

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

CARLOS M. GRECCO

Auditor de la Fuerza Aérea Argentina; Miembro Adscripto del Centro de Derecho Aeronáutico y Espacial y del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Salvador.

A) Consideraciones preliminares.

La concesión de servicios públicos es materia de notoria importancia dentro de la problemática genérica del Derecho Administrativo. Esta importancia reconoce varias y diversas causas. En primer lugar, porque la concesión de servicios públicos se traduce concretamente en una de las formas en que se satisfacen necesidades de interés general y consecuentemente con ello, implica una serie de connotaciones pragmáticas que deben considerarse a la luz de principios jurídicos generales pero susceptibles de aplicarse con modalidades propias a casos particulares. Analizar la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos significa realizar una tarea de investigación. Pero en esta hipótesis a diferencia de otros aspectos del derecho, no se agota en el mero esclarecimiento teórico, ya que de las premisas básicas que doctrinalmente se fijan dependerá en buena medida el régimen legal al cual estará sometida.

El análisis que en este trabajo se intenta no pretende ser, por otra parte, definitivo. Mucho se ha escrito sobre el tema y mucho se seguirá escribiendo. Simplemente queremos exponer algunas conclusiones sentadas por la doctrina y su recepción jurisprudencial.

Debe señalarse, asimismo, que el concepto de servicio público—quizás el más discutido en la hora actual entre los juristas consagrados al estudio del derecho administrativo—traslada las controversias a las instituciones conexas. De esta regla no escapa la concesión de servicios públicos máxime teniendo en cuenta su reciente elaboración doctrinal. A tal respecto, hace notar acertada-

mente Bullrich en su meduloso trabajo sobre el tema ¹⁾ que “la concesión de servicios públicos es una institución moderna en la forma en que se la considera en la actualidad ya que no corresponde asignar ese carácter a las órdenes, autorizaciones o poderes que se otorgaban en otra época para el ejercicio de actos que correspondían inicial o potencialmente a la administración o mejor dicho al gobierno en tiempo en los cuales no se había perfilado esta distinción”. Caracterizada a fines del siglo pasado —sobre todo por el grado de importancia alcanzado por la concesión de ferrocarriles— va adquiriendo paulatinamente rasgos propios que imponen su examen como figura autónoma del ámbito jurídico.

B) Teorías explicativas de la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos.

Las teorías que han pretendido explicar la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos pueden dividirse fundamentalmente en tres grupos: la que sostiene que la concesión es un acto unilateral del Estado; la que la ubica dentro de los contratos de derecho privado y por último la que ve en ella un contrato de derecho público o más precisamente de derecho administrativo. Por las peculiaridades que reviste merece especial consideración, a nuestro juicio, la teoría de Duguit.

I) La concesión de servicios públicos como acto administrativo.

Esta teoría ha sido expuesta principalmente por el jurista alemán Otto Mayer que con tantos aportes brillantes contribuyera al desarrollo del Derecho Administrativo. Partiendo de la inexistencia de los contratos administrativos expresa: “La concesión es un acto administrativo por el cual se ha dado poder a un individuo sobre una porción de la Administración Pública”, aclarando que “la concesión es una institución general de derecho público que encuentra aplicación en varios sentidos; la noción fundamental, común a todas estas aplicaciones es la de un acto administrativo que tiene cierto contenido. Este contenido se concreta en una dación al concesionario de un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración Pública. El derecho que la concesión constituye es un derecho subjetivo público” ⁽²⁾. Es fácilmente observable que

(1) Rodolfo Bullrich, *La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos y la jurisdicción competente para interpretar sus cláusulas*, 1936, pág. 37.

(2) Bullrich, *op. cit.*, pág. 38.

para Mayer la concesión de servicios públicos es una manifestación unilateral del Estado mediante la cual se atribuye a una persona —física o jurídica— la prestación de determinadas actividades para lo cual se la dota de ciertas facultades originariamente pertenecientes al propio Estado. Esta concepción lo lleva por consiguiente a negarle el carácter de contrato: "El contrato, en sentido propio, es inaplicable en el derecho administrativo; los que se llaman contratos son en realidad, actos administrativos, los cuales pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado" (3).

II) La concesión de servicios públicos como contrato de derecho privado.

Hemos expresado ya al comienzo del presente trabajo que la concesión de servicios públicos es una noción de reciente data, producto del desarrollo conceptual del derecho administrativo. Es por ello que entre los primeros intentos realizados para explicar la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos se pensara en recurrir a las normas de derecho común. De esta forma la concesión se consideraba como un contrato; pero este contrato tenía su vigencia únicamente dentro de la órbita privatística. En la actualidad, ya sentados los principios básicos y estructurada metodológicamente la ciencia del Derecho Administrativo, resulta inconcebible sostener tal criterio. Comentando el caso dice Spota: "Nada hay más extraño para reglar la concesión que las normas de derecho común, pues si bien es cierto que este derecho según el argumento del artículo 1502 del Código Civil debe tener aplicación supletoria, la recepción del derecho civil por el derecho administrativo no debe verificarse sino en determinadas materias y con ciertas precauciones que son exigidas por lo específico que se da en las relaciones que vinculan a la Administración con los administrados" (4).

En el contrato de derecho privado —por otra parte— los intervinientes se encuentran, por lo menos teóricamente, en un plano igualitario en lo relativo al proceso de fusión de sus voluntades y a la relevancia de las mismas durante el transcurso de la relación contractual. Si bien es cierto que las circunstancias socio-económicas de la actualidad deterioran parcialmente esa igualdad, es inne-

(3) Miguel Angel Berçaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Bs. Aires, 1952, pág. 126, citando a Mayer.

(4) Alberto G. Spota, *Contratos en el Derecho Civil*, t. I, pág. 106.

gable que la génesis contractual se afirma únicamente en el acuerdo de ambos contratantes y en el mantenimiento de las condiciones pactadas que sólo pueden modificarse por un nuevo concierto entre las partes. No ocurre lo mismo en la concesión de servicios públicos ya que en la misma nos encontramos con que uno de los contratantes, la Administración Pública o poder concedente, impone condiciones predeterminadas y se reserva para sí un cúmulo de facultades y atribuciones tendientes sobre todo, a garantizar la regularidad y la continuidad del servicio.

La concesión de servicios públicos en la teoría de Duguit.

Es evidente, sin lugar a dudas, la influencia que en el mundo jurídico contemporáneo, ha tenido el pensamiento del ilustre profesor de la Universidad de Burdeos, León Duguit. Ante de explicar la concepción de este jurista sobre la concesión de servicios públicos, daremos una idea de cómo se clasifican para Duguit los actos jurídicos de acuerdo con su naturaleza y efectos. Comienza Duguit formando tres grandes grupos: a) los actos regla, creadores del derecho objetivo y de una situación particular a una persona; b) los actos condición que actúan como presupuesto para la aplicación de una norma a una persona; y c) los actos subjetivos, creadores de una obligación especial concreta e individual a cargo de una persona, no resultando directamente del derecho objetivo sino de una confluencia de voluntades relevantes dentro del ámbito jurídico ⁽⁵⁾.

Con relación a la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos expresa Duguit, que incontestablemente la concesión de servicios públicos tiene el carácter de una convención; pero esta es una convención de carácter complejo: es una convención-contrato y es una convención-ley o en otros términos; comprende dos categorías de cláusulas muy diferentes: Por un lado las cláusulas contractuales y por otro las cláusulas reglamentarias. "Las cláusulas contractuales establecen determinados requisitos que imponen a las partes el cumplimiento de ciertas y determinadas prestaciones. Por el contrario, todas las cláusulas que fijan el modo y cumplimiento de las condiciones de explotación del servicio público concedido forman verdaderamente la ley del servicio" ⁽⁶⁾. Sigue luego Duguit analizando la estructura de la

(5) Juan D. Pozzo, *Derecho del Trabajo*, Bs. Aires, 1951, t. IV, páginas 326-27.

(6) L. Duguit, *Traité du Droit Constitutionnel*, París, 1921, t. I, pág. 313, cit. por Bullrich, *op. cit.*, pág. 42.

concesión y agrega que si bien es cierto, que debido principalmente a las facultades de la Administración Pública en lo relativo a la modificación unilateral de ciertas cláusulas, se estaría ante una situación objetiva y legal, no lo es menos que el análisis jurídico global distingue muy netamente las cláusulas contractuales y las reglamentarias y que existe entre ellas un vínculo indisoluble y que el concesionario no acepta las primeras sino porque conoce las segundas, según las cuales deberá explotar el servicio concedido" (7). Es decir que en el pensamiento de Duguit y acorde con los rasgos principales de su teoría la concesión de servicios públicos sería un acto jurídico complejo: las cláusulas reglamentarias revestirían caracteres de actos-regla en cuanto comprenden normatividad objetiva, que unilateralmente se impone al concesionario; las contractuales, por el contrario, participan de los caracteres de los actos subjetivos, ya que son el producto de diferentes manifestaciones de voluntad, acerca de un fin perseguido por las partes.

III) La concesión de servicios públicos como contrato administrativo.

Previamente al análisis de los fundamentos de esta tesis, debemos hacer una referencia somera acerca de la discusión planteada sobre la existencia de los contratos administrativos. Digamos desde ya que la doctrina dista de ser pacífica, sobre este punto. Esta circunstancia plantea la necesidad de dilucidar si las figuras que así se consideran poseen entidad contractual. Al respecto es indispensable recordar una vez más, que con excepción del particular caso que en este trabajo se trata, las relaciones de derecho aludidas no difieren en su estructura de sus correlativas del derecho común. Su recepción en el Derecho Administrativo es producto de la actividad de la Administración Pública en ciertas gestiones de interés general. Pero como recuerda Berçaitz "los contratos de obra pública y suministro existían en Roma y no son otra cosa que locación de obra y compraventa. La prestación de servicios al Estado, según la posición jurídica puede ser mandato o locación de servicios" (8). Pero estas figuras así transportadas al Derecho Público siguen teniendo la misma naturaleza? ¿O por el contrario debemos buscar ésta dentro del mismo Derecho Administrativo? Nosotros creemos que estas figuras

(7) Bullrich, *op. cit.*, pág. 43.

(8) Berçaitz, *op. cit.*, pág. 118.

son realmente contratos. El hecho de que uno de los intervinientes conserve poderes especiales no altera para nada la conformación de las mismas por cuanto los elementos tradicionalmente exigidos para admitir la existencia de una relación contractual, se hallan presentes y tienen plena vigencia: hay una declaración de voluntad común entre dos partes destinada a regular derechos de índole patrimonial. Es cierto, sin embargo, que existe una notoria diferencia entre los contratos de derecho privado y los de derecho administrativo pero esta diferencia que se manifiesta en la distinta regulación legal no puede utilizarse para negar tal carácter, a estos últimos. El contrato administrativo —explica Berçaitz— es una consecuencia del Estado de Derecho, de ese estado que no puede exigir de sus súbditos ningún acto positivo o negativo, sino en virtud de un principio jurídico”⁽⁹⁾.

La teoría que sostiene que la concesión de servicios públicos es un contrato administrativo ha sido sostenida principalmente por el jurista francés Jeze, quien la expone en su “Tratado de Derecho Administrativo” y en su libro “Los Contratos Administrativos”. En nuestro país es la opinión prevaleciente en la doctrina y la siguen entre otros Bielsa, Villegas Basavilbaso, Spota y Berçaitz.

Sin ninguna pretensión de otorgar originalidad a este concepto, que desde ya compartimos, nosotros pensamos que debe agregársele el carácter de típicamente administrativo. Y nos basamos en el siguiente razonamiento. Existen dentro del derecho administrativo ciertas figuras contractuales que en nada difieren de las del derecho común y que sólo en razón de la calidad de uno de los sujetos contratantes se ven sometidos a un régimen jurídico distinto, organizado con el fin de asegurar el interés general. Tales son por ejemplo los supuestos del contrato de obra pública, cuya estructura interna concuerda con la de la locación de obra del derecho civil, estableciéndose sólo algunos presupuestos básicos en beneficio de la legitimidad y oportunidad de la contratación (por ejemplo la licitación) y reservándose la Administración Pública una serie de atribuciones para garantizar la ejecución de la obra. Lo mismo podemos decir del contrato de suministro que jurídicamente se caracteriza como una simple compraventa. Distinto es el caso que comentamos porque no hay figura análoga en el derecho privado. Goza por tanto de una autonomía total y por ello sostenemos que es un contrato típicamente administrativo. Este criterio ha sido sostenido en alguna oportunidad

(9) Berçaitz, *op. cit.*, pág. 138, citando a Laband.

por la Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires cuando afirmó que “La concesión de servicios públicos constituye necesariamente un contrato administrativo” y por la Corte Suprema de la Nación “La concesión es un acto jurídico de Derecho Público que tiene por fin organizar la atención de una necesidad general mediante delegación de cierta autoridad del Estado cuyo ejercicio por parte del concesionario debe subordinarse, lo mismo cuando el Estado lo ejerce por sí mismo, al cumplimiento de la finalidad que le da razón de ser, esto es a la utilidad general de que se trata”⁽¹⁰⁾.

C) Naturaleza de las cláusulas del contrato de concesión de servicios públicos.

Emitida ya nuestra opinión sobre el carácter jurídico de la concesión, corresponde ahora examinar la naturaleza de sus cláusulas. Parecería obvio que, habiéndola calificado como un contrato, las mismas han de ser, lógicamente, contractuales. Sin embargo, algunos autores, quizás influenciados por la teoría de Duguit, distinguen, a pesar de considerar globalmente a la concesión como contrato, las cláusulas contractuales y las cláusulas reglamentarias. Así, Villegas Basavilbaso, luego de aclarar que la concesión de servicios públicos, no es un acto de derecho privado ni un acto de superioridad sino un contrato administrativo, expresa que “como acto jurídico de derecho público la concesión es un acto jurídico complejo, creador de dos status jurídicos distintos: un status legal o reglamentario y un status contractual o de derecho administrativo. El primero —continúa— es una ley en sentido material; el segundo es una situación jurídica individual”. Sigue diciendo luego el autor citado que la ley del contrato tiene por objeto regular el servicio en la misma forma en que lo haría el Estado y es por lo tanto modificable en todo momento de conformidad con el interés público. La situación jurídica individual es virtualmente intangible y si fuera modificada por actos del concedente daría derecho a una indemnización para el restablecimiento de esa base contractual⁽¹¹⁾.

Estimamos que esta posición doctrinaria debe ser desechada por los argumentos que a continuación exponemos y que ya propusiera Berçaitz en su magnífica obra sobre la “Teoría General de los Con-

⁽¹⁰⁾ Corte Suprema, noviembre de 1952 “Pcia. de Tucumán c/La Eléctrica del Norte S. A.”.

⁽¹¹⁾ B. Villegas Basavilbaso, *Derecho Administrativo*, Bs. Aires, 1951, t. III, pág. 98 y su nota respectiva.

tratos Administrativos” a la que hemos recurrido varias veces en el desarrollo de este trabajo. La base principal de nuestra posición radica en la idea de la unidad jurídica del contrato. Una vez presentes los requisitos que contribuyen a formarlo, el contrato será susceptible de distintas modalidades, pero no cabe duda de que sigue siendo el mismo desde que se genera hasta que se extingue. El hecho de que existan distintos tipos de cláusulas, unas reglamentarias y derivadas del ordenamiento legal y otras puramente convencionales, surgidas como consecuencia del acuerdo común de los contratantes, no tiene porque concluir en la creación de distintas situaciones. La posición jurídica es siempre la misma. Lo que sucede es que en realidad —y lo volvemos a reiterar— el fin último del contrato, por lo menos para la Administración Pública, es siempre el interés común. Por lo que uno de los rasgos característicos del contrato de concesión de servicios públicos (y de todos los contratos administrativos en general) es su adaptabilidad al medio social en el cual se desenvuelven. Esta adaptabilidad se traduce en la posibilidad, siempre latente, de la modificación de alguna de sus cláusulas. Desde este punto de vista, el contrato es siempre susceptible de mutación, pero debido a que mutables son también las necesidades económico-financieras en la gestión del servicio”. Por lo tanto el negocio jurídico de derecho administrativo origina un contrato pero que se distingue del contrato de derecho privado antes la consideración de que el prius es el servicio público o el bien público”. No cabe, pues, ni hablar de “concesión-contrato”, ni creer que existe un acto de imperio en la faz reglamentaria y un acto de gestión en la faz contractual” (12).

Creemos que esta caracterización de la concesión de servicios públicos como una unidad jurídica contractual es la que mejor se adapta a la finalidad que se persigue: una forma de prestación del servicio público en la cual éste encuentre asegurado en cuanto a su regularidad y continuidad mediante las facultades reservadas por el concedente y en donde a su vez se garantice al concesionario una eficaz protección de sus derechos.

(12) Spota, *op. cit.*, pág. 109.