

CONCESIONES DE SERVICIOS PUBLICOS. SU IMPORTANCIA ACTUAL

Por JUAN EDUARDO ADROGUÉ

Con la palabra concesión se expresa en el léxico vulgar toda la vasta gama de actos que la Administración realiza, ya para condicionar el aspecto dinámico de ciertos derechos subjetivos, ya para ceder a los particulares el uso de procedimientos o medios tendientes a la promoción del desarrollo de actividades de naturaleza especial, y aun para para manifestar vinculaciones sinalagmáticas trabadas entre la Administración y los ciudadanos.

Así cuando hablamos de concesión de servicios públicos, la primera de estas palabras se toma en la acepción genérica resultante de los significados antes expuestos, pero al calificar la concesión como contrato que afecta a los servicios públicos, debemos restringir su significado y dar a la frase su particularidad fundamental al referirnos, más que al modo jurídico y al encuadramiento del acto administrativo de que se parte, a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien se obliga a realizar o gestionar el servicio público concedido. Aun cuando con frecuencia la concesión de servicios públicos va precedida en el orden de los hechos de la construcción de la obra, jurídicamente pueden y deben separarse. Las dificultades que surgen en torno a esto, hijas de un insuficiente estudio y penetración, obedecen, fundamentalmente, al desconocimiento de la circunstancia de que se está en presencia de dos contratos administrativos distintos: Concesión de obra y concesión de servicios públicos. Si bien entre ambos contratos (1) hay singulares servicios públicos. Si bien entre ambos contratos (2) hay singulares tanto en el objeto como en la naturaleza jurídica de ellos. La concesión de obra termina con la construcción de ésta. Si una vez terminada la obra pública concedida (no meramente construida como una locatio conducto operis es decir como contrato de ejecución de obra) se instala un servicio público sobre esta obra, surge una institución distinta de la

¹ Rafael Biels. *Derecho Administrativo. Legislación Administrativa Argentina*, Nueva Edición, Tomo I, pág. 559.

primera. A Mensaje⁽²⁾, que no admite tal diferencia, se le observa que en la concesión de servicio el objeto es el servicio y en la de obra es la obra. Su error procede de que supone que en la concesión de servicio público el concesionario debe ejecutar previamente la obra. Pero evidentemente esto no es así pues el Estado (en sentido lato) puede conceder un servicio público sin que el concesionario deba construir previamente la obra, lo que sucede cuando el Estado concede un servicio ya organizado.

El Estado moderno, administrador, legislador y juez de la vida social e individual ya no abandona la actuación económica a la "privata vis". Como bien ha dicho Ernest Wolgast⁽³⁾ para la vida interna del Estado, quizás uno de los cambios históricos más trascendentales lo haya impuesto el peso que los últimos tiempos han supuesto hacia el Estado social administrador que extrae a la sociedad la carga de responder del mínimo de existencia del súbdito.

Paralelamente en este desarrollo, a la concepción liberal del Estado como creador y garantía de orden, se perfila la concepción del Estado como productor de bienes económicos corolario necesario de una crisis enervante de la idea del estado liberal. Secuela de ello es el avance expansionista de la Administración que conquista cada vez, mayor relevancia.

El Estado moderno se enfrenta con más y más fines que cumplir, por ello sería más exacto hablar de fines que de fin del Estado. De ahí la fórmula de Aristóteles: "el Estado si bien nace a la vida misma existe para promover una vida buena".

Afirmada la categoría de función pública ante la incesante masa de apétitos sociales, el Estado tiene una doble opción: o bien prestar tal función directamente o bien dejar en manos de los particulares: esta prestación reservándose él el poder concesional, el control continuativo de la actuación y la vigilancia y superintendencia propias del inenajenable Poder de Policía que le asiste. El sistema de la concesión se traduce en la entrega al administrado (persona física o jurídica) de una esfera funcional de competencia atribuida a la administración pública o más exactamente, la investidura de una función pública. Es a través de la concesión como preferentemente el Estado actúa hoy su misión de conformar la realidad social circundante, paliando así el "horror abissi" que una socialización a ultranza comporta. Verdad es que, a medida que se desplazan los límites del Estado, parecen proporcionalmente menos aptos los viejos instrumentos destinados a servirlo. Los nuevos fines hipertrofiados exigen una total adecuación de

² *Nomenclatura Jurídica de economías de servicio público*, pág. 19 y ss.

³ Wolgast, Ernest: *Rechtliche der Staatslehre*, Nürnberg, 1930.

procedimientos para afrontar exitosamente las nuevas necesidades. A fortiori, su correcta estimación se torna ardua. La historia del derecho, que no es sino un caso particular de la historia del pensamiento como ha dicho Pequegnot, nos enseña que el derrotero necesario de la institución que sobrevive es una constante evolución en su pugna por su afianzamiento.

Al producirse el advenimiento del Estado moderno, el sistema concesional, término medio entre la gestión directa y la pura e irrestricta prestación privada, experimentó un fuerte auge. El Estado gendarme repudió la "raison d'Etat" en cuanto constituía, a su entender, un artículo incompatible con el Estado de derecho que preconizaba. En su lugar construyó algo que no era sino el producto trasvasado del mismo, la "raison de service", para justificar el contralor discrecional de la administración sobre los concesionarios. Vemos así que no fue en verdad una creación original, espontánea sino la moderna versión de su precursora en un nuevo orden. Fue menester adaptarse a las diferentes condiciones y necesidades del tiempo. Este proceso es claro e inequívoco. Sin solución de continuidad, con intensidad creciente, cada vez con mayor ímpetu, discurre hasta el siglo XVIII, para continuar posteriormente, con apariencia distinta pero esencialmente idéntico, a lo largo del siglo pasado y llegar hasta el presente, en que se materializa la frase de Portalis "Tout devient droit public". Asistimos al advenimiento de un fenómeno, si no original en su esencia, sí en lo que concierne a la particular intensidad con que se deja sentir: la aparición en el horizonte del derecho de un nuevo astro, la concesión de servicio público en torno a la cual ha girado el derecho administrativo público en torno a la cual ha girado el derecho administrativo clásico. Sobre ella, a la cual define magistralmente el Dr. Rafael Bielsa como "un acto administrativo —contrato de derecho público— por el cual se atribuye a una persona (física o jurídica) con el fin de que ella gestione o realice el servicio público concedido, un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración pública" (*), se edifica el andamiaje político del solidarismo de Duguit. Es indudable que la vivificación de la idea de servicio público no se malogró pese a que el Estado delegó al súbdito la prestación de aquellos servicios que en menos tenía. La progrestra de la primera gran conflagración mundial engendró una masificación de necesidades, antes exclusivas de poderosas e ilustradas minorías. Ese notable incremento —La Vermassug de Rupke— de las necesidades se ha producido por motivos diversos. Ese representado, al cual el hombre mata le encomienda la solución de cualquier dificultad, conflicto o problema, como dice Ortega y Gasset, es el encargado de satisfacer esa aspiración colectiva. A la idealización del Estado indiferente, sucedió la del Estado responsable hasta de la seguridad económica del súb-

* Derecho Administrativo-Legislación Administrativa Argentina. Cuarta Edición. Bs. As. 1947, pág. 363.

dito. El Estado moderno, paternalista se ha visto compelido, como afirma Bloch, apartándose de las cuestiones doctrinarias y cualquiera sea el régimen político imperante, a ampliar y extender siempre, a la acción del servicio público y de la concesión administrativa. (Véase así la socialización de la medicina en Gran Bretaña, mantenida por los gobiernos conservadores).

De una manera general, nos dice el Profesor Bielsa, el concepto de servicio público puede darse en los términos siguientes: Toda actividad pública o privada regulada por la ley (ley, decreto, ordenanza, siempre que el órgano que la regula sea competente) con el objeto de satisfacer necesidades colectivas. Pero el mismo tratadista rechaza esta noción de servicio público por considerarla insuficiente, pues es comprensiva de servicios de interés público y no precisamente servicios públicos. A fin de salvar los inconvenientes expuestos, nos da la siguiente definición que a nuestro entender se ajusta con exactitud a la naturaleza jurídica de esta institución: "Servicio público es toda acción o prestación realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía".

La jerarquía de este concepto se percibe al concebir al servicio público como la piedra angular del derecho administrativo clásico. En su acepción originaria el concepto de servicio público abarca la prestación de bienes inmateriales excluyendo por lo tanto la satisfacción de necesidades de bienes materiales. Atribuímos validez actual a esta noción. Pensamos que no puede comprender por sí las actividades nuevas o viejas de la administración destinadas a la producción de bienes económicos materiales. Desechámos por tanto la orientación que pretende darle Trevoix al incluir la actividad industrial en el servicio público desnaturalizando a nuestro juicio su significación pues vemos en ello coloridos espejismos de ideologías totalitarias.

El mismo Deguit concreta una amplia noción, considerando como servicio público: "Toda actividad cuya realización deba asegurar, regular y controlar los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la independencia social, y porque es de tal naturaleza que no puede realizar completamente, sino con la intervención de la fuerza gubernativa".

Pese al aporte doctrinario a esta concepción amplia del servicio público, sus mismos sostenedores llegan a admitir la inadecuación del concepto técnico de servicio público a la actividad industrial de la Administración.

En oposición a la idea de servicio público, la concesión de servicio público exige un replanteo de su problemática en sentido extensivo. Es naturalmente lógico que al ampliarse el ámbito de las funciones del Estado, se amplíe correlativamente la idea concesional. La concesión de

servicios se tipifica por la gestión colaboradora del particular en contacto con una esfera de actuación originariamente administrativa. Tenemos entonces como elementos integradores del concepto: tasas que verifican la ecuación financiera indispensable en esta participación; las condiciones de la concesión ligadas en caso de incumplimiento culpable a la caducidad de la concesión.

A la evolución bosquejada relativa a la creación de un Estado más poderoso, se contraponen el correlativo empobrecimiento del campo asignado a la autonomía de la voluntad. Indudablemente el entronizamiento de esta pertenece al pasado, pues hoy día resulta utópico el elogio del derecho individual absoluto, el estar culto a su soberanía, si lo desvinculamos de la función social. Y no obstante que esta función social que a la propiedad otorga, ha trocado en alguna medida el edificio jurídico, la idea concesional se ha mantenido incólume. La circunstancia de que en la actualidad se imponga al concesionario un número mayor de obligaciones, vinculadas casi necesariamente a la seguridad tan exaltada por el Estado contemporáneo, no sólo no traba ni desvirtúa el desarrollo, sino que, por el contrario, asegura su perpetuación en el tiempo. Así, en el pliego de condiciones se suele insertar cierto tipo de cláusulas vinculadas a las condiciones de su prestación. A propósito de esto, tenemos ejemplos gratis:

1. Servicios gratuitos que deberán prestarse;
2. Régimen de Tarifas;
3. Monto, lugar y plazo para depositar las fianzas provisionales o definitivas que se establezcan;
4. Designación de la frecuencia y condiciones de prestación;
5. Régimen de propiedad de los bienes, su rescate;
6. Obligaciones y derechos de concedentes y concesionarios consignando las facultades del concedente a vigilar e intervenir. (Aunque esto así como la imposición de multas no exige convención puesto que son atribuciones que nacen del poder de policía y son por lo tanto irrenunciables, no vemos inconvenientes y si ventajas en su prelijación);
7. Los casos de caducidad y las consecuencias que provoca (ampliando las que se enumeran en las leyes);
8. Plazos en que deberá comenzar la prestación efectiva del servicio.

En cuanto a la naturaleza jurídica del pliego de condiciones, ha sido materia de agudas discrepancias que obedecen en su raíz a los distintos puntos de vista sobre la naturaleza de la concesión. Para nosotros, que hacemos nuestra la opinión del Dr. Bielsa, compartida por la doctrina y jurisprudencia dominantes en la actualidad, es un contrato de derecho público. Así tenemos que el prestigioso Consejo de Estado Francés, en su decisión del 23 de junio de 1903 afirmó taxativamente el carácter contractual de las cláusulas de la concesión. (Société Chemins de Fer Economiques du Nord). La jurisprudencia española, de idéntico modo, ha afirmado el carácter contractual del contenido de la concesión (haciendo abstracción claro está de su aspecto legal o reglamentario) y en este sentido ha dicho: "En todo concurso para la adjudicación de un servicio público las bases o condiciones bajo las que éste se anuncia constituyen la ley que ha de seguir aquélla como contrato, por lo que, concedidas estas bases o condiciones por los concursantes sin formular contra las mismas los recursos legales procedentes, caso de entender que dichas bases no se ajustan a las disposiciones legales y reglamentarias aplicadas al servicio que ha de adjudicarse, hay que entender que consistieron y quedaron sometidas a las mismas (sent. del 4 de julio 1928).

El interés práctico de la cuestión es, como dice Jazé, considerable, ya que todo lo que sea contractual no puede ser invocado sino por las partes contratantes, recíprocamente, y la jurisdicción competente para conocer de ello debe ser el juez del contrato, sin que el público, en el mero carácter de tercero en el pacto administrativo, sin ser parte contractual, pueda prevalerse de estas cláusulas. Todo recurso contencioso formulado por un tercero contra estas cláusulas, o relativa a la ejecución de las mismas, debe ser declarado viciado de la excepción de falta de personería. Es ser *ius in alios* para los administrados. Por el contrario, todas aquellas cláusulas del pliego de condiciones que tengan naturaleza reglamentaria, que, como observa el Profesor Rafael Bielsa, es la más importante y domina la operación, puede ser invocada por toda persona interesada, el público, y la jurisdicción no recae en el juez del contrato, sino como dice el Dr. Villar Palasi, en el juez del exceso del poder.

En opinión del Dr. Bielsa, el sistema de la concesión representa una excepción al principio según el cual los servicios públicos esenciales deben ser realizados por el Estado sobre todo cuando se trate de un servicio que por su generalidad, homogeneidad y precio es de interés social directo. Al acudir al concesionario por medio del contrato, surge entre ambas partes una relación de naturaleza financiera destinada a asegurar la remuneración del gestor del servicio, sobre bases que coadyuvan al establecimiento de un ponderado equilibrio en el funcionamiento del mecanismo compensador.

El somero análisis realizado del conjunto de las diversas relaciones expuestas, que vinculan al concedente, concesionario, y administrados,

descubre, sin duda un cierto grado de complejidad, motivada fundamentalmente, por la variada naturaleza jurídica de las conexiones trabadas. Al respecto, nos dice Mayer: "Existe todavía la falsa idea de que todos los derechos de las personas privadas respecto del estado deben necesariamente pertenecer al derecho privado o civil. Todos esos esfuerzos, todos esos rodeos no sirven sino para embrollar las cosas". Posteriormente atribuye ese hecho a la carencia de una noción suficientemente clara y precisa del acto administrativo.

La concesión de servicio público crea para el concesionario un derecho de naturaleza patrimonial, conceptualizado como la atribución de prestar el servicio en las condiciones estipuladas, de conformidad a la ecuación económico financiera, que permite obtener un resultado económico (beneficio) o no (quebranto).

Esta facultad engendrada en el concesionario queda comprendida en el instituto genérico de la propiedad. Desde luego este derecho de prestar el servicio por parte del concesionario, no implica que lo sea en propiedad, pues la potestad administrativa es insusceptible de ser enajenada y menos aun puede ser dada en propiedad a nadie. El derecho que de una concesión de servicio público surge para el concesionario, evidentemente no constituye una propiedad equiparable a la del derecho privado pues se trata de una propiedad condicionada a las circunstancias y motivos que la determinaron legalmente. Más, haciendo abstracción de eso, tal derecho es una propiedad en el concepto constitucional del término y goza, por tanto de las garantías constitucionales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un fallo sobre concesión de servicios públicos, declaró en forma expresa y concreta que el derecho nacido en el concesionario en virtud de la delegación, constituye una propiedad para el mismo amparada por las garantías consagradas, en la Constitución Nacional. Es más, rechazó la opinión del ministerio fiscal, que le negaba a ese derecho categoría de verdadera propiedad. Dado el interés notorio y manifiesto de la sentencia, consideramos útil su parcial transcripción "Que no es aceptable además, la doctrina sustentada por el ministerio fiscal en primera instancia, según "la cual el derecho que nace de una concesión de servicios públicos, "por no constituir una verdadera propiedad dadas sus características "especiales carece de la garantía constitucional que protege la propiedad y puede en cualquier momento ser reglamentado y restringido "libremente.

"Que es verdad que el concesionario de una línea férrea no es un "propietario en sentido técnico de la palabra. Su derecho se diferencia "sustancialmente del dominio privado por su naturaleza y las limitaciones que reconoce en favor del interés del estado. Pero ese derecho "en cuanto escapa a tales limitaciones, es tan efectivo y respetable como "los bienes que salvaguarda la garantía constitucional en toda la latitud

"reconocida a la cláusula 17 de la Constitución de la Nación por la
"jurisprudencia de esta corte. Esta ha dicho: "El término 'propiedad'
"cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras
"disposiciones de este estatuto, comprende todos los intereses aprecia-
"bles que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida
"y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como
"tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado,
"sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos, privados
"o públicos) a condición de que su titular disponga de una acción contra
"cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mis-
"mo, integra el concepto constitucional de propiedad. Los derechos
"emergentes de una concesión de uso sobre un bien de dominio público
"(derecho a una sepultura) o de las que se reconocen como causa una
"delegación de la autoridad del Estado en favor de los particulares (em-
"presas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de
"canales, puertos, etc.) se encuentran tan protegidos por las garantías
"consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estar-
"lo el titular de un derecho real de dominio. El art. 67 inc. 16 de la
"Constitución, faculta al Congreso a emplear como medio adecuado de
"obtener lo conducente a la prosperidad del país, las concesiones tem-
"porarias de privilegios y habría visible inconsecuencia entre esta au-
"torización que compromete la fe pública de la Nación en afirmar que
"los derechos nacidos de aquéllas no benefician de las garantías y segu-
"ridades que otra parte del mismo estatuto asegura a la propiedad"
(Suprema Corte, Fallos, Tomo 176, páginas 381-2, in re Empresa de
los Ferrocarriles de Entre Ríos, contra la Nación sobre cobro de pesos).

En fin, si bien el otorgamiento de facultades al concesionario para la prestación de un servicio público, implica, como bien lo apunta el Dr. Bielsa, una especie o suerte de confesión de incapacidad administrativa del Estado, evidencia por otra parte, y justo es admitirlo, una económicamente acertada de la Administración, el valorar en su correcta medida, sus naturales limitaciones en su aptitud para la prestación eficiente del servicio.

La admisión de las desventajas que ofrece el régimen de la concesión no nos hacen olvidar sus notables beneficios, entre los cuales se destaca el poder jurídico acordado a la Administración de exigir al concesionario eficacia, orden y economía en la prestación del servicio público, sin ser, ella misma, eficaz. En suma, puede exigir del concesionario la prestación del servicio en forma muy superior a la que lo haría ella misma. A la Administración pública le cabe el deber de velar por la regular y correcta prestación del servicio público por el concesionario y le corresponde hacerlo mediante los diversos procedimientos con que el Estado vela por el cumplimiento de sus leyes. (Multas, cláusulas penales, revocación por decisión administrativa, etc.).

Como dice el Dr. Bielsa ^(*) como se trata de que los servicios no se interrumpen, es de regla la cláusula por la cual la Administración se reserva el derecho de rescindir el contrato de concesión, declararía caduca por prestación irregular del servicio, ya para ejecutarlo directamente o por otro.

Sin embargo, entiéndase bien, continúa diciendo el autor citado, aunque el concedente perciba parte de la ganancia, es decir del beneficio líquido de la explotación, no por eso se convierte en parte coadyuvante del concesionario en sus litigios.

Lamentablemente se advierte una tendencia a tener en cuenta más que el interés general (técnica, eficacia, economía de la prestación), un interés de orden fiscal u otro de naturaleza subalterna.

Eso contribuye a desjerarquizar un sistema indirecto de prestación de servicios públicos, que en su esencia, insistimos, no es reprochable. Es cierto que padece de males endémicos (prevalencia del interés particular sobre el general, concurrencia de intereses contrapuestos, etc.), pero esta circunstancia no nos priva de aceptar la muy probable posibilidad de que el sistema convenientemente depurado, pueda y deba resultar altamente ventajoso para los intereses colectivos.

Aunque no creemos haber aportado una nueva razón, económica o jurídica fuera de las existentes, que fortalezca nuestra adhesión al régimen de la concesión, pensamos que incidentalmente, al poner en descubierto aspectos de este contrato, esperamos haber contribuido si bien muy modestamente, al cultivo del único método apto para el progresivo e ininterrumpido perfeccionamiento de las instituciones jurídicas: el estudio, la meditación y el análisis.

^{*} Principios de Régimen Municipal. 5ª Edición Abelardo Pross, Buenos Aires, 1932.