para llenar una necesidad de los administrados, al menor costo, máxima eficiencia y permanente servicio. En el caso del concesionario, no podrá variar las condiciones bajo las cuales se le otorgó la explotación del servicio, ni siquiera poner en peligro la continuidad del mismo. En el caso del Estado, aun cuando existen cláusulas exorbitantes del Derecho Común, que le permiten a la autoridad pública actuar en forma unilateral, es claro que esta actuación debe obedecer a razones de interés público,⁹ y siempre con el objetivo de mejorarlo o ampliarlo, pero nunca para satisfacción de la administración pública, sino de a quienes está dirigida su actividad.¹⁰

La tercera interrogante nos lleva a concretizar sobre puntos propios del estudio que hoy nos ocupa, pues no es nuestro interés ni está dentro de nuestras posibilidades agotar la totalidad de los límites, por cuanto puntos finales de acción deberán verse y estudiarse en cada caso concreto. El primer límite y fundamento de todos los demás es la ley formal, que regula aunque en una forma generalizada las condiciones esenciales de este tipo de relación jurídica, y deja un margen de discrecionalidad a la entidad pública para establecer, según las necesidades propias del servicio, condiciones específicas de aplicación exclusiva para ellos.

7. González Pérez considera a las concesiones otorgadas por el Estado como verdaderos derechos reales administrativos, en el tanto y en el cuanto pueden ser invocadas aun frente a la autoridad pública concedente mientras no se hayan ejecutado actos revocatorios de la misma y el concesionario se encuentre en el pleno uso y disfrute de la misma. No obstante no entra a analizar las posibilidades de enajenación del derecho de concesión por parte del concesionario en favor de un tercero.

8. Se dice prerrogativas sobre bienes de dominio público, por tener autorizaciones que a terceros no concesionarios le están vedadas. Es el caso v. gr. en las concesiones para el transporte remunerado de personas, modalidad autobús o taxi, por el cual el concesionario puede utilizar ciertas partes del dominio público —las paradas específicas—, pero sin que por ello se considere esa parte del dominio como bienes dados en concesión.

9. ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, p. 181.

10. En el mismo sentido, MATEO, Ramón Martín, *La cláusula de precario en las concesiones de dominio público*, RAP número 56.

Existen condiciones generales para todo contrato de concesión y a ellas se le agregan algunas especiales, propias de la materia a la que están dirigidas. En el caso específico de la concesión de servicios públicos, donde lo que se otorga o concede al particular no es una

cosa —propia de los Derechos Reales—, sino un **Derecho** analizaremos las posibilidades que tiene el concesionario de utilizarla para fines distintos a los otorgados, y sobre todo a la factibilidad que esa disposición sea en provecho personal.¹¹

EL TRASLADO O CESIÓN A TERCEROS

De acuerdo con la doctrina imperante en materia de contratos de concesión, ésta no puede ser trasladada a terceros bajo ningún título, —salvo autorización expresa de ley o por anuencia de la administración concedente—, toda vez que la misma es *intuitu personae*. Así Bielsa nos dice: "El contrato de concesión se celebra siempre *intuitu personae*. Bien que las ofertas en la terminología administrativa son licitaciones se hagan *ad incertam personam*, en la adjudicación y formalización del contrato la personalidad del concesionario entra como

elemento particular, sea por su competencia, su solvencia, etc." ¹²⁻¹³

También cierto sector de la doctrina considera como necesaria, la intervención de los órganos legislativos. Efectivamente, se considera que en virtud que el otorgamiento de la concesión importa transferencia de poderes administrativos hacia el concesionario y suele ir acompañada de privilegios, exenciones impositivas, etc., requiere la intervención de los órganos legislativos.¹⁴

CESIÓN A TERCEROS COMO GARANTÍA

Zanobini considera que la administración es totalmente irresponsable frente a terceros por actos del concesionario, de los cuales responderá directamente éste, sin que se pueda pretender ante la autoridad pública concedente, indemnización de ninguna naturaleza.¹⁵ Compartimos parcialmente esta postura, pues-

ta del autor dicho. Existen ciertos actos del concesionario de los que se deriva responsabilidad para el Estado o entidad concedente, por ser el titular del derecho y centro último de imputación, al haber facilitado al concesionario la comisión de la falta —precisamente por su condición de tal—.

11. En el caso de los ferrocarriles es necesario que el Estado otorgue al concesionario además del Derecho, el dominio de ciertas partes de bienes inmuebles de su pertenencia necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones, tales como terrenos para establecer las vías ferroviarias, algunas franjas de terreno a ambos lados de la vía para instalar estaciones, talleres, bodegas, etc. En este tipo de concesión existe la exclusividad del concesionario de utilizar esos bienes dominicales como si fueran propios, dadas las especiales características del servicio.

12. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1955.

13. En ese mismo sentido, GORDILLO, Agustín, *Contratos administrativos*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

14. GORDILLO, *op. cit.*, p. 137.

15. ZANOBINI, G., *Curso de Diritto Amministrativo*, Milán, 1949.

Estas manifestaciones doctrinarias, avaladas por otras de igual renombre¹⁶ nos llevan a las siguientes interrogantes: ¿Cómo podría un tercero garantizado con una concesión ejecutarla en caso de incumplimiento del negocio por parte del garante en este caso específico concesionario? ¿Cómo podría alegar dicha garantía ante el Estado o entidad concedente? ¿Cómo podrían los tribunales de justicia ponerlo en posesión tal que pueda explotar el derecho dado en garantía?

Para darle respuesta a las interrogantes arriba propuestas, debemos señalar que el Estado o la autoridad pública concedente, permanece como titular del derecho dado en concesión y ello agregado a las prerrogativas exorbitantes del Derecho Común, le permitirían realizar una serie de actos frustrantes del tercero garantizado. Refundiremos las tres respuestas en una sola por constituir un solo cuerpo. En primer término existe una imposibilidad material de ejecución de la concesión dada en garantía pues al ser un bien que pertenece a un tercero —el Estado— no puede la misma llevarse a los tribunales de justicia, por no tener carácter de título ejecutivo dicha garantía y en segundo lugar por la falta de derecho para negociar un derecho ajeno de ambas partes contratantes, concesionario y tercero garantizado; tampoco podría el tercero alegarla frente al concedente por cuanto éste no es obligado a reconocer la obligación contraída por el concesionario, y en tercer término; siendo la jurisdicción de lo contencioso administrativa esencialmente revisora de los actos administrativos¹⁷ cabría aquí una dificultad práctica para que los

tribunales contenciosos administrativos se pronuncien sobre la situación: la falta de acto administrativo. Así las cosas, los tribunales de justicia no podrían obligar a la autoridad pública a aceptar al tercero garantizado, como concesionario, toda vez que la administración debe desplegar previo al otorgamiento de la concesión, una actividad tendiente a garantizarse el mejor cumplimiento de los fines perseguidos con ella, (estudios de factibilidad, capacidad económica del empresario, informes técnicos, etc.).¹⁸ Goza asimismo de cierta discrecionalidad para disponer en esta materia, tal como la elección y adjudicación al mejor oferente a los fines públicos perseguidos, todo lo cual se vería burlado si el concesionario pudiera ceder, traspasar o simplemente dar en garantía su derecho.¹⁹

Marienhoff hace una diferenciación en esta materia, al establecer la posibilidad que tiene el concesionario de transferirla sin la conformidad del concedente, salvo prohibición expresa, pero en el caso de las concesiones de uso del dominio público; mientras que en las concesiones de servicio público o de obra pública es imposible su transferibilidad sin la anuencia del concedente.²⁰

En nuestro país en materia de transporte remunerado de personas existe prohibición expresa de su traspaso o cesión a terceros sin la conformidad del concedente, así como la imposibilidad de darla en garantía, dadas sus características de inembargables e intransferibles establecidas en la relación de los artículos 6, 10, 11, 12, 13, 14 y 18 de la Ley N° 3503 del 10 de mayo de 1965 y sus reformas.

16. Así, DÍEZ, Manuel M.; PRATT, Julio A.; PERDOMO, Jaime Vidal; REDIVATTI, Gustavo; HUTCHINSON, Tomás, entre otros.

17. MARTÍN-RETORDILLO, Sebastián, *Notas sobre lo contencioso administrativo*.

18. ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo, *Silencio de la administración y plazos de caducidad*, citando a GARRIDO FALLA, establece la imposibilidad de los tribunales de obligar a la administración de adjudicar o conceder a determinada persona.

19. Confr. dictamen de la Procuraduría General de la República, N° 100-83 del 5 de abril de 1983.

20. MARIENHOFF, op. cit., p. 351.

CONCLUSIONES

La concesión de servicios públicos no obstante considerarse en su sentido técnico como un Derecho Real Administrativo, se le deben reconocer algunas limitaciones de carácter jurídico y práctico que contienen. Consideramos que no pueden ser dadas a terceros como garantía de obligaciones, salvo que la administración esté anuente al cambio de titular del derecho en el caso de incumplimiento de parte del concesionario con respecto al garante. Pero para estos efectos se requeriría que la administración en forma expresa se pronunciara en el sentido que permitiría al tercero ejercer los derechos del concesionario en el eventual caso de incumplirse la garantía. Y aun cuando la administración concedente permita el cambio de concesionario, el Ordenamiento Jurídico obliga a las entidades públicas a seguir lineamientos

establecidos para otorgar en concesión a determinada persona, —física o jurídica—, por lo que una violación a esta normativa podría acarrear la nulidad del acto de aceptación del cambio de concesionario en perjuicio quizá de otros de mejor derecho a los que no se les adjudicó en su momento. Piénsese por ejemplo que el tercero garantizado no cumple con los requisitos materiales necesarios para explotar el servicio que está obligado a dar el concesionario, que obtuvo ese derecho sobre otros que estarían en mejores condiciones que ese tercero. Todas estas variables deberán de ser analizadas de previo a dar por bueno un cambio de concesionario, desde una perspectiva subjetiva, con la posibilidad de incurrir en una violación del orden jurídico positivo.
